



ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA TEORIA DE LA APARIENCIA

Por **Guillermo A. Moglia Claps**

Profesor Titular con dedicación exclusiva de Derecho Comercial I y Derecho Comercial II de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Profesor Titular de Nuevas Modalidades de Contratación Comercial y de Sociedades y Contratos Asociativos en la maestría de Economía y derecho Empresario de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad del salvador y de la Universidad Maria Assunta di Roma. Coordinador del Curso de Especialización en Sindicatura Concursal de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad del Salvador.

1.- Introducción. La apariencia de derecho objetivo y la apariencia de derecho subjetivo.

En la formación –producción- de la norma jurídica, es esencial la publicación en sentido estricto, o sea con eficacia externa.

Ello es así porque es necesario que el sujeto sea puesto en posición de tomar conocimiento de ella, lo que no significa que todos los ciudadanos conozcan, de hecho, cada norma. Pero, con el hecho de la publicación, se justifica el principio que la ignorancia de la norma imperativa no justifica su inobservancia (principio de los arts.1, 2 y 3 del Código Civil), siendo una necesidad social que la norma tenga vigor incondicionalmente, o sea, fuerza obligatoria.

Así también, es inadmisibles que se suponga existente -o aún en vigor- a una norma inexistente (ya no más en vigor o no aún en vigor). Por lo tanto, es *inadmisibles el concepto de apariencia de derecho objetivo*, mientras que, por el contrario es legítimo el concepto de apariencia del derecho subjetivo.(1).

Puede darse, en el plano del ejercicio de un derecho, que sea ejercitado y hecho valer por quien no es el titular, sea o no autorizado a hacerlo. Tal situación se llama *legitimación*, entendiendo a esta última en sentido sustancial y no procesal.

La legitimación, en el sentido expuesto, significa, además, que alguien está investido del poder de ejercitar un derecho, o sea que está cualificado para ejercitar el derecho. Se habla entonces de vicio, o de defecto de legitimación, para indicar la carencia de la legitimación.(2).

- (1) Cfe. Messineo, Francesco : “Manuale de Diritto Civile e Commerciali.” 9na. edizione riveduta e aggiornata. 1957. Milano. Dott. A. Giuffrè Editori. To. 1, parágrafo 5, 1, p. 84.
- (2) Cfe. ibídem: op. cit., parágrafo 8, 14, pas. 138/139.

En conexión con lo expuesto, se expresa que, al lado de la titularidad del derecho, puede ser *relevante* jurídicamente, aún la *apariencia de titularidad* (esto es la llamada *apariencia de derecho subjetivo*), en el sentido que, algunas veces, la apariencia de la titularidad tiene, hacia los terceros, la misma eficacia que la titularidad efectiva. (3).

La apariencia del derecho exige la *buena fe* del tercero, y es, en este aspecto, dirigida a la protección de la buena fe: el tercero de mala fe no podría invocar, en su propio provecho, la apariencia del derecho ajeno. La mala fe quita todo efecto a la apariencia de derecho.

Se opera así, lo que se conoce con la expresión de *legitimación aparente*, para designar el fenómeno por el cual, en base a la apariencia de derecho, alguien queda legitimado para disponer eficazmente del derecho de otro. (4).

2.- Orígenes y elaboración de la teoría de la apariencia. Aplicaciones.

Creemos que el origen y elaboración de esta teoría de la apariencia, proviene de la doctrina alemana (5), tomada también por la doctrina francesa (6) y la italiana (7) y abarca amplios campos del derecho privado.

Así, por ejemplo, para citar algunas de sus manifestaciones: el caso del heredero aparente (arts. 3429 y 3430 del Código Civil, y 535 del código civil italiano de 1942); el del acreedor aparente (art. 729 del Código Civil y 1889 del código civil italiano de 1942); el de las servidumbres aparentes (arts. 2975, 2976 y 3017 del Código Civil), ciertamente en el campo de la simulación –en donde los simuladores quieren, libre y conscientemente, poner en actuación una apariencia, que consiste precisamente en el acto simulado y que, por tal razón, ellos no pueden oponer la simulación a los terceros de buena fe, porque han querido crear una apariencia (8); en el campo del mandato, caso, por ejemplo del representante que dejó de ser tal, por extinción del poder de representación, pero que ha continuado actuando a nombre del representado, cuando quien trató con él, es un tercero de buena fe, es decir, que no tenía conocimiento de la extinción del mandato (así arts. 1964 y 1967 del Código Civil y 1396 del código civil italiano de 1942). Por último, y no por ello menos importante –y lo que en estas reflexiones nos interesa- en el campo del derecho societario.

3.- La apariencia en el derecho societario y en particular en la representación societaria.-

En el campo del derecho societario la apariencia campea por sus fueros, siendo aplicable, en general, cuando se ha creado una apariencia jurídica frente a un tercero que, de buena fe, se ha relacionado con una sociedad, en base a esa apariencia.

Así se ha puesto, como particular ejemplo en doctrina, el caso de un contrato de sociedad que presenta vicios esenciales, y, no obstante ello, ha sido inscrita en el registro Público de Comercio: se está en presencia de una apariencia de una sociedad, que, en vez es *nula*. En este caso se interpretaba que la nulidad de la sociedad no tiene influencia sobre la eficacia de los negocios cumplidos con terceros en nombre de la sociedad. (9).

Este, con la debida transposición, es un caso que encontramos en nuestro derecho societario, por ejemplo, los supuestos de la sociedades de objeto ilícito (art. 18 LSC), de objeto lícito y actividad ilícita (art. 19 LSC) y objeto prohibido (art. 19 LSC), sociedades nulas de nulidad absoluta, pero cuya existencia puede ser opuesta a los socios -no obstante su nulidad absoluta- por los terceros de buena fe (en esta caso, para la

protección de estos terceros de buena fe, la nulidad tiene efectos para el futuro, es decir *ex nunc*).

Pero donde la teoría de la apariencia cobra singular fuerza y relevancia es en el campo de la representación societaria.

En este sentido puede decirse que, cuando quien actúa (o dice actuar) por una sociedad – su representante, administrador, funcionario, mandatario, empleado- genera en los terceros de buena fe que contratan con él, la *apariencia de la legitimidad de su actuación*, queda prisionero de ella, esto es, que esa apariencia vincula a la sociedad, no pudiendo entonces alegarse que quien actuó por la sociedad, no tenía facultades para obligarla.

Un autor que ha indagado sobre este tema sostiene que esta teoría de la apariencia tiene su justa aplicación para proteger a los diligentes. (10).

Para él, la teoría de la apariencia consiste en que aquél –la sociedad- que a través de sus funcionarios o empleados genera en los terceros que contratan con ellos, la sensación legítima de que están contratando con quien tiene las facultades para ello, no pueden luego ser sorprendidos invocándoseles que dicho *aparente* funcionario o empleado no tenía facultades suficientes para obligar al principal. Quien crea esa apariencia debe asumir las consecuencias (11).

Naturalmente el tercero ha de ser de buena fe. Y esto, sea como sea que se defina la buena fe : si actuar genuina y honestamente en las circunstancias del caso, como lo ha entendido la jurisprudencia de los tribunales ingleses (12) o que la buena fe en los contratos consiste en que éstos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de acuerdo a lo que, verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (criterio el art.1198 del Código Civil) o, como lo expone el Diccionario de la Lengua Española, actuar con rectitud y honradez.(13).

Los terceros de buena fe quedan protegidos por la apariencia de legitimidad, precisamente porque actúan de buena fe, tanto en el sentido de buena fe probidad como en el buena fe diligencia. Es decir que tienen que darse ambos aspectos de la buena fe para que el tercero quede protegido (14).

Naturalmente que hay casos en que el tercero queda exento de indagar si se han cumplido las normas internas para actuar de la sociedad: es el caso de las pequeñas operaciones o de las contrataciones comerciales rutinarias. En cambio, no está exento en los casos de contrataciones importantes, con extensas tratativas, donde la exigencia de consultar el contrato o estatuto social, las actas de las cuales surjan las autoridades, la decisión de celebrar el negocio, etc., configuran una exigencia para el tercero contratante que éste no puede soslayar sin perder su “buena fe”.

La teoría de la apariencia no se aplica a los casos en que, quien actúa por la sociedad, lo hace a través de actos que son “notoriamente extraños” al objeto social (criterio del art. 58 LSC).

No porque compartamos el criterio de nuestra LSC de limitar la capacidad de la sociedad a los actos descritos en el objeto social (aplicación de la doctrina del *ultra vires* en sentido restringido) en contra de la tendencia general en el derecho societario comparado, porque sostenemos que este criterio está superado y es ya arcaico (15), sino porque en la recta intención del (justamente) criticado art. 58, Ira. parte LSC, estos actos no pueden ser imputados a la sociedad, que carece de la capacidad legal para obligarse, siendo, por lo tanto *inratificables*. (16).

Distinto es el caso del exceso en las facultades otorgadas o carencia de ellas, violación de normas contractuales o estatutarias de decisión, actuación y representación (criterio del art.58, 2ª parte LSC)

Cerramos entonces estas reflexiones expresando que la teoría de la apariencia no es aplicable a éste y otros campos del derecho societario cuando el tercero ha sido negligente y/o de mala fe.

4.- Jurisprudencia.-

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha recogido y aplicado esta teoría en numerosos decisorios. Veamos algunos fallos:

- “Los derechos del portador de un pagaré no resultan enervados si recibió el título con una firma auténtica, emanada de persona idónea para obligar a la entidad demandada, aún cuando se alegue infracción a la representación plural, dado que quien crea una apariencia se hace prisionero de ella.”
- “Corresponde excluir la oponibilidad a terceros de las reglas estatutarias de representación, cuando la conducta del accionado ha sido apta para crear una apariencia en la atribución de las facultades invocadas por el suscriptor del título, aún en infracción a lo dispuesto por los estatutos.”

(CNCom., Sala A, octubre 27-1993 in re Flores, Sergio C. c. Mutual de Obreros y Empleados del Estado. LL to.1994-E, ps.42º y ss.)

- “No son oponibles a los terceros las reglas estatutarias de representación cuando la conducta de la mandante ha sido idónea para crear una apariencia en la atribución de las facultades que invocan los suscriptores de los títulos, aún infringiendo lo dispuesto en los estatutos. En consecuencia, tal confusión no puede recaer sobre los terceros de buena fe, sino sobre el mandante que dio lugar a ella.”

(CNCom., Sala A, noviembre 30-1994 in re Minorgan S:A: c. Saturno Cooperativa Agrícola Ganadera de Consumo Ltda..LL 1995-C, p.498

- “No son oponibles a terceros las reglas estatutarias de representación si la conducta de la sociedad mandante ha sido idónea para crear una apariencia en la atribución de facultades que invocan los suscriptores de los títulos cambiarios, aún infringiendo lo dispuesto en los estatutos.”

(CNCom., Sala A, abril 30-1997 in re Roderer c. Gráfica Tilcara .LL 1998-D 2.J:A: 1997-IV-467)

- “Si la sociedad mandante no impidió –como lógicamente hubiera podido y debido- que los firmantes de los títulos cambiarios cumplieran una actuación idónea para crear una apariencia de la que los terceros pudieran prevalecerse, generándoles así la certidumbre de que aquélla quedaba obligada, dicha confusión no puede recaer sobre los terceros de buena fe, sino sobre la misma accionada que dió lugar a la misma. Ello, pues quien crea una apariencia se hace prisionero de ella.”

(CNCom., Sala A, abril 30, 1997, in re Roderer c.Gráfica Tilcara LL 1998-D, 2.J.A.1997'IV'467)

- “La interpretación del principio contenido en el art. 58 de la ley de sociedades debe hacerse teniendo en cuenta la protección de los terceros, con énfasis en el campo de los títulos de crédito, ya que la buena fe de éstos debe necesariamente ser preservada en aras de la seguridad y legitimidad de que están investidos los papeles de comercio desde que son lanzados a la circulación. Por ello, la firma de un socio obliga a la persona jurídica que integra, debiendo presumirse –ante la falta de prueba en contrario- que el mismo actuó en ejercicio del órgano de representación de la demandada.”

(Civil y Com. Resistencia, Sala III, agosto 26 1996. in re Motter, Myriam c. Impercom SRL.LL 1998-E 873.)

- “La inobservancia del recaudo de la concurrencia de dos suscriptores –requerido por el estatuto para obligar a la sociedad- al emitir el representante de la demandada un título valor a nombre de aquélla, resulta inoponible al tenedor del referido documento al no haberse alegado ni probado que la operación fuera notoriamente extraña al objeto social o bien que el tenedor hubiera tenido conocimiento efectivo de la infracción al régimen de administración plural.”

(Civil y Com. Resistencia, Sala III, agosto 26, 1996 in re Motter, Myriam c. Impercom SRL. LL 1998-E 873.).

NOTAS.-

- (3) Cfe. Messineo, Francesco : “Manuale de Diritto Civile e Commerciali.” 9na. edizione riveduta e aggiornata. 1957. Milano. Dott. A. Giuffrè Editori. To.1, parágrafo 5,1, p.84.
- (4) Cfe. ibídem: op.cit., parágrafo 8, 14, pas.138/139.
- (5) Cfe. Ibídem : op.cit., loc.cit.
- (6) Cfe. Ibídem , op.cit., loc.cit.
- (7) Así : Wellspacher : “Das vertrauen auf dusseren Tabestände.” Viena.1906.; Fischer : “Sein und schein in Rechtesleben”.1909. Naendrup : “Rechssecheinfurshungen”.Munster.1910; Krückman : “Sachbesitz,Rechtbesitz, Reckstschein in der Theorie des gemeines Rechts.”.1912.
- (8) Así : Jonesco “Les effets juridiques de l'apparence en droit privé”.Strasbourg.1927; Laurent, J. : “L'apparence dans le problème des qualifications juridiques.”,Caen.1931.
- (9) Sotgia : “Apparenza juridical e dichiarazioni alla generalità”.Roma.1930. Dominedó “Le anonime apparenti”.Siena.1931. Bolaffi ,R.: “Le teorie sull'apparenza giuridica”, in Rivista de Diritto Commercial e Diritto Generale Delle Obligación.”.Milano.1934.casa editrice Dottor Francesco Vallardi,vol.XXXII, ps.131 a 148.
- (10) Cfe. Bolaffi, Renzo : op. cit., p.136
- (11) Cfe.Bolaffi, R.: op.cit., p.133. El ejemplo era el del Código de Comercio alemán, parágrafo 311 (vigente en 1934).
- (10)Cfe. : Solari Costa, Osvaldo : “ Conveniencia de replantear los límites de la representación societaria.” LL 1994-E, pág.424.
- (11)Cfe. Ibídem : op. cit., loc.cit.
- (12) Barclay Bank v. TOSG Trust Fund,1964, All ER, 628.
- (13)Como lo expresa el Diccionario de la Lengua Española.19na. edición. Madrid.1970.
- (14) Cfe.Solari Costa,O. : op. cit., p.427.
- (15) Cfe. Moglia Claps, Guillermo A. : “Ultra Vires, objeto social y capacidad de la sociedad.”,en Derecho Societario Argentino e Iberoamericano.1995.Buenos Aires. Editorial Ad-Hoc. To.I, Conflictos societarios. Subsanciones societarias y registración.pags.550/551.
- (16) Cfe. Halperín, Isaac y Otaegui, J.C. : “Sociedades Anónimas.”2da.edición actualizada y ampliada.1998.Buenos Aires. Ediciones Depalma , p.513, manifestando Halperín su opinión contraria a la solución del art.58 LSC y destacando que no fue esa la redacción proyectada originariamente para el art.58, pero que ella halló “notable resistencia en nuestro medio, en el que rompía un esquema mental ajeno a las necesidades e inquietudes señaladas (la protección de los terceros y la

celeridad en los negocios). También opina Halperín que tales actos no pueden ser ratificadas por la asamblea de accionistas, porque importaría modificar el objeto social a *posteriori*.