



UMC
UNIVERSIDAD
MIGUEL DE CERVANTES

ESCUELA DE DERECHO

LA TEORÍA DE LA APARIENCIA EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Integrantes: Silvia Andrea Estrada Díaz

Profesor Guía: Alejandro Alarcón Quinteros

Santiago, Chile 2023

“Sírrete de lo aparente como indicio de lo inaparente”.

Solón de Atenas (640 A.C.-558 A.C.) Legislador griego

Decidí dedicar la presente tesis a todos quienes de una u otra forma, han sido parte de este proceso de estudio y de este periodo de mi vida, en que muchas veces, a pesar de lo difícil, me apoyaron de manera activa e incondicional, a mi gran amiga Érica Cerda, así a mi pareja, mi hijo, mis amigos Tania, Roberto y Florinda también a Don Julián Miranda y Don Omar Pérez, y a quienes ya no están aquí para compartir mi alegría...

A mi querido Tito, quien me acompañó incondicionalmente en mis largas noches de estudios.

Agradecimientos a nuestros profesores de universidad y en especial a Don Alejandro Alarcón Quinteros de quien además de guiarme en la presente tesis, me enseñó durante el año, a ver más allá de la letra para llegar al espíritu del Derecho.

ÍNDICE

Dedicatoria	03
Agradecimientos	04
Índice	05
Abreviaturas	08
Presentación	09
Introducción	10

CAPÍTULO I: APROXIMACIÓN A LA “TEORÍA DE LA APARIENCIA”

1.1.	Evolución histórica de la doctrina de la 'apariencia'	14
1.2.	Concepto	20
1.3.	La Teoría de la apariencia en el derecho civil chileno	23
1.4.	Supuestos de la Teoría de la Apariencia	28
1.5.	La protección de la apariencia jurídica	29

CAPÍTULO II: APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA APARIENCIA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL

2.1.	Situaciones de apariencia en el derecho chileno	31
2.1.1.	El heredero aparente	31
2.1.2.	El acreedor aparente	37
2.1.3.	Matrimonio putativo o aparente	40
2.1.4.	Mandato aparente	41
2.1.5.	Guardador aparente	42
2.2.	Instituciones jurídicas y teoría de la apariencia	44
2.2.1.	Teoría de la apariencia y el error común	44
2.2.2.	La teoría de la apariencia en relación con la buena fe	52
2.2.3.	La teoría de la apariencia en relación con la simulación	57

CAPÍTULO III: LA TEORÍA DE LA APARIENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

3.1.- Generalidades	61
3.2.- Caso argentino	62
3.3.- Caso mexicano	71

CAPÍTULO IV: COMENTARIOS SOBRE LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA APARIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

4.1. Resumen	76
4.2. Antecedentes de hecho	77
4.3. Fundamentos jurídicos: recepción de la tesis de ‘apariencia’	78
4.4. Reflexión final	84
Conclusiones	85
Bibliografía	87

Abreviaturas

ART: Artículo

Cfr: Confróntese con

DL: Decreto Ley

Ibídem o Íbid: Lo mismo que la cita anterior

Loccit: Misma página y autor que la cita anterior

Op. Cit: opinión citado en

SS: siguientes.

C.C.: Código Civil

PRESENTACIÓN

La presente memoria tiene por objeto describir y analizar la Teoría de La Apariencia, enmarcada en el ámbito del Derecho Civil Chileno. Sobre el particular, este trabajo, procura el reconocimiento de dicho principio en tanto, sirve como una herramienta necesaria para determinar la existencia de derechos que, si bien fueron adquiridos en base a presupuestos que adolecen de algún vicio o error, al basarnos esta teoría y junto a otros elementos, instituciones y principios generales del derecho, proporciona los fundamentos que permitirán amparar dicha situación jurídica. Para ello, se analiza la Teoría de la Apariencia y su aplicación en la legislación civil.

Para el cumplimiento de los fines investigativos, se pretende identificar todas las instituciones que informan y se amparan en dicha teoría, explicar cuáles son sus fundamentos y fines, de cómo el legislador a través de diferentes herramientas jurídicas, busca proteger ciertas situaciones de hecho y ampararlas en el derecho como certeza jurídica.

Para el cumplimiento de los fines investigativos, se utilizó el método analítico-dogmático, en armonía con las fuentes normativas y legales consideradas para el estudio de la 'doctrina de la apariencia' en nuestro medio jurídico.

Finalmente, esta presentación aspira a establecer una suerte de compendio jurídico de consulta que haga más fácil comprender dicha teoría e identificarla a través de instituciones concretas en sede civil.

Palabras claves: Derecho civil - teoría de la apariencia - buena fe - situación jurídica de apariencia.

INTRODUCCIÓN

La doctrina de la apariencia del derecho, es una teoría de larga data en el pensamiento jurídico. No obstante, se trata de un principio de difícil precisión y escaso tratamiento en la literatura jurídica nacional y comparada que, además suele confundirse con otros institutos del derecho, tales como la buena fe objetiva, o el error común. Ello, impulsa el interés investigativo del presente trabajo, en orden de sistematizar los principales elementos que contribuyen a la discusión en torno a este tema.

Sumado a lo anterior, los límites de ésta no están claros, pues si bien existen antecedentes de aquella en el Derecho Romano, con la intención de corregir las arbitrariedades que pudiera sufrir un tercero que está de buena fe en un acto o contrato que creyó real. Todo cuanto se denomina bajo la idea de la carencia de protección en el *iuscivilis* de una situación concreta. El antecedente inmediato en el derecho moderno, estaría tratado en la noción de seguridad jurídica de Von Ihering. Estas distintas perspectivas de asumir el desarrollo de la “Doctrina de la apariencia”

han influido en la imprecisión que rodea a todo el enfoque y que, no es exclusivo del derecho chileno, sino que se extiende también al derecho internacional.

A partir de lo anterior, surgen una serie de preguntas aplicables al caso chileno: en cuanto a la conceptualización de la noción Teoría de la Apariencia, a su interpretación por parte de la doctrina, a su recepción por la jurisprudencia y de cómo se observa. Tales inquietudes, nacen a partir del hecho de que existe una variada doctrina, que resulta aplicable a distintas ramas del derecho, figuras e instituciones jurídicas, pero siempre de forma tácita.

En consecuencia, este trabajo intenta una sistematización del concepto, considerando el análisis de la norma y las fuentes secundarias de información. Además, así lo han reforzado autores de gran trascendencia en el estudio del tema como es del caso del tratadista italiano Angelo Falzea, cuando indica: *“La definición teórica de la categoría y la construcción de la institución jurídica correspondiente deben realizarse al amparo de las normas de nuestro derecho positivo en las cuales se prevén y regulan, con seguridad, fenómenos de apariencia, y con el sostén de la elaboración doctrinal y jurisprudencial que han permitido debatir en torno del principio y su ámbito de aplicación, de su casuística y sus problemas principales. Solo con extrema cautela, hay que advertirlo de inmediato, se pueden invocar las investigaciones y teorías de la doctrina alemana. En efecto, aunque tales investigaciones y teorías han permitido identificar el sistema de intereses que constituye la base de la institución, ellas han confundido también, muchas veces, a los intérpretes del derecho italiano, que no han tenido en cuenta, como es debido, las profundas diferencias que dividen y oponen el ordenamiento alemán y el nuestro”*.¹

Citando a Fernández del Castillo, podemos definir la Teoría de la apariencia jurídica como aquella situación que existe cuando *“la ley, para proteger al tercero de buena fe, le da valor a una situación o actuación jurídica que se contrapone con la realidad”*.² De esta aproximación general al concepto, se desprende que se trataría de una situación fáctica que puede aplicarse a distintas ramas del Derecho. Además de otros requisitos materiales y psicológicos, que son propios de la apariencia jurídica,

¹ FALZEA, A. *El principio jurídico de la apariencia* (s.f.). (p. 4) Recuperado el 29 de agosto de 2023, de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656158009>

² FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Bernardo Pérez “Derecho registral”. México, Ed. Porrúa, 2007, p.81.

por tanto, esta apariencia debe ser idónea para suscitar en los terceros la confianza o la representación mental de que dicha apariencia se corresponde con la realidad.

La positivización de la apariencia en el derecho civil, ha sido recepcionada en distintas normas, dentro de las cuales, la mayor parte de la doctrina está conteste en señalar los artículos 1490, 1491, 1576, 1739, 2117, 2303 y 2468, entre otros, aunque ninguno de éstos la reconoce de forma expresa.³ Es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso del matrimonio putativo, en materia hereditaria, en relación al heredero aparente, respecto de la presunción de dominio de que goza el poseedor, a propósito de las acciones posesorias, en materia de resolución por no pago del precio en la compraventa y pacto de retroventa en relación a terceros poseedores de buena fe, en materia de arrendamiento cuando el arrendador creyó erróneamente que podía arrendar la cosa, ante la inoponibilidad derivada de la falta de formalidades de publicidad, etc.⁴

La evolución del pensamiento jurídico en relación a la apariencia, ha sido un proceso que registra una larga historia. Es lógico que durante la construcción del concepto, se haya recurrido a fundamentos como la culpa, el error, la buena fe, siendo necesario precisar los elementos que componen esta institución.

Las aplicaciones jurisprudenciales de la teoría de la apariencia son innumerables: propiedad aparente, heredero aparente, mandato aparente, capacidad aparente, y casi no hay sector del derecho en que no se la haya invocado.

³ Otros artículos que hacen referencia a la apariencia en relación a la buena fe engañada por las apariencias, los podemos encontrar en el matrimonio putativo (Art. 122), en materia hereditaria (Art. 1267), respecto de la presunción de dominio de que goza el poseedor (Art. 700), a propósito de la acción reivindicatoria (Art. 1490), en materia de resolución por no pago del precio en la compraventa (Art. 1876), en el pacto de retroventa (Art. 1882), en materia de arrendamiento (Art. 1925 inc. 2), la inoponibilidad derivada de la falta de formalidades de publicidad (Art. 1707), etc.

⁴ ISLER, E. *En Busca De Un Estatuto Jurídico Aplicable a La Administración De Los Bienes Indiviso*. (s.f.). Recuperado por última vez el 23 de agosto de 2023, de <https://repositoriodigital.uct.cl/items/4886b892-e2db-406d-8337-628103b2a869>

Para ello, se estructuró un trabajo en cuatro capítulos. En la primera parte, se realizan aproximaciones generales al concepto de “Apariencia” y su desarrollo en el caso nacional. También, se enuncian las principales normas referidas para probar la existencia y recepción de la doctrina en el derecho positivo civil.

En el capítulo segundo, se describe con mayor detalle los institutos que, la doctrina nacional y comparada han señalado estrechamente relacionada con la noción de apariencia. Se examinan las opiniones doctrinarias, señalando conceptos básicos para una mejor comprensión de este trabajo y lo que ha señalado la doctrina a cada caso.

El capítulo tercero, describe el tratamiento de la problemática de estudio en el derecho comparado, citando casos con énfasis en las legislaciones argentinas, mexicanas.

Finalmente, se comentan algunos fallos, para manifestar como, se recepciona la Teoría de la Apariencia en el caso chileno.

La metodología de investigación corresponde al tipo analítico dogmático, es decir aquella que considera la lectura y análisis de la norma, en su sentido literal, cuyo método se basa en la de complejos sistemas de carácter formal, compuestos por dogmas jurídicos o tipos. Tales dogmas han de extraerse del contenido de las normas jurídicas positivas, utilizando la abstracción y siguiendo una serie de operaciones lógicas que otorgan a la dogmática jurídica un carácter eminentemente sistemático.

En contraposición al método exegético, en el que la interpretación de la norma se sustenta en el sentido de las palabras reflejadas en el derecho positivo, el método dogmático se atiene a los principios doctrinales como medio principal para interpretar el sentido de la norma jurídica.

Señala Briones: *“Estudia el contenido normativo de las leyes, de todo un sistema jurídico o de sectores concretos de cada sistema jurídico y la fuerza*

*socialmente organizada con el derecho dogmático son dos normas jurídicas. Además este modelo se basa fundamentalmente con las fuentes formales que integran el ordenamiento jurídico, vale decir con las siguientes fuentes:*⁵

Respecto del método analítico, su uso se sustenta en la semejanza que debe existir entre el caso previsto y el no previsto, evitando así la diferencia radical entre ambos. Es un método o instrumento para la interpretación jurídica que se corresponde fundamentalmente con la tarea de los jueces (y no tanto con la tarea de los legisladores). Así, las lagunas de la ley deben ser colmadas, a través de la tarea jurisdiccional a partir del aforismo jurídico, que reza "*donde hay la misma razón legal, debe existir igual disposición de derecho*". Cabe señalar además que, la Analogía Jurídica presenta un doble papel en la interpretación de la ley.

En este sentido, los Principios Generales del Derecho, son los enunciados normativos más generales que, a pesar de no haber sido integrados formalmente al ordenamiento jurídico, se entiende que son parte de él, porque sirven de fundamento a otros enunciados normativos particulares, o bien recogen de manera abstracta el contenido de un grupo de ellos. Son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas y del propio Derecho en su conjunto. Nos centraremos en este punto en la utilización de fuentes secundarias y terciarias, derecho comparado y alguna jurisprudencia.

⁵ BRIONES Guillermo. "Metodología de la Investigación en las Ciencias Sociales y en el Derecho" Universidad Libre- Chile. Octubre- 2002. p. 14.

CAPÍTULO I: APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LA APARIENCIA JURIDICA

La consagración de la “doctrina de la apariencia” en el Derecho positivo, especialmente en la legislación civil, ha sido abordada por distintos autores a propósito de un sinfín de actos y contratos, cuyo factor común es que pueden lesionar a terceros que están de buena fe.

Su origen se encontraría ya en el Derecho Romano, en relación con el error común y otras instituciones. Posteriormente, a medida que se fueron ampliando las relaciones con otros grupos y consecuentemente con la masificación contractual, se fundaría en la seguridad jurídica dinámica. Más recientemente, en los postulados de Von Ihering.

Ante una apariencia, nos enfrentamos necesariamente a plantearnos la disyuntiva entre si se protege a un legítimo titular de un derecho o al tercero de buena fe que pretende el mismo derecho y que negocia con quien ostenta legitimación aparentemente suficiente para disponer del interés. Para justificar esta figura, algunos autores se fundan en la necesidad de proteger a dicho tercero

basados en la tutela de la publicidad, la investidura formal y la fe pública, la culpa del titular del derecho por omisión y el error común. A lo anterior se le agregaron razones de política jurídica, seguridad del tráfico y principios jurídicos como la certeza de los derechos.

La teoría de la apariencia reconoce tres ejes fundamentales en el derecho comparado, el derecho alemán, a través de la figura del *webere*, el cual se asimila a la posesión romana, el derecho francés, que no reconoce la figura sino que la asimila a la posesión, la publicidad, la forma que se le da a cierto acto jurídico, la legitimación, entre otras y el derecho italiano, que plantea que la apariencia está constituida por hechos sustanciales que están al margen de la influencia del formalismo jurídico.

Los supuestos de la apariencia son: Un hecho objetivo apto para inducir a error sobre la situación real, la buena fe del tercero, la consecuencia de su error excusable y la onerosidad del acto.

1.6. Evolución histórica de la doctrina de la ‘apariencia’

La mayor parte de la doctrina, está conteste en que la Teoría de la Apariencia, tiene su antecedente más remoto en el denominado error común que consignaba el Derecho Romano. Luego de lo cual, sería generalizada a todas aquellas situaciones en que quien actúa por situaciones que contempla a su alrededor, luego, se les desconocen, o porque no existen o bien porque tienen características distintas a las ostensibles.

La Teoría de la Apariencia en Roma se la desconoció como regla general, los autores que tratan el tema, lo relacionan con un texto que narra la historia de un esclavo de Roma, que se hizo pasar por ciudadano libre y que luego llegó a ser designado pretor, actuando como tal hasta ser descubierto. Se planteó entonces el dilema acerca de si correspondía convalidar o anular los actos de su gestión, prevaleciendo finalmente la tesis de la validez.

El texto clásico en que se fundamenta este instituto jurídico es la *Lex Barbarius Philippus*. Otros textos del Derecho Romano, lo vinculan a la figura de la “suplencia”, estos textos son: Una constitución del emperador Antonino, que influyó en la aplicación de la suplencia en la jurisdicción delegada y el otro, el texto de “*Institutiones*” que se refiere a la suplencia en la materia no jurisdiccional.

Otros casos que pueden llevarnos a suponer que el Derecho Romano, reconocía de alguna manera a la apariencia como fuente generadora de derechos, los podemos encontrar en las instituciones como la *posesión* y la *usucapión*, donde se evidencia una apariencia de dominio que es protegida a través de los interdictos posesorios.

A mayor abundamiento, el tratadista argentino Marcos Córdoba señala que la intención inicial fue distinguir casos concretos del *iuscivilis*. Esto dio como resultado que coexistieron dos órdenes en razón del nuevo Derecho creado por el pretor. Esto dio lugar a que en casos concretos el orden del *iuscivilis*no concordara con el del derecho pretoriano y quien había obtenido un reconocimiento de heredero por uno de esos órdenes no tuviese el correspondiente en el otro.

De allí el conflicto que dio lugar a la aparición de lo que hoy es el heredero aparente es decir el que se comporta como titular de la universalidad y luego resulta desplazado con las consecuentes derivaciones en la vinculación jurídica entre estos sujetos y entre estos y los terceros.⁶

En el Derecho moderno, la Teoría de la Apariencia, surge de la necesidad de la teoría jurídica general de buscar mecanismos de protección ante el perjuicio que intentase a buscar el tercero de buena fe. Así, lo expresa Falzea, al explicar el tratamiento en la doctrina moderna: “*A partir de la segunda mitad del siglo XIX, los ordenamientos jurídicos de los diversos países iban creando, a través de reiteradas medidas legislativas, excepciones cada vez más numerosas a las reglas tradicionales, mientras que la jurisprudencia iba extendiendo el ámbito de aplicación*

⁶ CÓRDOBA Marcos “Efectos jurídicos de la buena fe en la apariencia”: p. 642. En RUZ LÁRTIGA Juan. “Explicaciones al derecho civil y comparado”: Santiago Chile. Ed. Abeledo Perrot.

de dichas reglas; y la doctrina, por su parte, comenzaba a recoger en esbozos de sistematizaciones generales los nuevos temas que brindaban las leyes y la experiencia”.⁷

Sin embargo, existen otros tratadistas que, siempre centrándose en la época del Derecho Romano, abordan el tema de la apariencia a propósito de la seguridad jurídica dinámica. *“En la época clásica los juristas romanos carecieron de tendencia a crear teorías. Su labor tenía como objeto la búsqueda de soluciones jurídicas ante el caso concreto y en ella otorgaron efectos jurídicos a circunstancias aparentes creando así el precedente de lo que hoy alguna doctrina denomina teoría de la seguridad dinámica y otra como teoría de la apariencia jurídica. Grimaldi expone como primer antecedente el que resulta del respeto de los actos jurídicos celebrados por alguno de los herederos reconocidos que luego resultaba no ser el verdadero sucesor”*.⁸

El profesor argentino Marcos Córdoba agrega que, el principio o teoría de la apariencia, fue flexibilizado por la jurisprudencia pero sólo en la solución de casos concretos, ya que no existió construcción orgánica de la apariencia como principio general y agrega: *“En el Derecho Romano existen principios que son el antecedente jurídico de las instituciones de hoy pero la doctrina de la apariencia jurídica se inicia orgánicamente con las ideas del alemán Von Ihering en el siglo XIX”*.⁹

Los planteamientos centrales de la apariencia, fueron recogidos en el año 1910, en sentencia dictada por la Corte de Casación francesa, el 20 de junio de 1910, relativa a la situación de un propietario aparente. Puso por encima de los intereses del verdadero titular del derecho, los del tercero de buena fe que había negociado con el propietario aparente: Señala el fallo: *“por acto notarial regularmente transcrito un señor Maujan había adquirido en 1900, de un señor Batin, una caída de agua llamada Saut-du-Cluzal y un terreno llamado Barru, en Saint-Barthelemy-le-Plein, y después, en 1906, por acto notarial regular, había*

⁷ FALZEA, Op. Cit. p 1.

⁸ CÓRDOBA Op. Cit. p 641

⁹ Ibid.,p. 642.

consentido una hipoteca en favor de un señor Durupt, cuando en realidad el Saut-du-Cluzal pertenecía ya a la Sociedad de Minas de Saint-Berthelemy-le-Plein".¹⁰

La Corte de Nimes consideró que el adquirente estaba investido, con respecto a terceros de buena fe y en virtud de un título regular, de todos los caracteres de verdadero propietario y que nada demostraba que el acreedor hipotecario hubiera sabido que tal adquirente no era el verdadero propietario. La Corte de Casación declaró que la hipoteca era oponible a la sociedad propietaria.

Las legislaciones alemanas e italianas recepcionaron esta teoría en distintos sentidos, encontrando manifestaciones contradictorias en la reflexión jurídica moderna. Así mientras en el Derecho Alemán, las primeras posiciones contrarias fueron seguidas por una reflexión más ponderada y serena. Por un lado, el concepto de apariencia fue presentándose claramente como inutilizable en ciertos fenómenos que la doctrina alemana cita, más bien, como sus aplicaciones típicas y ejemplares como la publicidad, la posesión, los títulos valores, entre otras.

De tal forma, en el Derecho Alemán, señala Falzea: *"luego de los interminables debates iniciales y de las hondas discrepancias de opinión consiguientes, se fue afirmando, cada vez con mayor fuerza, la idea de ligar la apariencia con un principio general de publicidad (Publizitätsprinzip), inspirado en la exigencia de proteger la fe pública"*.¹¹ Basado en dicho principio, podemos entonces considerar eficaces todos aquellos actos realizados entre un titular aparente y un tercero, produciéndose por tanto los mismos efectos, como si aquel gozara efectivamente de dicha titularidad, todo esto además, fundado en el aspecto formal de dicho acto.

Diferentes son los fundamentos de la legislación italiana que enfatiza la protección del tercero, sustentándola en la buena fe de éste, que no siempre tendrá

¹⁰ *Efectos de la disolución de la sociedad conyugal ante terceros de buena fe exentos de culpa, en cuanto a las ventas de inmuebles hechas por el marido.* (s.f.) Recuperado el 29 de agosto de 2023, de [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/mujer/mujer1/Providencias/SC%20\(20%2005%201936\).pdf](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/mujer/mujer1/Providencias/SC%20(20%2005%201936).pdf)

¹¹ FALZEA, Op. Cit. p. 5.

acceso a aquellos elementos formales, tales como escritos, títulos u otros análogos, constituyendo por tanto situaciones de hecho sustanciales que están al margen del formalismo jurídico.

En la apariencia, en cambio, y según el enfoque del legislador y la doctrina italiana, la protección del tercero más bien resulta necesaria ante la eventual ausencia de un documento o de un título formal, debiendo apoyarse por fuerza, en una situación que es producto de la buena fe, específicamente justificada por una situación de hecho que sea objetivamente capaz de hacer caer en engaño a un tercero cualquiera.

Nuestra jurisprudencia ha recogido este fenómeno jurídico y ha contribuido a disipar las dudas subsistentes, interpretando las diferentes disposiciones legales determinando, de forma más o menos explícita, las condiciones bajo las cuales es posible una aplicación analógica de las normas que regulan los distintos casos de apariencia.

1.7. Concepto

Doctrinariamente, la apariencia jurídica existe cuando la ley, para proteger al tercero de buena fe, le da valor a una situación o actuación jurídica que se contrapone con la realidad.

La noción jurídica de apariencia ha sido una de las construcciones teóricas más controversiales y ha despertado el interés de un gran número de autores. Se remonta incluso a la época del Derecho Romano y en varias ocasiones en su historia, se le ha confundido con figuras como la posesión, la publicidad, la validez de los actos, con la legitimación, entre otras figuras jurídicas.

Etimológicamente, de acuerdo con el Diccionario de la Academia Española, la palabra apariencia tiene entre otros significados, el de: "*Aspecto o parecer exterior de*

alguien o de algo...".¹² Significación que para nosotros no se adecuaba completamente a su acepción jurídica, toda vez que no contempla la subjetividad del individuo que la aprecia, como es el caso de quien es engañado por ella.

Complementando lo anterior, Falzea, indica que, en el lenguaje común, *"la voz apariencia denota un fenómeno subjetivo, una situación análoga, si no es que idéntica, a la situación subjetiva del error. Pero también se habla de apariencia en sentido objetivo, por ejemplo cuando se dice que el movimiento del sol en torno de la Tierra es un movimiento aparente, en cuyo caso la apariencia no se presenta como mera ilusión de la conciencia individual, sino como contenido de la experiencia posible del individuo promedio de la entera humanidad o, cuando menos, de un determinado ambiente social. Preeminente y decisivo para la definición del concepto jurídico de apariencia es, precisamente, el segundo significado del término, y la doctrina concuerda en configurar los casos ejemplares del fenómeno, y el fenómeno mismo en su generalidad, sobre bases esencialmente objetivas"*.¹³

En su dimensión jurídica, la doctrina de la apariencia, se denomina también como apariencia jurídica, de apariencia del derecho, de apariencia de la situación jurídica o, de *apparentia iuris*.

Ha sido definida por el tratadista italiano Angelo Falzea, como: *"el aparecer de lo irreal como real dentro de un caso de pública experiencia, en virtud de las relaciones socialmente reconocidas de significación no simbólica, que por su misma entidad produce efectos de derecho"*.¹⁴ De lo anterior, podríamos afirmar entonces, que la mayor parte de la doctrina, concuerda en que se trataría no sólo de una situación jurídica sino que de un verdadero derecho subjetivo.

La profesora mexicana Raquel Contreras López, lo conceptualiza como, *"Lo que percibe la colectividad como cualidades o calidades fundadas en derecho, o*

¹² Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Ed. Espasa Calpe Madrid, España. 2000. P. 119.

¹³FALZEA Op Cit p. 8.

¹⁴ FALZEA, ANGELO, voz *Apparenza*, en enc. Dir., t. II, p. 687. Citado por: CORRAL, Hernán Felipe. Desaparición de personas y presunción de muerte en el Derecho Civil Chileno: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 226

derivadas de una norma jurídica, respecto de una determinada persona o cosa, cuando en verdad esa persona o cosa, pueden o no tenerlas en realidad.”¹⁵ Bajo esta idea, los derechos aparentes “se presentan cuando un observador concluye equivocadamente que existen, basándose en el análisis errado de hechos visibles o perceptibles”, y tales derechos tienen ciertos efectos, parciales o totales, con la aplicación de la teoría de la apariencia. Como consecuencia de ello, se puede llegar a decir que la creencia equivocada puede ser fuente de derechos, algo que en principio obedece a la protección de la seguridad de las transacciones y a la buena fe de las personas.¹⁶

En este sentido, el objeto de la teoría de la apariencia es servir de fundamento para asignar derechos subjetivos a las personas cuando ellas asumen comportamientos jurídicamente relevantes con fundamento en una situación que a ellas y a toda la comunidad, se les presenta como apta para otorgarlos, aun cuando en realidad ello no tenga un fundamento cierto o real, sino simplemente aparente o putativo.

De las definiciones transcritas, se desprende además que los elementos que deben confluír para estar ante una situación de apariencia jurídica de las que regula el derecho son:

- a) El elemento material: esto es, la existencia de un hecho o un conjunto de hechos que genera la situación de apariencia en que el tercero confía.
- b) Creencia o conciencia errónea que lo aparente constituye la realidad.

¹⁵ CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra. *Teoría Integral de la Apariencia Jurídica*. Su efecto frente a diversas figuras jurídicas. Editorial Porrúa. México, D.F. 2006. Parágrafo 6.-D. P. 70. Citado CONTRERAS LOPEZ, R. en “Evolución de la teoría de la apariencia, en la legislación civil, a partir del Código de Napoleón”, (s.f.) recuperado el 29 de agosto de 2023, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/2/cnt/cnt19.pdf>.

¹⁶SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Santafe de Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1996. Vol. 1; p. 102

En la doctrina nacional, la apariencia ha sido recogida como un principio de derecho, estrechamente ligado con la noción de certeza jurídica. Así, lo expresa el profesor Peñailillo Arévalo, cuando indica: *“La apariencia es aquel principio en virtud del cual, quien actúa guiándose por situaciones que contempla a su alrededor, debe ser protegido si posteriormente se pretende que esas situaciones no existen, o tienen características distintas de las ostensibles”*.¹⁷

En este mismo sentido, lo asegura el profesor, Brant Zumarán, cuando afirma: *“Por sobre la realidad y aún cuando esta resulte totalmente opuesta, se impone la apariencia, conforme la cual la actuación del tercero, debe estar protegida por el derecho”*¹⁸

A partir de los conceptos citados, puede señalarse entonces que *“el fundamento fáctico de la doctrina, sería la tensión que se genera entre la realidad y la apariencia cuyo principal efecto es que, se perjudica a un tercero de buena fe”*.¹⁹

De conformidad con lo anterior, entonces, la apariencia se eleva como un principio dentro del derecho, según el cual se le otorga valor a quien induce a actuar de una determinada manera a quién está de buena fe.

1.8. LA TEORÍA DE LA APARIENCIA EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

Al contemplar nuestro ordenamiento jurídico, en especial en lo que dice relación con el ámbito civil, nos encontramos con una serie de artículos e instituciones que nos dan cuenta y revelan evidencias claras de la aplicación de la

¹⁷ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel “Protección a la apariencia en el derecho civil”. Concepción, Chile. Universidad de Concepción, 1999, p.3.

¹⁸ Véase cita de PIZARRO WILSON Carlos; VIDAL OLIVARES A. “Incumplimiento contractual: resolución e indemnización de daños”. Bogotá, Colombia: Ed. Colección textos de jurisprudencia. 2010., p. 99.

¹⁹SALAH ABUSLEME Ángela. “Las doctrinas de los actos propios y protección de la apariencia: un estudio comparativo”. Chile. Revista del Magister y Doctorado en Derecho. N° 2, 2008, p.191-192.

Teoría de la Apariencia, los cuales han sido identificados por los autores como la expresión positiva en el derecho de la manifestación de esta “Teoría-Principio de Derecho,” dentro de los cuáles, en armonía con la revisión y análisis de algunos tratadistas nacionales, podemos citar las siguientes:

El profesor Peñailillo sostiene que, prueban la existencia de la apariencia, algunas normas relacionadas con la subsistencia de las enajenaciones, hipotecas y demás derechos reales, constituidos antes de rescindir el Decreto de Posesión Definitiva y menciona que señala el art. 94 N° 4.

Art. 94 N° 4 de Art. 94. En la rescisión del decreto de posesión definitiva se observarán las reglas que siguen: (...) 4. En virtud de este beneficio se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en ellos.

En este artículo podemos observar claramente el reconocimiento que otorga nuestro código y de cómo se manifiesta este principio, al proteger los derechos adquiridos por terceros, en virtud de una apariencia, en este caso basada en una presunción, como es la muerte del titular. Derechos que permanecerán no obstante cambie dicha situación jurídica o se rescinda el decreto que otorgó la posesión definitiva.

Otra norma, en opinión de Pañailillo, sería aquella que se refiere al tutor o curador aparente, que hacen alusión, los artículos 426 y 512 del Código Civil.

Art. 426. “El que ejerce el cargo de tutor o curador, no lo siendo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones y responsabilidades del tutor o curador verdadero y sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja.

Si se le hubiere discernido la tutela o curaduría, y hubiere administrado rectamente, tendrá derecho a la retribución ordinaria, y podrá conferírsele el cargo, no presentándose persona de mejor derecho a ejercerlo.

Pero si hubiere procedido de mala fe, fingiéndose tutor o curador, será precisamente removido de la administración, y privado de todos los emolumentos de la tutela o curaduría, sin perjuicio de la pena a que haya lugar por la impostura”.

Es interesante observar que en este caso, se refiere al convencimiento ya no de un tercero, sino del propio ejecutante del acto, quien a su vez está de buena fe y al que además se le imputan las mismas obligaciones como si fuera el verdadero actor, lo que resulta en darle validez a su apariencia de titularidad.

VIII. Reglas generales sobre las incapacidades

Art. 512. “Los tutores o curadores que hayan ocultado las causas de incapacidad que existían al tiempo de deferírseles el cargo o que después hubieren sobrevenido, además de estar sujetos a todas las responsabilidades de su administración, perderán los emolumentos correspondientes al tiempo en que, conociendo la incapacidad, ejercieron el cargo.

Las causas ignoradas de incapacidad no vician los actos del tutor o curador; pero, sabidas por él, pondrán fin a la tutela o curaduría”.

El citado Peñailillo, señala además que, puede encontrarse una regla de apariencia en el artículo 976 del Código Civil, a propósito de la regla que establece que la acción de indignidad no pasa a terceros de buena fe.

“Art. 976. La acción de indignidad no pasa contra terceros de buena fe”.

Algunos autores, entre ellos la tratadista, María Salah, dan cuenta de que en el ordenamiento positivo, no existe un reconocimiento expreso de la Teoría de la Apariencia, incluso algunos autores dudan que se trate de un verdadero principio.

A nuestro parecer, existen principios que sustentan y dan vida a dicha teoría, entre los que podemos destacar por ejemplo, el principio de buena fe.

Encontramos además; Art. 1576. Que declara la validez de los pagos realizados a quien esté en posesión de un crédito.

“Para que el pago sea válido, debe hacerse o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito, aun a título singular), o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro.

El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía”.

A diferencia del caso anterior, la situación aparente es creada por un sujeto ajeno a la relación acreedor- deudor, como es el tercero que recibe el pago, lo que nos lleva a concluir que la apariencia puede crearse desde diferentes ángulos de interacción, no existiendo un solo supuesto.

Art. 704. Que considera como justo título el Decreto judicial que le da la posesión efectiva a un heredero o legatario positivo.

No es justo título: 1.El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende;

2. El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo;

3. El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido.

4. *El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etc.*

Sin embargo, al heredero putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido.

También menciona, el artículo 1739, que protege a terceros que contratan a título oneroso, con un cónyuge de buena fe, bienes muebles sociales o del otro cónyuge.

Art. 1739. “Toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges durante la sociedad o al tiempo de su disolución, se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario.

Ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debérsele una cosa, ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán suficiente prueba, aunque se hagan bajo juramento.

La confesión, no obstante, se mirará como una donación revocable, que, confirmada por la muerte del donante, se ejecutará en su parte de gananciales o en sus bienes propios, en lo que hubiere lugar.

Tratándose de bienes muebles, los terceros que contraten a título oneroso con cualquiera de los cónyuges quedarán a cubierto de toda reclamación que éstos pudieren intentar fundada en que el bien es social o del otro cónyuge, siempre que el cónyuge contratante haya hecho al tercero de buena fe la entrega o la tradición del bien respectivo.

No se presumirá la buena fe del tercero cuando el bien objeto del contrato figure inscrito a nombre del otro cónyuge en un registro abierto al público, como en el caso de automóviles, acciones de sociedades anónimas, naves, aeronaves, etc.

Se presume que todo bien adquirido a título oneroso por cualquiera de los cónyuges después de disuelta la sociedad conyugal y antes de su liquidación, se ha adquirido con bienes

sociales. El cónyuge deberá por consiguiente, recompensa a la sociedad, a menos que pruebe haberlo adquirido con bienes propios o provenientes de su sola actividad personal”.

Otra norma, sería la del, Art. 2058 referido a la regulación de las sociedades de hecho y protección de terceros que de buena fe hubieran operado con ella.

“La nulidad del contrato de sociedad no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fe contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho”.

Finalmente, agrega la regla del, Art. 2173 del Código Civil, que reconoce efectos jurídicos al mandato aparente que, se general al momento de su expiración.

“En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante.

Quedará asimismo obligado el mandante, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice.

Cuando el hecho que ha dado causa a la expiración del mandato hubiere sido notificado al público por periódicos, y en todos los casos en que no pareciere probable la ignorancia del tercero, podrá el juez en su prudencia absolver al mandante”.

1.9. Supuestos de la Teoría de la Apariencia

Los siguientes supuestos podrían ser útiles o necesarios para darnos cuenta de estar ante una situación de apariencia:

- La apariencia de una situación crea en la persona que la observa una creencia errónea acerca de la existencia de dicha situación o de determinados derechos vinculados con ella.

- Es decir, la apariencia siempre conducirá a las personas a una convicción equivocada, pues su sustento se haya en algo que en realidad no existe o por lo menos, no completamente.

- Parece inapropiado sustentar que se adquieren derechos de situaciones aparentes, pues lo coherente sería que éstos se pierdan cuando surge la situación real, ante los ojos de los sujetos que concurrieron amparados en dicha situación inexistente

- Como consecuencia se generan las condiciones para establecer reglas comunes y normales que contiene la legislación para el caso. Sin embargo, con fundamento en la teoría de la apariencia, con importantes fundamentos jurídicos y filosóficos, se le reconocen efectos jurídicos a situaciones meramente aparentes, para efectos de amparar la creencia que toda la comunidad pudo haber tenido en relación con una determinada situación que fue apreciada y observada por todos de la misma manera.

1.10. La protección de la apariencia jurídica

La protección de la apariencia se relaciona estrechamente con la teoría de la preeminencia. De acuerdo con esto, en la generalidad de los casos dicha protección se sustenta en la buena fe de terceros o en el error común, como otras salidas teóricas que serán tratadas en el cuerpo del presente trabajo. Ahora, la simulación, que es en sí misma una apariencia jurídica, tiene sus propias soluciones que se dan a través de las acciones, que no sólo se basan en la buena fe de los terceros o en la seguridad del tráfico, sino además a la voluntad real de los declarantes o contratantes determinando así los efectos que puedan producirse tanto entre estos,

como hacia quienes hayan sido engañados por dicha situación, como también a las formas de obligar o extinguir dichas relaciones.

Por tanto, no sería azaroso sostener que se trata de una forma de proveer de seguridad al tercero que ha actuado bajo la convicción que la realidad jurídica que se le presenta, no altera la buena fe objetiva o la ley. Es decir, busca tutelar la situación de terceros de buena fe.

El aspecto ostensible o manifestación muchas veces engañosa de la realidad lleva, por un imperativo ético, a reconocer primacía a la apariencia sobre la realidad en algunos casos.

Para que sea aplicable la teoría en materia de representación hacen falta tres requisitos:

- a) *Una situación objetiva de apariencia de representación capaz de afectar a cualquiera;*
- b) *La creencia subjetiva del tercero cocontratante sobre la existencia de representación actuando con diligencia razonable; y*
- c) *La negligencia del falso representado en haber permitido que se creara la situación de apariencia.*²⁰

CAPÍTULO II: APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA APARIENCIA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL

²⁰ Favier Dubois (h), E.M. “El representante de hecho y la apariencia en la actuación societaria” en Errepar, DSE, nro.105, Agosto 96, t.VIII pag. 202, citado por DUBOIS, F. REPRESENTACION SOCIETARIA: APLICACIÓN Y CONTENIDO DE LA EXCEPCIÓN FUNDADA EN EL CONOCIMIENTO EFECTIVO DE LA RESTRICCIÓN ESTATUTARIA EN LA DOCTRINA DE LA CORTE. (s.f.) recuperado el 29 de agosto de 2023, de http://favierduboisspagnolo.com/trabajos_doctrina/web5.representacion_societaria.pdf

Habiéndose establecido una aproximación inicial a la Teoría de la Apariencia, ahora se especifica un conjunto de hipótesis que grafican como se ha manifestado la teoría en el Derecho Nacional dentro de las denominadas “situaciones de apariencia jurídica”.

Bajo esta última noción, el tratadista italiano Falzea, en su traducción al español, señala algunas cuestiones a tener en consideración, antes de profundizar en la denominada “situación aparente” o de “apariciencia jurídica”

Sobre esta idea, señala, que: *“se puede observar, que la apariencia es un aparecimiento: el aparecimiento de lo irreal como real por lo cual es claro que el aparecimiento, en tanto denominador universal de los fenómenos, es una categoría mucho más amplia que la apariencia, porque pueden darse, por ejemplo, además del aparecimiento de lo irreal como real, el aparecimiento de lo real como real, el aparecimiento de lo irreal como irreal, y también un aparecimiento neutro, indiferente a toda realidad o irrealidad”*.²¹

Para entrar sin más en el desarrollo del presente trabajo, es importante señalar ante todo, que la apariencia jurídica se presenta como aquello que es, una apariencia que surge sólo cuando un fenómeno hace que otro fenómeno, además de sí mismo aparezca como real, aunque no lo sea.

Podemos afirmar que la apariencia tiene una estructura compleja. Ella es el aparecimiento, es un transparentar, un fenómeno que aparece a través de otro fenómeno, haciendo necesario distinguir bien aquel que hace aparecer del aparecido.

La principal diferencia es que en el primer caso éste se muestra en su forma material, mientras que el segundo no se manifiesta materialmente, sino que es indicado como señalan algunos autores por “alusión o invocación”, afectando la apariencia sólo al segundo fenómeno, el que aparece como real sin serlo; a diferencia del primero, que es inmediatamente real.

²¹ FALZEA, A.: *op. Cit.* p. 6

En función de lo anterior, este capítulo, se divide en dos puntos principales. Las situaciones de apariencia, expresadas en figuras como el mandato, las actuaciones del curador, entre otros y, en el segundo punto, la apariencia en relación con instituciones del derecho.

2.1. SITUACIONES DE APARIENCIA EN EL DERECHO CHILENO

Si bien deberá reconocerse que las alusiones al derecho de la apariencia son escasas en la doctrina nacional, existe un conjunto de situaciones jurídicas contempladas en la legislación civil que aluden a la voz 'apariencia' siempre con una misma finalidad. Esto es, proteger al tercero que actúa de buena fe, creyendo estar ante una verdad real, en circunstancias que hay una falsedad aparente.

Esta idea se evidencia en materias disímiles, tales como: la posesión del heredero aparente, a propósito de los justos títulos o en relación a la responsabilidad del pupilo por los actos del curador aparente, entre otras situaciones las que nos permiten posicionar desde ya la idea que la doctrina de la apariencia, ha sido recepcionada en la legislación civil, como un verdadero derecho.

Posteriormente, se analiza la relación entre buena fe y algunas instituciones jurídicas como el error común, la buena fe, entre otras que, permiten entender las similitudes, puntos de encuentro y diferencias entre todas esas figuras que, muchas veces, suelen confundirse en el pensamiento jurídico.

2.1.1. El heredero aparente

Algunos autores llaman heredero aparente a quien se encuentra en posesión de la herencia y por haber obtenido declaratoria de herederos a su favor o la aprobación de un testamento, actúa como heredero. Luego los hechos demostrarán

que no lo es, que no tenía título para suceder al causante, ante una persona con mejor derecho para suceder.

En el Derecho nacional, se dispone en el artículo 704 del Código Civil que indica:

No es justo título:

- 1. ° El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende;*
- 2. ° El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo;*
- 3. ° El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido; y*
- 4. ° El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etc., Sin embargo, al heredero putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido legalmente ejecutado.”*

La posesión irregular es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el artículo 704 del Código Civil.

En otras palabras, se trata de un heredero aparente, esto es, aquel que ostenta esa calidad, sin derecho a ello pues hay parientes con mejor derecho; se encuentra en posesión de la herencia y, que al ser desplazado por el heredero genuino, perderá esa pretendida calidad, pero mientras tanto, al haberse comportado como heredero con calidad jurídicamente reconocida, ha podido realizar actos, que habrá que determinar si resultan válidos o no.

El problema creado entre heredero real y el aparente, se resuelve por la acción de petición de herencia que consagra el artículo 1264 del Código Civil, cuando se cede el derecho de herencia y la calidad de heredero, porque en ese

caso, puede entablarse una acción contra el cesionario de la herencia aparente. En caso contrario, no.

La acción de petición de herencia, corresponde al heredero para que se le reconozca su derecho a la totalidad (heredero universal) o parte (heredero de cuota) de la herencia y se le restituyan los bienes que la componen de que el demandado está en posesión, atribuyéndose la calidad de heredero.

Las características de la acción de petición de herencia suelen agruparse en las siguientes:

- 1) Es una acción real, corresponde a todo aquel que pruebe su derecho de herencia en contra del que la está poseyendo.
- 2) Es una acción divisible, si son varios herederos cada uno puede entablar la acción para pedir su cuota. Si son varios los que la están poseyendo, puede entablarse contra cada uno de ellos.
- 3) Es una acción mueble. La herencia es una universalidad jurídica, pero se rige por reglas de las cosas muebles.
- 4) Es una acción patrimonial. Como consecuencia de ello:
- 5) Es renunciable (art. 12).
- 6) Es transferible, se cede conjuntamente con el derecho de herencia.
- 7) Es transmisible, se transfiere a los herederos del titular.
- 8) Es prescriptible, no se extingue por prescripción extintiva (acción real).

Se extingue por prescripción adquisitiva extraordinaria de 10 años, u ordinaria de 5 años. Es importante para efectos de la suspensión, pues sólo se suspende la segunda (art.1269).

1. Único caso en que se reivindica una universalidad
 2. El heredero debe probar su condición de tal, por testamento o probar parentesco.
 3. Si no se ejerce esta acción, el falso heredero puede ganar por prescripción
- 9) Tradicionalmente se ha dicho que pretende el reconocimiento de la calidad de heredero y la restitución de todo o parte de la herencia que es poseída por un tercero, invocando la calidad de heredero.
- 10) Tiene por objeto la restitución de los bienes hereditarios, alegando la calidad de heredero, no se admite sólo con fines de reconocimiento (art. 1264).

La acción corresponderá a todo el que probare su derecho a la herencia:

1. Verdadero heredero.
2. Legitimario preterido.
3. Donatario de una donación cuantiosa a título universal, pues se miran como constitutivas de heredero.
4. Cesionario del derecho de herencia.

5. Heredero del titular de la acción de petición.

6. Se entabla contra todo aquel que posea la herencia, atribuyéndose calidad de heredero.

Respecto de los efectos de la acción, debe restituirse al actor los bienes hereditarios, corporales e incorporales, no sólo aquellos de los cuales el causante era dueño, sino también aquellos de los cuales era mero tenedor (1264). Otros efectos son los siguientes:

A la restitución de los frutos y el abono de las mejoras se aplican las reglas de la acción reivindicatoria (1266).

En lo relativo a deterioros y enajenaciones, hay una regla especial en el código (arts.1688, 1267 y 1268). Puede ocurrir que un tercero poseedor esté de buena fe y que el heredero aparente esté de mala fe, entonces el heredero tiene dos derechos:

Los plazos de prescripción son los siguientes:

- a. Regla general: 10 años (“falso heredero”). Plazo de prescripción adquisitiva del derecho real de herencia. Es aplicación de la regla general del 2517 y 2512 N°1 C.C.
- b. Excepción: 5 años (“heredero putativo”) si tiene posesión efectiva, ya que tiene un título putativo (704 N°4) y si se obtiene la posesión efectiva tiene justo título (por lo tanto, 5 años, 1269 C.C.).

Pero queda otro problema más delicado que resolver, si el heredero aparente ha podido contratar con terceros, enajenado bienes, etc. y entonces cabe resolver sobre la eventual nulidad de dichos actos. Una razón de seguridad en los negocios,

de estabilidad jurídica, de orden, obliga a contestar que si son válidos dichos actos y obliga a convalidarlos.

En el caso de enajenación de un inmueble de la sucesión, habrá que distinguir entre poseedor de buena o mala fe, el primero sólo debe restituir el precio que se le hubiese pagado, el segundo debe indemnizar además a los herederos por los daños y perjuicios.

Lógicamente podríamos concluir que si un tercero celebró un negocio jurídico con quien no era heredero, no podría adquirir derechos de quien no los tenía. Sin embargo, la equidad y la seguridad jurídica imponen realizar ciertas consideraciones distintivas, ya que el tercero de buena fe, no pudo saber al contratar que lo estaba haciendo con un heredero aparente y para protegerlo, se establecen legislativamente soluciones que importan excepciones al rigorismo de la fórmula legal de que nadie puede transmitir derechos que no tiene

En cuanto a la buena o mala fe del heredero aparente, a este sólo lo afecta en relación a la es el monto que obtuvo por el acto de disposición. Ahora, si medió mala fe, tendrá obligación de resarcir al verdadero heredero. Si estaba de buena fe, deberá entregar al heredero real e indemnizar al heredero real de todo daño sufrido.

Lo anterior por cuanto, en este punto, cabe recordar que la doctrina italiana considera que la apariencia debe ser objetiva, o sea, empíricamente verificable. No sería suficiente una buena fe fundada en la mera apreciación subjetiva. El deudor por hechos externos, debe considerar como real al acreedor aparente.

2.1.2. El acreedor aparente

En la doctrina comparada, Falzea, indica que, es *acreedor aparente*, no simplemente aquel sujeto cualquiera al que el tercero atribuye por error la calidad de acreedor, sino solo aquel sujeto que en situaciones objetivas, socialmente apreciables, inducen a considerar como efectivo titular del crédito. Sin embargo, sí es

necesario distinguir la apariencia, en sentido objetivo del error, que es subjetivo, no es menos necesario admitir el íntimo nexo que media entre los dos fenómenos; un nexo que se puede apreciar, en los hechos, en todos los casos de apariencia.

La calidad de acreedor aparente, para retomar el ejemplo que acabamos de proponer, no es el producto de una simple representación errónea del acreedor; empero, el tercero debe incurrir verdaderamente en un error, a fin de que se produzca, en ventaja suya, el efecto liberatorio previsto

En consecuencia, sería distinta la responsabilidad del acreedor aparente respecto al verdadero, según se trate del pago hecho al poseedor del crédito o al cedente. En el primer caso, la responsabilidad es *Aquilliana* por dañar los intereses del verdadero acreedor sin que haya existido vinculación jurídica previa entre ambos; en cambio, respecto del cedente, la responsabilidad de éste es contractual derivada del contrato subyacente a la cesión.

Opina el autor Falzea, que en el estado actual del desarrollo económico y social, van adquiriendo creciente importancia los daños que resultan de lesiones a los intereses económicos, en especial los derivados de relaciones contractuales. La responsabilidad del acreedor aparente quedaría englobada dentro de este ámbito, de daños puramente económicos.

Dice el autor que serán las normas que rigen la responsabilidad contractual y la extracontractual, las que van a imperar en un campo de supuestos muy dispares: desde los pagos hechos al heredero aparente, hasta los efectuados a tenedores de cheques falsos o falsificados; como también los hechos por los apoderados después de extinguido el mandato o por extralimitarse en las instrucciones y los pagos realizados a valores extraviados, falsificados o defectuosos.

Para recuperar lo pagado por error podrá el verdadero acreedor entablar la acción restitutoria o la de enriquecimiento injusto. Si prospera cualquiera de estas acciones y el acreedor verdadero recupera los valores no habrá problemas, pero si

ello no ocurre, la responsabilidad del poseedor del crédito será extracontractual, pues el verdadero acreedor no puede exigir responsabilidad contractual al deudor.

La buena o mala fe de acreedor aparente no modifica el carácter antijurídico, tendrá sólo relevancia para los efectos de la imputabilidad subjetiva de la responsabilidad, pero no en cuanto a la causación antijurídica del daño. No obstante, si el acreedor aparente actúa de mala fe, es decir, con conocimiento de su falta de legitimidad, habrá cometido un hecho doloso.

El pago al cedente tiene semejanzas con el efectuado al poseedor del crédito, salvo algunas particularidades. El deudor debe ignorar la cesión para que quede liberado de la obligación. El concepto normativo del "conocimiento" se asemeja, al de "buena fe" y por tanto, la conducta del deudor dependerá de la noticia relativa a la cesión.

En el caso de la cesión, no existe un tercero y el acreedor perjudicado puede evitar el riesgo ordenando la notificación de la cesión al deudor.

Como el cedente se encuentra ligado al cesionario por un contrato, al cobrar aquel indebidamente el crédito cedido, incurre en responsabilidad contractual.

Según el autor, la doctrina italiana considera que esta responsabilidad es extracontractual, porque la eficacia de la cesión se agota en la transmisión de la titularidad del crédito y no da lugar a obligaciones posteriores de naturaleza contractual, salvo la garantía de evicción e insolvencia del deudor.

Se impugna esta doctrina porque el principio de la buena fe del derecho, impregna todas las relaciones contractuales y en este tipo de contratos no basta la simple transmisión, sino que es necesario además cumplir con lo pactado.

2.1.3. Matrimonio putativo o aparente

La disciplina del matrimonio putativo: sobre la base del hoy derogado artículo 122 del Código Civil, varios autores sostenían que en él se contenía implícitamente la distinción entre “matrimonio inexistente” y “matrimonio nulo”. Tal opinión se fundaba en que el referido artículo 122 señalaba que era “el matrimonio nulo” que hubiera sido “celebrado con las solemnidades que la ley requiere” el que producía “los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que de buena fe y con justa causa de error lo contrajo; pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges”. Así, entonces, el matrimonio inexistente no podía llegar a considerarse putativo.²²

Este argumento se mantiene con la ley 19.947, pues, aunque derogó el artículo 122 del Código Civil, regló el matrimonio putativo en su artículo 51, cuyo inciso 1º conserva casi inalterada la redacción del texto de Bello: “*El matrimonio nulo que ha sido celebrado o ratificado ante el Oficial del Registro Civil produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, pero dejará de producir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges*”.

Respecto del matrimonio putativo, suele denominarse también, como matrimonio aparente, no obstante, existen autores como Gordillo que niegan que se trate de conceptos equiparables. Señala el autor: “*el matrimonio putativo deriva efectos firmes para las partes, reconducibles a la teoría de la apariencia. Esto es, porque en el matrimonio aparente, la apariencia deriva fundamental y solemnemente de la forma solemne de su celebración, la oficialidad de la asistencia del Juez, en el matrimonio civil o del párroco y da base a la buena fe de los cónyuges*”.²³

²² Véase: Corte de Apelaciones de Santiago, Santiago, 13-XII-1921, cons. 7º, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, XVIII, Santiago de Chile, 1921, IIª Parte, Sec. IIª, p. 255. Transcriben este considerando: Montero Correa, E., *La nulidad en el matrimonio*, Santiago de Chile, 1930, p. 10; Paul Errázuriz, H., *Estudio crítico de la jurisprudencia recaída sobre los artículos 1º a 8º de la Ley de Matrimonio Civil*, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1957, p. 17; y Velasco Letelier, E., (n. 8), pp. 70-71.

²³GORDILLO “Representación aparente: aplicación del principio de protección de la apariencia de la apariencia jurídica”. Sevilla, España, 1978, p. 445.

En consecuencia, deberíamos entender el matrimonio aparente como aquel, celebrado con sus formalidades pero, que adolece de un vicio.

2.1.4. Mandatario aparente

La legislación nacional, define el mandato como: un contrato por medio del cual una persona encomienda a otra que postule a su nombre ante los tribunales de justicia. Toda vez que, actuar en un proceso exige capacidad para postular: aquellos litigantes que carecen de tal capacidad deben hacerse representar por alguien que si la tenga, lo que constituye la representación procesal y cuya fuente es el mandato judicial.

El mandato está regulado concretamente en el artículo 2116 del Código Civil Chileno dispone que el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

Ahora bien, con respecto a la doctrina del mandato tácito o aparente, de fecunda aplicación en materia negocial, tiende a proteger a los terceros de buena fe que han obrado sin culpa frente al mandatario, siempre que las circunstancias que rodeen la cuestión permitan razonablemente inferir que aquél ha actuado en representación de otra persona, lo que hace que el virtual mandante quede obligado frente al tercero de buena fe.

La administración de hecho puede presentar dos variantes: sea en beneficio común y sin conocimiento de los coherederos, en cuyo caso se aplicarían las normas sobre gestión de negocios; o bien con conocimiento y tolerancia de los coherederos, circunstancia que se reputará como mandato tácito. En cualquiera de las dos variantes existe obligación de rendir cuentas.

La doctrina y jurisprudencia destacan la interpretación restrictiva del mandato tácito, admitiéndolo sólo cuando pueda inferirse de actos o relaciones claramente referibles a la voluntad del mandante.

La apariencia de poder de representación puede obedecer a un comportamiento del *dominusnegotii*, cuando éste, con sus actos, tácitamente o con su aquiescencia, ha contribuido a crear la apariencia y, por consiguiente, la base de una situación en la que los terceros pudieran confiar razonablemente.

En este caso hay auténtica procura o apoderamiento tácito. En cambio en la figura del falso procurador el *dominus*, no ha participado en absoluto en la actividad, ésta no se ha debido ni a su iniciativa ni ha habido respecto de ella aquiescencia.

El conocimiento que el dueño del negocio pueda tener de la gestión no quita a la misma su condición de tal (artículo 2288 del Código Civil), pues lo que diferencia a ésta del mandato tácito es la posibilidad de impedir, por parte del mandante, lo que otro está haciendo por él.

2.1.5. Guardador aparente

El guardador aparente, es el que sin serlo verdaderamente ejercer el cargo de tutor o curador, esto se refiere a las tutelas y curadurías en general, definidas en el **Art. 338.** Código Civil *“Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios y que no se hayan bajo potestad del padre o madre, que pueda darles la protección debida*

Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores y generalmente guardadores”.

Para precisar a qué, se refiere la norma, cabe señalar que, las diferencias entre Tutela y Curatela son:

1. La tutela se da a los impúberes; la curatela a los menores púberes, al resto de los incapaces y a los patrimonios.

2. La tutela se refiere a la persona y bienes. La curatela puede referirse a ambos, pero es usual que sólo se refiera a los bienes.
3. El tutor siempre actúa representando al pupilo. El curador puede actuar representando o el pupilo autorizado por aquél (menores adultos).
4. La tutela no admite clasificación. La curatela puede ser general, especial, adjunta, de bienes, interina, etc.
5. Para nombrar al tutor, no se consulta la voluntad de impúber. Para nombrar al curador de un menor adulto, éste puede proponer al curador (art. 437 C.C.)

A mayor abundamiento, los caracteres comunes a tutores y curadores son:

1. Son cargos obligatorios. Sanción por no aceptar: son indignos de suceder (esto es, no pueden recibir herencia) los que nombrados por el testador como tutores o curadores se excusaran sin causa legítima.
2. Sólo se aplican respecto de personas que no se hayan bajo potestad del padre o madre. Sin perjuicio de lo anterior, la patria potestad no es incompatible con la curaduría adjunta (para que ejerzan una administración separada).
3. El tutor y el curador general tienen la representación legal del pupilo y la administración de sus bienes, y debe cuidar de la persona de sus pupilos (art. 340 C.C.)
4. No se puede dar curador a quien ya está sometido a guarda, salvo que los negocios sean muy complicados, caso en que se puede agregar un curador.
5. El pupilo normalmente es una sola persona, salvo que sean dos o más individuos entre los que haya indivisión de patrimonios, y mientras dure la indivisión.

6. Un mismo pupilo puede tener dos o más guardadores.

Los guardadores son por regla general, personas naturales

La norma nacional define en el artículo 426 del Código Civil, el término del curador aparente. Dentro de los casos que pueden identificarse en dicha hipótesis están:

- a) Que no haya habido discernimiento, pero la persona de buena fe crea ser guardador. Él tiene todas las obligaciones del guardador y obliga al pupilo sólo en cuanto sus actos le hubieran reportado ventaja positiva.
- b) Que haya habido discernimiento y además esté de buena fe. Tiene derecho a la retribución ordinaria y obliga sólo si hay ventaja.
- c) Si de mala fe finge ser tutor o curador, será removido y privado de todos los emolumentos de la tutela o curaduría. Sus actos obligan al pupilo si hay ventaja positiva.

2.2. Instituciones Jurídicas y Teoría de la Apariencia

2.2.1. Teoría de la apariencia en relación al error común

Desde los tiempos del Derecho Romano se acuñó la máxima que señalaba “*error communisfacitius*”, cuyo significado y sentido conducirían a sostener que el error común e invencible es creador de derecho. A pesar de no estar consagrado explícitamente en el ordenamiento jurídico nacional, la jurisprudencia ha señalado que del mencionado principio se hacen aplicaciones concretas en casos singulares.

Concretamente se hace referencia a aquellas situaciones en las que se producen errores invencibles de naturaleza colectiva, en los que los sujetos han actuado de buena fe, la que se entiende como apta, por el grado de diligencia que conlleva, y que conducen a que se cree o se genere un derecho subjetivo en la mente de las personas que así han actuado.

El principio hace mención a que, por causa de aquella apariencia de la que se hizo referencia surge un error en el que cualquiera hubiese incurrido sin culpa, donde se crean derechos y obligaciones para unos y correlativamente se extinguen para otros. *“Tal circunstancia que se presenta como real, crea en las personas una convicción sobre ella, que las lleva a tenerla como existente y totalmente fiable, llevando a que el ordenamiento jurídico opte por darle existencia a aquellos derechos que se creyeron obtener con base en aquel evento aparente, y por otro lado, sustraer al verdadero titular de aquellos derechos que estos le otorgaban²⁴.*

El error común al que se hace referencia no es otro entonces, que el necesario para que se produzca una convicción en un número suficiente de personas, puestas todas ellas, en una condición objetiva de diligencia, pues han de haberse comportado como el que una persona normal emplea en la administración de sus negocios importantes.

Adicionalmente, se requiere que el error sea invencible, es decir, que normalmente nadie pueda evitar incurrir en la equivocación correspondiente. Por ello en él, inevitablemente, cree un número considerable de individuos. Si carece de tal característica, su presunción de invencibilidad se deteriora de tal manera que deja de ser ya fuente de derecho.

²⁴ ARIZA CABRA DAVID A. GIRALDO RAMÍREZ W. *Adquisición Del Derecho De Propiedad Por La Aplicación Del Principio De Buena Fe (Adquisiciones A Non Domino)* (s.f.) pag. 47, recuperado el 29 de agosto de 203, de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/55222/TESIS%2039.pdf?sequence=1>

La doctrina del error, común surgió en Roma a partir de las sentencias dictadas por el Pretor *Barbarius Philippus*, que fue nombrado en el cargo creyéndose ser ciudadano romano, resultando ser un siervo fugitivo. Una vez destituido de su cargo surgió la cuestión de saber si eran válidas esas sentencias dictadas por quien no había podido ser pretor.

El buen sentido de los romanos, calificó de válidas esas sentencias, ya que las partes no habían sido negligentes al reconocer como todo el público la calidad de pretor a quien había sido nombrado para ese cargo.

La teoría del error común exige la concurrencia de ciertos requisitos. Ellos son:

- a. La participación en él de un gran número de personas
- b. La existencia de una justa causa de error.
- c. La buena fe de las personas que invocan este error, que consiste en ignorar la verdadera situación que se oculta tras el error.

Existiendo estos tres supuestos, es posible establecer la protección de los terceros. De esta manera, el error común pasaría a ser fundamento de la apariencia.

En nuestra legislación se conectarían con este principio los siguientes artículos: Art. 94, (C.C.) regla 4º, que se encuentra en el libro I, Título II, del principio y fin de la existencia de las personas.

En caso que aparezca una persona presuntivamente muerta, con la consecuente rescisión del decreto de posesión definitiva, subsisten las

enajenaciones, hipotecas y demás derechos reales constituidos legalmente en los bienes del ausente, que hace excepción a las reglas de la nulidad.

El artículo 426, inc. I, (C.C.) Libro I, título XII, De la administración de los tutores y curadores relativamente a los bienes, que se refiere a los tutores o curadores de hecho, imponiéndoles todas las obligaciones y responsabilidades del tutor o curador verdadero.

El art. 704, (C.C.) en relación con los artículos 1267 y 1269, que hacen referencia al heredero putativo, que le permite usucapir en el lapso más breve de cinco años, sirviéndole de justo título para poseer el decreto judicial que le haya dado la posesión efectiva, o el acto testamentario que haya ido legalmente ejecutado.

El art. 1013, (C.C.) que reconoce la habilidad putativa de los testigos en un testamento. Para algunos tratadistas, la cuestión radica no tanto en que el error sea de tal magnitud que un grupo importante de personas hubiere sido víctima de él, sino en que sea un tipo de error que considere la posición en la que se encontraba quien lo alega, determinando si tal persona tenía buenas y justificadas razones para equivocarse.

En tal caso, lo importante no vendría a ser la generalización de la creencia sino más bien la diligencia particular del agente que confía en tal aparente y errónea situación. Por ello el descubrimiento del error puede ser posible, y aún más, con el despliegue de ciertas investigaciones por parte del sujeto, la verdadera naturaleza del hecho puede hacerse evidente frente a la apariencia inicialmente presentada.

Lo que ocurre es que tales investigaciones y exigencias se consideran fuera de lo que la diligencia normal presupone razonablemente en tal persona. Es por esto que no se le endosa reproche alguno y lo que se afirma es que tal error es legítimo. Sin perjuicio de destacar la importancia de las reflexiones que se han anotado, es conveniente tener presente que lo realmente trascendente en el tema que se está tratando, para que el principio opere, es la buena fe con la que actuó quien alega la doctrina del error común, lógicamente sin dejar a un lado aquel evento de apariencia

real. Sin aquél elemento psicológico, el principio pierde su idea principal, cual es la de proteger a los terceros que actúan de buena fe exenta de culpa frente a tal suceso aparente.

En el error común, convergen entonces dos situaciones esenciales para su aplicación. Por un lado, se da la circunstancia aparente. Sin embargo, ella sola no basta. Es decir, no es suficiente darle prioridad a las situaciones aparentes e irreales sobre la verdad real. Es necesario que se presente aquella buena fe suficiente por parte de los terceros, para que se de origen a derechos que tienen apoyo en tales situaciones aparentes.

Dicha buena fe cualificada, como se ha señalado, debe ir acompañada de un grado alto de diligencia, pues la actitud del tercero favorecido por este principio se distingue por su actitud esmerada y cuidadosa para descubrir la verdad, a pesar de lo cual, la apariencia continúa teniendo una fuerza mayor que la de la realidad y termina finalmente imponiéndose.

Se dice que con el error común lo que se buscaría proteger es la seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas, aspectos en los que está envuelto en últimas el interés general. Pero, igualmente y de manera más marcada, con la protección de los terceros que actúan de una manera tan singular y que despliegan todos los actos a que se ha hecho alusión, cabe argumentar que la protección y el reconocimiento del Derecho se fundamentan en la buena fe con la que ellos actúan y en su actitud diligente y cuidadosa.

Entonces, el interés general es protegido cuando se aplica tal doctrina y a su vez, la posición del tercero de buena fe exenta de culpa que actuó al amparo de tal evento aparente, termina siendo invulnerable. En aplicación del principio del error común, cuando la ley convierte en real un derecho o situación jurídica aparente, es porque precisamente se busca satisfacer las exigencias que la buena fe diligente desplegó, configurándose entonces la buena fe en creadora de derechos.

A su vez, la cara opuesta de la situación muestra que frente al titular del derecho lo que ocurre es una privación con respecto de sus prerrogativas. La coherencia de la teoría del error común creador de derechos encuentra en tal consecuencia su eficacia, ya que los derechos adquiridos por los terceros son oponibles al verdadero titular del derecho.

En realidad lo que se configura es un sacrificio de los derechos del verdadero titular en aras de la protección de principios que se consideran de interés general, como son la confianza de los sujetos de derecho en la seguridad del tráfico jurídico, la protección de la buena fe y la diligencia con la que los sujetos deben actuar en el mismo.

Allí, la eficacia de la buena fe presenta esa gravedad particular en cuanto ella no opera sino en detrimento del verdadero titular del derecho, pero a favor de quien bajo ella actuó. Finalmente, debe señalarse que para la mayoría de los teóricos de esta doctrina, estos efectos del principio del error común deben solamente darse cuando el acto en que intervienen los terceros que obran de buena fe exenta de culpa, es oneroso. A quien no ha sufrido detrimento alguno en su patrimonio por ser el negocio gratuito, la ley no puede garantizarle tales prerrogativas porque las ventajas obtenidas no fueron fruto de un esfuerzo digno de proteger.

En definitiva se han señalado los requisitos necesarios para que se de aplicación al principio del error común. Tales requisitos son los siguientes:

1. Debe existir una situación que realmente sea contraria a la normatividad, pero oculta, es decir, que no sea fácil advertirla y que sea necesariamente ajena en su causa y desarrollo a quien eventualmente resultare beneficiado con la apariencia de juridicidad. Es obvio que si quien pretende ser favorecido con la aplicación de la doctrina tuvo alguna participación en los procesos que determinaron la creación de la apariencia de derecho, mal puede invocar a su favor la apariencia de legalidad, que en tales condiciones dejaría de serlo para ella.

2. Que esa situación de apariencia de legalidad esté respaldada en hechos, situaciones o documentos cuyo vicio no sea posible advertir con la diligencia y cuidado propios de un buen padre de familia.

3. Que la conducta de quien resultó perjudicado con la situación de aparente legalidad esté respaldada por una buena fe del particular no simplemente presunta, sino probada, permanente, no transitoria y que sea perfecta, sin sombra de vicio. Es esa buena fe la que permite que se cree el derecho en donde normalmente no existía y, correlativamente, se extinga en quien verdaderamente era su titular.

4. Que la situación no esté regulada expresamente por una ley imperativa que imponga soluciones diferentes a las que resultarían de la aplicación de la doctrina.

Así delimitados los requisitos establecidos para que opere el principio, se entiende que su aplicación se puede dar a los casos que lleguen a reunir tales condiciones. Lo que es similar a decir que su aplicación no es restrictiva a ciertos casos establecidos en las leyes civiles en las que se hayan reconocido sus efectos y donde la buena fe creadora de derechos o exenta de culpa tiene incursión.

Al ser un principio general de derecho, consignado bajo la máxima *“error communisfacitius”*, su aplicabilidad es perfectamente posible dentro del ordenamiento positivo, la cual se dará en las circunstancias del acontecer diario en las que se presenten los supuestos correspondientes. Mantener tal afirmación es darle a su vez la fuerza necesaria a la buena fe como fuente de derechos.

Habrán entonces que decir, que la máxima del error común creador de derecho se considera generalmente como una verdadera regla de derecho positivo. *“Todo el derecho no está encerrado dentro de la legalidad; alrededor de la regla formal, alrededor del derecho escrito, vive y hierve un mundo de principios, de directivas y de estándares, en los cuales los principios constitucionales del comercio jurídico, y como una especie de súper – legalidad”*.²⁵

²⁵ Véase “La reflexión sistemática a partir de *Principia Iuris* del *Ius Gentium* al derechos globalizado”, Martha lucía Neme Villarreal, Universidad Externado de Colombia, recuperada el 29 de agosto de

Entre esas directivas pueden citarse la regla *error communisfacitjus*, la teoría del enriquecimiento sin causa y, sobre todo, la del abuso del derecho: aunque ningún texto de derecho positivo las enuncie en su forma general, la realidad de esos dogmas consuetudinarios es tan cierta como puede serlo la de los principios consignados en los términos más expresos e imperativos.

La máxima *error communis* aparece, pues, como una regla de orden público, protectora del interés social, que lucha victoriosamente contra el principio de la autoridad de la ley. Es una de las manifestaciones de ese movimiento tan poderoso que sacrifica el interés individual al interés social y que le da al interés público un puesto cada vez más preponderante.

No hay que perder de vista, en efecto, que la aplicación de la máxima conduce siempre a sacrificar a los que lógicamente deberían triunfar porque invocan en apoyo de su protección la verdad contra el error. La jurisprudencia se ha manifestado señalando que *“existe un conflicto de intereses fácilmente solucionable cuando el que se ampara con la ley pretende solamente sacar provecho del error en que incurrió su contraparte; pero el conflicto llega a ser particularmente inquietante cuando cada una de las partes es de buena fe y no ha incurrido en culpa alguna.”*²⁶ Es el caso de los actos ejecutados por el propietario aparente o por el mandatario aparente.

Pueden invocarse consideraciones de equidad en favor del propietario verdadero más bien que en favor del tercero que ha tratado con el propietario aparente o en favor del mandante aparente más bien que en favor de quien ha tratado con el mandatario aparente. Ya veremos que, sin embargo, en esos casos nuestra jurisprudencia hace triunfar la apariencia invencible.

2023 de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-B0021700232

²⁶ Véase Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos treinta y seis, pag.8, recuperado el 29 de agosto de 2023, de <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/36615337/54635501/03+RECURSO+DE+REPOSICIO%C C%81N+Y+EN+SUBSIDIO+DE+APELACIO%CC%81N.pdf/8a8b3fc5-9adb-460b-a52b-70996369238e>

Otros autores como Demogue y el ya citado Bonnacase, proponen una interpretación más estricta de la regla. La máxima se aplica con razón, dice Demogue. Pero hay que distinguir dos situaciones distintas.

- a) Si la aplicación de dicha máxima no lesiona ningún interés, si el error no ha causado perjuicio a nadie, la máxima se aplicará sin ningún obstáculo. Será el caso en que se trate de una simple regla de forma (error sobre la capacidad de un testigo, etc.).
- b) Si, por el contrario, la aplicación de esta máxima tropieza con intereses muy serios: deseo legítimo de consagrarla verdad, deseo de proteger al verdadero propietario, etc., no se aplicará siempre. Los textos, y a falta de éstos la jurisprudencia, fijarán su campo de aplicación.

2.2.2. La Teoría de La Apariencia en relación con la Buena Fe

La buena fe, entendida como un principio de observancia de una actitud honesta por parte de los sujetos que participan en la vida jurídica, representa un concepto ético–moral que tiene, además de muchas otras, una función social, que nos permite establecer vínculos obligacionales basados en la confianza de que se está actuando legítimamente y que no se están vulnerando derechos de terceros.

El principio de la buena fe impone el deber de obrar correctamente y de manera diligente, tanto en la función objetiva, como desde un punto de vista o perspectiva valórica.

Para lograr establecer la relación existente entre la apariencia jurídica y la buena fe, no sólo es suficiente identificar aquellas instituciones que se amparan en dicho concepto, sino que además, debemos entender a esta última, como una verdadera “institución jurídica” que va más allá de una norma expresa, siendo

necesario entonces, identificar y posicionar a la Buena Fe, en el marco de su expresión máxima, esto es, como un Principio General del Derecho, lo que a su vez constituye no sólo un conjunto de instituciones positivas, sino un concepto axiológico de aplicación general, que puede ser medido objetivamente al reconocerlo como un estándar jurídico.

Según el autor chileno Cristian Boetsch Gillet, la buena fe actuaría como “*un principio justificativo, protegiendo a terceros que han adquirido un derecho o celebrado un contrato o ejecutado una conducta, fundados en una situación jurídica que no se condecía con la realidad, dando por tanto, eficacia a ciertos actos que en la realidad y no en apariencia, deberían ser ineficaces*”.²⁷.

En nuestro Código Civil, existen diversos casos en que el legislador se refiere de manera directa a la buena fe, describiendo casos concretos, estableciendo verdaderos presupuestos o relaciones jurídicas efectivamente protegidas, atribuyéndoles en muchos casos efectos que, de no mediar la buena fe, no se producirían o bien se sancionarían de manera diferente.

A *contrario sensu*, en situaciones en que efectivamente ha mediado la mala fe de algunos de los sujetos que intervienen, ya de manera directa o indirecta en una relación jurídica, los efectos de ésta, pueden resultar ineficaces o simplemente sufrir alguna otra sanción.

Existen diversas normas de nuestro código que reconocen y protegen a la buena fe, llegando incluso a establecerla como un presupuesto expreso que goza de una valoración objetiva, que tiene como resultado un reconocimiento presuntivo, tal como lo señala el Artículo 707. “*La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros la mala fe deberá probarse*”.

Ante esta definición, podemos concluir que al Derecho le interesa la estabilidad en las relaciones jurídicas, considerando al poseedor como verdadero

²⁷ BOETSCH C. *La Buena Fe Contractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p,74

dueño, basados en una apariencia de ser tal, todo esto mientras no aparezca un sujeto con mejor derecho y siempre que no estén prescritos los plazos que establece la propia ley.

En relación al punto anterior, podemos observar en nuestro código, muchos otros casos en que el principio de la buena fe encuentra protección de manera clara y expresa, tanto en materia contractual, como en otras materias civiles, tales como en el Derecho de las Obligaciones, en cuanto a cómo éstas deben ser cumplidas, otras en materia de Derecho Sucesorio en relación a la buena fe del tercero que contrata con el heredero aparente. En materia de bienes, siendo probablemente en esta última materia es en donde podemos apreciar una real magnitud e importancia de la buena fe y de su protección positiva.

En materia de bienes, la buena fe juega un rol de indiscutible importancia, por ejemplo, en relación a la posesión de una cosa mueble, circunstancia a la que el derecho otorga una verdadera presunción de propiedad, más aún, si el poseedor está de buena fe. Otorgándole además a éste, acciones para la protección y defensa de dicha posesión como es la *acción publiciana*, además de otros casos en los cuales la posesión de buena fe, le permite al poseedor hacerse dueño de los frutos que produce la cosa, el derecho a adquirir el dominio mediante la prescripción adquisitiva, protección en relación a las mejoras necesarias, etc., siendo por cierto la buena fe, el presupuesto necesario para dicho reconocimiento y amparo.

Si bien, situaciones como las descritas en los puntos anteriores, tienen como presupuesto la buena fe del individuo (*en ese caso el poseedor*), quien a su vez es parte de la relación jurídica, también encontramos otras circunstancias, en las cuales la buena fe es medida a partir otros sujetos, ajenos a dicha relación y que intervienen de manera indirecta. Son los llamados terceros, que, al actuar de buena fe y que engañados por una apariencia jurídica, encuentran protección para aquellos derechos que pudieran adquirir bajo esa circunstancia.

En muchos casos la propia ley exige el cumplimiento de ciertos requisitos formales, para que ciertos actos sean eficaces o le sean oponibles a terceros, como

son ciertas inscripciones, sub-inscripciones, publicaciones, etc., con el objeto de que la relación o situación jurídica sea oponible a terceros.

A continuación podemos señalar algunos ejemplos:

Art. 189, Código Civil. No surtirá efectos el reconocimiento de un hijo que tenga legalmente determinada una filiación distinta, sin perjuicio del derecho a ejercer las acciones a que se refiere el Art. 208.

El reconocimiento es irrevocable, aunque se contenga en un testamento revocado por otro acto testamentario posterior, y no susceptible de modalidades.

El reconocimiento no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción de éste al margen de la inscripción de nacimiento del hijo.

Otro caso similar lo encontramos en el Art.121 del mismo cuerpo legal:

La sentencia que dé lugar a la acción de reclamación o de impugnación deberá subinscribirse al margen de la inscripción de nacimiento del hijo, y **no perjudicará los derechos de terceros de buena fe que hayan sido adquiridos con anterioridad a la subinscripción”**.

Por tanto mientras no se realice la inscripción de dichas sentencias de acuerdo a la ley, no le serán oponibles a terceros de buena fe y prevalecerán los derechos adquiridos por estos en el tiempo intermedio, lo que también ocurre con la sentencia que declara el divorcio, o aquella que declara la nulidad de matrimonio.

Artículo 50.- de la Ley de Matrimonio Civil, (19947) La nulidad produce sus efectos desde la fecha en que queda ejecutoriada (...) La sentencia ejecutoriada en que se declare la nulidad de matrimonio, deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial y **no será oponible a terceros sino desde que esta subinscripción se verifique.**

Frente a casos como los señalados anteriormente, podemos encontrarnos con situaciones en las cuales, estos terceros de buena fe, (*quienes, por no haberse realizado oportunamente dichas inscripciones*), incurrirán en un falso concepto de la realidad, ya sea engañados por una apariencia o por una ignorancia respecto de un estado jurídico concreto, que por estar de buena fe, encuentran un asidero y protección en cuanto a ciertos actos que pudieron realizar bajo esas circunstancias aparentes.

Sin embargo, no cualquier circunstancia de hecho es suficiente por sí sola para ser considerada un apariencia jurídica; es necesario además que esta situación de hecho sea lo suficientemente idónea desde un punto de vista objetivo o formal, pero además y lo que en este punto nos interesa, es la buena fe del individuo engañado por dicha apariencia y para poder establecer una relación entre la norma abstracta y el hecho concreto es necesario además que concurren otros elementos, los que han sido analizados doctrinariamente desde dos perspectivas.

La primera de ellas dice relación con la apariencia propiamente tal, entendida como un elemento objetivo, concreto, que se traduce en hechos o circunstancias formales, que crean una situación jurídica aparentemente correcta o legítima en la cual se confía la voluntad del sujeto que se hace víctima de ella y; un segundo elemento, ya de carácter subjetivo, el elemento psicológico, que se traduce en la buena fe del individuo que, engañado por dicha apariencia, crea en su fuero interno el convencimiento de estar ante una situación jurídica legítimamente constituida y en algunos caso incluso se exige que se haya realizado la disposición patrimonial onerosa, como el caso que señala el Artículo 2303 del Código Civil. Esta última también considerada por parte de la doctrina como un elemento relevante para estar frente a una protección de la buena fe.

Como hemos visto en los casos descritos anteriormente, muchas veces podemos encontrarnos en situaciones que lleven a una contraposición entre dos derechos subjetivos; el derecho que le asiste al dueño de la cosa que fue enajenada

a un tercero de buena fe, quien se ve privado de su derecho legítimo y además estando éste a su vez de buena fe y; el derecho del nuevo adquirente, que amparado por la buena fe y la apariencia, ve protegido su derecho ante el titular real.

Sería entonces en estos casos en que el Derecho, basado en la Buena fe en relación a la apariencia jurídica, actuaría en interés de la sociedad toda en desmedro del interés del titular real, protegiendo entonces a la buena fe “institución” y la apariencia jurídica como certeza de derecho, como también señala la doctrina, protegiendo la seguridad del tráfico o seguridad dinámica, además de la libre circulación de los bienes.

2.2.3. LA TEORÍA DE LA APARIENCIA EN RELACIÓN CON LA SIMULACIÓN

Para que los actos de una persona produzcan efecto jurídico, es necesaria la existencia de una manifestación de voluntad hecha con ánimo de provocar dichos efectos, además de otros requisitos que establece la ley para que dichos actos se perfeccionen y sean válidos.

Esta manifestación de voluntad en la mayoría de los casos obedece a la intención de los contratantes, existiendo por tanto una relación entre lo que las partes declaran o expresan, con lo que buscan al momento de concurrir al acto o convención.

Estamos frente a una Simulación de un acto jurídico cuando existe un acuerdo entre dos o más personas en fingir un acto determinado, con el ánimo de crear ante terceros, una apariencia de otro “acto”, elegido por éstos en contrariedad a su voluntad real.

Según Ferrara, *“un negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad; o porque no existe en absoluto, o porque es distinto que como comparece. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo: el negocio que aparentemente es serio y eficaz, es en sí mentiroso y ficticio o se*

*realizó otro negocio diferente del expresado en el contrato*²⁸ Además, define la simulación como *“la declaración de un contenido de voluntad con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”*.²⁹

Debiendo existir por tanto una manifestación que se hace deliberadamente y que en realidad es contraria a lo querido por las partes, existiendo un consenso, o acuerdo simulatorio entre éstas y además el ánimo o hecho con el fin de engañar a terceros.

No necesariamente existe en la simulación el engaño con fines de perjudicar o defraudar a terceros. Muchas veces un acto simulado puede tener por objeto incluso proteger un patrimonio y que, no necesariamente sea en desmedro de otros (tales como acreedores) sino que por razones propias del declarante, debemos tener en cuenta este punto, al tratar más adelante la simulación lícita e ilícita.

En cuanto a la naturaleza de la simulación, la doctrina clásica la acepta como una contraposición entre la voluntad real de las partes, con la voluntad declarada, por considerar que la primera difiere del fuero interno de los declarantes.

Si bien no es el objeto de nuestro estudio desarrollar íntegramente la institución de la simulación, señalaremos algunas de las principales clasificaciones que ha hecho la doctrina, para luego detenernos en aquellos puntos en que se establezca una relación con el tema que nos convoca.

Primeramente la simulación se puede clasificar en:

Simulación lícita y Simulación Ilícita.

²⁸ Ferrara Francisco: *la Simulación de los Negocios Jurídicos Madrid*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1º Edición, 1960 , pág.42, citado por Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico, Actos Jurídicos y Personas*, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, Vol. I, 4º Edición, 2000, pag, 105

²⁹ *Ibidem*, pag. 105

- a. **Simulación Lícita:** Es aquella que no tiene como objeto engañar o perjudicar a terceros, sino que obedece a otras razones por parte de los contratantes, que pueden ser muchas, tales como; no querer figurar como titular de ciertos derechos por una cosa de anonimato caritativo, lo que generalmente se hace mediante interpósita persona, o de guardar cierta reserva, o mantener un status o cualquier otro que no sea el ánimo de perjudicar.

- b. **Simulación Ilícita:** A contrario sensu, la simulación ilícita tiene por objeto el engaño a terceros o defraudar la ley.

A su vez, dentro de la Simulación lícita, encontramos otra sub clasificación: Simulación Absoluta y Simulación Relativa.

a.1 Simulación Absoluta: Se presenta cuando las partes celebran un contrato que en la realidad no existe, tras el acto aparente se esconde la no contratación.

a.2 Simulación Relativa: La intención de las partes es celebrar un contrato distinto al que se aparenta, ya sea de manera parcial o total.

Otra clasificación que se puede presentar es la simulación por interpósita persona. Esta situación se caracteriza por utilizar a otros individuos ajenos al contrato como intermediarios, con el objeto de ocultar a los verdaderos comparecientes, quienes pueden presentar algún tipo de incapacidad, inhabilidad o que existan prohibiciones legales para celebrar ciertos actos jurídicos, como puede ser el caso de la compraventa entre cónyuges o entre padre e hijo sujeto a patria potestad. En este caso los contratantes contratarían por intermedio de otra persona conocida coloquialmente como "*palo blanco*".

Ahora bien, respecto de los efectos que puede producir un acto simulado, van a depender de algunos factores, tales como, la licitud de dicha simulación. Por ejemplo, cuando estamos ante un acto simulado lícito, este acto puede tener plenos

efectos ante terceros, para quienes prima el acto aparente, ya que precisamente son los engañados de manera objetiva, esto se desprende de lo señalado en el art. 1.707 inc 1 Art. 1707. Del Código Civil que señala:

“Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros.

Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero”.

Lo anterior es sin perjuicio de la opinión de la doctrina en cuanto al llamado “*derecho de opción*”, mediante el cual, los terceros a quienes afecta el acto simulado, pueden optar por aprovecharse del acto aparente o del acto oculto según cual le sea más beneficioso.

Ahora, en ningún caso el acto simulatorio producirá efectos entre las partes, no siéndoles oponible a estas, puesto que son los propios contratantes quienes conocen la real voluntad de cada uno frente al acto, (recordemos que la simulación es un engaño que las partes urden para engañar a terceros y no entre ellas), prevaleciendo por tanto, la voluntad real de las partes por sobre la voluntad declarada, esto lo podemos deducir al interpretar analógicamente al artículo antes señalado.

La simulación puede reclamarse ya sea por vía de acción, como por vía de excepción, siendo una acción de carácter declarativa que tiene por objeto que el Tribunal declare la existencia de un acto querido por las partes, que es diferente al acto simulado y que se oculta bajo una apariencia jurídica.

Encontramos en este fenómeno jurídico entonces, una directa relación entre la apariencia jurídica como objeto de nuestro estudio y la simulación propiamente tal, entendida ésta, como un acto aparente que tiene por objeto producir una situación jurídica diferente a la real y con ánimo de engañar a terceros, serían por tanto

circunstancias objetivas que crean una apariencia jurídica que no es tal y la buena fe de terceros que adquieren derechos bajo esta circunstancia y que son protegidos por el derecho en virtud de este principio.

CAPÍTULO III: LA TEORÍA DE LA APARIENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

3.1.- Generalidades

La teoría de la apariencia tiene en cuenta circunstancias que se les presentan a los sujetos de derecho desde el principio de los tiempos:

Por ello, por una parte, encuentra en variados eventos la necesidad de comprobar ciertos hechos, porque de la primera impresión pudo concluir que lo que observó no era real sino aparente y, por tanto, estima que es necesario ratificar su apreciación para hallar la certeza y no volver a caer en el error, para lo cual debe indagar un poco más en lo que frente a sus ojos se presenta. Pero en repetidas ocasiones, tal hecho que se presenta como acorde a la impresión primigenia sin asomo de falsedad ni de duda, suele ser de tales características que cualquier persona diligente hubiese igualmente dado la fuerza necesaria a este hecho como para que produzca plenos efectos, a pesar de que en realidad sea algo simplemente aparente y ajeno de una existencia real. La apariencia, con característica de insuperable y general, es por tanto la piedra angular de esta teoría.

La apariencia de una situación crea en la persona que la observa una creencia errónea acerca de la existencia de dicha situación o de determinados derechos vinculados con ella, sin embargo, desde antiguo, cuando la doctrina y la jurisprudencia intentaron darle solución a estos eventos en los que la apariencia

ciertas veces daba un aspecto de realidad tal que no darle efectos, equivalía a afectar el normal transcurrir de los negocios jurídicos con la vulneración correspondiente a terceros que actuaron de buena fe, se propugnó por la responsabilidad civil como régimen conciliatorio de tales eventos.

En el ámbito del derecho comparado se ha instalado este tópico, aun cuando la legislación en algunos casos lo ha normado y, en otros lo ha dejado al criterio del jurisdicente, abriendo discusiones poco pacíficas, pero de alto vuelo jurídico.

3.2.- Caso Argentino.

Ricardo Luis Lornezetti, destacado Juez argentino, en su ensayo “La Oferta Como Apariencia Y La Aceptación Basada En La Confianza” ha señalado que la doctrina argentina reconoce la protección de la apariencia como un principio jurídico que se extiende más allá de los casos que establece del legislador, contemplando la necesidad que se cumplan dos requisitos.

El primero de estos dice relación con que el hecho que produce la situación aparente sea lo objetivamente idóneo para producir engaño y un segundo elemento se refiere a que el tercero no haya podido conocer la verdadera situación empleando para ello, una diligencia media.

En este sentido, se aplica como regla práctica de interpretación el aforismo “*quien crea una apariencia, se hace prisionero de ella*”. Aceptando por tanto la primacía de lo objetivamente declarado.

Al efecto, lo anterior concuerda con los principios de la autonomía privada y la seguridad jurídica que operan para estos efectos de esta forma: “*cuando menos objetiva sea la situación, y menos generalizada la creencia, menos razón hay para creer, de modo que aumentarán los deberes de información. Ambas reglas funcionan*

como vasos comunicantes, de modo que al aumentar una, disminuye la otra y viceversa".³⁰

Bases dogmáticas en la apariencia y la confianza

Frente a este supuesto de hecho y siguiendo el planteamiento de Lornezetti encontramos diferentes reglas aplicables a diversas situaciones, a saber:

a) El consentimiento: este acto es realizado sobre la base de la oferta y la aceptación como declaraciones unilaterales de voluntad que dan origen a vínculos paritarios o discrecionales. Por otra parte, la confianza entre partes no es más que la expresión de una expectativa de cumplimiento, no siendo una confianza especial, sino más bien como una expectativa genérica de cumplimiento.

b) La adhesión como forma general de contratación es una respuesta a las relaciones sociales masificadas. Su carácter general y rigidez, obedecen a una necesidad de celeridad para la celebración masiva de contratos propia de nuestros tiempos. La incorporación de control y de ciertos contenidos en estos contratos, son imprescindibles para equiparar las condiciones de las partes que por lo general tienden a ser inequitativas. Ejemplo de ello, en nuestra doctrina nacional son los llamados *contratos dirigidos*.³¹

c) La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza:

³⁰LORNEZETTI, R. La Oferta Como Apariencia Y La Aceptación Basada En La Confianza. (s.f.). recuperado el 29 de agosto de 2023, de <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/11/artlorenzettiacademia.pdf>

³¹ Al respecto JORGE LOPEZ SANTA MARIA, señala "...el legislador ha intervenido reglamentando imperativamente las cláusulas más relevantes de estos contratos, cautelando así los intereses de los débiles". véase LOPEZ SAN MARIA, J. (2005), *LOS CONTRATOS, PARTE GENERAL TOMO I*, (4° Ed.) Santiago, Chile Editorial Jurídica de Chile, Pág. 162.

En estos supuestos, tanto el consentimiento como la adhesión resultan conceptos insuficientes, porque se asignan efectos jurídicos que no están conectadas con una declaración de voluntad directa, sino con comportamientos objetivos a los que el ordenamiento jurídico les adjudica estas consecuencias.

Desde el punto de vista del oferente, éste no resulta obligado por su voluntad, sino por la apariencia jurídica creada; se trata de un fenómeno que atribuye necesariamente efectos negociales en base a la regla de que lo declarado prima por sobre las intenciones.

En relación al aceptante, no se mira tanto su voluntad, sino a la confianza prestada por éste al momento de aceptar. Confianza que determina la relación obligacional, según el presupuesto que aquel podía y debía otorgarle, en base a la buena fe.

De la conjunción de ambos elementos, surge la oferta basada en la apariencia y la aceptación fundada en la confianza.

Elementos de la “fattispecie”³²:

Como corolario de los principios que hemos visto, la regla de autonomía de la voluntad o autodeterminación, se aplican sólo cuando concurre un *fattispecie* específica, cuyos elementos son los que siguen:

1. Existencia de un título: la regla es que tienen efecto jurídico los derechos basados en un título válido, sin que este tenga vicios. Por excepción, pueden existir pretensiones basadas en la mera apariencia de un título, sin que éste exista realmente.³³

³² Del Italiano: Caso.

³³ Esta regla la podemos encontrar expresada en el (art. 1051 CC), en relación a la transferencia de un inmueble: todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros...que resulten anulados quedan sin efecto, salvo los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso.

2. Creación de una apariencia: debe existir una conducta de una de las partes que crea una expectativa jurídica.

En este caso, según el autor existen dos posturas:

La primera dice relación con la negligencia de quien crea la apariencia atribuyéndole una conducta culpable trasladando el problema al ámbito de la responsabilidad extracontractual.

La segunda prescinde de este elemento, apoyándose en la idoneidad objetiva del engaño de terceros y clasificándolo en sede jurídica.

En la especie, se entiende que la apariencia surge cuando se presentan comportamientos socialmente típicos, existe una acción u omisión del sujeto, además de una causalidad entre la expectativa creada y el acto realizado por el tercero y finalmente la confianza, la que debe ser objetiva, entendida como un estándar aplicable al actuar de una persona común que obra de buena fe.³⁴

Como complemento de esta regla, es necesario que el tercero no haya podido conocer la verdadera situación empleando una diligencia media. Esta es la denominada carga de auto-información que le incumbe a todo ciudadano frente a la contratación. La expectativa produce efectos siempre que hubiere razón para creer de modo análogo a la doctrina del error de hecho.³⁵

Como incide en la teoría del contrato:

Al igual que en todos los sistemas jurídicos de raíz latina, en la autonomía de la voluntad, el contrato, el consentimiento, tienen un fuerte arraigo en la cultura

³⁴ Artículo 1051 Código Civil Argentino señala: "Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable".

³⁵ Artículo 924 Código Civil Argentino señala: El error sobre la naturaleza del acto jurídico anula todo lo contenido en él.

jurídica. Se trata de un principio histórico, de recepción sistemática en la mayoría de los ordenamientos.

Hoy en día, las relaciones jurídico-negociales, llevan a la necesidad de proteger la circulación de bienes, la confianza y la apariencia, obligan a repensar la extensión de la regla clásica, lo que se puede sintetizar en una brevísima exposición de posiciones:

a) La relación entre la autonomía de la voluntad y la apariencia

El modelo de la regla y la excepción

Continúa el autor y citando a Larenz, que en todo negocio jurídico la regla general se sustentaría en la autonomía de la voluntad y excepcionalmente en la apariencia de éstos, ubicando a la apariencia en el ámbito de la responsabilidad causada por un acto u omisión en el tráfico jurídico comercial, emanando esta responsabilidad de la confianza puesta en el acto aparente y no del negocio mismo que sólo sería un complemento de dicha responsabilidad.³⁶

Por su parte, continúa el autor basado en los postulados de Gino Gorla, quien esgrime una posición contraria, afirmando que en un sistema donde la regla general no fuera el consentimiento de ambas partes, podría afirmarse que la responsabilidad emanaría de la sola declaración de voluntad de auto obligarse.

Esta idea no ha sido aceptada por ningún ordenamiento de origen latino, señalando como ejemplo que en la promesa se requiere de la aceptación para que se configure una obligación, mientras que en el derecho anglosajón existe una posición contraria basados en el precepto en la “*consideration*” basados en la confianza.

Para el “*civil law*” existe un convencimiento mayoritario en que la causa de la obligación sería el consentimiento. Sin embargo, al considerar al contrato en sí

³⁶ Véase LARENZ, Karl, “Derecho Civil- Parte General”, Edersa, 1978, pág 824.

mismo, no siempre es posible determinar subjetivamente la voluntad de las partes, limitando la confianza sólo a un plano probatorio de la voluntad de obligarse.

La pluralidad de factores en materia de obligaciones.

Lo anterior sólo sería aplicable si nos concentramos en aquellos contratos celebrados entre particulares, entendidos estos como sujetos simples, como alguien que contrata con otro sobre un determinado asunto. Sin embargo, frente a aquellas contrataciones que surgen de transacciones de carácter masivo, que si bien implican una economía de tiempo y favorecen el intercambio de bienes y servicios, éstas a su vez crean estados ocultos y aparentes que generan una incertidumbre para la seguridad del tráfico.

Ante esta situación, y obedeciendo a la necesidad del tráfico, puede aceptarse su simplicidad a riesgo, por cierto, de producirse una ineficacia o empobrecimiento en la aplicación de las herramientas otorgadas por el ordenamiento jurídico, o bien, a pesar de aceptar su celeridad en la génesis de los negocios, de manera abstracta, entenderlas de manera diferenciada e interpretarlas a cada caso concreto, (*fattispecie*). Con esto, podría afirmarse que no existe sólo una regla de excepción, sino que a cada situación jurídica, se tratará de adjudicarle efectos jurídicos, convirtiéndose en un problema imputativo y no de la aplicación de una regla general en los cuales se le puede atribuir efectos negociales a la voluntad, en otros casos a la apariencia, la autorresponsabilidad del agente o a la buena fe.

Casos de expresión de la apariencia en la legislación Argentina.

1.- El mandato aparente

De acuerdo a la legislación argentina, estaríamos frente a un mandato aparente cuando el mandatario contrata a nombre del mandante, excediendo los

límites del mandato. En esta situación no existiría representación, ni vinculación directa entre el representado y el representante, salvo que el mandante ratifique lo actuado en su nombre.

No dándose esta circunstancia, el contrato es nulo si la parte con quien contrató conoce los poderes dados al mandante, quedando el mandatario obligado en forma personal ya que no hay eficacia directa³⁷

Otra situación se presenta en el artículo 1961, que se refiere, a diferencia del caso anterior, al desconocimiento de parte del tercero contratante, de los poderes otorgados al mandatario. En este caso se le otorga eficacia directa a lo obrado por el representante sin representación, constituyendo una excepción a la regla del artículo 1931, siéndole por tanto inoponible al tercero la nulidad o ineficacia del acto celebrado entre representante y representado, en virtud de la apariencia jurídica creada.³⁸

2.- El pago al acreedor aparente

Al igual que en nuestra legislación nacional, el derecho argentino en su artículo 732, reconoce la validez del pago efectuado al poseedor del crédito basado en la buena fe de quien lo realiza, no obstante sobrevenga la falta de titularidad de quien poseía dicho crédito. Al afecto señala: *“El pago al poseedor del crédito es válido, aunque el poseedor sea después vencido en juicio sobre la propiedad del crédito de la deuda”*³⁹

³⁷ Art.1931, Código Civil Argentino:” Cuando contratase en nombre del mandante, pasando los límites del mandato, y el mandante no ratificare el contrato, será éste nulo, si la parte con quien contrató el mandatario conoce los poderes dados por el mandante.”

³⁸ Art.1967. Código Civil Argentino:” En relación a terceros, cuando ignorando sin culpa la cesación del mandato, hubieren contratado con el mandatario, el contrato será obligatorio para el mandante, sus herederos y representantes, salvo sus derechos contra el mandatario, si éste sabía la cesación del mandato.”

³⁹ Véase Artículo 732, Código Civil Argentino.

3)- Protección a terceros adquirentes de inmuebles

El artículo 1051 del Código Civil Argentino, señala: *“Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable.”*⁴⁰ La doctrina está conteste en señalar que la nulidad del acto será inoponible a los terceros en virtud de la apariencia protegida, a pesar de la nulidad del acto al que se refiere este artículo, extendiendo incluso a aquellos actos que nacieron mediante fraude, engaño o inexistentes basándose en este último caso en que si no hay acto no hay apariencia, lo que no sería tal, puesto que la excepción sería la protección del tercero, basado en su buena fe.

3.- El factor de comercio.

En este caso resulta plenamente aplicable la teoría de la apariencia pues se imputa al empresario los actos jurídicos realizados por su factor, concurriendo los requisitos que señala el artículo 138 del Código de Comercio, tales como que pertenezcan notoriamente a personal o sociedad conocida, que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro, o aun siendo de otra naturaleza el factor obró por orden de su comitente, o se presume legalmente que lo aprobó por términos expresos o por hechos positivos. Lo anterior nos lleva a concluir que estaríamos ante un caso típico de modificación de las reglas del mandato. Existiendo en este caso, una representación legal y no convencional.

4.- La apariencia en materia societaria

⁴⁰ Véase Artículo 1051, Código Civil Argentino

El Derecho Argentino, al igual que nuestro ordenamiento, entiende que las actuaciones de un representante de la sociedad comercial, obligan a esta cuando actúa dentro de las facultades que le fueron otorgadas. Cuando éste excede de dichas facultades, la ley dispone que la sociedad resulta obligada, si la actuación no está notoriamente ajena a los actos comprendidos dentro del objeto social, aplicando la misma regla en materia de exceso del representante en el caso expuesto anteriormente en relación al mandato, cuyo fin es proteger la confianza de los terceros. Dicho efecto se produciría siempre que se haya suscitado una confianza de que se ha actuado dentro del objeto social.⁴¹

Entonces, para que exista vinculación válida con los terceros, las actuaciones externas de quienes por disposición de ley o del contrato están facultados, deben hacerlo dentro del rango de la representación.

6.- La apariencia en la protección de los consumidores

En el artículo 40 de la ley 24.240, reformado por ley 24.999, señala que se imputa la responsabilidad a quien haya puesto su marca en la cosa o servicio, otorga soluciones más cercanas a la responsabilidad, la solidaridad y al derecho de daños. Sin embargo, algunos autores, como Alterinni,⁴² basados en el principio de la confianza, logran vincular de alguna manera esta confianza objetiva en una marca o cierta fama, a una responsabilidad por apariencia.

7.- El Contrato de Franquicia.

⁴¹ ARTICULO 58. Ley 19.550, Ley de Sociedades Comerciales, Argentina. "El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. Este régimen se aplica aun en infracción de la organización plural, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural.

⁴² ALTERINI, Atilio, "Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza", en "Derecho de Daños", 539, citado por: LORNEZETTI, R. Op Cit., pág 17.

Similar al caso anterior, la responsabilidad propia del franquiciante se funda en diversos supuestos.

Así, algunos argumentan que se presenta cierta posición de dominio en favor del franquiciante, respecto del producto y sus cualidades específicas, el que se hace evidente con los permanentes controles que éste ejerce sobre la empresa franquiciada, aún sin descartar la independencia que existe entre ambos sujetos del contrato de franquicia.

Bajo este escenario, es que se genera la apariencia a terceros, que contratan de buena fe, convencidos de que se trata de una sucursal, desconociendo en la mayoría de los casos la existencia de una franquicia. Consecuentemente, es dable reconocer responsabilidad al franquiciante, pues los terceros que de buena fe contratan con el franquiciado, creen hacerlo con una gran cadena de sucursales dependientes de la misma casa matriz invocando la apariencia jurídica creada.

Otros sostienen que, justamente debido a la independencia y autonomía negociadora de cada parte, debe descartarse dicha responsabilidad creada por la apariencia, de no ser así, se atentaría contra el principio de la relatividad de los contratos y se estaría obligando al franquiciante a responder por hechos que objetivamente escapan a su control.

3.3.- Caso Mexicano.

El Código Civil Mexicano tiene su origen en las instituciones del Derecho Francés, influenciado por la Revolución y otras en el Derecho Germánico, recogiendo figuras tales como, la posesión civilísima, mediante la ficción jurídica de considerar que el patrimonio del *cujus*, pasa a sus sucesores a fin de evitar una herencia yacente, la retroactividad de la repudiación de la herencia a la fecha de muerte del causante, en el caso de quien es despojado de una cosa, considerando que éste sigue investido, influenciado por el derecho germánico protegido por el Wevere, (institución que nace cuando se protegía un señorío que aparentaba ser un derecho

real), considerando que se reputa como nunca haber sido despojado o perturbado, entre otras.

Además, el fenómeno de la apariencia se relacionada con todas las materias del derecho civil, de manera transversal, pasando, por la materia de personas, bienes, derecho sucesorio *mortis causa*, obligaciones y contratos.

A modo de ejemplo podemos encontrar casos que, al igual que en nuestro ordenamiento, se protege el interés del tercero que en virtud de una apariencia, ha adquirido algún derecho estando de buena fe.

La regulación normativa de la simulación en el Código Civil Mexicano es el siguiente:

Artículo 2180. Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas.

Artículo 2181. La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.

Artículo 2182. La simulación absoluta no produce efectos jurídicos. Descubierta el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare.

Artículo 2183. **Pueden pedir la nulidad de los actos simulados, los terceros perjudicados con la simulación**, o el Ministerio Público cuando esta se cometió en trasgresión de la ley en perjuicio de la Hacienda Pública.

Artículo 2184. Luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere; pero si la cosa o derecho ha pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a la restitución.

También subsistirán los gravámenes impuestos a favor de tercero de buena fe.

Otro caso lo encontramos en relación a la Inoponibilidad de la resolución que señala el art. 1950.

Artículo 1950.- La resolución del contrato fundado en falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles u otro derecho real sobre los mismos, no surtirá efecto contra tercero de buena fe, si no se ha estipulado expresamente y ha sido inscrito en el Registro Público en la forma prevenida por la ley.

Existen otros casos de apariencia que son muy similares a los de nuestro ordenamiento, como son los actos de enajenación celebrados en fraude de acreedores, o en caso del poseedor del crédito, el heredero, el pago de lo no debido, situaciones de representación aparente, ante las cuales se les da eficacia y validez en favor de los terceros que se ven perjudicados por los actos que estos celebraron careciendo de legitimación, o ante el supuesto de las conductas simuladas.⁴³

Al igual que en nuestro código, se considera válido el pago hecho de buena fe al poseedor del crédito.

Al respecto, el Artículo 2076, señala: *“El pago hecho de buena fe al que estuviese en posesión del crédito, liberará al deudor”*

En relación al mandato, el art. 2557, aplica un criterio similar, en relación al tercero de buena fe.

Artículo 2557. La omisión de los requisitos establecidos en los artículos que preceden, anula el mandato, y sólo deja subsistentes las obligaciones contraídas entre el tercero que haya procedido de buena fe y el mandatario, como si éste hubiese obrado en negocio propio.

Artículo 2597.- Cuando se ha dado un mandato para tratar con determinada persona, el mandante debe notificar a ésta la revocación del mandato, so pena de quedar obligado por los actos del mandatario ejecutados después de la revocación, siempre que haya habido buena fe de parte de esa persona.

⁴³CONTRERAS LÓPEZ, Raquel. Evolución de la teoría de la apariencia jurídica, en la legislación civil, a partir del código napoleón, p. 357 y ss.

En cuanto a la publicidad de ciertos actos el artículo 3009 señala: El Registro protege los derechos adquiridos por tercero de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, excepto cuando la causa de la nulidad resulte claramente del mismo registro. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando la Ley.

Es importante hacer mención que, en el Derecho Mexicano, la apariencia, no sólo se limita a entender la posesión de bienes tangibles, sino que se extiende incluso a proteger la posesión de derechos inmateriales, tales como aquellos los derechos derivados de las relaciones de familia, el estado civil de las personas, la filiación, los créditos o en el caso, de la posesión de un título de créditos.

Influencia de la Apariencia en el Derecho procesal civil

En el ámbito del Derecho Procesal, según Raquel Contreras López, la apariencia se manifiesta en figuras como la oponibilidad e inoponibilidad de derechos, en materia de indicios y presunciones, así, como la llamada “fama pública”, abarcando además, otras ramas del Derecho, en especial en relación al Derecho Constitucional, siendo en materia de amparo, una figura de gran importancia, como es la suspensión del acto reclamado, que según la autora, sería el aspecto práctico de la Teoría de la apariencia jurídica o apariencia de Derecho.

a) Tesis jurisprudencial denominada “Apariencia de Buen Derecho” o *Fumus Boni Iuris*.

En México esta tesis ha despertado una discusión poco pacífica. En este sentido, altos jueces se han referido en materia de suspensión del acto reclamado, también mal llamada “apariencia del buen derecho” que nada tiene que ver con la

teoría que hemos estudiado y que sólo hacemos mención a objeto de distinguir el tratamiento que se le da al concepto y en especial en el Derecho Mexicano.

La tesis de la “apariencia del buen derecho”, funciona en base a un juicio subjetivo que realiza el juzgador y de acuerdo a un principio que opera bajo dos supuestos: primero, la existencia de un derecho aparente y segundo, la existencia de riesgo o peligro en la demora, para esto debe realizar un juicio de probabilidad y verosimilitud del derecho del solicitante.

La Constitución Mexicana, en su artículo N°107, sección X, permite al juez que esté en posibilidad de conceder la suspensión del acto reclamado, siempre y cuando se evidencie que en el fondo del asunto y de manera ineludible le asiste un derecho al quejoso. Lo que hace factible la anticipación de que obtendrá la protección constitucional sin que se llegue al extremo de trastocar los principios que rigen al juicio de amparo en materia de audiencia constitucional, concesión, negativa o sobreseimiento del amparo.

Esta situación a juicio de otros, es una figura con la que se trastoca el espíritu del derecho de amparo en la legislación azteca.

En cambio, a juicio de la profesora Raquel Contreras, la figura de la apariencia ha tenido eficacia en el ámbito del Derecho, desde los tiempos del Derecho Romano, siendo por cierto una figura de excepción, que funciona bajo presupuestos muy precisos, ya sea, que la norma se refiera de manera expresa a una situación aparente, o bien, que la norma reúna lo datos sociales necesarios para que se dé la eficacia de una apariencia jurídica. Añade en su análisis, que “*en el Derecho positivo mexicano, como en el resto de países de herencia romano-canónica, el segundo de los supuestos es el que predomina, porque desafortunadamente, aún no se regula a la apariencia en norma expresa, esto es, la apariencia como figura jurídica autónoma*”.⁴⁴

⁴⁴CONTRERAS LÓPEZ, Raquel. Ob. Cit., p. 359

Si bien el concepto de la apariencia, tanto en nuestro ordenamiento, como en el derecho comparado, se desconoce como concepto jurídico positivo, vemos que se encuentra presente en diversas instituciones, especialmente en el ámbito derecho civil, que sabemos, tienen un origen histórico común. Vemos además, que existen directrices y presupuestos comunes, dentro de los cuales se desarrolla y manifiesta este fenómeno, que finalmente encuentra su justificación en principios generales del derecho, tales como el error común, la seguridad del tráfico, la certeza de los derechos, la buena fe, entre otros.

CAPÍTULO IV: COMENTARIOS SOBRE LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA APARIENCIA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Como se ha revisado a lo largo de este trabajo, la teoría de la apariencia es una hipótesis específica que reviste gran complejidad en su interpretación por la doctrina. También ello ocurre a propósito de la jurisprudencia.

En este sentido, el año 2009, la Corte Suprema dictó una sentencia acogiendo la tesis de la apariencia en una causa donde la parte demandante, se basa en la Teoría de la Apariencia, en materia contractual como se analiza en lo sucesivo. La cual se extrae en sus principales razonamientos, de los textos de los profesores Carlos Pizarro Wilson y Alejandra Aguad.⁴⁵

Causa rol n° 785-2008. Corte Suprema, 13 de Agosto de 2008

4.1. Resumen

⁴⁵AGUAD DEIK Alejandra. PIZARRO WILSON Carlos Obligaciones y Responsabilidad civil, Julio 2010. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 14, pp. 169-178 [julio 2010, p. 1.

Las demandantes reclaman ante la justicia haber realizado un contrato de promesa de compraventa con el jefe zonal de San Fernando, en la oficina que la constructora tenía en el inmueble donde se encontraban los bienes objeto de los contratos indicados, obró por la empresa Malpo Limitada en la suscripción de los referidos contratos de promesa y lo demanda ante su incumplimiento.

Si bien el contrato que no fue otorgado por la constructora demandada, el jefe zonal tenía facultades para representar a la constructora en los contratos de promesa suscritos por las actoras. Dicha circunstancia no era por sí sola suficiente para considerar que tales contratos “obligaban” a la promitente vendedora habida cuenta que ellos eran materialmente falsos, pues el señor Silva Martínez había falsificado las firmas de quienes aparecían concurriendo a otorgarlos. De esta manera, la Corte Suprema basó su razonamiento jurídico en la teoría de la apariencia.⁴⁶

En primera instancia, se rechazó la demanda por estimar que no se logró probar, que quien firmó el contrato de promesa, por cuanto, no obstante tener un vínculo laboral con la constructora y estar a cargo del ramo de venta de viviendas, tuviese facultades legales para representarla como mandatario o, cuando menos, como agente oficioso, y, obviamente, para suscribir tales contratos a nombre de ésta. Por el contrario, quedó demostrado que éste sobrepasó sus atribuciones y en atención a ello se dedujo acción criminal en su contra por la empresa constructora.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Rancagua, conociendo por vía de apelación, revocó la sentencia de primer grado por estimar suficientemente acreditado en autos la existencia de la “representación” o, a lo menos, del “mandato”, con la cual obró en la especie Rolando Silva Martínez por la constructora demandada. Para arribar a dicha conclusión los sentenciadores estimaron que el mandato otorgado era de índole mercantil habida cuenta del giro de la empresa demandada, por lo que la prueba testimonial rendida en autos resultaba suficiente, conforme a Derecho, para establecer su existencia (artículo 128 del *Código de Comercio*). Y que aun de estimarse que el mandato otorgado era de carácter civil,

⁴⁶AGUAD Y PIZARRO, *Obcit*, p.3 y ss.

existía un principio de prueba por escrito de su existencia, conformada por los instrumentos que daban cuenta de una operación de compraventa otorgada por la constructora.

4.2. Los hechos

- 1) Con fecha 27 de agosto del año 2001 las demandantes, Yanet del Pilar y Paola Marcela Silva Villanueva, celebraron con la demandada empresa constructora Malpo Limitada, sendos contratos de promesa de compraventa referidos a las viviendas ubicadas en los lotes 31 y 32, ambos de la manzana 6 del conjunto habitacional denominado Villa Doña Ester IV, San Fernando. En dichos contratos se pactó que el precio de la compraventa definitiva será la suma de 430 UF o su equivalente en moneda nacional al momento del pago efectivo, que el promitente comprador se compromete a cancelar con un pie y un saldo que sería cancelado al momento de firmar la escritura de compraventa.
- 2) Rolando David Silva Martínez, quien se desempeñaba como jefe zonal de San Fernando, en la oficina que la constructora tenía en el inmueble donde se encontraban los bienes objeto de los contratos indicados, obró por la empresa Malpo Limitada en la suscripción de los referidos contratos de promesa.
- 3) No obstante lo anterior, quienes comparecen por la promitente vendedora en los citados contratos de promesa son los representantes de la constructora a quienes Rolando Silva falsificó las firmas.
- 4) Con fecha 27 de noviembre del año 2001, las actoras hicieron entrega de las sumas de \$6.000.000 y \$5.000.000, respectivamente, a título de anticipo del precio de la compraventa prometida, suscribiendo el referido Silva Martínez los recibos de dinero que dan cuenta de dichos pagos.
- 5) Con fecha 10 de octubre de 2002, al concurrir las demandantes a la obra les fue señalado que sería imposible cumplir con el contrato de promesa estipulado, por cuanto las casas en construcción se encontraban

comprometidas a través del SERVIU y que los contratos de promesa suscritos por las demandantes no tenían valor.

Atendido lo anterior, las promitentes comparadoras demandaron a la empresa constructora Malpo Ltda., para que se declarara la obligación de la demandada de cumplir lo pactado en los contratos de promesa celebrados e indemnizar los perjuicios ocasionados, con costas.

4.3. Fundamentos jurídicos: recepción de la tesis de ‘apariencia’

El máximo Tribunal razonó en consideración del artículo 1546 del Código Civil dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe y agrega, incluso, que, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

Por lo que se relata, necesariamente debe afirmarse que el fallo censurado no ha incurrido en yerro de derecho alguno, al concluir la existencia de los contratos de promesa aludidos y que en ellos son parte la demandada y las actoras, como promitentes vendedoras y compradoras, respectivamente”

4.4. Respecto de la apariencia, se señala:

TRIGÉSIMO QUINTO “Que extrapolando estos principios de la llamada ‘teoría de la apariencia’ a la del consentimiento aparente, se puede decir que siendo la voluntad, por definición, el motor de los actos jurídicos, sin consentimiento no existe contrato, no se generan obligaciones, aún en los casos en que a una apariencia de voluntad no pueda atribuírsele el rol de generar un contrato, puede tener significación como fuente de responsabilidad.

“Por otra parte, y siempre dentro del derecho privado, se encuentran causas de apariencia en aquellas relaciones en que han intervenido sujetos con titularidad, capacidad o cualidades aparentes, que le dan legitimidad a sus

actuaciones sustentadas en el hecho propio de quien podía reclamar de ella en situaciones similares.

Causa Rol Nº 56.264 – 2021, Corte Suprema, 03 de mayo de 2023

4.5. Resumen

Manuel Astorga Gutiérrez y deduce una demanda de resolución de contrato con indemnización de perjuicios en contra del Comité Vivienda Los Castaños El Peral. Funda su acción relatando que suscribió con la demandada, representada en aquella época por su Presidenta Ana Corina Peñailillo Guzmán y por su Tesorera Silvia Mariana Aguilera Melo, un contrato de promesa de cesión de derechos por escritura pública suscrita ante el Notario Público Suplente de Los Ángeles, Luis Blanco Medina, de fecha 8 de marzo de 2013, mediante el cual le prometieron vender, ceder y transferir el 1,52% del total de los derechos del inmueble denominado Lote-B del plano de subdivisión del predio compuesto de Reserva Cora Nº1 del Proyecto de Parcelación El Roto Chileno, ubicado en el sector El Peral de dicha comuna. Menciona que la condición que se estableció para la suscripción del contrato de compraventa prometido fue la obtención de todos los permisos correspondientes de las autoridades pertinentes, dentro del plazo de un año a contar de la fecha de suscripción del contrato, el que venció el 8 de marzo de 2014, no obstante la demandada no ha cumplido lo pactado, desconociendo la existencia del contrato y encontrándose en mora. Concluye solicitando la resolución del contrato de promesa de compraventa ya individualizado más una indemnización de perjuicios por la suma de \$5.000.000 por concepto de daño emergente y \$2.000.000 por concepto de daño moral, todo con los correspondientes reajustes e intereses y con costas.

Contestando la parte demandada pidió el rechazo de la acción oponiendo la excepción de inoponibilidad del contrato de promesa, fundada en que su parte es una organización comunitaria con personalidad jurídica y que el 23 de septiembre de 2010, en cumplimiento de lo establecido en la Ley N° 19.418 y en sus estatutos celebró una Asamblea General Extraordinaria, a la cual asistió el 80% de sus afiliados; en la misma se autorizó al directorio del Comité para vender o prometer vender 10 sitios del loteo de propiedad del mismo, acordándose para su venta que debían asistir la totalidad del directorio, que a la fecha de celebración del contrato de promesa sublite estaba compuesto por: Ana Corina Peñailillo Guzmán, Presidenta; María Sáez Lavín, Vicepresidenta; Paola Alejandra Ramírez Zúñiga, Secretaria; Silvia Mariana Aguilera Melo, Tesorera; y Patricia Gallegos Peralta, Directora; compareciendo en la suscripción del contrato sub lite solo Ana Corina Peñailillo Guzmán y Silvia Mariana Aguilera Melo; careciendo de facultades legales para representar y obligar a su parte.

Por sentencia de quince de mayo de dos mil diecinueve, el tribunal de primera instancia decidió rechazar la excepción de inoponibilidad y acoger la demanda declarando resuelto el contrato de promesa de cesión de derechos suscrito ante el Notario Público Suplente de Los Ángeles, Luis Blanco Medina, y condenar a la parte demandada a pagar al actor la suma de \$3.750.000 por el precio pagado por dicho contrato.

La parte demandada apeló en contra de dicho fallo, y por determinación de dieciocho de junio de dos mil veintiuno, una sala de la Corte de Apelaciones de Concepción lo revocó, y decidió, en su lugar, acoger la excepción de inoponibilidad y rechazar la demanda.

En contra de esta decisión, la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo.

4.6. Los Hechos

a) La existencia del contrato de promesa de compraventa cuya resolución se demanda.

- b) Que quienes aparecen suscribiendo la escritura como presuntas representantes del promitente vendedor, Ana Corina Peñailillo Guzmán y Silvia Mariana Aguilera Melo, ocupaban a la fecha del otorgamiento de la escritura las calidades de presidenta y tesorera, respectivamente, del Comité demandado.
- c) El pago de \$5.000.000 por parte del promitente comprador a quienes figuran como suscribiente del contrato.

4.6. Fundamentos jurídicos: recepción de la tesis de ‘apariencia’

“Que efectuadas dichas disquisiciones doctrinarias toca analizar si el actor, en primer lugar, actuó de buena fe, y resuelto aquello, si al contratar lo hizo con la debida diligencia. En cuanto al primer requisito, es posible advertir de varias normas de nuestro ordenamiento jurídico que la buena fe se presume (artículo 47, 94 N°6, 706 inciso final, 707, 1459, entre otros, todos del Código Civil), por lo que, en virtud del artículo 1698 del Código Civil, tocaba al demandado acreditar lo contrario, cuestión que no aconteció, pues no rindió prueba alguna al respecto, limitándose en su contestación a oponer la excepción de inoponibilidad. En relación al segundo requisito antes señalado, esto es, que el actor actuó con la debida diligencia, es del caso indicar que la Ley N° 19.418 en sus artículos 4 y 22 y los Estatutos de la Asociación en su artículo 39, establecen que el presidente de este tipo de organizaciones comunitarias, representa judicial y extrajudicialmente a la misma. Luego, es un hecho de la causa que Ana Corina Peñailillo Guzmán y Silvia Mariana Aguilera Melo tenían al momento de celebrarse el contrato de promesa, cuya resolución se pide en autos, las calidades de presidenta y tesorera del Comité demandado. Por lo demás, el Notario Suplente que autorizó dicha escritura dejó constancia que la personería de aquellas para representar al Comité demandado, constaban en un documento denominado “Personalidad Jurídica 19.418-981 de fecha 24 de mayo del año 2004” con certificado de vigencia de fecha 6 de noviembre de 2012, extendido por el Sr. Secretario Municipal de la I. Municipalidad de Los Ángeles.

Que, a la luz de lo razonado, solo cabe concluir que el actor de buena fe y de manera diligente, razón por la cual se encuentra amparado por el principio de apariencia jurídica que ya ha sido latamente analizado, de forma tal que al demandado le es oponible el contrato de promesa sub lite.

4.7. Respecto de la apariencia, se señala:

CUARTO: Que, se hace necesario para poder resolver el asunto en cuestión referirnos a la “doctrina de la apariencia jurídica”, la que ha sido definida por el profesor Daniel Peñailillo como: "aquel principio en virtud del cual quien actúa guiándose por las situaciones que contempla a su alrededor, debe ser protegido si posteriormente se pretende que esas situaciones no existen o tienen características distintas de las ostensibles". Tal protección se justifica, en palabras del mismo autor, porque: "en el mundo de la negociación se necesita que quienes actúan tengan una mínima tranquilidad en orden a que actuando lícitamente y guiándose por lo que observan en torno a ellos, desplegando una mediana diligencia para cerciorarse de que lo que ven es realidad, estén garantizados en los efectos, y llegado el momento de una discordia, reciban el amparo judicial". (“La protección a la apariencia en el Derecho Civil”, Santiago, año 1999, Editorial Jurídica de Chile, páginas 3 y 13).

Así, el amparo a que el profesor Peñailillo hace alusión se materializa permitiendo a los terceros actuar como si la situación derivada del hecho ostensible que no es real lo fuese y, por consiguiente, autorizándoles a desconocer todo aquello que no les fue posible observar o conocer al momento de desplegar su actuación. De esta forma, para ellos lo único que tiene valor es lo aparente por sobre la realidad, y aun cuando ella resulte absolutamente opuesta, se impone la apariencia, conforme a la cual actúa el tercero, amparado por el derecho.

Esta protección a la apariencia conforme refiere el mismo autor, se funda en el principio de la buena fe. Sin embargo, tal autor previene que no basta solo con la buena fe del tercero, sino que ésta además debe ir acompañada de la debida diligencia de su parte, es decir, el tercero debe tomar las precauciones necesarias, de modo que su ignorancia de la realidad se pueda considerar excusable (“La

protección a la apariencia en el Derecho Civil”, Santiago, año 1999, Editorial Jurídica de Chile, páginas 3 y 13).

4.8. Reflexión final

Como se ha dejado esbozado anteriormente, la apariencia persigue proteger a los terceros que razonablemente han confiado en la apariencia de los hechos. Además, la realidad busca la protección del interés del titular real. Si se atiende al primer supuesto, se habrá obtenido el reconocimiento del acto aparente; si se atiende al segundo, se privará al tercero del derecho que él había considerado adquirir.

CONCLUSIÓN

En la vida jurídica se conjugan diversos elementos que muchas veces, al materializarse, pueden ocasionar colisión de intereses y vulneración de legítimos derechos. Lo anterior, obedece a que no siempre existe una correspondencia entre la realidad y lo que aparentemente percibimos de ella, pudiendo presentarse casos en que la capacidad no sea como la percibimos, o que quien transfiera el dominio no tenga las facultades para hacerlo, o que en un acto que requiere ciertas cualidades de quienes concurren, estas no sean tales. Podemos estar, frente a un acto que aparenta ser tal y sin embargo quienes concurren lo disfracen para ocultar su verdadero objetivo.

Ante tales circunstancias, veremos que ciertos derechos serán afectados y consecuentemente, será necesario encontrar una solución que, mediante la aplicación de principios generales de derecho, nos lleve al planteamiento de la teoría apariencia jurídica.

Sabemos que ya en tiempos del Derecho Romano, se reconoció de alguna manera la apariencia en relación al error común, en cuanto al *baraniruis*, lo que aún se reconoce por ejemplo en el derecho público, como el caso del funcionario que, a pesar de haber sido nombrado, aún no asume el cargo o faltan ciertas solemnidades. Todos aquellos actos realizados por éste en el tiempo intermedio se consideran válidos, ya sea por una razón de seguridad jurídica, confianza en el sistema público o simplemente, por la aplicación del principio error común o como un límite a la invalidación de los actos administrativos.

La Teoría de la apariencia, aún se manifiesta de manera imprecisa, existiendo un escaso desarrollo en la práctica judicial, aún menos en el ámbito administrativo, encontrando seguramente, su desarrollo más amplio en sede civil.

Prueba de lo anterior es que la apariencia jurídica la encontramos en materia de bienes, en relación a la posesión, en el mandato, matrimonio putativo, derecho sucesorio, en materia de obligaciones, entre otras, además de los principios generales que la justifican, como son: la buena fe, el error común, la certeza de los derechos, la seguridad del tráfico o seguridad dinámica, la libre circulación de los bienes, etc.

Tal vez, la resistencia a la doctrina, nace del hecho de tener que probar en juicio o con una conducta tipificada, la intencionalidad o el grado de realidad que para el que se ve afectado con ella, pueda asegurar que se trata de algo que creyó real.

Por tanto, este límite con la subjetividad que esconde la misma doctrina, emplaza la labor jurisdiccional en lo material. No obstante, esta teoría no ha tenido una acogida prolífica en los Tribunales de Justicia. De ahí que su positivización y consolidación en la legislación nacional, aún se ve dificultosa.

Queda pendiente aún, intentar reflexionar en ella hasta lograr generar un conocimiento autónomo e independiente de otras instituciones jurídicas. Con todo, se espera, que este trabajo, contribuya a ampliar el debate respecto de la Teoría de la

Apariencia, en el Derecho chileno, sirviendo de antecedente, para futuras investigaciones en esta particular rama del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, René. Derecho Sucesorio. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.

AGUAD DEIK Alejandra. PIZARRO WILSON Carlos Obligaciones y Responsabilidad civil, Julio 2010. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 14

ALESSANDRI R.-Arturo; SOMARRIVA Manuel; VODANOVIC, Antonio. Tratado De Los Derechos Reales Tomo I, Editorial Jurídica, 2005

ALTERINI, Atilio, "Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza", en "Derecho de Daños", 539

BOETSCH GILLET CRISTIÁN, La Buena Fe Contractual, Editorial Jurídica, Oct. 2011

BRIONES Guillermo. "Metodología de la Investigación en las Ciencias Sociales y en el Derecho" Universidad Libre- Chile. Octubre- 2002.

CÓRDOBA Marcos "Efectos jurídicos de la buena fe en la apariencia": p. 642. En RUZ LÁRTIGA Juan. "Explicaciones al derecho civil y comparado": Santiago Chile. Ed. Abeledo Perrot

CLARO SOLAR "Explicaciones al derecho civil y comparado". Tomo V. Santiago, Chile, Ed. Jurídica, 1979.

CONTRERAS LÓPEZ Raquel S. "Evolución De La Teoría De La Apariencia Jurídica, En La Legislación Civil, A Partir Del Código Napoleón: Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, Vol. 2, núm. 2, 2006.

CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra. Teoría Integral de la Apariencia Jurídica. Su efecto frente a diversas figuras jurídicas. Editorial Porrúa. México, D.F. 2006. Parágrafo 6.-D.

ETCHEVERRY, Raúl A, "Derecho comercial y económico- Parte general". Bs.As.Ed. Astrea1987.

FALZEA Angelo, voz *aparenzzaen* Diccionario Jurídico, p. 687 citado en Corral Talciani, Hernán "Desaparición de personas y presunción de muerte en el derecho civil chileno". Santiago, Chile. Ed. Jurídica, 2000.

FERNÁNDEZ DEL CARTILLO Bernardo Pérez "Derecho registral". México, Ed. Porrúa, 2007

GORDILLO "Representación Aparente: Aplicación Del Principio De Protección De La Apariencia De La Apariencia Jurídica". Sevilla, España, 1978

ISLER SOTO Érika En Busca De Un Estatuto Jurídico Aplicable A La Administración De Los Bienes Indivisos. Revista Chilena De Derecho Y Ciencia Política - AÑO 1, NÚMERO 1, 2010

JOSSERAND, "Derecho Civil", Ejea, T.II, vol I.

KIVERSTEIN H. ABRAHAM, Síntesis Del Derecho Civil – Bienes, Ediciones Jurídicas LA LEY, 1993

LARENZ, Karl, “Derecho Civil-Parte General”, Edersa, 1978, pág. 824.

LOPEZ SAN MARIA, J. (2005), *LOS CONTRATOS, PARTE GENERAL TOMO I*, (4° Ed.) Santiago, Chile Editorial Jurídica de Chile

MOSSET ITURRASPE, “La representación”, Rev. Der Priv y Comun, Num. 6,1994

PEÑAILILLO ARÉVALO, Teoría General de la Apariencia. Santiago. Memoria de Prueba.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel “Protección a la apariencia en el derecho civil”. Concepción, Chile. Universidad de Concepción, 1999.

RAMOS PAZOS René. Derecho De Familia Tomos I Y II. Editorial Jurídica, Julio 2010

REZZONICO, Juan Carlos, Principios fundamentales de los contratos, Astrea, Bs. As., 1999, p. 376 a 410.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Ed. Espasa Calpe Madrid, España. 2000. P. 119.

SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Santafé de Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1996. Vol. 1.

SALAH ABUSLEME Ángela. “Las doctrinas de los actos propios y protección de la apariencia: un estudio comparativo”. Chile. Revista del Magíster y Doctorado en Derecho. N° 2, 2008.

VIAL DEL RÍO VÍCTOR, Teoría General del Acto Jurídico, Actos Jurídicos y Personas, Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, Vol. I, 4° Edición, 2000

Códigos y Leyes

- Código Civil. Chile, Ed. Jurídica, 2010.

- Código Civil Argentino extraído de <http://www.codigocivilonline.com.ar/> (acceso 8 de junio de 2023)
- Código de Comercio de La República Argentina, extraído el 15 de junio de 2013, de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109500/texact.htm>
- Código Civil Federal Mexicano, extraído el 15 de junio de 2013, de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2.pdf> (acceso 15 de junio de 2023)

Otros documentos

ALEGRIA. Héctor, “La responsabilidad por vicio o riesgo de los productos y servicios en el contrato de franquicia (incidencia de la ley 24999)”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, num 18, Rubinzal y Culzoni, 1998.

X JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, Corrientes, 1985.VENINI, Juan Carlos, “Efectos jurídicos de la apariencia”, J.A.1985-III-686.

Serie de Debates del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La Apariencia del Buen Derecho. México. 1996.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/2/cnt/cnt19.pdf>

FAVIER DUBOIS (h), E.M. “El representante de hecho y la apariencia en la actuación societaria” en Errepar, DSE, nro.105, Agosto 96, t.VIII pag. 202, citado por DUBOIS, F. REPRESENTACION SOCIETARIA: APLICACIÓN Y CONTENIDO DE LA EXCEPCIÓN FUNDADA EN EL CONOCIMIENTO EFECTIVO DE LA RESTRICCIÓN ESTATUTARIA EN LA DOCTRINA DE LA CORTE. (s.f.) recuperado el 30 de Abril de 2013, de http://favierduboisspagnolo.com/trabajos_doctrina/web5.representacion_societaria.pdf

JURISPRUDENCIA

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:IIeclShda2AJ:www.javeriana.edu.c>

o/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%252039.pdf+todo+el+derecho+no+est%C3%A1+encerrado+dentro+de+la+legalidad%3B+alrededor+de+la+regla+formal,+alrededor+del+derecho+escrito,+vive+y+hierve+un+mundo+de+principios,+de+directivas+y+de+est%C3%A1ndares&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cl

JURISPRUDENCIA, Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de dos mil once (2011). Radicación número: 17001-23-31-000-1996-03070-01(17863), recuperada el 01 de abril de 2013 de http://www.tesouro.com.co/PERFERCCIONANueva_carpeta/JINTERPRETACION2.html#_ftn6

JURISPRUDENCIA de la Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos treinta y seis, pag.8, recuperado el 29 de mayo de 2013, de [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mVYGew_MIDEJ:190.24.134.121/webcsj/Documentos/Civil/Mujer/mujer/Providencias/SC%2520\(20%252005%25201936\).pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cl](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mVYGew_MIDEJ:190.24.134.121/webcsj/Documentos/Civil/Mujer/mujer/Providencias/SC%2520(20%252005%25201936).pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cl)

LORNEZETTI, R. La Oferta Como Apariencia Y La Aceptación Basada En La Confianza. (s.f.). recuperado el 01 de Junio de 2013, de <http://www.ejuridico-brizzio.com/documentacion/Unidad%20VIII%20%20La%20aceptaci%F3n%20y%20la%20teor%EDa%20de%20la%20apariencia.%20Trab.%20Lorenzetti.doc>.