

ESTUDIOS

Intereses espurios y declaración judicial de incapacidad (A propósito de la Sentencia núm. 34 de 31 de enero del 2007 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba)

DR. LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO
*Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial
Facultad de Derecho
Universidad de La Habana*

*El señor dijo a Caín: ¿Dónde está Abel tu hermano?
Contestó:*

– No sé. ¿Soy acaso guarda de mi hermano?

*Replicó:
¿Qué has hecho?*

La voz de la sangre de tu hermano clama a mí desde la tierra

Génesis 9, 10.

TEMA DEL COMENTARIO:

Efectos *ex nunc* de la declaración judicial de incapacidad, a partir de su carácter constitutivo. La necesidad de ser coherente y actuar conforme con los dictados de la lógica en la sustanciación de un proceso judicial contencioso. La improcedencia de vincular la declaración de incapacidad de un pariente cercano, tal cual puede ser la madre, a cuestiones de conveniencia personal, en actuación que hiere las más elementales normas de sensibilidad humana.

PONENTE:

Martha Acosta Ricart

EXTREMOS ENJUICIADOS:

Si interesada por uno de los hijos la declaración judicial de incapacidad de su madre, a lo cual se opone el otro, sustanciándose la tramitación de dicho proceso por la vía de lo contencioso, procede que tal de-

claración judicial, tenga efectos retroactivos, cuando así se interesa pertinazmente por la contraparte, si bien no en demanda reconvenicional, en todo caso para solventar intereses puramente personales.

DOCTRINA SENTADA:

La declaración de incapacidad de una persona, como hecho jurídico, tiene ante todo un valor declarativo, es la finalidad de un proceso por el que se declara que una persona por determinadas causas no puede ejercer por sí sus derechos y acciones, o sea, que no posee por ello plena capacidad de obrar, de lo que se deriva que no es más que una declaración judicial sobre determinados hechos, a saber la falta de capacidad de esa persona, por lo cual, aun y cuando el procedimiento así lo posibilite, tal situación, ante todo por las más elementales normas de sensibilibidad no deberían nunca vincularse a cuestiones de conveniencia personal.

FALLO:

Declara sin lugar el recurso de casación interpuesto, confirmando la sentencia de instancia.

HECHOS:

En el mes de abril del año 2003, el señor H. I. T. N. promueve ante el Tribunal Municipal de Plaza de la Revolución, proceso de jurisdicción voluntaria sobre declaración judicial de incapacidad de su señora madre M. N. N. F., a lo cual se opuso se hermana, la señora L. M. T. N., lo que de conformidad con el artículo 581 de la entonces LPCAL provocó el sobreseimiento de las actuaciones, sin que en definitiva se hubiere hecho uso por el interesado del derecho a replantear el asunto por vía contenciosa, como franquea el propio precepto.

En julio del año 2005 se promueve idéntico proceso, ahora por la señora L. M. T. N. con la misma pretensión respecto de su señora madre, a lo cual se opone su hermano, el señor H. I. T. N., promoviéndose por la señora L. M. T. N. demanda sobre incapacidad de su madre, la cual se sustancia por los trámites del proceso ordinario, con la oposición de su hermano quien se convierte en su contraparte, interesando que la declaración judicial de incapacidad de su madre se retrotraiga a abril del año 2003, fecha en la que él inició la promoción, vía judicial, de la declaración de incapacidad de su madre, respecto de la cual, se opusiera su hermana, sin que para ello utilizara, como en Derecho corresponde, demanda reconvenicional.

Contra la sentencia que en su día dictara el Tribunal Municipal de Plaza con el número 566 de 30 de junio de 2006, por la que se declaró con lugar la pretensión de la parte actora y, en consecuencia, judicialmente incapacitada la señora M. N. N. F., se interpuso recurso de apelación, sustanciado y resuelto por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana en su sentencia número 114 de 30 de noviembre del 2006, por la que se declara sin lugar el recurso establecido y se ratifica la sentencia dictada por el tribunal a quo. Contra dicha sentencia se interpone recurso de casación para ante

la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, la cual resuelve el recurso declarándolo SIN LUGAR, ratificándose la sentencia de instancia, con especial condena de costas procesales a la parte recurrente, para lo cual se apoya en el siguiente considerado:

Primero y único: El actuar del recurrente resulta contrario a la lógica e incluso a la teoría de los actos propios, al oponerse dos años después a la promoción de la declaración judicial de incapacidad de su señora madre, instada por su hermana, cuando dos años antes era él quien lo había hecho, con oposición de aquella, sin que hubiera replanteado el asunto por vía contenciosa, a través de los trámites del proceso ordinario. Oposición que sustenta el recurrente en una cuestión tan material como lo es, serle perjudicial a sus intereses, cuando la declaración de incapacidad de una persona como hecho jurídico, tiene ante todo un valor declarativo, es la finalidad de un proceso por el que se declara que una persona por determinadas causas no puede ejercer por sí sus derechos y acciones, o sea, que no posee por ello plena capacidad de obrar, de lo que se deriva que no es más que una declaración judicial sobre determinados hechos, a saber: la falta de capacidad de esa persona, por lo cual, aun y cuando el procedimiento así lo posibilita, tal situación, por las más elementales normas de sensibilibidad, no debería nunca vincularse a cuestiones de conveniencia personal. En otro orden, dado que, luego del sobreseimiento del proceso de incapacidad promovido por jurisdicción voluntaria, sí se accionó a través del proceso ordinario correspondiente, entonces debe esclarecerse que lo interesado fue la declaración de incapacidad de esa persona, a lo cual debía ajustarse el tribunal de instancia, como en efecto hizo, resultando improcedente que, quien como demandado en el proceso ordinario se limitara a contestar, oponiéndose, sin siquiera establecer demanda reconventional, pretendiera de manera pertinaz, que tal declaración de incapacidad fuese retrotraída al año dos mil tres, cuando él promovió, lo que resulta impertinente, al no ser dable suplir con su actual oposición basada en supuestas e inexistentes vulneraciones, su otrora inacción procesal.

SUMARIO: 1. La declaración judicial de incapacidad: su valor constitutivo. Razón de su existencia.–2. Buena fe objetiva y la doctrina de los actos propios.–3. Intereses dignos de tutela e intereses espurios. Función protectora del Derecho. La labor del juez.

1. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE INCAPACIDAD: SU VALOR CONSTITUTIVO. RAZÓN DE SU EXISTENCIA

La ausencia de capacidad de obrar del individuo, entiéndase del ejercicio de la capacidad jurídica, hoy día puede venir dada por disímiles patologías médicas, entre las cuales resaltan las de tipo psiquiátrico o de base neurológica, que le impiden al sujeto poder regir *per se* su persona y bienes. Enfermedades como la demencia senil, la enfermedad de Alzheimer, esquizofrenias, la enfermedad de Parkinson, la arterioesclerosis, la esclerosis múltiple y otras provocadas por accidentes vasculares encefá-

licos severos, conducen a la necesidad de promover la declaración judicial de incapacidad de personas mayores de edad, imposibilitadas de actuar por sí mismas, a las que hay que suplirles el ejercicio de la capacidad jurídica, ante lo cual el ordenamiento jurídico vigente en Cuba prevé como institución de guarda, la tutela (*vid.* art. 32 CC en relación con los arts. 137 y siguientes, de aplicación, del Código de Familia). Ésta, en todo caso, no puede sustanciarse a favor de los mayores de edad, sino previa declaración judicial de incapacidad.

La tutela, a diferencia de otras instituciones como la curatela, visto ello en un sentido histórico y tradicional¹, tiene un doble cometido: la protección de los bienes del incapacitado y de su propia persona, lo que reconoce el artículo 137 del Código de Familia.

La declaración judicial de incapacidad presupone, por tanto, una limitante importante en el orden físico o psíquico del sujeto, y solo procede, como su nombre lo indica, por vía judicial². Será el tribunal municipal correspondiente, según la regla de competencia reconocida en el artículo 11, inciso 5, de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE), quien conozca de la sustanciación del proceso por los trámites de jurisdicción voluntaria, mientras no exista oposición por quien pudiera perjudicarse, según los dictados del artículo 581 de la mencionada Ley.

¿Qué valor debe atribuírsele a dicha declaración judicial? Sin dudas constitutivo, y en esto ha errado la Sala, cuando a manera de *ratio decidendi* para sustentar el por qué no resulta procedente conferírsele efectos *ex tunc* a la declaración judicial de incapacidad de una persona, intenta ofrecer una definición de lo que es la declaración de incapacidad de una persona, ubicándola en el terreno de los hechos jurídicos.

Su valor constitutivo predica, sus propios efectos *ex nunc*³. El tribunal se limita a constatar un hecho que existe, a saber: la ausencia del ejercicio *per se* de la capacidad

¹ *Vid.* al respecto en la doctrina cubana ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, «Evolución del concepto de curatela. Discapacidad y curatela», en *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Libro Homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo, Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo, coordinadores, Rubinzal-Culzoni editores, Mendoza, 2006, pp. 607-632, quien aboga, con razón, no solo porque la curatela sea incluida en nuestro Derecho vigente, como por fortuna pudiera lograrse, de convertirse en Derecho positivo el actual anteproyecto de Código de Familia (versión de 8 de marzo del 2007) que la regula, sino porque se amplíe su tradicional perfil puramente patrimonialista. Por ello, con gran acierto, expresa la autora la necesidad de «... revolucionar el tratamiento y concepción jurídica de la institución en estudio, adaptándola a las nuevas circunstancias que el desarrollo de la vida social, familiar y personal impone. La esfera de asistencia normal de la curaduría es de preferente actividad patrimonial, es cierto, pero no necesariamente exclusiva. La restricción que con respecto al ámbito de aplicación tiene la curatela en relación con la tutela no debe encaminarse a las esferas a proteger, sino a los límites y extensión más o menos restringidos del guardador o delimitados en un caso u otro». Por esta razón defiende la posibilidad de la guarda personal del incapacitado en sede curatela.

² En la doctrina española, con más precisión técnica se le llama declaración judicial de incapacidad. Así, para ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, volumen I, *Introducción y Derecho de la persona*, 12.ª edición, Bosch, Barcelona, 1991, p. 264, la incapacidad es la reducción o limitación de la capacidad de obrar, que, conforme con su estado, tiene el sujeto normal, sobre la base de causas fijadas por la ley, realizada después de seguirse un procedimiento judicial, mediante un fallo del tribunal.

³ Según DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Cívitas, Madrid, 1984, p. 322, la declaración judicial de incapacidad de una persona, comienza con la firmeza de la declaración judicial. «Hasta entonces era capaz, desde entonces será incapaz...». No cabe posibilidad de retroacción de sus efectos. Este autor se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español de inicios del siglo XX, que hoy se mantiene en pie. La declaración judicial de incapacidad «no alcanza a alterar el estado de derecho anterior a tal declaración», según Sentencia de 7 de abril de 1903. El propio ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I...*, cit., p. 271, explica que la incapacidad afecta tan sólo el futuro, se produce a partir de que la sentencia que la declara adquiere firmeza. Para LACRUZ BERDEJO, José Luis et al., *Elementos de Derecho Civil I, Parte General*, volumen II-Personas, 3.ª edición, revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 156-157, los efectos de la incapacidad no tienen posibi-

jurídica (capacidad de obrar), pero con efectos sólo a partir de que la resolución judicial que contiene la declaración, sinónimo de pronunciamiento judicial sobre la incapacidad de una persona, adquiere firmeza. No podemos obviar que la capacidad de obrar es regla⁴, y solo la ley la excluye automáticamente en los menores de diez años, pues al adquirir esa edad y hasta los dieciocho años, gozan de capacidad restringida para realizar los actos que satisfagan necesidades normales de su vida de acuerdo con su edad y disponer del estipendio que se les asigne –a mi juicio entendible el término en un sentido más lato de lo que expresamente significa– (según art. 30 CC). Arribada a la mayoría de edad o por matrimonio del menor se adquiere el pleno ejercicio de la capacidad jurídica (*vid.* art. 29 CC). Por ello le compete al tribunal hacer sucumbir la regla ante circunstancias que objetivamente demuestren la ausencia de capacidad en un sujeto, en tanto los actos anteriores concertados válidamente por terceros con el hoy incapacitado judicialmente, conservan plenitud de efectos jurídicos, al haber sido concertados u otorgados en un período en el que el sujeto estaba plenamente capaz, otro extremo no es posible colegir por el más mínimo respecto al principio de seguridad jurídica. Lo que importa es la existencia de plena capacidad jurídica en el momento de manifestar la voluntad en un acto jurídico, no lo que pueda sobrevenir después⁵. Ello es lo que protege el Derecho, razón por la cual el Código Civil habilita el ejercicio de la acción de nulidad de los actos jurídicos realizados por personas que no pueden ejercer su capacidad jurídica en el inciso *b)* del artículo 67, cuando ha quedado probado que el sujeto carecía de capacidad de obrar en el momento mismo de realizar el acto que se impugna, pero cautelándose que se trata de una impugnación *ad hoc*⁶, con ello quiero dejar esclarecido que quien sostenga la falta de capacidad corre por su cuenta

lidad de retrotraerse al momento en que comenzó la enajenación mental y ni siquiera al tiempo en que fue presentada la demanda interesando la incapacitación. En modo alguno la sentencia tiene efectos retroactivos. Sostienen los autores que quienes desde la doctrina española han pretendido ver lo contrario a partir del estudio de la jurisprudencia, no han hecho otra cosa que ver manifestaciones jurisprudenciales que «no pasan de ser expresiones imprecisas y acaso poco afortunadas».

⁴ Llamadas por LARROUMET, Christian, Derecho Civil. *Introducción al estudio del Derecho Privado*, 1.ª edición en español, Legis Editores, Bogotá, 2006, pp. 233 y ss., incapacidades de ejercicio, para distinguirlas de las incapacidades de goce, tienen por objeto impedirle al incapaz ejercer un derecho que podría adquirir perfectamente. Por ello, a diferencia de estas últimas –sigue comentando el autor–, se les puede aportar un remedio. Remedio que encuentra en el espectro de posibilidades brindado por las instituciones de guarda y cuidado. Para los mayores de edad, el ejercicio de la capacidad jurídica es el principio, cuya excepción, según el maestro francés, lo es el acudir a una incapacidad de ejercicio, lo cual supone que la voluntad del mayor no esté lo suficientemente clarificada o, incluso, esté totalmente nublada. Por ello «La incapacidad de ejercicio del mayor es la consecuencia de una decisión del juez de tutelas, que tiene como finalidad ubicar al adulto bajo una situación jurídica que depende del régimen de protección previsto por el Código Civil, el cual constituye al mismo tiempo un remedio a la incapacidad» (p. 241).

En la jurisprudencia argentina también se ha destacado este principio, «La regla general –fundada en el esencial respecto a la libertad y a la dignidad humanas– es que, por principio, la persona tiene capacidad para ser titular de todos los derechos y para ejercerlos (...). Las incapacidades y limitaciones al libre ejercicio de la voluntad deben estar señaladas por el ordenamiento jurídico» (CS. 06/11/1980, S. y D., C. G., La Ley, 1981-A 401) (voto de los doctores Frías y Guastavino), cit. pos, LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Código Civil, comentario y anotado*, VI, dirigido por Santos Cifuentes, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 32.

⁵ Conforme con ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I...*, cit., p. 271, los actos del incapacitado, anteriores a la declaración judicial no pueden invalidarse, ni siquiera los realizados desde que se interpuso la demanda solicitando la incapacitación. Únicamente si se prueba que se realizaron por el sujeto careciendo de aptitud para entender y querer, se invalidan, pero por falta de tal aptitud y no porque el sujeto haya sido posteriormente incapacitado.

⁶ En sede testamentaria, en reiteradas ocasiones la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo ha declarado sin lugar los recursos de casación interpuestos contra sentencias de los tribunales provinciales, al resultar improcedente las pretensiones impugnatorias de testamentos, acusando ausencia de capacidad de obrar del testador.

En este sentido ha dicho la Sala:

«... las anotaciones en la historia clínica sobre el estado de la testadora que hizo suyas la sentencia interpelada basadas en la apreciación del facultativo de asistencia, no especializado en salud mental, corresponden al veinti-

el *onus probandi* a que se contrae el artículo 244 de la LPCALE, pero no le es dable destruir en bloque la eficacia de todos los actos jurídicos que el sujeto realizó durante el período de tiempo que, a su juicio, carecía de la capacidad de obrar. Si así fuere, tendría que interponer tantas demandas impugnatorias, como actos realizados se pretendiere destruir en su eficacia, uno a uno⁷.

La declaración judicial de incapacidad tiene efectos constitutivos, se trata de una resolución judicial, en este caso una sentencia, constitutiva. El Tribunal modifica el estado civil del sujeto incapacitado, que hasta ese momento no había variado⁸. La ausencia de capacidad de hecho, se prueba en procesos concretos, la declaración judicial de incapacidad, en nuestro ordenamiento, a través de un proceso especial de jurisdicción voluntaria, contenido en los artículos 586 al 588 de la LPCALE, al que le son también de aplicación las normas de alcance general, dispuestas en los artículos 578 al 585 de la propia Ley. La sentencia crea una situación jurídica hasta ahora

cinco de mayo de mil novecientos noventa y ocho, fecha distinta y posterior a aquella en que se otorgó el instrumento público cuya impugnación es objeto de la litis, es decir, al día veintidós del expresado mes y año, cuando su enfermedad había progresado y empeorado su estado general (...) si además de lo expuesto se tiene en cuenta que la aludida testadora en momento alguno de su vida fue declarada incapaz por Tribunal competente, único medio de irrefutable eficacia para determinar su incapacidad mental para el otorgamiento impugnado (...), Sentencia núm. 266 de 28 de febrero del 2001, Primer Considerando, ponente Arredondo Suárez; «... no (ha) quedado acreditado fehacientemente como exige la Ley, la presencia de circunstancias personales en la testadora que restringieran su capacidad para la realización del debatido acto jurídico al momento de su otorgamiento (...)», Sentencia núm. 766 de 19 de diciembre del 2002, Primer Considerando, ponente Bolaños Gassó; «... no (ha) quedado acreditado fehacientemente, que al momento de la celebración del acto notarial que generó la Escritura número quinientos ochenta de nueve de noviembre de mil novecientos noventa y ocho la otorgante del cuestionado testamento tuviera afectadas sus facultades mentales al extremo de que se lo impidiera (...)», Sentencia núm. 430 de 15 de julio de 2003, Primer Considerando, ponente Bolaños Gassó.

En tanto, en otras de sus sentencias, la nulidad del testamento ha recaído sobre la base de la existencia de enfermedad del testador en el momento del otorgamiento del testamento, con entidad tal que le impedía el ejercicio de la capacidad de obrar (si bien, en el orden jurisprudencial ello ha sido excepción). Así, la Sentencia núm. 669 de 30 de septiembre del 2004. Segundo Considerando. Ponente Arredondo Suárez, en la cual de dispuso que: «... es lo cierto que la ineficacia declarada subsiste al quedar sentado por la sentencia combatida la sustancial afectación en la capacidad de obrar del testador, corroborándose que ya desde días anteriores al controvertido otorgamiento permanecía desorientado en tiempo y espacio, con lenguaje incoherente y estupor mental, circunstancias que obviamente comprometían sus facultades volitivas, siendo lo determinante de la nulidad del acto; sin que a ello obste lo argumentado sobre el juicio de capacidad emitido por el fedatario que ha sido contrariado por la contuyente prueba practicada que evidencia que el causante tenía al menos restringida su capacidad de obrar en concordancia con el inciso b) del artículo treinta de la ley sustantiva (...)» y la Sentencia núm. 464 de 31 de julio del 2002, Primer Considerando, ponente Díaz Tenreiro, a cuyo tenor: «... al quedar probado que el fallecido padecía de una enfermedad que le incapacitaba para emitir su manifestación de voluntad, el testamento otorgado por el mismo padece de nulidad al faltar en su otorgamiento un requisito esencial para su validez (...)».

⁷ Por ello agudamente se sostiene por LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., *Elementos ... I*, vol. II, cit., p. 157, al sustentar la tesis de la irretroactividad de la declaración judicial de incapacidad, que muy distinto sería la innegable posibilidad que pudiera ostentarse para impugnar actos del luego incapacitado, por falta de discernimiento y, por tanto, consentimiento válido, en cada uno de estos actos anteriores al proceso de incapacidad; pero sin que la posterior incapacidad influya directamente en el nuevo pleito necesario para impugnar aquellos actos anteriores.

⁸ Para DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil...*, cit., p. 292, la sentencia o auto declarativo de la incapacidad es el título que origina jurídicamente el cambio de estado; especial eficacia que hace se le califique de tener valor constitutivo o, a juicio del autor, dicho en mejor manera, modificativo. El maestro ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I...*, cit., p. 271, expone que el estado civil de incapacitado se tiene desde la sentencia, aun sin que se haya practicado la anotación en el Registro Civil, si bien la ausencia de tal anotación tendría efectos perjudiciales para terceros, que carecería de la información necesaria que brinda el Registro. Como gráficamente expresa (p. 264) el tribunal al declarar incapacitado al sujeto, modifica su estado civil, constituyéndolo en uno nuevo: el de incapacitado, presumiéndose entonces que los actos realizados en estas nuevas circunstancias es inválido, aunque se realice en un momento de lucidez. Con este mismo parecer LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., *Elementos...*, I, vol. II, cit., pp. 156-157, para quienes, los efectos de la incapacidad se inician al devenir firme la sentencia que de naturaleza constitutiva dicta el tribunal, al mutar el estado civil del incapacitado.

inexistente. La propia Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Alto Foro ha señalado en otras ocasiones el valor constitutivo de la resolución judicial que dispone la incapacidad de una persona, así en su Sentencia núm. 714 de 31 de octubre del 2003, Cuarto Considerando, de la que fue ponente Arredondo Suárez dijo: «... no es posible obviar (...) que la incapacidad tiene un valor no simplemente declarativo, sino constitutivo, ello determina que mientras una persona no esté declarada incapacitada es necesario probar la falta de capacidad en cada uno de los actos que realice el presunto incapaz, en cambio una vez que se obtiene la aludida declaración judicial, todos los actos en que intervenga serán por fuerza nulos sin necesidad de prueba alguna (...)» pronunciamiento que es reiterado por la propia ponente en la Sentencia núm. 669 de 30 de septiembre del 2004, Segundo Considerando. Es evidente que el Alto Foro tiene claro el carácter constitutivo de la declaración judicial de incapacidad, sus efectos son *ex nunc*. A partir de la firmeza de la resolución judicial en la que está contenida la declaración de incapacidad, cualquier acto en que intervenga el incapacitado sin un representante legal será nulo de pleno derecho. Por esa razón ha dicho, con espíritu sabio, la Corte Suprema de la Nación argentina que: «La representación es el medio por el cual el ordenamiento positivo permite suplir la situación de inferioridad de los incapaces, autorizando a otros a ejercer los derechos y facultades de cuyo ejercicio –con finalidad tuitiva– se los priva. Surge entonces, de su propia razón de ser, que no constituye un fin en sí misma, sino un instrumento que el legislador ha instituido para el solo beneficio de los incapaces, a los que supone protegidos, amparados, tutelados por la acción de los representantes (...)» (CS. 13/11/1990, M., J., La Ley, 1991-B, 473, del voto en disidencia del doctor Petracchi)⁹.

Es inteligible que, una vez declarada judicialmente la incapacidad del sujeto, los actos que realice serán, en principio nulos, salvo que se demuestre que lo ha sido en intervalo lúcido, figura desterrada, a muy lamentar, en nuestro Código Civil. Si bien el legislador confiere la plena capacidad a los mayores de edad o a quienes han formalizado matrimonio (*vid.* art. 29 CC), lo cual pudiera destruirse con la resolución judicial firme de incapacitación, invirtiéndose la carga de la prueba, en la búsqueda de un intervalo lúcido, para salvar los efectos del acto otorgado por el incapacitado judicialmente (ello en el supuesto que la sentencia de incapacitación así lo habilitare, previo reconocimiento legal). Este ha sido el tenor de la Sentencia núm. 727 de 20 de octubre del 2004, Segundo Considerando, ponente Acosta Ricart, en la que se puntualiza que: «... la única prueba con valor por sí para justificar la incapacidad legal de una persona por razón de enajenación mental, no es otra que la declaración judicial llevada a efecto en el procedimiento especial establecido en la (...) Ley (...)». Eso sí, como ha dicho el propio Tribunal Supremo, tampoco la nulidad de un acto jurídico concreto se puede hacer depender de la previa declaración judicial de incapacidad del sujeto, pues la ausencia de capacidad puede provenir de circunstancias transitorias o pasajeras como la embriaguez alcohólica, el trastorno mental transitorio, estados de hipnosis, entre otros, que imposibilitan una libre manifestación de voluntad en ese momento, pero pasado éste, se adquiere de nuevo el pleno ejercicio de la capacidad jurídica. Incluso demostrada la ausencia de facultad volitiva, causada por un proceso degenerativo de la capacidad de un sujeto que muere, sin que nunca se le hubiere declarado judicialmente incapacitado, tendría éxito la nulidad interesada del o de los actos concertados en tales circunstancias, sin que la no promoción del proceso judicial de incapacidad, sea valladar alguno. De ello da fe la Sentencia núm. 265 de 20 de

⁹ Cit. pos, LEIVA FERNÁNDEZ, L. F. P., *Código Civil...*, cit., p. 31.

abril del 2005, Segundo Considerando, de la cual fue ponente González García, que ad pídem litterae expresa: «... constatada por el juzgador a partir del resultado de la prueba pericial que acertadamente ponderó la incapacidad de la testadora para tal otorgamiento en la fecha en que el mismo acaeció, procedía la declaración de nulidad del acto sin que para ello fuere óbice la inexistencia de declaración judicial de incapacidad anterior, pues el propio juzgador corroboró el impedimento aún no declarado por las razones que fueren en el específico proceso destinado a tales fines; habida cuenta que el proceso de jurisdicción voluntaria para ello concebido por el legislador se emplea para lograr declaración judicial de situación fáctica anterior a la misma, y afirmar lo contrario conduciría al absurdo de tener por válidos los actos realizados por un incapaz cuyo impedimento penda de declararse judicialmente (...)».

2. BUENA FE OBJETIVA Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Pocos principios del Derecho resultan tan socorridos como la buena fe, que se ha logrado imponer como criterio moralizador del comercio o tráfico jurídico. Acudir a ella, supone buscar una fórmula «que excede ampliamente el marco jurídico, (con) un profundo contenido ético que importa un obrar conforme a (*sic*) la honestidad, la lealtad y la previsibilidad. La conducta ajustada a este Principio, lógicamente, genera la tan ansiada Confianza, que constituye el “mejor clima” para el desarrollo de negocios jurídicos y es la base de la seguridad jurídica, valor tan arduamente perseguido en todos los tiempos»¹⁰.

Arguye De los Mozos que: «En cuanto a su contenido material, la buena fe “representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico”»¹¹. Es el puente que permite una tempestiva moralización de la vida económica de la sociedad. Como expresa Larenz la buena fe es reflejo de la dirección que ha de seguirse para buscar una adecuada solución «ajustándonos a las exigencias generalmente vigentes de justicia, al criterio reflejado en la conciencia jurídica del pueblo o en el sector de que se trate»¹².

La buena fe es considerada en forma consensual por la doctrina como «... un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al Derecho, pero que éste no lo ha recibido tal como es sino dándole precisiones técnicas, lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico. En otras palabras, la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil»¹³.

¹⁰ ESTIGARRIBIA BIBER, María Laura «La buena fe. Implicaciones actuales en las relaciones negociales» en la obra colectiva *Estudios de Derecho Privado contemporáneo* (Jorge OVIEDO ALBÁN-César CARRANZA ALVAREZ-Coordi-nadores), tomo I, *De los contratos*, Editorial Industria Gráfica Liberal, Trujillo, 2005, p. 63.

¹¹ DE LOS MOZOS, José Luis, *Derecho Civil (método, sistemas y categorías jurídicas)*, Cívitas, Madrid, 1987, pp. 226-227. Según el autor la buena fe sirve de cauce para la integración del ordenamiento jurídico conforme con una regla ético-material, la idea de fidelidad y de creencia y confianza que constituye un modelo para las relaciones sociales.

¹² Cit pos DE LOS MOZOS, J. L., *Derecho Civil...*, *loc. cit.*

¹³ DE LA PUENTE LAVALLE, Manuel, *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tomo II, volumen XI, Primera Parte, Lima, 1996, pp. 19-90.

Sin necesidad de reiterar en el plano dogmático las disquisiciones que en torno a las manifestaciones de la buena fe se han suscitado desde la doble dimensión objetivo-subjetiva o a partir de una concepción unitaria de la buena fe¹⁴, resulta suficiente precisar que estamos frente a una figura que tiene dos aristas o vertientes, delimitadas en su modo de actuación, «Sin perjuicio de reconocer que en un plano muy elevado la buena fe responde a una misma idea o a un mismo valor ético, a efectos de la aplicación del Derecho encontramos la buena fe en situaciones diversas. En estas situaciones los problemas son también diferentes y por ello es preciso caracterizarlas y tratarlas por separado»¹⁵.

Buena fe subjetiva: Comprende el desconocimiento de un hecho, un estado psicológico, valorable jurídicamente a los fines de determinar el tratamiento que el sujeto ha de recibir. Es la convicción o persuasión de actuar conforme a Derecho, sin lesionar los derechos de tercero. Sin desdén del contenido ético que está subyacente en ella. Según la profesora Ferreira Rubio la «buena fe subjetiva es la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento o grado de conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma», a lo cual agrega que la buena fe «resulta de cierto estado psicológico, de una convicción sincera del espíritu, que debe estar fundada, por cierto, con moderada razonabilidad, y no en

¹⁴ Posición que ha sido abrazada por HERNÁNDEZ GIL, Antonio, «Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979, p. 36, quien concluye afirmando que:

- «1. No es divisible el concepto de la buena fe, que es ético-social y general-concreto.
2. La buena fe cumple siempre una función normativa conformadora de la conducta.
3. No es admisible la dualidad buena fe objetiva/buena fe subjetiva, ya que rompe la unidad de significación.
4. Sólo cabe utilizar como fórmulas clasificatorias aquellas que, partiendo de esa unidad de significación, ponderen los diversos cometidos o subfunciones que el Código Civil atribuye a la buena fe.
5. Con este solo alcance, el análisis detallado de los numerosos preceptos del Código Civil que sirven de la buena fe permitiría elaborar una tipología muy cualificada.
6. Una fórmula clasificatoria muy simple es la que distingue estos dos cometidos de la buena fe: como reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes; y la buena fe como presupuesto de la atribución de derechos que, sin su concurso, quedan excluidos. En la primera hipótesis se parte de una situación jurídica dentro de la cual la buena fe concurre a moderar la actuación de los interesados. En la segunda, la propia buena fe determina la constitución de una situación jurídica que no existiría sin su concurso, de tal manera que en razón de ella se produce un efecto jurídico».

Tesis defendida por YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «De nuevo sobre la buena fe», en *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, Cáceres, 1988, pp. 639, quien se opone a la distinción entre buena fe objetiva/buena fe subjetiva a partir de la reconducción de la segunda en sede de posesión (y de derechos reales, en general), en tanto la objetiva en razón de la dinámica patrimonial, o sea, en los derechos de crédito. Según el autor «No es admisible semejante maniqueísmo, (...) si se sigue hasta sus últimas consecuencias y se puede permitir el retruécano, complicado y simplón al mismo tiempo. Porque distinguir dos esferas de actuación partiendo de diferencias ontológicas dentro de un principio general que si algo tiene, es unicidad, es complicar las cosas. Pero pretender ver dos manifestaciones prácticas es además empobrecedor, pues no son dos, sino infinitas, las funciones que el principio de buena fe, con su elástica riqueza, desempeña en el ordenamiento jurídico».

¹⁵ Según la tesis de MIQUEL GONZÁLEZ, José María, *Comentarios del Código Civil*, tomo I, dirigidos por PZARES, Díez-Picazo, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p.41. El citado catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid ha expresado que: «(...) los intentos de reconducir a unidad el concepto de buena fe, aunque bien intencionados, están condenados de antemano a permanecer en las alturas de la vaguedad y de la abstracción, en un plano, por tanto, pobre en información, que no aporta los desarrollos necesarios para la aplicación fundada del principio». A lo cual agrega que: «Hay que advertir, por lo demás, que reducir a unidad el concepto de buena fe tiene consecuencias perturbadoras para la comprensión de su funcionamiento en las distintas instituciones, y en alguna medida perjudica la depuración del concepto sobre todo en su vertiente subjetiva».

el simple creer candoroso. Consiste en una firme persuasión sobre la legitimidad con que se adquiere y mantiene una determinada situación jurídica»¹⁶.

Por último, debe tenerse presente que la buena fe subjetiva es la convicción razonada y diligente del contratante que se atiene a lo que surge de la apariencia.

Buena fe objetiva: como estándar o patrón de conducta, implica un espíritu de lealtad, hábito viril de firmeza, claridad y coherencia, fidelidad y respeto a los deberes que según la conciencia general deben ser observados en las relaciones jurídico-sociales. Es un criterio objetivo de valoración, un estándar o prototipo de conducta, fundado en las reglas objetivas que tipifican la honradez en el comercio o en las relaciones sociales. Se trata del patrón de comportamiento del hombre medio, de la conducta social media, de la de aquel que procede con cuidado y previsión, de conformidad con lo que verosímelmente ha entendido o pudo entender.

La buena fe comporta un nivel de diligencia, ajustado a determinados cánones o estándares de conducta, similar al del buen padre de familia romano, es decir, un prototipo de conducta social media, ello a partir del entorno en que se desenvuelve el sujeto, o sea, las circunstancias de tiempo y lugar en que cada sujeto despliega un comportamiento, del que las normas éticas exigen su adecuación al arquetipo de conducta impuesto al sujeto mismo, con independencia de su creencia. La buena fe actúa como un baremo de la conducta, no del conocimiento, creencia, estado psicológico, convicción, o persuasión de actuar conforme con la ley. Constituye un modelo de conducta con un componente de lealtad hacia la consecución del fin que las partes se proponen por una parte y, por otra, supone la protección a la confianza que cada una de las partes deposita en la otra.

El principio cardinal o deber general de actuar de buena fe tiene la función de colmar las inevitables lagunas del sistema legal; la ley, por muy casuística que sea, no puede prever todas las situaciones posibles mediante normas concretas, ni todos los abusos que las partes pueden cometer la una en perjuicio de la otra. La ley sólo previene las situaciones más frecuentes, eliminando o prohibiendo los abusos más comunes; muchas conductas reprochables escaparían a las espesas redes de la ley, si debiera considerarse permitido o lícito cualquier comportamiento que la ley no prohibiera. El principio general de corrección y buena fe permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones no contenidas en la ley. Como suele decirse cierra el sistema legislativo, es decir ofrece criterios para colmar aquellas lagunas que se pueden manifestar en las cambiantes circunstancias de la vida social. Fiel expresión de la buena fe es el principio que prohíbe volver sobre los propios actos¹⁷.

La doctrina de los actos propios ha devenido un principio de derecho de origen muy antiguo y según el cual a nadie le está permitido ir contra sus propios actos. En el derecho romano se encontraba resumido en el aforismo *venire contra factum proprium non valet*.

Se define de la siguiente manera: a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetiva-

¹⁶ FERREIRA RUBIO, cit. pos DE LA PUENTE LAVALLE, M., «El contrato en general...», *loc. cit.*,

¹⁷ Como principio general del Derecho lo catalogan varias sentencias de la Sala de lo Económico del Tribunal Supremo, así, Sentencia núm. 105 de 25 de febrero del 2000 (Proceso Ordinario), Tercer Considerando, Sentencia núm. 185 de 11 de abril del 2002 (Proceso Ordinario), Sexto Considerando, Sentencia núm. 214 de 6 de julio del 2002 (Proceso Ordinario), Octavo Considerando y Sentencia núm. 251 de 3 de noviembre del 2002 (Proceso Ordinario), Cuarto Considerando, todas de la ponente Rosario López.

mente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe.

Empero, para la aplicación de la doctrina de los actos propios es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- Existencia de una conducta anterior relevante y eficaz.
- El ejercicio de una facultad o derecho subjetivo contradictorio con la conducta ya existente.
- Identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas.

Es cierto que nuestro ordenamiento jurídico no le dedica un precepto al estilo de otros modernos códigos civiles en el que se enuncie «No es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, cuando en razón de ella otro sujeto haya tenido motivo justificado para confiar razonablemente en que no se ejercerá tal derecho.», pero ello en modo alguno significa que un actuar en contra de los actos propios esté permitido.

Se trata de un principio de alcance general no solo en el Derecho Civil y que tiene como fundamento el actuar honesto, en aras de la protección de la buena fe objetiva y con ello, de la seguridad jurídica. La doctrina y la jurisprudencia españolas han sido prolijas en su disección. Se configura como exigencia de congruencia, conforme con la cual, quien afirma o admite algo, no puede luego contradecirlo.

En España, el Tribunal Supremo ha ido configurando dogmáticamente este principio. La Sala Primera en su Sentencia de 16 de febrero de 1988 (Ref. El Derecho 1988/1248) dijo que: «*La doctrina de los actos propios ha sido desarrollada (...) en el sentido de que el principio en cuestión, basado en la necesidad de proteger la buena fe y la confianza, amén de la apariencia y estabilidad de las situaciones jurídicas, exige, para que su autor quede ligado frente al sujeto pasivo de los mismos, una palmaria contradicción entre lo realizado por el primero y la acción que luego el propio interesado ejercita, o lo que es igual, que exista un nexo de causalidad eficiente entre dichos actos y su incompatibilidad con lo ulteriormente pretendido, habiéndose matizado dicha doctrina por la jurisprudencia en el sentido de que no merecen la calificación de actos propios los que no dan lugar a derechos y obligaciones o no se ejecuten con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, siendo los actos contra los que no es lícito actuar aquellos que, por su carácter trascendente, o por constituir convención, causan estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, situación jurídica o de hecho que no podrá ser alterada por quien se hallaba obligado a respetarla*».

La misma jurisprudencia española ha delineado los requisitos para que se considere el acto como vinculante, a saber:

– que el acto tenga «*como fin la creación, modificación o extinción de algún derecho*» (Sentencia de 3 de abril de 1973, Ref. El Derecho 1973/187, Sentencia de 22 de septiembre de 1988, Ref. El Derecho 1988/7229, Sentencia de 27 de enero de 1996, Ref. El Derecho 1996/236, Sentencia de 20 de diciembre de 1996, Ref. El Derecho 1996/9115)¹⁸;

¹⁸ Aclara Díez-PICAZO, L., en *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1962, p. 115, en nota (56), con toda razón, que esta idea no tiene valor absoluto, pues existe un gran número de sentencias del Tribunal Supre-

– que se trate de «*un acto adoptado con plena libertad de criterio*» (Sentencia de 14 de febrero de 1984, Ref. El Derecho 1984/7021, Sentencia de 20 de diciembre de 1996, Ref. El Derecho 1996/9115), con pleno conocimiento de las consecuencias (Sentencia de 25 de mayo de 1970, Ref. El Derecho 1970/351), «*razón por la cual dicho principio no puede alegarse cuando el acto viene provocado por la conducta o presión de quien pretende valerse en provecho propio*» (Sentencia de 14 de febrero de 1984, Ref. El Derecho 1984/7021), ni «*que en la conducta del agente exista ningún margen de error por haber actuado con plena conciencia para producir o modificar un derecho*» (Sentencia de 27 de enero de 1996, Ref. El Derecho 1996/236);

– la existencia de «*un nexo causal eficiente entre el acuerdo adoptado o acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior*» (Sentencia de 25 de mayo de 1970, Ref. El Derecho 1970/351, Sentencia de 3 de abril de 1973, Ref. El Derecho 1973/187, Sentencia de 20 de diciembre de 1996, Ref. El Derecho 1996/9115);

– que se trate de un acto jurídicamente eficaz, concluyente e indubitado, con carácter trascendente (Sentencia de 3 de abril de 1973, Ref. El Derecho 1973/187, Sentencia de 22 de septiembre de 1988, Ref. El Derecho 1988/7229) o que «*por constituir convención causa estado definiendo inalterablemente, la situación jurídica de su autor*» (Sentencia de 17 de mayo de 1941, citada por la de 25 de mayo de 1970, Ref. El Derecho 1970/351).

Se trata de un principio aplicable, lo mismo a actos realizados en sede extrajudicial, que judicial, incluso posible de apreciar de oficio por el tribunal. Constituye una defensa amplia, abarcadora, hábil para frustrar la pretensión desleal. Es un escudo que se puede utilizar como medio de defensa¹⁹. Ello, sin perjuicio de lo ya dicho, respecto a su posibilidad de invocación de oficio, en los casos en que proceda²⁰. No cabe sea esgrimido en los actos insubsanables, esto es, no procede cuando se trate de un acto nulo, el cual al no resultar confirmable puede ser impugnado en cualquier momento, sin que quepa argüir en su defensa la doctrina de los actos propios. Lo contrario significaría llanamente echar por tierra con todo el régimen legal pacientemente construido en materia de nulidades, vedando que quien ha participado de un acto alegue la existencia de cualquier vicio que hubiese padecido su voluntad.

La prohibición de ir contra los propios actos tiene un valor ético irrefutable, el Derecho exige conductas consecuentes en las personas para poder ser amparadas, y ello en el ámbito procesal se reverdece. Los actos procesales constituyen un algoritmo, cuyo resultado es la sentencia, que sin dudas es el más importante de los actos procesales del tribunal, pero durante la sustanciación del proceso se exige un comportamiento honesto y leal de las partes, además de lógico. No se insta el mecanismo judicial por mero capricho, sino por razones justificadas, en busca de tuición para

mo en que hay «actos propios» sin aquel efecto. Incluso –comenta el afamado profesor– que la mayor parte de las veces, se deja sin determinar si el derecho creado, modificado o extinguido es del autor de los actos o de una tercera persona.

¹⁹ Para Díez-PICAZO, L., *La doctrina de...*, cit., pp. 249, «el mecanismo de actuación de la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria, consiste en que el sujeto pasivo de la pretensión está facultado para oponerse a ella y formular una objeción, que, en su momento, habrá de funcionar como causa justa de desestimación de la pretensión». Se trata de una excepción en sentido sustantivo, más que procesal, objeción o excepción que para el autor se sitúa en lo que la doctrina alemana denomina excepción de ejercicio inadmisibile de un derecho («*unzulässiges Rechtsausübung*»).

²⁰ Al decir de Díez-PICAZO, L., *La doctrina de...*, cit., pp. 251: «solicitada por el demandado la desestimación de la pretensión, cualquiera que haya sido el fundamento invocado, el juez puede, de oficio, fundar esta desestimación en el carácter contradictorio de la demanda, aunque este problema no haya sido abordado por las partes».

solventar una litis o para hacer constar determinadas situaciones jurídicas. No actúa conforme a la lógica quien promueve la declaración judicial de incapacidad de su señora madre y ante la oposición de su hermana, a la postre adversaria judicial, no inicia proceso contencioso, por los trámites del proceso ordinario, interesando la pretendida declaración judicial de incapacidad de una persona tan propinqua a él, como su progenitora, de la que dice estar seguro carece de sus facultades mentales para regir su persona y bienes. Si tan seguro está, es lógico se replanteara el asunto ante el propio tribunal y no se evadiera la situación, hasta esperar un año y medio después en que sea su hermana la promovente del mismo proceso, momento procesal en que entabla oposición a su sustanciación por los trámites de la jurisdicción voluntaria ¿Se es consecuente en tales actos? ¿Se quebranta el estándar de conducta de una persona razonable? ¿Entre la conducta anterior y la posterior oposición no existe una incompatibilidad o contradicción según el sentido de la buena fe? ¿No se actúa así, verdaderamente, de manera contradictoria? ¿Cómo justificar una actuación insustentable *per se*? ¿Se trata entonces de un juego para demostrar quién da primero?

A mi juicio, acierta la juez ponente cuando en el primer y único considerando de la sentencia *in commento*, describe la existencia de un actuar ilógico en el recurrente que desdibuja sus propios actos, se trata de un comportamiento procesal plenamente consciente, dirigido a interesar la declaración judicial de incapacidad de una persona con los efectos que en Derecho ello conlleva, ya aludidos, perfectamente vinculado con el posterior comportamiento, que desde su anterior actuar, con plena conciencia también, en el cual se opone a la declaración judicial de incapacidad, cuando la enfermedad se ha agravado, y entonces sí que es dable la declaración judicial de incapacidad promovida por la hermana, quien en un inicio se opone, en tanto en la fecha inicial (abril del 2003) aún la presunta incapaz podía regir su persona y sus bienes.

Como describiera Díez-Picazo en su impecable monografía jurídica, dedicada al tema, una de las dos maneras de venir contra los propios actos en el orden procesal es la de «formular una oposición que contradiga la conducta anterior del oponente». Cuando a un litigante se le oponen los actos propios, lo que se le dice –según el autor– es que no puede sustentar en el proceso, una afirmación distinta de la que en el mundo sostuvo con su conducta, porque, esta conducta previa de la persona, que impide la contradicción, no se toma en su alcance o dimensión sustantiva, sino en lo que ha tenido de afirmación, de un definirse de la persona respecto a la situación jurídica²¹. Se trata de una conducta que, objetivamente, suscita en el adversario la confianza de que ella es índice o definición de una actitud frente a esta situación jurídica²².

En fin, la prohibición del *venire contra factum proprium*, significa que la pretensión articulada por quien actúa de manera incongruente y contradictoria, no debe ser atendible, y en consecuencia, desestimada, lo cual no quiere decir que se lleguen a impedir los cambios de parecer dentro de una situación jurídica, sino que se vedan las pretensiones contradictorias con el sentido objetivo de la conducta desplegada con anterioridad por el propio sujeto.

Estamos ante un principio moralizador del tráfico jurídico, que aplicado con prudencia, es el triunfo del buen criterio, del sentido común hecho justicia, invoca-

²¹ DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de...*, cit., p. 109.

²² Ídem, p. 208.

do, pues, en función tuitiva de la buena fe objetiva, esto es, de la confianza depositada por terceros, cuyos derechos pueden haber nacido, modificado o extinguido, en razón de la conducta anterior, que luego, en franca contradicción, pretende desdecirse²³.

3. INTERESES DIGNOS DE TUTELA E INTERESES ESPURIOS. FUNCIÓN PROTECTORA DEL DERECHO. LA LABOR DEL JUEZ

Me ha llamado la atención, razón que ha motivado estos comentarios, los reproches morales y éticos que están contenidos en esta sentencia. Una vez tomé las palabras de mi maestro para que constituyeran el exergo de mi tesis doctoral, decía don Juan Vallet de Goytisolo que: «El Derecho no puede reducirse a geometría dogmática porque está hecho para adaptarse a las exigencias de la vida». Y, en efecto, le sobra razón, el Derecho no es mera geometría, ni tampoco puede quedar reducido a una ecuación trigonométrica. Las fórmulas del Derecho no están preconcebidas, el Derecho necesita plasticidad, flexibilidad, ductibilidad, lo contrario lo haría conducir a su autoaniquilación.

Las normas jurídicas tienen un contenido axiológico. Y el juez cuando dicta una sentencia, no puede limitarse a subsumir la premisa menor (el hecho justificable) en la premisa mayor (el supuesto fáctico normativo), constituyendo la senten-

²³ Con este parecer ha sido aplicado en reiteradas ocasiones por la Sala de lo Económico del Tribunal Supremo, sobre todo en litis contractuales, a saber: Sentencia núm. 105 de 25 de febrero del 2000 (Proceso Ordinario), Tercer Considerando, al pronunciarse en el sentido de que: «... está en contradicción con la doctrina de los Actos propios, como principio general del Derecho, que una parte, después de haber prestado su consentimiento en una conciliación efectuada, posteriormente trate de impugnarla para modificar a su beneficio la cuantía de la pretensión alegando modificaciones en la tasa de cambio de la moneda, sin que pruebe dicho extremo (...)», Sentencia núm. 165 de 27 de marzo del 2000 (Proceso Ordinario), Onceno Considerando, en la que expresa: «... la posición asumida por la demandada en cuanto a la negación de los hechos, de la renegociación, de la inexistencia de la deuda, etc, evidencia una actuación contraria al (...) principio de buena fe, actuando con el no reconocimiento en contradicción con sus propios actos», Sentencia núm. 185 de 11 de abril del 2002 (Proceso Ordinario), Sexto Considerando, en que dispone: «... está en contradicción con la doctrina de Actos propios incorporada a los principios generales del Derecho, el que la demandada, después de haber expresado su reconocimiento de la deuda y su consentimiento para efectuar el pago, posteriormente trate de impugnarlo alegando que se trata de un acto jurídico anulable», Sentencia núm. 214 de 6 de julio del 2002 (Proceso Ordinario), Octavo Considerando, al afirmar que: «... está en contradicción con la doctrina de los actos propios – incorporada a los principios generales del derecho– el que una parte, en este caso la demandada, después de haber reconocido una deuda en reiteradas ocasiones, (...) pretenda eludir su responsabilidad de pago, alegando una presunta prescripción de la acción, –no configurada– que no alegó en su contestación, limitándose en tal oportunidad a oponerse exclusivamente fundándose en una excepción dilatoria por aspectos de carácter formal que no fueron acogidos por el Tribunal pues el escrito de demanda fue reconducido a ésta y admitido en su oportunidad», Sentencia núm. 228 de 15 de octubre del 2002 (Proceso Ordinario), Cuarto Considerando, al expresar: «... en el caso la posición asumida por la representación de la demandada en actos reiterados, donde reconoce la deuda (...) incluso se compromete a pagar antes (...) y en otras oportunidades dentro del proceso, incluido su escrito de (...) donde señala mantener su propuesta de pagar en especie, tienen la entidad suficiente –a juicio de este Tribunal– para desestimar la prescripción alegada en la contestación, como quiera se está en presencia de actos propios que han de entenderse como legítimos y que en modo alguno pueden ser desvirtuados para liberarse de responsabilidad» y Sentencia núm. 251 de 3 de noviembre del 2002 (Proceso Ordinario), Cuarto Considerando (todas de la ponente Rosario López), cuando expresa: «... está en contradicción con la doctrina de los Actos propios, como principio general del Derecho que una parte después de haber expresado su consentimiento en un Acuerdo entre partes, posteriormente trata de modificarlo a su beneficio, haciendo precisiones ulteriores que debió prever de conjunto con la contraparte (...)».

cia (silogismo jurídico). Del estudio de esta sentencia, salta a la vista, en primer orden, la naturaleza pueril de los argumentos esgrimidos por el recurrente al fundamentar su oposición a la tramitación de la incapacidad de su señora madre por la vía de la jurisdicción voluntaria, por resultarle ello «perjudicial a sus intereses». De modo que, a su criterio, la incapacitación judicial de una persona depende de que ello responda a los intereses, ya patrimoniales, ya espirituales, del promovente o del resto de los familiares más inmediatos. A la postre, de los motivos del recurso de casación (concretamente del tercero) puede colegirse que ello está vinculado con un proceso sucesorio precedente y que la razón misma de la oposición al proceso se conecta con la posible sucesión de una persona, aún viva, y la hipotética repercusión que pudiera tener sobre la eficacia de su testamento, la declaración judicial de incapacidad de su autora. Como si esta pudiera tener efectos retroactivos, o como si la declaración judicial de incapacidad de una persona, borrara de una vez y para siempre los actos que en vida, con plena lucidez, realizara. La incapacitación judicial eclipsa el otorgamiento por sí mismo del sujeto, de actos jurídicos para el futuro, pero no empaña la eficacia de los realizados con anterioridad. Y cuando me refiero al futuro, no lo hago con un sentido de perennidad. La declaración judicial de incapacidad no siempre tiene efectos perpetuos. Precisamente el tutor que se le nombre al incapaz debe procurar que el pupilo o tutelado recupere, en la medida de lo posible, el ejercicio de su capacidad jurídica. Ello es uno de los fines de la institución tutelar, que no solo se circunscribe al aspecto patrimonial.

Reprocha también el juzgador el que el recurrente vincule la pretensión de declaración judicial de incapacidad de una persona, por demás su madre, a «cuestiones de conveniencia personal», de modo que a pesar de que el artículo 581 de la LPCALE franquee la posibilidad de oponerse a la promoción del proceso de incapacidad por los trámites de la jurisdicción voluntaria, ello no puede, o al menos, no debe –en términos éticos– estar sustentado en razones personales, que subjetivasen el proceso de incapacidad. No se trata de bienes muebles, sino del ejercicio de la capacidad jurídica, de la faz dinámica del ser humano como sujeto de derecho. Hacerlo –reprocha de nuevo el juzgador–, hiere «las más elementales normas de sensibilidad humana». Y es que estamos en presencia de un ser humano que requiere con premura protección. La declaración judicial de incapacidad no es sino el preámbulo de un proceso ulterior, esto es, la constitución de la tutela. Declarado incapaz el sujeto, el Derecho responde con un sistema de guarda y protección de su persona y de sus bienes, pero cuanto más se dilaten los trámites judiciales, mayor será el interregno en que aquel carecerá de tutor, si bien podría ser representado por el fiscal [vid. art. 48 de la LPCALE y arts. 8, inciso g), 18, inciso d) y 25.2, inciso a) de la Ley de la Fiscalía General de la República]. Hay principios y valores que no son coercibles legalmente. El Derecho no puede imponer en las personas la sensibilidad, el amor, el cariño, el respeto, el afecto. Son sentimientos y valores que informan determinados institutos jurídicos tanto del Derecho Civil, como del Derecho de Familia. No se incapacita a una persona, como se liquida y se extingue una sociedad mercantil. La persona incapacitada necesita ante todo, comprensión. Como dijera Juan Pablo II: «Honrar a los ancianos supone un triple deber hacia ellos: acogerlos, asistirlos y valorar sus cualidades»²⁴ y la senectud que no es sinónimo de

²⁴ Juan Pablo II, Carta del Papa a los ancianos, Ciudad del Vaticano, 1999, en <http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos/magisteriojpii/cartas/ancianos.htm> consultado el 3 de mayo del 2005.

incapacidad²⁵, aunque sí pudiese ser una de sus causas, reclama un especial esmero en quienes tienen la noble misión de ser su sostén. De modo que, siguiendo el sentir de la profesora Kemelmajer de Carlucci: «Una ética y un derecho de la ancianidad exigen valorar al anciano por el hecho de ser hombre y por todo aquello de positivo que puede aportar al mundo posmoderno»²⁶. Son esos intereses los verdaderamente atendibles, merecedores de cualquier tutela jurídica en nuestra sociedad, y en los que nos ha hecho pensar la juez ponente de la sentencia. Vale entonces actuar de esta manera.

²⁵ Refiere la profesora argentina KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, «Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina ¿Hacia un derecho de la ancianidad?» en *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Libro Homenaje a la Profesora Dra. Olga Mesa Castillo, Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinadores), Rubinzal Culzoni, Mendoza, 2006, pp. 658-659, que en la jurisprudencia argentina se ha dejado claro que: «senectud o ancianidad normal no equivale a senilidad patológica. Si bien no siempre hay nitidez absoluta entre un supuesto y otro, porque puede darse una evolución del cuadro normal de ancianidad que coloque al sujeto en un estado límite cuya dimensión sea arduo fijar con precisión, es incontrovertible que la vejez, por sí, no es sinónimo de enfermedad, aun cuando implique disminución de facultades de la persona» (Cám. Nac. Civ. sala D, 22/6/1982, LL 1983-A-312, con nota de Méndez Costa, María J., Los ancianos en la legislación civil).

²⁶ Ídem, p. 674.