

Introducción a la Teoría General de la Apariencia Jurídica*

León Hirsch

Desde antaño, distinguidos autores se han planteado: ¿verdaderamente existe un principio general sobre apariencia jurídica? ¿Los casos en los cuales la apariencia prevalece sobre la realidad jurídica pueden formar una regla unitaria y compacta, un principio general con propia unidad y autonomía? ¿O estamos ante situaciones, supuestos aislados frente a la realidad palpable de que el Derecho sólo está para tutelar realidades y no apariencias?

No es nuestro propósito tomar posiciones ni, mucho menos, sumarnos a criterios inmutables, pero resulta útil expresar que en el mundo del derecho vivo hay situaciones envueltas en el velo de la apariencia que necesitan ser defendidas, pues en ellas está la confianza en el tráfico jurídico del ciudadano común, de ese tercero de absoluta buena fe que despliega en el comercio diario una honesta diligencia.

Ello no pretende significar que, si bien es posible que en determinadas circunstancias los actos realizados por el titular o representante aparente sean eficaces, pues el Derecho necesita esa confianza, exista doctrinalmente un principio general de la apariencia jurídica.

Sin embargo, pensamos que una teoría general de la apariencia brindaría solución a problemas impensados por el legislador de otro siglo.

Como acontece con toda figura estructurada por el Derecho, la "aparición jurídica" no constituye un fin en sí mismo, sino un medio adecuado para encauzar la protección de determinados valores e intereses sociales.

Teniendo en cuenta la diversidad de intereses socioeconómicos y valores que cada rama del Derecho informa y quiere proteger dentro de cada campo particular de la variada y conflictiva convivencia social, consideramos sumamente difícil ofrecer una formulación conceptual de la "aparición jurídica" que sea funcional y abarque todo el ordenamiento.

(*) Publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, año 100, nº 850 (Número Aniversario), noviembre 1997, pp. 177-190.

Por ello, comenzaremos por limitarnos a referir algunas ideas generales que permitan obtener una mayor aproximación al concepto de nuestra figura central.

La apariencia es el aspecto o parecer exterior de una persona o cosa.

En este sentido, aparente es lo que aparece y se muestra a la vista.

Tal es lo que pudiera llamarse la apariencia como cualidad física.

Aquí la apariencia supone la revelación de una realidad.

Pero también se habla de apariencia como de cosa que parece y no es. Y se dice aparente de algo que es contrario a la realidad. En este segundo sentido, la apariencia oculta la realidad.

Estas dos acepciones de la apariencia inciden en el campo del Derecho.

Las leyes tienen cuenta de la primera cuando, por ejemplo, acogen la teoría de las servidumbres aparentes (artículo 2976 del Código Civil), o cuando establecen que el vendedor no debe garantía por los vicios o defectos aparentes (artículo 2173 del Código Civil).

Pero no es este aspecto el que ahora interesa. El presente trabajo apunta en dirección a la apariencia engañosa en el campo del Derecho, es decir, a situaciones jurídicas falsas, a situaciones contrarias a la realidad jurídica.

Derecho aparente (en su acepción subjetivista) es un derecho puramente imaginario, un derecho que se cree existente, pero que no tiene ninguna base real. Lo mismo cabe decir de una situación jurídica aparente: situación de derecho imaginaria, que se cree que existe, pero que carece de base real.

Si derecho o situación jurídica aparente valen tanto como derecho o situación jurídica sin existencia real, ¿debe el Derecho Objetivo tener cuenta de entidades de este género? ¿Por qué y cómo un derecho o situación jurídica falsos pueden merecer la tutela del ordenamiento jurídico?

No es extraño el hecho de que en la vida de relación una persona pase ante los ojos de los demás como si fuera titular de un derecho o como si le correspondiera un estado jurídico que no tiene existencia real.

Si esta persona lleva a cabo un acto jurídico que implica a un tercero de buena fe, el acto será mantenido a veces y, en su caso, podrá ser opuesto al verdadero titular del derecho.

Tal afirmación no deja de producir asombro. Choca con alguno de los principios jurídicos que aparecen más sólidamente establecidos. Choca con el principio de la eficacia relativa de las convenciones (artículo 1195 del Código Civil), porque el titular verdadero del derecho debe respetar una operación a la que no ha consentido y puede quedar sujeto a una obligación nacida de un contrato al que él es extraño.

Está en contradicción con el principio de que nadie puede transmitir más derechos de los que él mismo tiene, porque el titular aparente va a transmitir al tercero de buena fe un derecho que pertenece a otro. Permite mantener un acto al que le falta uno de los elementos esenciales para su validez, con desprecio del principio de que lo que es vicioso en su origen debe serlo en todas sus consecuencias.

¿Cómo, pues, la apariencia engañosa va a producir tales efectos jurídicos?

No obstante la gran fuerza de las objeciones anteriores, la tutela jurídica de la apariencia debe ser admitida como algo que imponen las necesidades sociales por motivos poderosos de interés público y general.

Frecuentemente resulta difícil, cuando no imposible, conocer perfectamente la exacta situación jurídica de una persona o de una cosa, saber si lo que aparece al exterior se corresponde exactamente con la realidad. Y cuando todo el mundo piensa –y cuando todo permite pensar– que la situación aparente es la manifestación exterior de la situación jurídica real, no se puede hacer tabla rasa de una nueva situación creada sobre la base de dicha apariencia, sin atentar a la seguridad del tráfico jurídico ni a la libre circulación de la riqueza.

Si fueran siempre anuladas las operaciones hechas sobre la base de una situación aparente, se tendría el temor constante de que la situación aparente pudiera no corresponder con la situación real; y este temor colapsaría las negociaciones o, cuando menos, las dificultaría con muchas trabas. Y en definitiva el verdadero titular del derecho sufriría las consecuencias, porque nadie osaría tratar con él sin tomar grandes precauciones.

¿Y a dónde iría a parar la idea de rapidez y de facilidad en las negociaciones?

Este peligro no escapó a la previsión del legislador. A lo largo de nuestros cuerpos legales se pueden encontrar muchas reglas que dan estado jurídico a la apariencia.

El matrimonio putativo, la posesión de estado, la posesión en general, etcétera, se basan en la apariencia.

En el campo del Derecho de obligaciones, preceptos tales como el artículo 732 del Código Civil –relativo al pago hecho al que estuviere en posesión de un crédito–; el artículo 1468 del mismo Código –relativo a la transmisión de créditos que no han sido notificados al deudor–; el artículo 996, también del Código Civil –sobre los efectos en cuanto a terceros de la escritura hecha para desvirtuar otra escritura anterior–; los artículos 1966 y 1967 de dicho Código –sobre los efectos del mandato con relación a quien ignora sin culpa su extinción–; el artículo 3430 del Código Civil, reformado por la ley 17.711, –sobre los actos efectuados por el poseedor de la herencia, tenga o no buena fe, cuando ha obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento–; el artículo 1051 del Código Civil, con el agregado introducido por la ley 17.711, –sobre los derechos reales o personales transmitidos a terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sobre un inmueble que una persona ha llegado a ser propietario en virtud de un acto anulado–, no son sino algunas aplicaciones concretas de la teoría de la apariencia.

Y cuánto podría decirse sobre la aplicación de la teoría de la apariencia en el Derecho Comercial, fundado como está sobre el crédito y sobre la rapidez y facilidad de los negocios.

La circulación de los efectos de comercio, algunas formas del mandato mercantil –por ejemplo, los factores reciben de la ley un poder cuyo contenido se basa en la apariencia (artículo 138 del Código de Comercio)– el artículo 58 de la ley de sociedades que protege a los terceros que contratan con la sociedad, teniendo correctamente legitimado al representante de la misma en tanto la obligue en actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, nos dan buenos ejemplos de una aplicación legislativa de la teoría de la apariencia.

Nuestro Derecho positivo hace, pues, no pocas aplicaciones de la apariencia.

¿Cabría contemplar las soluciones del Derecho positivo desde un ángulo general que las abarcase a todas?

Esto sería útil. Se podría dar solución a no pocos problemas que presentan las relaciones jurídicas de hoy en día, en las que muchas veces se hará imposible la vida del Derecho si no se da un margen adecuado de salvaguarda a las operaciones montadas sobre una apariencia razonable.

Es evidente que la vida es más rica en problemas de lo que pueda ser la previsión del legislador. Este fenómeno se hace más agudo hoy día, en que se vive dentro de dos corrientes: la aceleración de la historia y el achicamiento del mundo.

Estas dos corrientes repercuten en la vida jurídica. La primera produce una multiplicidad creciente de operaciones; de la segunda deriva el que en una relación jurídica entren en contacto elementos dispersos, incluso en continentes distintos. Signo de nuestro día es la multiplicidad creciente y la internacionalización de las relaciones de Derecho.

Resultaría entonces importante considerar la apariencia jurídica como un problema general, para encontrar en la teoría de la apariencia soluciones de segundo grado cuando los textos positivos no arbitren otra manera de salir al paso de consecuencias irrazonables.

¿Cuál es la fundamentación jurídica de la teoría de la apariencia?

Se han dado varias explicaciones sobre el fenómeno de que el acto llevado a cabo por el titular aparente de un derecho o de un estado jurídico haya de ser mantenido en ciertas ocasiones, y que algunas veces pueda incluso ser opuesto al verdadero titular de aquel derecho o estado jurídico.

Algunos autores entienden que el titular aparente ha representado al verdadero titular o, por lo menos, que el titular aparente es el gestor oficioso del titular verdadero.

Esta explicación, a nuestro juicio, tropieza con dos objeciones. La primera es que el titular aparente no tiene en manera alguna la intención de representar al titular real ni de gestionar oficiosamente sus negocios. La otra objeción es que el titular aparente que hubiese representado o gestionado los asuntos del titular verdadero no debería quedar afectado por las consecuencias de la operación. Pero la cosa no es así; el titular aparente queda sometido a ciertas obligaciones.

No nos sirve, pues, la idea de la representación.

Otras veces se ha apelado a la noción de responsabilidad para explicar que el titular verdadero deba respetar el acto puesto en práctica por el titular aparente. Pero los partidarios de este punto de vista se muestran divididos en cuanto al fundamento de la responsabilidad que atribuyen al titular verdadero.

Para unos la responsabilidad del verdadero titular reposa sobre la idea del riesgo que supone ser el titular de un derecho. La vida social, se dice, impone riesgos a los hombres e impone el dar satisfacción a la necesidad de seguridad jurídica. El titular de un

derecho, que tiene el riesgo de perderlo, lo perderá cuando sea necesario proteger la seguridad de quienes han tratado con el titular aparente.

Para otros autores el bien social exige que todos los derechos se ejerciten; y quien no ejercita el derecho que le pertenece llega a cometer un verdadero abuso de Derecho. Luego es justo que sufra las consecuencias de este abuso soportando la pérdida de su derecho.

Estas teorías, a nuestro juicio, no pueden citarse más que como curiosidad. Solamente contienen artificiosas sutilezas. De materia verdaderamente jurídica no tiene más que el establecer una responsabilidad objetiva para todo titular de un derecho, por el mero hecho de serlo, que va mucho más allá de todos los fundamentos que la doctrina ha encontrado en dicha especie de responsabilidad. Porque quien es titular de un derecho no crea un riesgo para los otros; ni entra en juego la idea de que quien está a lo provechoso debe estar a lo incómodo que resulte de su actividad.

No falta quien haya explicado la teoría de la apariencia como basada en la culpa del titular verdadero. Se ha dicho que hay culpa cuando uno se descuida de ejercitar su derecho o cuando crea una apariencia engañosa.

Aquí haríamos un distingo. Si el derecho subjetivo es una facultad de la persona, su no ejercicio no puede entrañar culpa. El titular lo es de un derecho, no de una obligación, mas cuando el titular crea la apariencia engañosa sí comete cierta culpa capaz de generar su responsabilidad.

Pero este último supuesto es mucho más restringido que el ámbito de la teoría general de la apariencia. Explica los casos en que el titular verdadero crea o coadyuva a crear la apariencia engañosa. Pero son muchas las ocasiones en las que el titular verdadero no interviene en la creación de la apariencia. Por eso la idea de culpa no sirve para explicar una teoría general sobre la apariencia.

Desde nuestra óptica, los efectos jurídicos de la apariencia se justifican por la doble necesidad de seguridad y de facilidad en las transacciones. Y la protección de la apariencia se pone al servicio tanto del titular verdadero como de quien actúa de buena fe.

La teoría de la apariencia da seguridad al titular verdadero porque, sin la protección de la apariencia el titular se vería a veces inquietado ante la dificultad de justificar cumplidamente la existencia plena de su derecho. Por esto la protección de la posesión –apariencia– está establecida como medio de proteger al propietario.

La protección de la apariencia sirve también, desde el punto de vista del titular verdadero, para facilitar las transacciones porque, como señalamos anteriormente, sin esa protección los terceros no osarían entablar relaciones jurídicas con el titular, sin las trabas que supone el exigir a éste una justificación cumplida de su derecho.

Y desde el punto de vista de quien establece una relación jurídica basada en la apariencia, es obvio que la protección que se dispensa a ésta da la seguridad necesaria y facilita las transacciones.

En definitiva, la teoría de la apariencia se puede basar en la protección de la buena fe. La buena fe merece protección jurídica aunque esté basada en el error, si se trata de un error común. Esta idea es la que se expresa con el adagio error *communis facit ius*.

¿Cuándo podrá aplicarse la teoría de la apariencia?

Para que entre en juego la teoría de la apariencia será menester que estén reunidos los elementos que permitan configurar como aparente la situación jurídica de que se trata, es decir, que se esté en presencia de una situación de apariencia jurídica.

Por otra parte, para que el acto basado sobre la apariencia pueda ser protegido e incluso opuesto al titular verdadero, es preciso que tenga cierto carácter, porque no todos los actos basados sobre la apariencia son susceptibles de protección en contra del verdadero titular.

Consecuentemente, la teoría de la apariencia se aplicará cuando se encuentren reunidas las dos condiciones siguientes:

- 1º)** que haya constituida una situación de apariencia jurídica;
- 2º)** que el acto basado sobre la apariencia tenga un carácter que lo haga digno de la protección jurídica, incluso a expensas del titular verdadero.

Veamos entonces las dos condiciones enunciadas.

La primera de ellas, es decir, la situación de apariencia jurídica resulta de la suma de dos elementos. 1º) Un elemento material que tenga todos los signos exteriores de la situación verdadera; y 2º) un elemento moral o psicológico, constituido por el error que se comete a la vista de la situación exterior.

Respecto del elemento material de la apariencia, debemos destacar para su análisis que la teoría de la apariencia está esencialmente fundada sobre una situación exterior objetiva. El titular aparente del derecho o del estado jurídico debe ejercer de hecho las prerrogativas inherentes a la situación de derecho. Esta situación exterior puede manifestarse de distintas maneras y debe presentar determinados caracteres.

¿Cuáles son los modos de manifestarse la apariencia?

La apariencia puede derivar de una medida de publicidad, de un acto jurídico o de meras situaciones de hecho.

La publicidad tiene un gran papel en la teoría de la apariencia. Quienes contratan confiados en una situación jurídica que es objeto de una medida de publicidad pueden más tarde encontrarse con un verdadero titular que no es la persona con quien ellos contrataron.

Esta clase de publicidad, según las diversas legislaciones, opera de doble manera: manteniendo –mediante ciertas condiciones– las consecuencias jurídicas de las situaciones que publica, y desconociendo efectos jurídicos a las situaciones reales que no se lleven a estas instituciones de publicidad.

También existen manifestaciones externas a las que la ley atribuye virtualidad suficiente para producir los efectos de una publicidad ostensible, sin necesidad de que estén registradas. Tales son la venta realizada en un negocio abierto al público, cualquier especie de venta pública, la operación realizada por el factor mercantil, etcétera.

Ciertas cosas llevan también en sí mismas una especie de virtud publicitaria en provecho de su tenedor. Así son las cosas muebles en general, cuya posesión equivale al título, los resguardos emitidos por los depósitos, los efectos al portador, etcétera.

Antes señalamos que otro de los modos de manifestarse la apariencia es a través de los que se basan en un acto jurídico. Ocurre a veces que se encuentra una situación de apariencia basada en un acto jurídico cuya validez no es más que imaginaria. Y que terceras personas otorguen otros actos jurídicos sobre la base de aquellos actos que no son válidos.

Son actos jurídicos aparentes aquellos que se basan en un consentimiento aparente. También lo son aquellos cuya apariencia radica en el propio título.

Puede ser que el acto jurídico que sirva de fundamento a una situación aparente no haya sido objeto de un consentimiento real. Tanto puede ser que el consentimiento de su autor esté viciado como, incluso, que no haya existido.

En general hay que admitir que no puede servir de base para la aplicación de la teoría general de la apariencia un acto jurídico con vicio en el consentimiento. El ordenamiento jurídico hace prevalecer la voluntad real sobre la voluntad declarada. El consentimiento viciado entraña la nulidad del acto y si declara la nulidad del acto, esta nulidad

arrastra en su caída, como norma general, a las situaciones jurídicas creadas sobre el acto aparente.

Otro supuesto de consentimiento aparente es el del acto simulado. En él no existe el consentimiento.

Cuando se trata de un consentimiento simulado la solución debe ser diferente de cuando hay consentimiento viciado. En los casos de vicio en el consentimiento, la disconformidad entre el consentimiento aparente y el consentimiento real se produce contra la voluntad del sujeto. En cambio, el consentimiento simulado es una situación querida por el sujeto del acto jurídico. Aunque continúe siendo el titular real, por crear la situación simulada, debe soportar los riesgos de la apariencia que él ha creado voluntariamente. Y el Derecho hará prevalecer en detrimento suyo los intereses del tercero de buena fe que creyó verdadera la situación simulada.

El consentimiento puede ser también inexistente, en el caso de un documento que refleja un acto jurídico aparentemente regular, sin que de hecho quien aparece como su autor haya prestado el consentimiento que el documento pretende revelar. El sujeto del acto jurídico es en realidad extraño al acto que se le imputa. No ha consentido el acto en manera alguna: se ha imitado su firma.

Otras veces, sobre un acto original, sobre una operación consentida realmente, se ha aumentado la cifra verdadera. La falsificación no afecta a la firma, sino al contenido de la declaración de voluntad.

Hay que admitir el principio general de que el título falso no puede crear una situación de apariencia protegida en contra de la persona cuya firma se imitó. Y también que el firmante queda obligado sólo por la cantidad o por las declaraciones que verdaderamente consintió.

Sin embargo, este principio no debe llevarse a ultranza en cuanto afecta a los títulos mercantiles destinados a la circulación. Podría dificultarse el tráfico.

En materia de efectos destinados a la circulación comercial, podrá aceptarse cierta flexibilidad en provecho del interés público, que supone el no obstaculizar la marcha de las operaciones.

Éste es un punto de vista que ha tenido amplia acogida en la jurisprudencia francesa.

Nuestros tribunales, en cuanto al pago de cheques con firmas falsificadas, admiten, con ciertas reservas, la teoría de la apariencia jurídica. Si no acepta la validez del pago

hecho sobre un efecto aparente es porque retiene la culpa o negligencia de los empleados del banco pagador.

Claro es que la teoría de la apariencia sobre este punto habría de ser recogida muy restrictivamente para impedir que los bancos se abandonaran a una ligereza perjudicial para las personas que han depositado fondos, confiadas no sólo en la solvencia económica, sino también en la solvencia moral y en la competencia de estas entidades de crédito.

Según nuestro criterio, podrá darse acogida a la teoría de la apariencia siempre que concurran los siguientes requisitos:

- 1º)** que el banco tenga un registro de firmas auténticas de sus cuentacorrentistas;
- 2º)** que los empleados hayan controlado la firma del cheque puesto al cobro mediante un cotejo inteligente con la firma auténtica;
- 3º)** que la firma falsa haya sido imitada con un grado tal de perfección que el control anterior, llevado a cabo diligentemente, no pudiera acusar normalmente la falsedad de la firma, porque para ello hubiesen sido precisos reconocimientos periciales practicados por personas dotadas de conocimiento y experiencia especiales en la materia.

Una situación aparente puede que se revele, como hemos dicho, por un título del que tienen cuenta los terceros contratantes. Para que ese título pueda constituir una fuente de apariencia, es preciso que sea aparentemente regular, es decir, que contenga todas las menciones que sean necesarias para su regularidad externa.

Aquí cabría encuadrar uno de los supuestos de la apariencia más estudiados: los actos realizados por el heredero aparente, es decir, por quien se vale de un testamento falso –pero que contiene todos los signos externos de ser un acto regular–, de un testamento nulo cuya irregularidad no es evidente o de una declaratoria de herederos porque el juez ignoró la existencia de más herederos o de un testamento válido en favor de otra persona.

La teoría general de la apariencia podría cobijar los casos previstos por el Derecho legislado y facilitar la solución justa a situaciones no pensadas por el legislador.

Expresamos antes que la apariencia puede resultar también de una mera situación de hecho.

A veces la apariencia se produce sin necesidad de una medida de publicidad ni de un título. Puede resultar de una mera situación de hecho. Tal es el caso del matrimonio de hecho, cuando los sujetos pasan por el concepto público como casados.

La apariencia –en su estricta consideración de situación material– no llega a producir efectos jurídicos por la sola existencia de alguna de las formas expuestas: medida de publicidad, actos jurídicos o situación de hecho. Es menester que se trate de una apariencia que presente cierta solidez; que sea persistente, no ocasional o fugaz; que sea notoria, que aparezca exenta de contradicción.

El segundo de los elementos configurativos de la situación de apariencia jurídica es, como expresáramos, el moral o psicológico.

Cuando la apariencia se manifieste de cualquiera de las formas que han quedado expuestas –medida de publicidad, acto jurídico o mera situación de hecho– y con los caracteres de persistencia, notoriedad y falta de contradicción, tendremos los elementos que integran el soporte objetivo de los efectos jurídicos de la apariencia. Pero estos efectos no se producirán si faltan ciertos requisitos subjetivos que constituyen lo que puede llamarse el elemento moral o psicológico de la apariencia.

El elemento psicológico de la apariencia se produce cuando el elemento material de la apariencia crea una situación de error. Situación de error que ha de ser doble: un error común, más un error individual en la persona que haya tratado con el titular aparente.

Estos dos errores son indispensables. Tanto si falta el error como si falta el error individual, los efectos jurídicos de la apariencia no tendrán lugar.

Pero no debe decirse que se trata de dos errores independientes. Porque el error individual encuentra su fuente en el error común. Quien trata con el titular aparente, por regla general será uno de los componentes del grupo social afectado por el error común. Por su participación individual en el error común o colectivo, acepta destacarse del grupo que tiene la misma convicción que él y tratar jurídicamente con quien ninguno ha puesto en duda que sea el titular real de un derecho o de una situación jurídica.

El error común es la creencia general de que el titular aparente es el titular real del derecho o de la situación jurídica de que se trata.

Las notas que caracterizan el error común son: que sea un error general y que sea un error justificado.

Que sea un error general quiere decir que sea un error que todo el mundo comparta, si se toma esta afirmación con las limitaciones con que el buen sentido comprende esta vulgar, pero expresiva fórmula.

El ámbito del círculo social a que corresponde ese "todo el mundo" variará según las circunstancias de hecho que rodeen a la situación material de la apariencia y según la naturaleza del derecho o situación jurídica de que se trate.

No se ha de exigir que, aun dentro del círculo donde deba extenderse el error común, éste alcance de una manera absoluta, sin excepción alguna, a todos los individuos. La circunstancia de que pueda haber algunas personas particularmente bien informadas no basta para desvanecer el error común. Muchas veces el titular aparente no compartirá el error común, que él mismo habrá creado deliberadamente. Y sin embargo, aun cuando el titular aparente conozca la situación real, habrán de producirse los efectos jurídicos de la apariencia.

El error, además de general –en el sentido expuesto–, habrá de ser justificado.

Esto no quiere decir que haya de ser un error invencible, del que no haya manera humana de salir, o en el que se haya caído después de agotar todas las medidas de prudencia que quepan dentro de la humana previsión.

Pero tampoco ha de ser un error en el que se incurra con ligereza. Ha de tratarse del error en que incurre un hombre razonable, al que debe exigirse una diligencia más exquisita que la de uso normal en las relaciones de la clase de que se trate. Por ejemplo, el uso social no es conforme a exigir de toda pareja que se presenta y comporta como matrimonio la presentación de una certificación de su estado civil.

Todos tenemos por casados a muchos que nos rodean, sin constarnos si realmente lo están, y a veces nos sería posible averiguar que estábamos en error, pero el uso social no va bien con escudriñar la documentación ajena en circunstancias normales.

Por lo que se ha expuesto se verá que la delimitación del error general no puede hacerse con una fórmula que claramente sitúe dentro o fuera cualquier especie de situación.

Habrà de atender a las circunstancias de cada caso y emplear un criterio flexible para investigar en cada situación si se dan o no las notas o caracteres del error común. No servirá para ello la lógica pura o lo matemático que trate de ver si conviene a cada caso un concepto apriorístico, sino la lógica humana o razonable, que será más o menos exigente al compás de las relaciones humanas que rodeen la operación tratada sobre la base de esa apariencia.

En caso de litigio, serán los tribunales los que habrán de decidir, como una cuestión de hecho, si se está en presencia de un supuesto de error.

¿Cuál es el objeto del error común? ¿Ha de consistir en un conocimiento equivocado de los hechos? ¿Puede consistir en un error de derecho?

El error de hecho no presenta ningún problema especial en orden a constituir el objeto del error común. Toda la teoría jurídica sobre el error ha sido construida sobre el error de hecho. Los juristas clásicos tomaron en consideración el conocimiento equivocado sobre las circunstancias de hecho que sirven de base para prestar un consentimiento al que se anudan unos efectos jurídicos.

El error de Derecho, en cambio, no era tomado en consideración. Todo el mundo se reputaba obligado a conocer el derecho. Quien no lo conociera estaba en falta. Y un error no podía servirle de excusa.

Este postulado, empero, comenzó a resquebrajarse ante la realidad de que en los tiempos modernos el Derecho ha llegado a ser una materia extraordinariamente compleja y difícil. Demasiado para poder pensar seriamente que todo el mundo debe conocerlo.

Es una realidad que quienes hacen del Derecho profesión no lo conocen en todas sus ramas ni en la particularidad de todas sus disposiciones. Incluso dentro de las profesiones profundamente especializadas en una rama, ¡cuántas dudas y variaciones se suscitan! ¿Por qué, si no, las diferentes instancias que caben en los procesos, donde cada día se revocan resoluciones de jueces doctos porque otros jueces oficialmente más doctos que los primeros tienen distinta idea sobre el Derecho? Y si cada día caen en error de derecho quienes son sus definidores oficiales, ¿cómo se puede exigir de cualquier persona el conocimiento de esta materia escurridiza y difícil, que nadie llega a poseer, pese a largos años de mediaciones y estudios especializados?

Por esto, se ve muy resquebrajado el principio de que el error de derecho es inoperante. Ha perdido su carácter de dogma. Y en el estado actual del pensamiento jurídico, se propende a aproximarlo al error de hecho y a considerar que el error de derecho puede producir efectos análogos al error sobre las circunstancias de hecho.

¿Cuándo, pues, el error común podrá tener por objeto el Derecho?

El error común o error colectivo podrá versar sobre el derecho cuando el grupo social afectado por el error tenga un *communis opinio* persistente y seria sobre un punto de derecho. No hay que olvidar que las leyes deben ser en realidad la traducción sensible de las convicciones jurídicas del grupo social al que han de regir.

Es lógico, pues, que el error común podrá versar sobre materia de Derecho cuando constituya la *communis opinio* jurídica en el medio social afectado por el error.

La carga de probar la existencia del error común pesa sobre la parte que pretenda prevalecerse de él.

Su apreciación quedará al discreto arbitrio de los tribunales.

Podrá probarse por cualquiera de los medios de prueba autorizados por las leyes, siempre que sean útiles para llevar a la convicción del juez la existencia del error común con los caracteres ya expuestos, es decir, que se trata de un error general y justificado.

Hemos señalado anteriormente que para que la apariencia jurídica pueda producir efectos, es preciso que el error común esté compartido por la persona que intente prevalecerse de la situación aparente.

Esta persona deberá ser un tercero de buena fe; y no haber incurrido en culpa.

Sólo los terceros que actúan de buena fe pueden sacar provecho de la apariencia. Y son terceros de buena fe quienes sinceramente creen en la realidad de la situación aparente.

Este estado anímico del sujeto –error subjetivo– sería muy difícil de establecer si se exigiera probar tal circunstancia. Pero el sujeto queda aliviado por la regla de que la buena fe siempre se presume. El tercero se ve favorecido, pues, por una inversión de la carga de la prueba.

Sin embargo, él tendrá que probar la existencia del error común. Mas una vez demostrado que existe un error común, lo más probable es que el tercero lo comparta.

Al servicio de esta probabilidad de orden lógico, está la regla de presumir la buena fe. Quien alega un supuesto de excepción individual dentro de la regla general de que el error alcanza a todo el mundo, tendrá que probarlo.

Cuando el tercero tenga conocimiento de la situación jurídica verdadera no podrá sacar beneficio de la teoría de la apariencia. Esta teoría, que en todo caso no constituye más que una medida de excepción necesaria para proteger la buena fe en el tráfico jurídico, no debe otorgar amparo tampoco a quien tenga duda sobre la veracidad de la situación aparente.

La teoría de la apariencia no debe salvar más que a los verdaderamente limpios de corazón. Los que hayan de pasar por el purgatorio no podrán acogerse a los efectos de la apariencia.

Como ya indicáramos más arriba, para que el tercero pueda prevalerse de su buena fe no basta que haya creído en la realidad de la situación aparente; hace falta, además y sobre todo, que su error sea excusable, es decir, que no haya habido por su parte culpa o negligencia.

Ya hemos dicho que la teoría de la apariencia no puede servir para salvar a quien tenga duda sobre la veracidad de la situación aparente, pero todavía hay un punto más. Al tercero se le exige el empleo de cierta diligencia, porque como ha dicho un autor francés: "la teoría de la apariencia no es una tabla de salvación para uso de los negligentes y de los aturdidos, sino una protección reservada para las víctimas de una creencia legítima".

La fórmula de que la teoría de la apariencia es una protección reservada para las víctimas de una creencia legítima encierra la necesidad de una conducta diligente por parte del tercero.

El tercero ha caído en el error; pero esto no le bastará para salvarse. Es preciso que haya obrado con la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, para no incurrir en el error.

Así, la teoría de la apariencia no cubrirá a aquel a quien pueda reprochársele el no haber tomado precauciones suficientes –según lo que es de uso en la operación y circunstancias del caso– para tratar con el titular aparente.

No se protegerá tampoco a quien haya contratado en circunstancias sospechosas. Ni a quien se hubiera podido dar cuenta de la falsedad del título aparente si lo hubiera examinado con una atención normal, en lugar de operar con demasiada precipitación.

El tercero que tenga una duda debe proceder a una comprobación, siempre que tenga medios a su alcance.

Toda esta materia no puede encerrarse dentro de una fórmula rígida. Son las circunstancias particulares de cada caso concreto las que permitirán a los tribunales discriminar si hay negligencia por parte del tercero.

Un requisito esencial que la teoría de la apariencia exige del acto llevado a cabo por el titular aparente es su carácter oneroso.

Sólo a los actos onerosos –nunca a los actos a título gratuito– se aplica la protección que puede dispensar la teoría de la apariencia.

En los actos a título oneroso se ha de producir el sacrificio del titular verdadero –si se aplica la teoría de la apariencia– o el sacrificio del tercer adquirente –si la apariencia no juega–.

Pero cuando el acto realizado por el titular aparente es un acto a título gratuito con el que el tercero se lucra, sin ningún sacrificio por su parte, no hay razón para imponer un sacrificio al titular verdadero. El tercero no perderá nada, aunque nada gane. Y así el Derecho operará sin que nadie se sacrifique.

La onerosidad constituye una exigencia definitiva que tiene la teoría de la apariencia para con el acto del titular aparente. Se trata de un requisito meramente objetivo. Nada se exige del titular aparente. Ni siquiera su buena fe. Ya hemos dicho, con anterioridad, que muchas veces el titular aparente puede estar al corriente de la situación real. Pero esto no obsta a que el tercero que contrata con él, de buena fe y a título oneroso, obtenga la protección que le dispensa la teoría de la apariencia.

El Derecho positivo recoge la necesidad de que el acto del titular aparente sea oneroso cuando protege supuestos concretos que pueden basarse en la teoría de la apariencia. Así, el supuesto contemplado en el artículo 1051 del Código Civil.

A esta altura cabe el siguiente interrogante: ¿cuáles son los efectos de la apariencia?

El efecto esencial de la apariencia es el mantenimiento de un acto jurídico irregular. La apariencia permite salvar de la nulidad un acto jurídico.

En este sentido, la apariencia desempeña un papel creador.

La apariencia de un derecho o de una situación jurídica produce los mismos efectos que el derecho o la situación en cuestión. Luego, crea derecho. La apariencia crea derechos subjetivos, pero no desempeña ningún papel en la creación del derecho objetivo. Frecuentemente el efecto de la apariencia se limitará al mantenimiento del acto jurídico, sin otra consecuencia entre las partes interesadas. Por ejemplo, el acto jurídico llevado a cabo por una persona aparentemente capaz cuando en realidad no lo es o el acto autorizado por un funcionario nombrado irregularmente subsistirán a pesar del vicio que los afecta.

Pero será más frecuente que el mantenimiento del acto llevado a cabo por el titular aparente se haga a expensas del verdadero titular. Hace falta, pues, precisar las relaciones que se pueden producir entre el verdadero titular y el tercero de buena fe. También se examinarán las relaciones del titular aparente con el titular verdadero y las relaciones del titular aparente con el tercero de buena fe.

Veamos entonces, en primer lugar, las relaciones entre el titular verdadero y el tercero de buena fe.

El tercero de buena fe podrá oponer al titular verdadero el acto llevado a cabo por el titular aparente. El propietario, el heredero, el acreedor verdadero tendrán que respetar el acto llevado a cabo por el titular aparente.

El verdadero titular del derecho no podrá pretender que se anule la operación ni mediante el reembolso al tercero de las sumas que éste haya entregado al titular aparente.

La teoría de la apariencia produce, pues, una verdadera expropiación al titular verdadero. Éste no podrá más que accionar contra el titular aparente con una pretensión de resarcimiento por la pérdida de su derecho.

En cuanto a las relaciones entre el titular verdadero y el titular aparente, por sí misma la apariencia no produce ningún efecto.

Así, un mandatario aparente no puede pretender de su pseudo-mandante que cumpla con las obligaciones propias de un efectivo contrato de mandato. Una concubina no puede pretender de su pseudo-marido el cumplimiento de todas las obligaciones inherentes al estado matrimonial.

Sin embargo, hay ciertas relaciones jurídicas entre el titular verdadero y el titular aparente que no están fundadas en la apariencia, sino que dependerán de la buena o mala fe del titular aparente.

Son, pues, efectos jurídicos derivados de la buena fe y no de la apariencia.

En orden a las relaciones entre el titular aparente y el tercero de buena fe, la teoría de la apariencia juega para dar a la operación jurídica llevada a cabo entre el titular aparente y el tercero, los mismos efectos que tendría la operación jurídica realizada por el titular real.

La teoría de la apariencia, con la protección que dispensa al tercero de buena fe, legitima la actuación del titular aparente.

Cuando en la operación llevada a cabo por el titular aparente no concurren los requisitos necesarios para que funcione la teoría de la apariencia, según quedó expuesto, el tercero se verá desprovisto de todo derecho ante las reclamaciones del verdadero titular.

Como hemos expuesto, esta teoría encuentra ante sí un conflicto de derecho: el derecho del titular verdadero y el derecho de quien ha contratado de buena fe creído de la realidad de lo que no es más que apariencia.

El conflicto habrá de resolverse con el sacrificio de una de las dos partes.

Un criterio rigorista, que no tenga otra base que los conceptos jurídicos, sacrificará al tercero, quien no ha tratado sobre ninguna base jurídica real y, consecuentemente, se entenderá que no ha adquirido derecho alguno.

Un criterio más humano, a nuestro juicio más razonable, no dejará de tomar en consideración que las reglas del derecho no se han de aplicar fríamente a una relación abstracta, sino que son reglas pensadas para la convivencia social.

Y en el concierto de la vida social, no puede hacerse una separación tajante de los protagonistas de una operación jurídica.

Esta operación estará impregnada de un fondo social. Y no interesa sólo a sus protagonistas. En mayor o menor medida interesa a todo el grupo social. Porque la operación jurídica es un fenómeno que se produce como un hecho que acaece al lado de otros hombres, que no están implicados directamente en la operación, pero que tienen que tener más o menos cuenta de ello como de algo que existe.

Las operaciones jurídicas tienen una dimensión en el tiempo y otra dimensión en el espacio. Tienen una biología. Tienen un ciclo con un período de auge –que suele estar polarizado en torno al momento de su perfección– y un período de decadencia más o menos pronunciada, hasta que acaba de producir todos sus efectos.

Suelen padecer enfermedades: el incumplimiento de los efectos propios de las operaciones jurídicas constituye su patología; el proceso y la ejecución forzosa son como su terapéutica. En su existencia pueden generar nuevas operaciones jurídicas. Se reproducen, pues, como los seres vivos.

Las operaciones jurídicas tampoco se presentan aisladas. Coexisten con otras operaciones que se producen en el seno de un grupo social. Esta coexistencia forma un fondo armónico.

Y así como no lleva al conocimiento completo del hombre la disección anatómica, que no es sino un procedimiento que proporciona datos para conocer uno de sus aspectos, al jurista no puede bastarle el análisis frío de la operación jurídica. Tiene que considerarla impregnada de vida. Y coexistiendo con otras operaciones en un mismo fondo social. En una palabra, una operación jurídica no puede escindirse completamente de

las que le sirven de antecedente, de las que son su consecuencia ni del fondo jurídico social en que se desarrolla.

El método del conceptualismo jurídico lleva a la negación de la teoría de la apariencia. El método de la interpretación razonable del Derecho no la rechazará de plano. Tendrá cuenta de las circunstancias de cada conflicto de intereses, para decidir si debe prevalecer el del verdadero titular o el del adquirente de buena fe.

La teoría de la apariencia intenta, pues, resolver un problema de estimativa, de axiología jurídica.