

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LA DOCTRINA DEL EFECTO SANEANTE



LIC. JUAN MARCOS RIVERO SÁNCHEZ

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	142
DESARROLLO	
Sección I: Análisis del efecto desde el punto de vista de las normas específicas.	143
A) <i>Titularidad y legitimación aparentes.</i>	143
1) Estudio de la titularidad aparente	143
a) Concepto e hipótesis	143
b) El problema de la titularidad aparente de derechos reales	143
b.1) Consideraciones introductorias	143
b.1.1) El problema en doctrina y en Derecho Comparado	143
b.1.2) El heredero aparente en Derecho francés	144
b.1.3) El heredero aparente en Derecho español	148
b.1.4) El heredero aparente en Derecho italiano	149
b.1.5) Breve referencia al Derecho alemán	150
b.1.6) El heredero aparente en Argentina y Uruguay	150
b.2) El elemento común objetivo propio de toda hipótesis de titularidad aparente de derechos reales	151
b.3) Efectos de la titularidad aparente de derechos reales con respecto a terceros	152
b.3.1) Efectos en relación con terceros causahabientes del titular aparente	152
b.3.2) Efectos en relación con terceros acreedores	157
b.3.3) Efectos en relación con terceros "penitus extranei"	158
b.4) Efectos en relación con el titular aparente	158
c) El problema de la titularidad aparente de derechos personales	159
d) El problema de la titularidad aparente de obligaciones	161
2) Estudio de la legitimación aparente	161
a) Concepto	161
b) Hipótesis	161
B) <i>Capacidad y compatibilidad aparentes.</i>	163
1) La capacidad aparente	163
2) La compatibilidad aparente	165
Sección II: Análisis del efecto desde el punto de vista del sistema jurídico globalmente considerado.	166
A) <i>El principio de conservación de la eficacia negocial.</i>	166
1) Planteamiento del problema	166
2) Manifestaciones tradicionales del principio de conservación de la eficacia negocial	167
a) La convalidación	167
b) La conversión	167
c) La rectificación	168
d) La sustitución automática de cláusulas	168
B) Perfil efectual de la apariencia de la situación jurídica	168
1) La eficacia saneante	168
2) Fundamento de la eficacia saneante	169
CONCLUSIONES.....	170

LA DOCTRINA DEL EFECTO SANEANTE

LIC. JUAN MARCOS RIVERO SÁNCHEZ

"Lo que en el comercio aparece como verdadero, debe tenerse por verdadero".

Francisco Ferrara.

INTRODUCCIÓN

1. En el presente estudio, se aborda el problema de determinar cuál es, de manera general, el efecto que el ordenamiento jurídico liga a las hipótesis de apariencia de la situación jurídica. Se procura poner de manifiesto, los intereses que habrán de determinar la solución.

2. Se parte de la siguiente premisa: un adecuado enfoque del asunto presupone el agotamiento de dos exigencias metodológicas complementarias: la exégesis de los textos que específicamente hacen referencia al problema planteado (procedimiento analítico) y su integración ulterior en el sistema de valores del ordenamiento jurídico costarricense (procedimiento sistemático).¹ En virtud del primero, se pone en evidencia el valor normativo preponderante en la tutela de los intereses en juego.² Más aún, de su análisis se pueden extraer soluciones aproximadas del problema (normas específicas), que son reglas a las que no faltan excepciones, pero que "dan una orientación

práctica y científicamente unitaria del modo de tratar el problema".³ Por el segundo, se trata de integrar esos valores parciales con otros valores del sistema, que pueden confirmarlos, corregirlos, modificarlos y, eventualmente eliminarlos.⁴ En lo que interesa a este estudio, la referencia al sistema da solución al problema de si es posible hablar, en los casos de apariencia de la situación jurídica, de una "genérica dirección de la eficacia", en la que se revela la solución tendencial que se le brinda a todos ellos.

3. Se ha hecho, allí donde apareció oportuno, referencia a otros ordenamientos jurídicos para mostrar que las soluciones legislativas tienen, en muchos casos, hondas raíces en la tradición jurídica a que pertenece nuestro sistema. Una última observación preliminar se impone: la comprensión plena de este artículo, presupone la lectura integral de aquellos que publicamos en los números 37 y 42 de esta Revista.

1. FALZEA, Angelo, *Efficacia Giuridica*. Voci di Teoria Generale del Diritto. Milano, Giuffrè, Editore, 1970, p. 256.

2. *Ibidem*, pp. 251 y ss.

3. *Ibidem*, p. 253.

4. *Ibidem*, p. 258.

SECCIÓN I: ANÁLISIS DEL EFECTO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS NORMAS ESPECÍFICAS

A) Titularidad y legitimación aparentes.

1) Estudio de la titularidad aparente.

a) Concepto e hipótesis.

4. La titularidad es la posición de destinatario actual de efectos jurídicos.⁵

5. En la titularidad aparente, esta posición resulta, no de una calificación jurídica real, sino de circunstancias fácticas (intersubjetiva o socialmente relevantes), que la hacen aparecer como existente en virtud de una relación de manifestación patológica.⁶

6. El problema se relaciona tanto con los derechos (reales o personales), como con las obligaciones.

7. Pero de lo que se trata es de mostrar que todos estos supuestos tienen rasgos comunes que permiten reconducirlos a un género común.

b) El problema de la titularidad aparente de derechos reales.

b.1) Consideraciones introductorias.

b.1.1) El problema en doctrina y en Derecho Comparado.

8. Dos son las hipótesis que han captado atención particular: el propietario y el heredero aparentes. Ambas presentan sustancialmente el mismo problema.⁷ No obstante, parte de la doctrina las estudia por separado por supuestas razones sistemáticas.

9. Con la teoría del propietario aparente se intenta dar tratamiento a los actos de enajenación o administración cumplidos por quien no tiene derecho de propiedad sobre la cosa. Se puede carecer del dominio por razones originarias (como cuando el negocio por el que se procuró la adquisición del bien es nulo o inexistente), o sobrevenidas (cuando éste se resuelve o anula). En ambos casos si se enajena el bien en favor de un tercero que ignora el vicio o defecto que acusa la situación jurídica del transmitente, entran en conflicto dos intereses contrapuestos: el del que hasta entonces era el verdadero titular del derecho y el del adquirente de buena fe.⁸ Similar problema se presenta, desde el punto de vista práctico, cuando el que adquiere el objeto ignora que el negocio, por el cual el transmitente se hizo dueño de la cosa, se encuentra sujeto a una condición resolutoria.

10. La doctrina no resuelve de manera uniforme el problema. Algunos autores le niegan radicalmente validez y eficacia a los contratos celebrados por el propietario aparente. Fundan su posición en el principio heredado del Derecho romano, según el cual: "*Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*".⁹ Otros, en consideración a los intereses del tráfico, reclaman una solución diversa. Modernamente, se ha intentado una distinción entre apariencia "pura" y "culposa",

5. Así, PÉREZ VARGAS, Víctor, *Derecho Privado*, San José. Publitex, 1988, p. 68. No debe ser confundida la titularidad con la capacidad jurídica que "... designa la posición del sujeto como destinatario de los efectos jurídicos del sistema; tal posición tiene carácter esencialmente potencial en cuanto se trata de una posibilidad abstracta a la cual pueden referirse todas las normas del sistema; es por ello que se dice que la capacidad jurídica no tiene un ámbito propio, determinado, sino que se caracteriza por una referibilidad. ... genérica de efectos jurídicos". *Ibidem*. La capacidad jurídica es entonces, un atributo de todo sujeto de derecho. No debe confundirse tampoco la titularidad con la capacidad de actuar, que designa "... la posición del sujeto en cuanto posible autor de figuras jurídicas primarias, se trata de una aptitud potencial; es presupuesto esencial para que la actividad de la persona pueda ser productora de consecuencias jurídicas". *Ibidem*, p. ... Sobre el punto, ver además FALZEA, Angelo, *Capacità, Voci di Teoria Generale del Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1970, p. 106.

6. Sobre la patología de la relación de manifestación, ver RIVERO SÁNCHEZ, Juan M., *Contribución al estudio de la apariencia de la situación jurídica*, Revista Judicial, San José, año X, No. 37, junio, 1986, p. 181.

7. La identidad de ambos problemas ha sido reconocida por varios autores. Ver así, entre otros, ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil, Sucesiones, parte general*, Barcelona, Bosch, T. V, vol. I, 1979, p. 451.

8. Así, PIETROBON, Vittorino, *El error en la doctrina del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971, p. 254.

9. "Nadie puede transferir más derecho del que tiene". Así, CABANELLA, Guillermo, *Repertorio jurídico*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1974, p. 93.

para referirse, en este último caso, a los supuestos en que el verdadero propietario participa reprochablemente en la formación de la situación de hecho generadora de apariencia¹⁰. De este modo, se afirma la validez de las enajenaciones del titular aparente, por haber perdido el legítimo dueño, con su comportamiento contrario a derecho, la protección del ordenamiento jurídico. Este argumento, se utiliza para sostener la inoponibilidad de las consecuencias de la simulación, frente a terceros de buena fe.¹¹

11. Es heredero aparente, todo sujeto que se comporta con respecto al haber sucesorio como si fuese su efectivo titular. Para un sector de la doctrina, es solo el que en virtud de un título hábil, entra en posesión de la herencia como su legítimo causahabiente;¹² aquel que por disposición legal o testamentaria sería el llamado a suceder al causante, de no obstar para ello un hecho desconocido (por el sucesor o por terceros).¹³ Esta circunstancia puede ser la existencia de un heredero legítimo de grado preferente que había permanecido ignorado; o bien, la anulación del testamento en virtud del cual se entró en posesión del caudal hereditario.¹⁴ Otro sector de la doctrina afirma que

es irrelevante la exigencia del título, pues lo que importa para que se dé esta figura, es que alguien actúe en relación con los bienes que conforman la herencia como si fuesen suyos, de forma tal que la común opinión lo tenga por dueño de dicho haber.¹⁵ Esto, con independencia de la buena o mala fe con que proceda.¹⁶

12. La exigencia de un título no revela sino un planteamiento errado de la cuestión. En principio para ser heredero se requiere de una disposición legal o testamentaria que asigne tal condición.¹⁷ Pero ello no obsta para que aquel que carece de ella pueda, llegado el caso, ser titular aparente de la herencia, si se dan las condiciones necesarias.

13. Conviene ahora hacer un breve repaso de las principales teorías que se han elaborado para explicar el fenómeno.

b.1.2) El heredero aparente en Derecho francés.

14. En la doctrina francesa se ha discutido con gran vigor el tema que nos ocupa.

15. Conviene señalar, en primer término, que los partidarios de otorgarle validez a los actos del

10. Así CECCHERINI, Grazia, *Il principio di apparenza secondo la giurisprudenza*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, anno XXXI, Nº 2, giugno, 1977, pp. 883-884, quien señala que la apariencia culposa, además de caracterizarse por la situación objetiva aparente y por el error excusable del tercero, requiere el ulterior comportamiento culposo del titular de la situación jurídica real, a la cual se le imputa la creación de la situación aparente. Por otra parte, se ha dicho que a veces "...al comportamiento inactivo del interesado refiere la ley efectos ventajosos para otros, terceros de buena fe, en cuanto contribuye a hacer surgir ante ellos una apariencia de derecho en la persona que, frente a estos terceros, ejercitó un derecho ajeno (perteneciente a quien se muestra inactivo), sin estar por ello legitimado como poseedor, acreedor aparente, heredero aparente, representante aparente. Pero en estos casos, la ley mira solo a tutelar la buena fe, y la legítima expectativa de quién tiene motivos para creer en la apariencia". Así BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, segunda edición, 1959, pp. 115-116.

11. Así FERRARA, Francisco, *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, p. 299, quien señala que "El derecho no puede tolerar que las partes urdan un engaño y que los terceros resulten las víctimas...". Se trata de una hipótesis de apariencia dolosa. En igual sentido ver: CÁMARA, Héctor, *Simulación en los actos jurídicos*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 2ª edición, 1958, pp. 270 y ss. y SCOGNAMIGLIO, Renato, *Trattato di Diritto Civile. Contratti in generale*, Casa Editrice, Francesco Vallardi, terza edizione, vol. 4, fascicolo 2, 1972, p. 1964. Sobre el fundamento axiológico de la solución propuesta, se ha dicho que la tesis contraria, es decir, la que extiende los efectos que el Derecho liga a la simulación (véase la nulidad), a los terceros de buena fe, "...provoca tales asperezas e iniquidades; hiere tan profundamente al comercio jurídico, da lugar a tanta incertidumbre y desconfianza en las relaciones sociales, que resulta una necesidad inaplazable para la legislación la de poner el oportuno remedio limitando la eficacia negativa del negocio aparente. Lo que en el comercio aparece como verdadero, debe tenerse por verdadero". Así, FERRARA, Francisco, *op. cit.*, pp. 298-299.

12. Para un comentario sobre el punto, ver AREZO PIRIZ, Enrique, *El heredero aparente*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1982, p. 65.

13. *Ibidem*.

14. *Ibidem*.

15. *Ibidem*, pp. 65-66.

16. *Ibidem*.

17. "La sucesión se difiere por voluntad del hombre legalmente manifiesta; y a falta de ello por disposición de la ley", reza el Código Civil patrio en el artículo 522.

heredero aparente reconocen, en general, la dificultad del trabajo, toda vez que el Código Napoleón no contiene regulación expresa del asunto. Más aún, algunas de sus normas prohíben a quien tiene esta condición, realizar actos de disposición del caudal hereditario.¹⁸ Para vencer dichas dificultades, se recurre, en primer término, a la distinción entre actos de administración y actos de disposición. Los primeros, no presentan problema alguno: son válidos dado que aprovechan en todo caso el verdadero heredero.¹⁹ La cuestión queda así reducida a la segunda categoría. En este punto, se plantean varias soluciones posibles del problema. Por una parte, se acude a criterios axiológicos. Se dice que las exigencias del tráfico jurídico imponen una tutela de los legítimos intereses de aquellos que son llamados a engaño por la apariencia.²⁰ Este argumento, se refuerza con diversas consideraciones jurídicas.

16. Para algunos, el heredero aparente es un mandatario "cum libera administratione". El caso, en consecuencia, debe regularse de conformidad con las normas que disciplinan el contrato de mandato.²¹ La tesis se estructura de la siguiente manera: cuando el verdadero heredero no comparece a juicio a reclamar su herencia, el caudal hereditario es diferido, por ministerio de la ley, a aquellos sujetos que aparecen legitimados para recibirlo. En este caso, pueden presentarse dos situaciones: a) que su legítimo titular no aparezca nunca y b) que aparezca y haga valer la acción de petición de la herencia ("Hereditatis Petitio"). En el primer caso, el causahabiente aparente quedará

como propietario definitivo de los bienes. En el segundo, debe estimarse como mandatario de aquel que por ley o testamento, está llamado a recibir la herencia. Se reconoce que el mandatario requiere de una cláusula expresa que lo habilite para enajenar los bienes del mandante. No obstante, se argumenta que, en situaciones excepcionales, puede realizar actos válidos de disposición del patrimonio que administra. Este sería, precisamente, el caso del heredero aparente.²² Para esta teoría, la incertidumbre sobre la existencia del verdadero heredero es el factor extraordinario que valida las enajenaciones del caudal sucesorio. Una tesis, muy similar a la expuesta, es la que afirma que hay que aplicar al caso, las reglas de la curatela. Se dice en este sentido, que quien ha tenido la posesión de los bienes hereditarios, ha de estimarse su curador, también con amplias facultades derivadas de la circunstancia de excepción comentada.²³

17. En otra línea de pensamiento, se trata de mostrar que, en determinadas coyunturas, es útil y necesario enajenar algún bien a efecto de poder conservar los restantes en buen estado. En este caso, se está ante un auténtico acto de administración por lo que deviene necesariamente válido.²⁴

18. Se han tratado de aplicar analógicamente las reglas que regulan la indignidad. Se considera que así como el heredero indigno puede enajenar los bienes sucesorios antes de la declaratoria de indignidad, por la sencilla razón de que hasta ese momento él era su propietario, lo mismo debe

18. El problema radica en sobrepasar los efectos del artículo 1599 del Código Napoleón, según el cual la venta de cosa ajena es nula. Por ello afirmaba Jossierand que una solución rigurosamente lógica conduciría a sacrificar a los terceros adquirentes, puesto que quien ha tratado con un no heredero, ha tratado con un "non dominus" y por el principio "nemo plus iuris. . .", el negocio devendría nulo. Así, JOSSERAND, Louis, *Cours de Droit Civil Positif française*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, T. III, 1930, pp. 546-547.

19. La distinción entre actos de administración y de disposición es muy vieja y en general, se ha estimado que los primeros son válidos aun cuando sean realizados por quien no es el titular de la cosa. Así, BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, Albert, *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des successions*, Paris, Librairie de la Société du Recueil, deuxième édition, T. I, 1899, p. 699. Se dice que ". . .es un principio general el que tales actos sobreviven a la destrucción de la situación jurídica sobre la apariencia de la cual han sido cumplidos". Así, JOSSERAND, *op. cit.*, pp. 545-546.

20. Se trata, para los que son partidarios de esta tesis, de una "necesidad social". La ". . .argumentación es la que señalara el mismo Demolombe, la necesidad de asegurar la circulación de los bienes, protección de la buena fe, afirmar la seriedad y seguridad en la contratación evitando la incertidumbre respecto a la adquisición de bienes hereditarios, impedir la injusticia de evicciones a terceros adquirentes de buena fe". Así, AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 34.

21. El argumento es de DEMOLOMBE, expuesto en su "Cours de Droit Civil", T. II, numerales 241 a 250. Citado por AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 27.

22. *Ibidem*, pp. 28-29.

23. *Ibidem*, p. 29.

24. *Ibidem*, p. 30.

hacerse en relación con el heredero aparente, ya que él toma posesión de los bienes hereditarios en virtud de un título hábil.²⁵

19. En criterio de otros, deben aplicarse analógicamente las normas que regulan la ausencia.²⁶ Según el artículo 136 del Código Napoleón: ". . . La sucesión es deferida por la Ley a aquellos en quienes hubiera recaído en defecto del heredero ausente."²⁷

20. No faltan quienes recurran a la teoría del error común.²⁸ Otros consideran que el fundamento de la validez de los actos del heredero aparente se encuentra en la posesión legítima.²⁹ Se dice que en ella reside el poder de gobernar y éste poder comprende la facultad de enajenar los objetos que integran la herencia.³⁰ Estrechamente vinculado con el anterior argumento, se encuentra la posición de los que recurren a la teoría de la publicidad.³¹ Para ellos, no es ni jurídica ni socialmente conveniente que la propiedad, cuya adquisición se ampara a un principio de publicidad, se vea amenazada por una causa de invalidez secreta.³² Este principio de publicidad radica, precisamente, en la posesión del caudal hereditario.

21. Algunos reclaman el carácter social de la ciencia jurídica. Se afirma que el derecho no es una ciencia exacta. Si así lo fuera, no habría posibilidad de considerar válidas las enajenaciones del heredero aparente, frente a textos que parecen sancionar estos actos con la invalidez. No obstante, como el derecho es un instrumento de justicia, es menester que el jurista "adapte" la norma,

para ajustarla a las necesidades prácticas de la comunidad. En consecuencia, si la nulidad de las enajenaciones del heredero aparente perjudica las exigencias sociales, debe interpretarse la norma en favor de la validez de dichos actos.³³ Por esta vía, el problema se soluciona recurriendo a criterios de equidad. Esta se ha dicho ". . . quiere que aquel que cede a un error invencible no devenga víctima de su buena fe y que si existe una pérdida a ser soportada, tal pérdida lo sea ante todo por el heredero negligente y no por un adquirente que no tiene culpa que reprocharse".³⁴

22. Finalmente, conviene apuntar que la jurisprudencia francesa, tanto en el pasado,³⁵ como en la actualidad,³⁶ se ha mostrado proclive a aceptar la validez de las enajenaciones y actos de administración del heredero aparente. La Corte de Casación ha admitido, incluso masivamente, la validez de tales actos, tanto con referencia a los bienes inmuebles, como en relación con los muebles (respecto a los cuales no ha habido, prácticamente, discusión alguna, en virtud del precepto que señala que en materia de muebles, la posesión vale por título).³⁷ La jurisprudencia exige los siguientes requisitos, para que se tenga por válido el acto de enajenación en cuestión:

a) El negocio debe ser a título oneroso y no gratuito. Los actos que tienen su causa en un acto de liberalidad, no se hacen acreedores a la protección del ordenamiento porque, al no haber sacrificio patrimonial del tercero, no hay razón para lesionar el derecho del heredero.³⁸

25. *Ibidem*.

26. *Ibidem*.

27. *Ibidem*.

28. Así, MAZEAUD, Henri y León, y MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, parte segunda, vol. IV, 1969, p. 120. Son partidarios de esta teoría.

29. La tesis es de DEMANTE, citado por AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 35.

30. *Ibidem*.

31. *Ibidem*, p. 41.

32. *Ibidem*.

33. Así, JOSSERAND, *op. cit.*, p. 547.

34. Así, AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 44.

35. Ver así, BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, Albert, *op. cit.*, p. 692.

36. Sobre el punto AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, pp. 42-43.

37. Así, MAZEAUD, Henri y León, y MAZEAUD, Jean, *op. cit.*, p. 120.

38. Así, AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 43.

b) Solo se "convalidan" las transacciones a título singular, mas no las realizadas a título universal del haber sucesorio.³⁹

c) Se exige la buena fe del tercero adquirente, la que se fundamenta en el error acerca de quien tiene la titularidad del bien del que se pretende disponer. Sobre la naturaleza del error, parte de la jurisprudencia se orienta por la teoría del "error común"; otra, acepta la tesis del "error legítimo"; otra exige tan solo que éste sea invencible o excusable. Es irrelevante, para el caso, la buena o mala fe del heredero aparente.⁴⁰

23. Conviene señalar que una parte de la jurisprudencia comentada creyó encontrar el fundamento de la validez de los actos aquí discutidos, en la teoría de la "saisine colectiva",⁴¹ según la cual: ". . . se legitiman los actos del poseedor de la herencia con la condición de que el mismo fuera heredero por razón de la sangre y comprendido dentro del grado llamado. Este principio era falso y mal escogido. Discutible en sí mismo, la teoría de la jurisprudencia que confundía la saisine y la transmisión de la propiedad, dejaba sin interés la cuestión esencial de la buena fe del tercero adquirente; además, no ofrecía elementos satisfactorios para decidir si habría que tener en cuenta la buena o mala fe del heredero aparente, cuestión que se discutió largo tiempo"⁴²

24. Las teorías antes expuestas, han sido criticadas. Frente al argumento axiológico, se señala que existe en el Código otro interés, tan

digno de protección como cualquier otro incluso, si se quiere, más, por el hecho de que hay normas consagradas expresamente a tutelarlos. Este interés no es otro que el del verdadero heredero el cual, en virtud del principio que rige la transmisión de derechos, sintetizado en la máxima: "Nemo plus iuris. . .", debe tener y tiene, el derecho de reclamar su herencia de cualquiera que la posea.⁴³ Por otra parte, se considera una necesidad social el mantener a los legítimos propietarios en la titularidad de sus bienes.

25. Con respecto a la tesis del mandato, se argumenta que éste requiere, como "condictio sine qua non", la voluntad del mandante. Y ésta decididamente falta en el caso del heredero real con respecto al aparente.⁴⁴ Solo mediando autorización expresa, puede un mandatario enajenar los bienes del mandante.⁴⁵ Tampoco se considera de recibo la tesis del curador. En primer lugar, se indica que la curatela está planeada para el caso de sujetos que se encuentran en estado de incapacidad física o mental, situación en la que no se encuentra el heredero real. Por otra parte, el curador tiene, en general, menos facultades que el mandatario generalísimo⁴⁶.

26. Para otros, es un obstáculo insalvable para otorgarle validez a los actos de disposición cumplidos por el heredero aparente, la norma según la cual la venta de cosa ajena es nula, cuando es de inmuebles.⁴⁷ Se apunta que tampoco existe analogía entre las disposiciones que

39. Es principio desde antaño sostenido, que la "venta de la herencia", no se beneficia con el principio de la apariencia. Sin embargo, desde un principio la tesis ha sido sometida a dura crítica. Ya en el siglo pasado se señaló que "La jurisprudencia anula, aun cuando el adquirente sea de buena fe, la venta de la herencia. La razón invocada es que el vendedor, estando obligado a garantizar la venta, debe tener la calidad de heredero; esta razón es insuficiente en presencia de las decisiones dadas para la venta de bienes particulares, puesto que la garantía impuesta al vendedor de un objeto hereditario, supone, igualmente, para la validez de la venta, la cualidad de heredero". Así, BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, Albert, *op. cit.*, p. 699.

40. Así, ver AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 43; JOSSEMAND. *op. cit.*, p. 549. En general, sobre el problema del error, ver RIVERO SÁNCHEZ, Juan M., *Error e ignorancia en hipótesis negociables y extranegociables*, Revista Judicial, Costa Rica, año XII, Nº 42, marzo, 1988, pp. 85 y 88.

41. Sobre el punto, AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 38.

42. *Ibidem*.

43. Ver, sobre el punto, PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las sucesiones*. La Habana, Editorial Cultural S.A., 1942, pp. 393 y ss., para quienes el Código Civil niega categóricamente valor a las enajenaciones hechas por el heredero aparente.

44. AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 28.

45. *Ibidem*, p. 29.

46. *Ibidem*. Ver artículo 217 del Código de Familia costarricense.

47. Con respecto a los muebles, no hay problemas pues la "possession vaut titre". Ver BAUDRY-LACANTINERIE ET WAHL, Albert, *op. cit.*, p. 698.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

regulan el caso del heredero indigno y el aparente: en tanto la aparición del verdadero heredero debe producir la resolución del título del que lo es tan sólo en apariencia, en forma retroactiva, la declaratoria de indignidad produce efectos hacia el futuro.⁴⁸ No existe similitud, según un sector de la doctrina, entre el heredero ausente y el aparente. El primero es aquel respecto al cual se duda de su existencia. En el segundo caso, el verdadero heredero no se encuentra actualmente en su domicilio o residencia pero sobre cuya realidad no existe duda alguna: a diferencia de lo que sucede con el ausente, es un simple no presente, al cual no se le puede reprochar negligencia alguna. De aquí, que si los supuestos no son similares, no puede aplicarse la analogía para derogar la regla: "Nemo plus iuris. . .".⁴⁹

27. Se esgrime la vieja máxima: "Nemo dat quod non habet", para rebatir los argumentos relativos a la posesión legítima, a la publicidad al error común y a la equidad.⁵⁰ Tanto desde el punto de vista lógico como jurídico, debe reconocerse que nadie puede transmitir a otros derechos que no tiene. Ni el error, ni la publicidad, ni la posesión pueden hacer que lo que algo parece, sea efectivamente.⁵¹ Se admite que el legislador pudo haber

variado la situación. Pero como no lo hizo, hasta tanto no se produzca una modificación legislativa, el deber del jurista será el de aplicar la norma tal y como ésta es en realidad. De poco vale argumentar que la jurisprudencia dominante es favorable a la tesis opuesta. Para estos autores, dichos pronunciamientos judiciales, por ser "contra legem", carecen de legitimidad.⁵²

b.1.3) El heredero aparente en Derecho español.

28. En España el problema se resuelve recurriendo a las normas de la acción reivindicatoria, a las decisiones jurisprudenciales y al principio de subrogación real.⁵³ Se estima que la posesión vale por título entrándose de muebles. Por ello, el verdadero heredero no puede accionar, contra el adquirente de buena fe, para recobrar reivindicatoriamente su cosa.⁵⁴ Sin embargo, sí puede accionar, con fundamento en la "petitio hereditatis", contra el heredero aparente.⁵⁵ En esta hipótesis, se aplica la tesis de la subrogación real, por la cual, el heredero real recibe, no la cosa, sino lo que el causahabiente aparente hubiere obtenido a cambio, a título de contraprestación.⁵⁶ Vale hacer notar que en lo demás se presenta en la doctrina

48. Ver así, AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 31.

49. La crítica es de MARCADE, citado por AREZO PIRIZ, Enrique, *ibidem*, pp. 46-47.

50. *Ibidem*, p. 48.

51. *Ibidem*.

52. En contra se manifiestan MAZEAUD, Henri y León y MAZEAUD, Jean, *op. cit.*, parte cuarta, vol. III, pp. 197 y ss., quienes consideran que esta jurisprudencia completa más bien el texto legal.

53. En este sentido, ver, CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español común y foral*, Madrid, Editorial Reus S.A., octava edición, T. VI, vol. I, 1978, p. 430, quien considera que en España prevalece la doctrina romana según la cual puede dirigirse la acción de petición de la herencia no solo contra el que posea como heredero (heredero aparente), sino también contra el que posea sin invocar título posesorio de ninguna clase. Pero si el sujeto contra el que se dirige la acción ha dispuesto de los bienes, que integran el caudal hereditario, entonces la petición de la herencia deberá dirigirse contra los bienes que entraron en el patrimonio del enajenante en sustitución de los hereditarios (ver así, *ibidem*, p. 431). Agrega que no hay, según lo señala la jurisprudencia, acción de petición de la herencia, sino reivindicatoria, contra quien posee los bienes por el título adquisitivo singular. (*Ibidem*).

54. Se ha dicho que en las relaciones entre el heredero real y los terceros adquirentes del heredero aparente, el Derecho se inclina por tutelar los intereses de estos últimos, con tal que sean de buena fe y de que hayan adquirido el bien a título oneroso. Contra ellos, el heredero real no tiene acción. Sin embargo, se aclara que hace falta en este caso que los actos dispositivos provengan del que ostenta de hecho la cualidad de heredero (aquel que la doctrina alemana denomina *possessor pro herede*), sin que baste la simple condición de "possessor pro possessore", que ni manifiesta el "animus heredis", ni es tenido por tal por terceros. Así, CASTÁN TOBEÑAS, José, *op. cit.*, pp. 433-434.

55. "La acción de petición de herencia corresponde al heredero o herederos, sean testamentarios o intestados. El coheredero o heredero parcial (de cuota alícuota), solo puede ejercitar esta acción en beneficio de los demás coherederos, según lo interpreta la jurisprudencia española predominante. Pero se exige que la herencia permanezca indivisa. También es titular de esta acción, el heredero 'fideicomisario', una vez que se le haya diferido la sucesión. Es lógico que, igualmente, el heredero del heredero pueda ejercitar la acción. Puede también accionar por petición de herencia el cesionario de la misma en igual forma que lo hubiera podido hacer el cedente". Así AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p.54.

56. *Ibidem*, pp. 57-58.

española una discusión similar a la que se da en Francia. Se esgrimen, en tesis de principio, los argumentos en pro y en contra de la validez de dichos actos, elaborados por los juristas franceses.⁵⁷ No obstante, en Derecho español, existe una razón, de carácter histórico, en favor de la validez de las enajenaciones del heredero aparente: la regulación que del problema se hace en las siete partidas de Alfonso X El Sabio.⁵⁸ Se trata de normas que son en este ordenamiento, derecho común supletorio.⁵⁹ En efecto, dispone la Ley V, del Título XIV de la Sexta Partida: "*Que aquel que tiene los bienes de la herencia como non debe, si enagena alguna cosa della la debe pechar al heredero. Si contra alguno que fuese tenedor de la herencia que pertenesciese á otro, fuese dada sentencia que la tornase, débela entregar a aquel que la venció con todas las otras cosas que hobo por razon della. Pero si demientre que era tenedor della vendiese ó enagenase alguna cosa de tal herencia, entonce si habie buena fe en teniendo la hereditat cuidando que era suya, decimos que si aquella cosa que vendió podiere cobrar por aquel mesmo prescio ó por menos de lo que rescebió por ella, tenido es de la cobrar et de tornarla al verdadero heredero que la venció, et si non la podiere haber, non es tenuto de dar por ella mas de aquel prescio que rescebió. Mas si el que la vendiese hobiese mala fe en teniendo la herencia, tenuto es de tornar aquella cosa mesma que vendió, si la podiere haber en alguna manera; et si haber non la podiere, debe dar por ella tanto quanto mas podrie valer á aquel que venció la herencia por juicio.*"⁶⁰ Tal como se deduce del texto citado, el verdadero heredero tiene acción contra el que lo es solo en apariencia, a fin de que éste le entregue el bien o le indemnice la pérdida, si lo primero no resulta posible. Pero no se desprende que el adquirente de buena fe, esté **obligado** a restituir la cosa al dueño efectivo del caudal hereditario. De aquí que se interprete que la Legislación Alfonsina dota de validez, frente a ter-

ceros, los actos de disposición del haber sucesorio cumplidos por quien en apariencia, es su verdadero titular.

b.1.4) El heredero aparente en Derecho Italiano.

29. Distinta es la cuestión en el Derecho italiano actual. El Código Civil de 1942, se ocupó de regular expresamente el problema. Las relaciones entre el heredero real y el tercero de buena fe se encuentran disciplinadas en el artículo 534 del Código Civil, el cual, al derogar el principio "Nemo plus iuris. . .", procura la tutela de quien ha confiado razonablemente en la situación jurídica aparente.⁶¹ Debe apuntarse, sin embargo, que las adquisiciones a título gratuito hechas por el tercero quedan sin efecto frente a la petición de la herencia ejercitada por el verdadero heredero. Le incumbe a este último la carga de la prueba de la gratuidad del traspaso. Por otra parte, las adquisiciones a título oneroso quedan también sin efecto, cuando el tercero es de mala fe, es decir, aquel que no ignora que quien intenta transmitirle la propiedad del bien, no es su legítimo titular. Le corresponde a este último la prueba de la mala fe, del tercero. De lo dicho se desprende que las adquisiciones a título oneroso conservan plena validez y eficacia en favor del adquirente de buena fe. Es indiferente que éste se entere con posterioridad de que su transmitente no era el verdadero propietario del bien. (Mala fides superveniens non nocet). Se considera que la carga de la prueba de la buena fe, le corresponde al tercero, de conformidad con los artículos 534 apartado 2 y 1189, apartado 1 *ibidem*, y puede darse de cualquier modo. Finalmente, la acción de petición de la herencia prospera, y deja en consecuencia sin efecto, las adquisiciones que haya verificado el tercero del heredero aparente, aun de buena fe y a título oneroso, cuando concurre una de estas circunstancias: a) cuando la adquisición a título de heredero, por parte del que lo es tan solo en apa-

57. Se ha señalado reiteradamente que no hay regulación expresa del problema del heredero aparente. Así se propone que las relaciones entre el heredero real y el aparente se regulen por las normas que disciplinan la posesión y las relaciones entre el heredero real y los terceros adquirentes del aparente, por las normas o principios de la titularidad aparente. Así, ALBALADEJO, Manuel, *op. cit.*, pp. 450-451.

58. Así, AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, pp. 58-59.

59. *Ibidem*.

60. ALFONSO EL SABIO, *Las siete partidas*, cotejadas por la Real Academia de la Historia y glosadas por el Lic. Gregorio López, París, Librería Rosa Bouret y Cía., T. IV, 1851, pp. 330-331.

61. Así, CASULLI, Vincenzo Rodolfo, *Erede apparente*, Novissimo Digesto Italiano, Torino, UTET, terza edizione, T. VI, 1968, p. 653.

riencia y la adquisición del tercero del bien de que se trate, no consten en el Registro; b) cuando tengan lugar después de la "transcripción" de los bienes en favor del verdadero heredero y e) cuando haya sido transcrita la demanda con que el verdadero heredero inicia la petición de la herencia.⁶²

b.1.5) Breve referencia al Derecho alemán.

30. Se dice que "El Código Civil alemán (B.G.B.), como el suizo (arts. 598 y ss.), ha recepcionado la reglamentación unitaria de la acción de petición de la herencia, apartándose del anterior derecho territorial prusiano y del modelo francés".⁶³

En Derecho alemán, "Es poseedor de la herencia cualquiera que haya obtenido algo de ella en relación causal con un derecho hereditario aparente, pero inexistente en realidad".⁶⁴ Se equipara al poseedor hereditario ". . .el que ha adquirido de éste la herencia mediante contrato".⁶⁵ Tanto el poseedor del caudal hereditario, como el que a él se equipara, están obligados a entregar lo que hayan obtenido de éste al verdadero titular que ejercita la "hereditatis petitio". "La responsabilidad del poseedor hereditario ha de ser examinada fuera del caso de mala fe. El poseedor de la herencia y el que está a él equiparado, debe entregar todo lo que haya obtenido de la herencia (art. 2018 C.C. alemán). El actor debe demostrar que ha obtenido algo de la herencia; el demandado debe explicar que no puede restituirlo y sus razones justificativas. Este puede alegar excepciones de cualquier derecho que le justificaren, frente al cau-

sante, para retener la cosa, suponiendo que este derecho no se hubiera extinguido con la muerte del causante, es decir, se admiten las excepciones singulares, y, también, las puede alegar contra el verdadero heredero".⁶⁶ Se ha interpretado incluso que el adquirente de la herencia ". . .no puede alegar frente al real heredero, que su adquisición haya sido hecha de buena fe, ni porque haya adquirido inmuebles a base de la confianza en la exactitud del Registro Inmobiliario; ni tan siquiera basándose en que el enajenante, es decir, el heredero aparente, haya obtenido un certificado de heredero, ni tampoco, en el caso de que haya tenido lugar la enajenación de una porción hereditaria aparente según el artículo 2033 (C. C. alemán)".⁶⁷ Finalmente, conviene agregar que en este ordenamiento se aplica el principio de la llamada subrogación real, según el cual, debe entenderse que también proviene de la herencia, lo que el poseedor hereditario haya obtenido con medios derivados de ella.⁶⁸

b.1.6) El heredero aparente en Argentina y Uruguay.

31. En Argentina, en tesis de principio, se reconoce la validez de los actos de disposición y administración del heredero aparente, en favor del tercero de buena fe, que adquiera a título oneroso. Se considera que la aplicación de la máxima: "Nemo plus iuris. . .", crearía incertidumbre y perjudicaría el tráfico normal de los bienes.⁶⁹ En otros ordenamientos, como el Uruguayo, la solución parece ser la contraria. Aquí, se afirma la nulidad de las enajenaciones cumplidas por el heredero aparente.⁷⁰

62. Así, AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 69. En el mismo sentido, MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, T. VII, 1971, pp. 452 y ss.

63. AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, p. 73.

64. *Ibidem*.

65. *Ibidem*, p. 75.

66. *Ibidem*, p. 74.

67. *Ibidem*, p. 76.

68. *Ibidem*, p. 74.

69. Sobre el punto, ver BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, Buenos Aires, Editorial Perrot, T. I, 1980, pp. 364 y ss., quien afirma que la estricta aplicación de la regla "nemo plus iuris. . .", generaría incertidumbre y perjudicaría al que ha contratado de buena fe y a título oneroso con un heredero aparente. Por razones de seguridad y orden —afirma—, se deben convalidar los actos de disposición de los herederos aparentes. En igual sentido, se manifiesta ZANNONI, Eduardo, *Manual de Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Editorial Astrea, segunda edición, T. I, 1980, pp. 336 y ss.

70. Ver así, AREZO PIRIZ, Enrique, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

b.2) El elemento común objetivo, propio de toda hipótesis de titularidad aparente de derechos reales.

32. El anterior estudio de Derecho Comparado, es útil, por cuanto permite extraer las siguientes conclusiones: a) El problema del heredero aparente es, en lo fundamental, el mismo. Más aún, no existe una diferencia esencial entre esta situación y la del propietario aparente. Ambos son casos de titularidad aparente de derechos reales; b) En cambio, el trato que el Derecho otorga a estos supuestos, varía según el ordenamiento de que se trate en el caso concreto. Es por ello, fundamentalmente un problema de Derecho Positivo. No obstante, la tendencia moderna es favorable a la validez de los actos cumplidos por los titulares aparentes, en favor de terceros de buena fe y que adquieran a título oneroso. En lo sucesivo, el estudio debe dirigirse a la determinación del elemento objetivo común a todos los supuestos de titularidad aparente de derechos reales, a fin de indagar, posteriormente, cuál es la eficacia que el sistema jurídico costarricense le dispensa al asunto.

33. En general, todo supuesto de titularidad aparente de derechos reales, tiene un elemento objetivo, que no es otro que la posesión.⁷¹ Ésta, manifiesta como real (en virtud de una relación patológica de manifestación por señales), la titularidad de la facultad de que se trata. El comportamiento del poseedor se da en el ámbito de las relaciones sociales y es, en consecuencia idóneo para que terceros sean llamados a error acerca de la efectiva titularidad de la persona que con ellos contrata. La posesión, constituye el mínimo neces-

sario y en general suficiente para que se produzca una situación de hecho generadora de apariencia, ya que en ella se revelan dos fenómenos jurídicos: uno temporal —el comportamiento—, y otro espacial —el sujeto—, al que se le atribuye el primero.⁷²

34. Se discute en doctrina, si la posesión puede ser índice de la existencia de cualquier derecho real, incluso del mismo derecho de poseer. Para algunos,⁷³ en aquellos casos en que se la tutela, no por que se la considere índice de la existencia de una situación jurídica dada, sino, por sí misma, por la trascendencia social que pueda tener, ésta no podrá funcionar como elemento objetivo de la apariencia. Sin embargo, dispone el Código Civil en el artículo 281: "El hecho de la posesión hace presumir el derecho de poseer, mientras otro no pruebe corresponderle ese derecho". Hay aquí, ciertamente, un elemento objetivo, ("el hecho de poseer"), al que el ordenamiento considera idóneo para generar la apariencia de una situación jurídica ("el derecho de poseer").

35. Es frecuente, por lo demás, que concurren junto con la posesión, otros elementos —objetos—, todos los cuales refuerzan el cuadro fáctico idóneo para generar la apariencia de la situación jurídica.

36. ¿Qué significa, entonces, decir que se tiene aparentemente la titularidad de un derecho real? Esto implica que, en apariencia y frente a terceros, se tienen todas las facultades en que éste consiste. Si se trata del dominio, la apariencia puede recaer no sólo sobre el poder de enajenar, sino también, por ejemplo sobre el de usufructuar o gravar la cosa. Por ello, la doctrina afirma que es

71. La importancia de la posesión ha sido reconocida por varios autores, como el mínimo necesario para hablar de un principio de apariencia. Así, ver entre otros, CARIOTA-FERRARA, Luigi, *I negozi sul patrimonio altrui, con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova, Cedam, Casa Editrice Antonio Milani, 1936, p. 109, quien considera que "... es indudablemente al comportamiento exterior, tenido por el heredero aparente, que es ligada la excepcional relevancia de los negocios por él cumplidos".

72. *Ibidem*.

73. Así, FALZEA, *Apparenza. Voci di teoria generale del Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1970, p. 51, quien afirma que "La apariencia, como situación de hecho que manifiesta y hace aparecer como real una situación jurídica no real no puede ocurrir sino cuando se tiene una situación capaz de desplegar fuerza señaladora de realidad. No pueden por tanto, dar lugar a hipótesis de apariencia, aquellos hechos que se caracterizan por una estructura opaca y que por tanto, no se encuentran en grado de señalar algo, como no sea su propia existencia. Es por eso que, al menos para nuestro Derecho Positivo, la especie fáctica de la posesión no puede venir correctamente considerada como figura de apariencia" y agrega que donde la ley no liga con una relación estrecha la posesión a la propiedad no puede "... haber espacio para el fenómeno de la apariencia". Nuestro ordenamiento, como es notorio, tutela la posesión exclusivamente por su intrínseca realidad y no porque sea considerada la normal manifestación externa del derecho de propiedad. "... No obstante, creo que puede darse un principio de apariencia, en la medida en que la posesión como hecho puede ser índice de la posesión como derecho.

válido el usufructo⁷⁴ y las garantías que se hayan constituido "a non domino", por el propietario aparente.

37. ¿Puede tutelarse la situación del tercero que adquiere el derecho de usufructo del "usufructuario aparente"? En estos casos, el elemento objetivo seguirá siendo el comportamiento que evoque patológicamente la existencia del derecho de que se trate.⁷⁵ Sin embargo, deben hacerse varias precisiones en cuanto a este punto. En primer término, el instituto de la apariencia está ligado, histórica y prácticamente con la propiedad. En segundo lugar, aun cuando se acepte la tesis de que el problema se presente en lo que toca a derechos reales diversos del dominio,⁷⁶ deberá reconocerse que si su titular aparente los transfiere a terceros —caso de no ser personalísimos—, se creará una situación de conflicto con el dueño de la cosa, que habrá de resolverse en favor del interés socialmente más apreciable. Ello es así, por aplicación de la teoría del balance de bienes: debe sacrificarse el interés de menor jerarquía, para preservar el de mayor relevancia.⁷⁷ Dicho de otra manera: la antijuridicidad de los actos del titular aparente es la regla. Esta solo viene a menos, si dichos actos no están en relación de oposición con los valores fundamentales del sistema (concepto de antijuridicidad formal); o bien, si la lesión del bien jurídico que entrañan, viene impuesta por la necesidad de amparar un valor de mayor jerarquía (concepto de antijuridicidad material). Así los actos del propietario aparente son válidos frente a terceros de buena fe, si son a título oneroso pues, como se verá, intereses de mayor relevancia que los del verdadero propietario, como la seguridad del tráfico jurídico, así lo imponen. En cambio, en tesis de principio, el que adquiere un derecho real en cosa ajena, transmitido por su titular aparente, no podría pretender la tutela de su situación jurí-

dica frente al interés del legítimo dueño del bien, pues ello implicaría el sacrificio de un derecho "pleno", por otro "limitado" lo que parece tener contornos antijurídicos. Aquí no se trata del conflicto entre el derecho de propiedad del anterior titular y el derecho de propiedad que sobre el mismo bien pretende el adquirente de buena fe. Como excepción, si el adquirente del derecho real en cosa ajena ha logrado que el bien, anteriormente improductivo, cumpla ahora su función social, deberá tutelarse su situación jurídica como consolidada, a pesar de haberse obtenido de un titular aparente. Entratándose de inmuebles inscritos en el Registro, rigen las reglas de la publicidad registral, según lo establece el artículo 456 del Código Civil. Si la apariencia es culposa, parece razonable negar el derecho de reclamar el objeto pues de lo contrario se permitiría a su dueño prevalerse de su propio dolo.⁷⁸ En materia de servidumbres, parece difícil que se presente una hipótesis de apariencia en el sentido que le hemos dado al término; primero, por el carácter imperativo del artículo 376 del Código Civil,⁷⁹ y segundo, porque se trata de un derecho "impersonal".⁸⁰

38. De la situación de hecho en que consiste la titularidad aparente, se derivan diversos efectos según sean los sujetos de que se trate. Aunque, según se verá de seguido, aprovecha solo al tercero que es llamado a error por ella.

b.3) Efectos de la titularidad aparente de derechos reales con respecto a terceros.

b.3.1) Efectos en relación con terceros causahabientes, del titular aparente.

39. Se ha dicho que: "Causahabiente es aquel sujeto que deriva un derecho de otro, llamado autor o causante. El derecho adquirido o

74. MESSINEO, *op. cit.*, T. III, p. 470, afirma que el usufructo puede constituirse "mediante la posesión de buena fe, cuando acompañe a un título de adquisición viciada (proveniente a non domino), pero medio idóneo para constituir el derecho de usufructo. . .". Véase también, *infra* nota Nº 107.

75. Véase *supra* nota Nº 6.

76. V.g. el usufructuario puede transferir su derecho a terceros, según lo faculta el artículo 341 del Código Civil. Ver así, BRENES CORDOBA, Alberto, *Tratado de los bienes*, San José, Editorial Juricentro, 5 edición, 1981, p. 83.

77. La teoría de la apariencia debe ser circunscrita a sus justos límites. Opera, por tanto, cuando el interés del tercero, por su mayor relevancia, exige el sacrificio de un derecho o una situación jurídica preexistente.

78. Ver *supra* nota Nº 10.

79. Dispone el artículo 376 del Código Civil: "Los predios todos se presumen libres hasta que se pruebe la constitución de una servidumbre".

80. Cf. BRENES CORDOBA, Alberto, *op. cit.*, p. 107.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

derivado puede ser uno en particular, o bien puede tratarse de una universalidad (o de una cuota de ella). Por ello, se distingue entre causahabientes a título universal y causahabientes a título particular.⁸¹

40. Existen en nuestro ordenamiento, normas que le asignan una determinada eficacia a la posesión de bienes muebles, en los casos en que ésta sea índice de la apariencia de la titularidad del dominio. Unas regulan el problema de manera general, otras disciplinan expresamente el negocio celebrado entre el titular aparente y el tercero adquirente de buena fe.

41. De conformidad con las primeras, se establece el principio según el cual, la posesión de los bienes muebles vale por título.⁸² En nuestro ordenamiento, no obstante, sólo hace presumir su existencia.⁸³ Nuestra jurisprudencia ha aceptado que el principio de comentario "... está fundado en que la posesión, por regla general, es la apariencia externa del derecho de propiedad. ...".⁸⁴ Esta función legitimadora de la posesión, se recoge en varias normas del Código Civil, y por ello se explica que la propiedad de los muebles se adquiera respecto a terceros, por la tradición hecha en virtud de un título hábil.⁸⁵

42. En lo que toca al negocio celebrado por el titular aparente y el tercero de buena fe, dos son los tipos de normas que entran en juego: a) las que se refieren específicamente a la efica-

cia del negocio así celebrado y b) aquéllas que determinan el régimen de impugnación a que éste estará sujeto. Convendremos en denominar "normas de eficacia" a las primeras y "normas de resistencia" a las segundas.

43. Según nuestro derecho, la nulidad de la venta de cosa ajena no se aplica a cosas muebles.⁸⁶ Este principio, rige no sólo a la compraventa, sino también a la permuta,⁸⁷ y con mayor razón, a la compraventa mercantil. Así, dispone el artículo 440 del Código de Comercio que: "La compraventa de cosa ajena es válida siempre que el comprador ignore la circunstancia. En este caso el vendedor está **obligado a entregarla** o en su defecto, a abonar daños y perjuicios. La compraventa será nula cuando el comprador, al celebrarse el contrato, sabe que la cosa es ajena". En realidad, el conocimiento que pueda tener el adquirente de la situación jurídica del transmitente debería tener relevancia para fundar la validez del negocio únicamente en aquellos casos en que se verifique, en su favor, la entrega del bien, momento en el cual se le traspasaría el derecho real. Puede pensarse, entonces, que de acuerdo con la lógica del sistema de la compraventa meramente obligacional, seguido en principio por el Código de Comercio, sería válido el contrato que verse sobre un objeto ajeno, aun si ambas partes tienen conocimiento de dicha situación, pues en este caso el vendedor quedaría en la obligación

81. Así, BAUDRIT CARRILLO, Diego, *Teoría general del contrato*, San José, Editorial Juricentro, 1982.

82. Debe hacerse otra aclaración. "En el siglo pasado, prevalecían dos teorías: la de Aubry y Rau, para quienes la máxima se refería a una presunción legal de propiedad, ante la cual se estrellaba la acción reivindicatoria y la de Marcadé, Demolombe y Mourlon, quienes veían en esa regla una adquisición *ex lege*, producto de una usucapión instantánea. La teoría hoy más aceptada la desarrolló principalmente Saleilles, para quien la máxima entraña dos sentidos: uno, en el orden de lo sustantivo, por el cual la propiedad de una cosa mueble ajena se obtiene instantáneamente por un tercero, de buena fe, quien la adquiere de un propietario aparente. Esta adquisición anómala, como la llama Roca Sastre, se conoce como adquisición a "non domino" y ha sido admitida en la mayoría de los ordenamientos modernos. El segundo efecto, o formal de la máxima, consiste en una presunción *iuris tantum* de propiedad en beneficio del poseedor *animus domini* de una cosa mueble. ... Ambos efectos decaen si la cosa ha sido robada (disposición involuntaria), situaciones en que tradicionalmente. ... procede la acción reivindicatoria". Así, YGLESÍAS MORA, Roberto, *La propiedad en los bienes muebles y el tráfico jurídico*, en *La propiedad*. San José, Juricentro, 1983, pp. 122-123. Por otra parte: "Es de suma importancia señalar una modificación estructural que en nuestro código sufrió el aspecto sustantivo de la máxima francesa. A diferencia del Derecho francés, la sola posesión por parte del adquirente, no es capaz de producir el efecto traslativo de la propiedad. Nuestro legislador, como medida de seguridad muy loable, exigió la *accipens* la prueba de un título hábil o traslativo en abstracto, del derecho real". *Ibidem*, p. 124.

83. El fundamento racional de la presunción del título, atiende a que, en materia de muebles, la posesión, como regla, es el único signo visible del derecho de propiedad. Exigir al poseedor una prueba escrita, estorbaría el libre y rápido tráfico que exigen los bienes muebles. *Ibidem*, p. 126. Sobre el tema ver ASQUINI, Alberto, *Titole di credito ed in particolare, Titole bancari di pagamento*, Padova, Casa Editrice Antonio Milani, 1966, pp. 34 y ss.

84. Así, CASACIÓN, Nº 101 de las 15,30 horas del 6 de noviembre de 1951, II semestre, p. 1291.

85. Art. 481 del Código Civil.

86. Art. 1065 *ibidem*.

87. Art. 1100 *ibidem*.

de procurar que la cosa entrara en su patrimonio para luego transmitirla, mediante la tradición, al comprador. De lo contrario, deberá asumir las consecuencias de la responsabilidad contractual.⁸⁸ El Código Civil, en el referido artículo 1065, agrega que entrándose de este tipo de bienes: ". . . el comprador se hace inmediatamente propietario, si entró en posesión real salvo lo dispuesto en el artículo 481.

44. De lo dicho, puede extraerse la siguiente conclusión: la unión del elemento objetivo (posesión generadora de apariencia), con el elemento subjetivo (error legítimo del tercero de buena fe), produce una recuperación parcial del supuesto de hecho que de otra forma sería totalmente defectuoso y por tanto, no apto para producir la eficacia típica del negocio (transmisión de la propiedad). En otros términos se subsana el defecto de titularidad que acusa el vendedor; específicamente, en lo que toca a la persona del comprador, que ha sido llamado a error.⁸⁹ En síntesis, la validez de la venta de cosa ajena mueble, se comprende por la circunstancia de que el vendedor, por el solo hecho de poseerla, aparece frente a terceros, como su legítimo propietario.

45. El propio artículo 1065, nos conecta con el régimen de impugnación a que queda sujeto este negocio. En este sentido, se considera que, salvo el caso de robo o pérdida,⁹⁰ el verdadero propietario del bien no puede reivindicar la cosa

mueble que un tercero adquirió de un vendedor no propietario. Así: ". . . la acción reivindicatoria que tenga por objeto el recobro de una cosa mueble de que esté en posesión un tercero mediante justo título, es de todo punto improcedente si la posesión fuere de buena fe; lo cual encuentra justificación en la conveniencia pública de garantizar la estabilidad de las adquisiciones de ese género, atendiendo a la suma frecuencia con que ocurren en virtud de encaminarse a la satisfacción de las múltiples y variadas necesidades del hombre. No obstante, la regla admite excepción en provecho del propietario que ha perdido o a quien han robado un bien mueble; pues la reivindicación procede entonces, aunque con la salvedad de que si el poseedor actual lo ha comprado con las formalidades usuales en venta pública o a un mercader que vende cosas semejantes, tiene el reclamante, para recuperar lo suyo, que satisfacer el precio que el comprador hubiere pagado por el objeto. . .".⁹¹ Nuestro código sigue en este punto, el sistema germánico, según el cual, si la cosa sale de la esfera de poder de su propietario porque éste, por su propia voluntad así lo dispone, como podría ser gracias a un contrato de depósito o de arrendamiento, el título de propietario que sobre ese bien se arrogara posteriormente un tercero, causahabiente del titular aparente, prevalecerá sobre el derecho del dueño original de la cosa.⁹² En cambio, cuando ésta salga de la esfera de

88. Sobre el punto, ver, CASAFONT ROMERO, Pablo, *Ensayos de Derecho Contractual*, San José, Colegio de Abogados, 2 edición, 1979, pp. 140 y ss.

89. Se trata de una recuperación parcial de la eficacia del negocio.

90. Se ha considerado que: "La acción reivindicatoria es procedente en las siguientes hipótesis: a) En caso de robo y por extensión, por hurto; b) por extravío o pérdida de la cosa, a menos que fuera adquirida por un hallador o adjudicatario en los términos de los artículos 501 y 503 del Código Civil; c) Si el poseedor carece del título hábil, bien por no ser de los que hubieran transmitido el dominio en condiciones normales o siéndolo, está viciado de nulidad absoluta". Así, YGLESÍAS MORA, Roberto, *op. cit.*, p. 124, nota 28. Estimo que lo que el autor dice con respecto a la nulidad del título, debe matizarse, pues precisamente en aquellos casos en que el tercero de buena fe adquiere de un propietario aparente, su título, en abstracto, estaría viciado de nulidad, por lo que no debería producir efectos jurídicos, de no mediar, precisamente la apariencia jurídica.

91. Así, BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Tratado de los bienes*, San José, Editorial Juricentro, 5 edición, 1981, pp. 193-194.

92. "La doctrina italiana rechaza la distinción entre desposesión voluntaria e involuntaria, considerada, no sin razón, como contradictoria y anacrónica. El artículo 1153 del Código Civil italiano, la descartó totalmente, bastando que la accipens pruebe su posesión de buena fe para ser protegido, sin ser relevante que la cosa fuere robada o perdida. . .". Así, YGLESÍAS MORA, Roberto, *op. cit.*, p. 123, nota 24. Se ha dicho que el sistema que recoge nuestro Código, ". . . es el resultado de un compromiso entre el Derecho romano y los principios muy favorables a la exigencia de seguridad del tráfico mobiliario, del Derecho germánico anterior a la "recepción". El antiguo ordenamiento germánico de la propiedad mobiliaria, se caracterizaba por la ausencia de la acción reivindicatoria. En contraposición al principio romano "ubi rem mean invenio ibi vindico", el originario Derecho germánico, afirmaba el principio "mobilia non habent sequelam". La tutela del propietario de una cosa mueble se agotaba en la acción de defensa de la "gewere" (instituto correspondiente a la posesión romana), cuya ejercibilidad era admitida solo en caso de pérdida involuntaria de la "gewere". Por eso, el tercero adquirente a non domino de cosa no robada o perdida, en el momento en que obtenía del alienante la posesión de la cosa, venía a encontrarse prácticamente en una posición análoga a aquella del propietario, prescindiendo de su buena o mala fe". Así, MENGONI, Luigi, *Acquisto "a non domino"*, Novissimo Digesto Italiano, Torino, UTET, terza edizione, T. I, 1968, p. 244. Sobre el punto, ver también, CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil. Situaciones jurídico-reales*, Barcelona, Bosch, T. II, vol. I, pp. 457 y ss.

poder de su titular en virtud de un hecho ajeno a su voluntad, cabrá la posibilidad de recuperarla mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria. "Siendo, como son, las transacciones relativas a muebles tan numerosas y variadas, en interés del tráfico ha sido preciso limitar la reivindicación a las contingencias de pérdida o robo. Así, caso de que el propietario haya sido privado del objeto porque quien precariamente la poseía en virtud de préstamo, depósito, o de otra causa por el estilo, lo hubiere enajenado, la acción reivindicatoria es improcedente; quedando al perjudicado el único recurso de establecer el respectivo reclamo contra el que ha abusado de su confianza".⁹³

46. Estamos ahora en grado de extraer otra conclusión de nuestro desarrollo: la eficacia que el derecho liga a la apariencia, se resuelve aquí, en una excepción a la facultad que tiene el propietario para reivindicar la cosa.

47. Un último comentario se impone. Según lo indicamos, en aquellos casos en que el comprador hubiera adquirido la cosa en venta pública o de un mercader que vende cosas semejantes, el dueño puede recuperarla, sólo a condición de que pague el precio del bien, quedándole el derecho de exigir el valor de la cosa de cualquiera de los otros poseedores, respecto de los cuales hubiera sido eficaz una acción reivindicatoria (artículo 481 C.C.). Este precepto se ha justificado señalando que "... si bien está que quien en privado compra una cosa mueble a persona desconocida, pueda ser desposeído por el propietario reivindicante, con pérdida del precio que hubiese dado, pues en tal caso es presumible haya habido mala fe de su parte o por lo menos imprudencia; no sería justificable emplear el mismo rigor con quien ha procedido con entera corrección comprando en ventas públicas o a personas que tienen por oficio vender cosas de esa clase siendo así que el lugar donde se compra o la condición del individuo con quien contrata, pone de manifiesto su buena fe y garantiza la bondad de la adquisición".⁹⁴ En nuestro criterio, el artículo se

comprende por el hecho de que la apariencia se ve reforzada en aquellos casos en que, junto con el comportamiento que la "genera", concurren otros fenómenos. En efecto, tanto "la feria, 'como' la venta pública" o la existencia de "cosas semejantes", son conjuntos de fenómenos que refuerzan, en la especie, el principio de apariencia, imponiéndose entonces una tutela más rigurosa de los terceros adquirentes de buena fe. Considero que el deber de pagar el precio del bien no significa sino que la situación jurídica del comprador se perfeccionó. La hipótesis es llevada, coherentemente, hasta sus últimas consecuencias, en el Código de Comercio, según el cual: "El que de buena fe comprare en un establecimiento abierto al público cosas que sean de su giro normal, no podrá ser privado de ellas y aunque no pertenecieran al vendedor y dolosamente las hubiere vendido".⁹⁵

48. Resumiendo: la posesión cumple una doble función en materia de apariencia referida a la titularidad del derecho de propiedad que recae sobre bienes muebles. Por una parte, integra el mínimo necesario y suficiente para que se dé la situación de hecho que haga que un sujeto aparezca ante terceros como dueño de la cosa. Por otra, ayuda a la consolidación de la situación jurídica del adquirente de buena fe. La eficacia que el Derecho liga a esta hipótesis, se sintetiza en lo siguiente: se le brinda una tutela primordial a los intereses del que adquiere a "non-domino", mediante el reconocimiento de su situación jurídica y la inhibición del ejercicio de las facultades reivindicatorias.⁹⁶ Es necesario hacer una observación fundamental. No debe confundirse la función que cumple la posesión en materia de apariencia, con la que cumple en materia de usucapión. En este último caso, se procura que aquel que ha poseído en cierta forma y durante un tiempo determinado, se convierta en propietario del bien, cuando además se dan otros requisitos exigidos por la ley (en general, justo título y buena fe). Aquí el sujeto adquiere el dominio, no por el

93. BRENES CÓRDOBA, Alberto, *op. cit.*, p. 194.

94. *Ibidem*.

95. Art. 449 Código de Comercio.

96. Es de apuntar una vez más, que para que se dé esta tutela privilegiada del tercero, precisa que el contrato se verifique a título oneroso, pues, como lo advertimos en su oportunidad, si el adquirente no realiza un sacrificio patrimonial, no se ve razón alguna para obligar al verdadero propietario a soportar la pérdida de su cosa.