

ADQUISICIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD POR LA APLICACIÓN DEL
PRINCIPIO DE BUENA FE (ADQUISICIONES A *NON DOMINO*)

DAVID ALEJANDRO ARIZA CABRA
WILSON ALIRIO GIRALDO RAMÍREZ

Presentado para optar al título de abogado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO

Bogotá D. C.

2005

ADQUISICIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD POR LA APLICACIÓN DEL
PRINCIPIO DE BUENA FE (ADQUISICIONES A *NON DOMINO*)

DAVID ALEJANDRO ARIZA CABRA
WILSON ALIRIO GIRALDO RAMÍREZ

Tesis para optar por el título de abogado.

Director: Dr. Arturo Solarte Rodríguez

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
Bogotá D. C.
2005

NOTA DE ADVERTENCIA

“La universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos en sus trabajos de tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y a la moral Católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”

Artículo 23 de la resolución Número 13 de Julio de 1964.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

1. LA TEORÍA DEL TÍTULO Y MODO PARA LA ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS REALES

1.1 PLANTEAMIENTO GENERAL

1.2 ORIGENES DE LA TEORIA

1.3 LA TEORÍA EN COLOMBIA

1.4 LA TEORÍA EN FRANCIA

1.5 LA TEORÍA EN ALEMANIA

1.6 FUTURO DE LA TEORÍA EN EUROPA

2. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

2.1 CONCEPTO DE LA BUENA FE

2.2 PRINCIPIO DE LA BUENA FE COMO LÍMITE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA

2.3 BUENA FE OBJETIVA Y BUENA FE SUBJETIVA

2.4 BUENA FE SIMPLE Y BUENA FE CUALIFICADA

2.5 BUENA FE Y TEORÍA DE LA APARIENCIA

2.6 LA POSESIÓN DE BUENA FE DE COSAS MUEBLES Y LA PROPIEDAD

3. EL ERROR COMÚN CREADOR DE DERECHOS

3.1 ESTUDIO GENERAL

3.2 ADQUISICIONES A NON DOMINO

4. CASOS PARTICULARES CONSAGRADOS EN EL CÓDIGO CIVIL

- 4.1 NO RESTITUCIÓN DE ALIMENTOS CONTRA EL QUE DE BUENA FE INTENTA LA DEMANDA. (ARTICULO 417)
- 4.2 COMPRA DE COSAS MUEBLES EN FERIA, TIENDA, ALMACÉN U OTRO ESTABLECIMIENTO INDUSTRIAL (ARTICULO 947)
- 4.3 POSEEDOR DE BUENA FE FRENTE A LOS FRUTOS PERCIBIDOS ANTES DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (ARTICULO 964)
- 4.4 NO PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA CONTRA TERCEROS POSEEDORES DE BUENA FE (ARTICULO 1547)
 - 4.4.1 EL PROBLEMA DE LA NULIDAD Y LA RESOLUCIÓN DE CONTRATOS FRENTE A TERCEROS DE BUENA FE.
 - 4.4.1.1 RESOLUCIÓN
 - 4.4.1.2 NULIDAD
- 4.5 ENAJENACIÓN O GRAVAMEN EN BIEN INMUEBLE DEBIDO BAJO CONDICIÓN (ARTICULO 1548)
- 4.6 PAGO DE COSA FUNGIBLE AUNQUE HAYA SIDO HECHO POR EL QUE NO ERA DUEÑO O NO TUVO FACULTAD DE ENAJENAR (ARTICULO 1633)
- 4.7 PAGO HECHO AL TITULAR APARENTE DEL CREDITO (ARTICULO 1634)
- 4.8 PAGO DE LO NO DEBIDO (ARTICULO 2321)
- 5. CASOS PARTICULARES CONSAGRADOS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO**
 - 5.1 EXCEPCIONES A LA ACCIÓN CAMBIARIA POR APLICACIÓN DE LA BUENA FE (ARTICULO 784)
 - 5.2 PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA (ARTICULO 820)
 - 5.3 ADQUISICIÓN EN FERIA O MERCADO, EN VENTA PÚBLICA O EN REMATE JUDICIAL DE COSAS CON RESERVA DE DOMINIO (ARTICULO 960)
 - 5.4 TITULOS VALORES

- |
6. **¿ES POSIBLE PLANTEAR UN PRINCIPIO GENERAL SOBRE LAS ADQUISICIONES A *NON DOMINO* EN EL DERECHO COLOMBIANO?**
 7. TÍTULO Y MODO EN LAS ADQUISICIONES A *NON DOMINO*
 8. CONCLUSIONES
 9. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La importancia del estudio que se presenta a continuación se encuentra dada por el realce que se hace del principio general de la buena fe en el derecho moderno. En algunas de sus múltiples aplicaciones la buena fe tiene la cualidad de poder crear, con el cumplimiento de adicionales requisitos, el derecho de propiedad en un sujeto que recibe una cosa por parte de quien no es su titular legítimo. De esta manera logra sumarse en su aplicación a los otros sistemas existentes para adquirir el derecho de propiedad. Sin embargo, y muy a pesar de su importancia, el tema no ha sido objeto de un estudio detenido por la doctrina nacional, ni ha sido materia de pronunciamientos de fondo por la jurisprudencia patria; en principio, la idea de darle efectos a la buena fe en el campo de la adquisición de los derechos reales solo propende por otorgar ciertas ventajas a quien actúa de acuerdo con la buena fe. Pero en legislaciones diferentes a la nacional, la buena fe tiene la cualidad de radicar directamente el derecho de dominio en cabeza del sujeto de derecho sin importar si el que dispone de él, y presuntamente se lo ha transferido, es su verdadero titular. Como se puede observar, en el derecho moderno se amplía cada vez más la órbita de los efectos de la buena fe en las relaciones jurídicas.

Para llegar a este desarrollo, es necesario tener en cuenta que todo comienza con la *bona fides* romana, que en su desarrollo ancestral sirve de fundamento a la máxima del derecho que indica que “el error común crea derechos”. Un desarrollo favorable frente a tal máxima habría de generar una situación privilegiada para aquellas personas que pretendieran adquirir bienes obrando de buena fe, bajo la creencia generalizada de una titularidad en quien les pretendía transferir, con lo cual se da origen a la doctrina de las adquisiciones a *non domino*, que es en últimas el tema materia del presente trabajo.

Se busca no solo estudiar las diferentes dimensiones de la buena fe, sino también dejar claras las características que conforman los supuestos legales en que se presentan adquisiciones por

aplicación del principio de buena fe, y establecer, finalmente, si es posible plantear una teoría general sobre el tema en nuestra legislación.

Para el desarrollo del trabajo que se ha planteado, se entrará inicialmente a estudiar la teoría general del título y modo como sistema necesario para adquirir el derecho de dominio y los demás derechos reales. A continuación, se desarrollará un estudio del principio general de buena fe, así como de la teoría del error común creador de derechos, de la teoría de la apariencia y, finalmente, de las adquisiciones a *non domino*. Posteriormente, con la idea de aplicar lo hasta allí tratado al interior de nuestro ordenamiento, se estudiarán los artículos consagrados en el código civil y en el código de comercio en los que se podrían encontrar eventos de adquisiciones a *non dominio*, con el fin de dilucidar si existen elementos comunes en los casos analizados y establecer sus características generales, en particular su vinculación con el principio general de la buena fe. Y si ello es efectivamente predicable, se intentará realizar una aproximación acerca de la fuente jurídica que da origen al derecho de propiedad en tales eventos y establecer si ella tiene cabida dentro de la teoría del título y el modo.

1. LA TEORÍA DEL TÍTULO Y MODO PARA LA ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS REALES

1.1. PLANTEAMIENTO GENERAL.

Lo primero que se puede decir acerca de la teoría del título y modo para la adquisición de los derechos reales es que se trata de una institución jurídica que ha tenido un prolongado desarrollo a lo largo de la historia del Derecho y que, en la actualidad, su aceptación en los diferentes partes del mundo no es pacífica o general. Tanto al interior de nuestro país como fuera de este se tienen diversas concepciones sobre el tema, unas radicalmente opuestas a las otras.

Lo que originalmente se concibió como una perfecta secuencia de los actos necesarios para adquirir los derechos reales, y en particular la propiedad, con posterioridad se modificó de manera sustancial, y en la actualidad países con sistemas jurídicos semejantes difieren radicalmente en los mecanismos consagrados en la ley para que los derechos reales ingresen al patrimonio de los sujetos de derecho, como ocurriría, por ejemplo, con los ordenamientos jurídicos de Colombia y Francia.

De hecho, existen también diferencias en la terminología utilizada, con lo cual las posibilidades de confusiones y discusiones se multiplican. Por ejemplo, en los inicios de la aplicación de esta teoría se utilizaban indistintamente las palabras justo título y justa causa para señalar simplemente la existencia de un Título¹. No obstante, en la legislación y en la doctrina colombiana la expresión justa causa es semejante, en este contexto, a la expresión título porque este "es el hecho del hombre o la sola ley que establece obligaciones o lo faculta para la adquisición de los derechos reales"², mientras que la expresión primeramente

¹ GONZALEZ Y MARTINEZ, Jerónimo. Principios Hipotecarios. Madrid, Imprenta de Estanislao, 1924. p.299.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, M.P. Pedro Lafont Pianetta, 9 de junio de 1999, Referencia: Expediente N 5265.

mencionada, el justo título, es uno de los requisitos de la posesión regular, el cual, junto a la buena fe y el paso del tiempo, permitirá adquirir la propiedad por el modo prescripción adquisitiva o usucapión. La teoría, entonces, a pesar de la importancia que históricamente tuvo y de la trascendencia que en un ordenamiento jurídico debe tener el sistema de adquisición de los derechos reales, no está ajena a divergencias conceptuales, lo cual conduce a que se presenten discrepancias en la doctrina y, lo que es más preocupante, en la jurisprudencia.

En todo caso, debe señalarse que en los ordenamientos que aceptan la teoría del título y modo se considera que la concurrencia de dos fuerzas complementarias y sucesivas es necesaria para que la constitución o transmisión de un derecho real se realice plenamente: el título, es definido como aquella fuente de obligaciones que en una situación concreta tiene la aptitud de generar obligaciones de dar; el modo, se concibe como el cumplimiento de las obligaciones surgidas del título, con lo cual se completará la secuencia. En todo caso, como es bien conocido, los modos de adquirir pueden ser originarios o derivativos, según si el derecho real que se adquiere deriva o no de la existencia de un derecho anterior. Si la cosa no ha tenido dueño con anterioridad no puede ser adquirida sino por un modo originario (la ocupación). En cambio, si lo ha tenido, la adquisición será originaria si el derecho que se adquiere no depende o, mejor, no deriva del derecho anterior, pudiendo incluso manifestarse en contradicción con el titular precedente (accesión o prescripción). Por esta razón, y teniendo en cuenta que en los eventos antes citados no habrá un título que en un sentido propio dé origen a la obligación de transferir, se considera que el antecedente de la transferencia en estos casos está en la ley, que es la fuente remota para la adquisición de todos los derechos subjetivos.

1.2. ORÍGENES DE LA TEORÍA

Se plantea por varios autores que la teoría del título y el modo tiene sus inicios en el Derecho Romano, aunque aquellos no hayan utilizado como tales las palabras título y modo. Sí parece

claro, en todo caso, que en el derecho romano se distinguieron momentos diversos, necesariamente concatenados, para radicar en las personas los diversos derechos reales³. En Roma, como antecedente al modo, se necesitaba una legitimación del consentimiento, un fundamento psicológico, de contenido subjetivo, para que la tradición tuviera de hecho validez. Era en últimas aquella intención de los sujetos de transmitir, que constituía un hecho lícito, la que establecía cierto llamamiento del sujeto sobre el objeto. A esto le llamaban *justa causa (iusta causae)*. Y aunque no llamaran dicha situación por las denominaciones que se utilizan actualmente, se repite, identificaron momentos diversos, uno después de otro, para la adquisición del dominio sobre las cosas, debido a que la filosofía Aristotélica había hecho hincapié en la concepción de que todo tiene una causa, un origen, conforme a las ideas de posibilidad y efectividad. Al seguir tras este fundamento, ciertamente en la mente de aquellos juristas rondaba la idea de que había cosas que tenían un potencial elevado de ser y otras que se distanciaban demasiado de esta posibilidad, y fue así como se logró diferenciar entre causa remota y causa próxima. La primera se identificaba con aquel acuerdo de voluntades que no obstante perfeccionarse no constituía el derecho real sino que solo daba nacimiento a un simple derecho a la cosa, un *jus ad rem*, tal y como se le conoció en los primeros tiempos de la teoría. Era causa remota para adquirir el derecho real porque solo otorgaba un derecho personal consistente en poder exigir la entrega de la cosa. La segunda, la causa próxima, conocida por dar la forma a la posibilidad de ser, de existir, de que, en últimas, surgiera el derecho real, el cual estaba en potencia y solo podía constituirse agregándose a la causa remota ya explicada, era aquél mecanismo jurídico que permitía radicar en cabeza de una persona el derecho real pretendido al completarse la secuencia correspondiente, generándose, entonces, por esta vía un *ius in re* o derecho sobre la cosa. Esta causa próxima era el modo de adquirir, fuera en alguna de sus originales formas como la *mancipatio* o la *in jure cessio* o, alguna de las posteriores, como la *traditio*, la cual fue particularmente importante, pues finalmente reemplazaría a los demás modos de adquirir derivativos por acto entre vivos, con la simple puesta en posesión de la cosa por el *tradens* en favor del *accipiens*.

³ GÓMEZ GÓMEZ, Miguel. Título y modo. Bogotá, Ediciones Talleres Mundo al día, 1935. p.27

En la época del derecho romano clásico, el acto de la efectiva transferencia del derecho real implicaba un consentimiento entre las partes, pero "este acuerdo no se concebía en la forma moderna, contrato real de naturaleza abstracta, sino basado en una causa anterior, ya en el orden del tiempo, ya en el orden de la razón con arreglo a los cánones aristotélicos"⁴. Y en ese contexto el título, la justa causa, consistía entonces en la intención por parte del *tradens* de enajenar o donar y la de recibir por parte del *accipiens*, independiente de si el acto jurídico que los motivara fuera inexistente o inmoral. Por ejemplo, cuando se hacía un pago de lo no debido, quien recibía dicho dinero se hacía al dominio de él sin importar que no se le debiera, pues la voluntad de las partes era la de radicar la propiedad del dinero en quien lo recibía. En este caso, técnicamente no existía como causa un negocio jurídico propiamente tal, pero aun así, el dominio se transmitía. Luego, esa justa causa romana no era más que la intención reciproca de dar y recibir y no siempre era un hecho jurídico anterior lo que la constituía.

Fue en un momento posterior, exactamente en el derecho medieval, en el que la teoría vio cambiar su fisonomía para adquirir contornos semejantes a los que conocemos hoy. Los juristas de esta época la redefinieron y se empezó a hablar de derecho a la cosa y derecho en la cosa, como situaciones totalmente diferentes. Fue precisamente con la distinción que lograron concretar entre *jus ad rem* y *jus in rem*, que desarrollaron la idea del título y el modo, ya como hechos independientes pero estrechamente vinculados para la adquisición de los derechos reales. "El concepto preciso del *ius ad rem* surge al resolver un problema del derecho feudal"⁵, con lo que se afirma que, además de tener su origen en la edad media (ni la Glosa ni el Código de las Siete Partidas conocían el termino técnico), incluye también que a pesar de no tenerse un derecho real cuando no ha sido entregada la posesión de la cosa, si se tiene sin embargo un derecho a la cosa por la perfección de un título jurídico válido, conocido como *jus ad rem*. Este último para ellos tendría una característica de imperfección, pues era apenas una expectativa sobre la cosa que vendría a resolverse en el dominio efectivo sobre la cosa, momento perfecto donde el *jus ad rem* se extinguiría para convertirse en *jus in rem*. El *jus ad rem* no permite tener un dominio completo sobre la cosa, por lo que es considerado

⁴ GONZALEZ Y MARTINEZ, J., Op. Cit., p.300.

⁵ Ibid., p.301.

como algo inacabado que requiere de una perfección, la cual sólo vendrá a darse con el acto o acontecimiento por el que alguien adquiere un derecho sobre una cosa (*jus in rem*).

Sobre el segundo tercio del siglo XVIII, esta idea medieval se ha generalizado en la mayor parte de Europa, inclusive en los pueblos germánicos, y su influencia en el derecho de la época es incontrovertible. Sobre ella comienza a moldearse el derecho patrimonial de aquel momento, en los sistemas jurídicos más representativos como el prusiano, el austriaco y español. Por su parte, el derecho francés, como se verá, no se deja influenciar por tal distinción y en el Código de Napoleón se desconoce. Posteriormente, el derecho alemán, en los desarrollos conceptuales que conducirán al BGB en 1900, sigue también un proceso de reflexión diferente, que lo conducirá a un planteamiento diverso en relación con el entendimiento medieval sobre el sistema de título y modo para la adquisición de los derechos reales.

1.3. LA TEORÍA EN COLOMBIA

Para la mayoría de los tratadistas nacionales parece ser claro que la teoría del título y modo es la aplicable para entender la adquisición del derecho de dominio y los restantes derechos reales sobre las cosas. Aun más, la jurisprudencia nacional así lo expone: “como se sabe, en el derecho Civil se distinguen claramente las nociones de Título y Modo. Así, el primero es el hecho del hombre o la sola ley que establece obligaciones o lo faculta para la adquisición de los derechos reales, conforme lo ha establecido desde antiguo la doctrina universal, al paso que el segundo es la manera como se ejecuta o realiza el título. Y en virtud de estos dos fenómenos los particulares pueden adquirir el derecho de dominio sobre las cosas”⁶. Con esto dicho, se entiende que la secuencia de estos actos, primero el título y luego el modo, es necesaria para radicar en las personas los diversos derechos reales que la legislación civil consagra. Sin embargo, ello presenta inconvenientes que hacen en ocasiones insostenible esta

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, M.P Pedro Lafont Pianetta, 9 de junio de 1999, Referencia: Expediente N 5265.

teoría y que hacen replantear en algunos tratadistas la verdadera coincidencia entre estos hechos, hasta el punto de llegar a desconocer que exista título en determinados casos, dejando a un lado la teoría y su aplicación para el resto de modos de adquirir diferentes a la tradición y, eventualmente, a la sucesión por causa de muerte.

Cuando se entra al estudio de cada uno de los modos de adquirir, es posible advertir que en varios de ellos no es tan sencillo vislumbrar el título que sirve de antecedente. Ello es así, particularmente, en los modos originarios. Por este motivo algunos han llegado a afirmar que en estos modos de adquirir, el modo y el título se confunden, que el título es la misma ley, o que, sencillamente, en tales modos no se requiere de un título preexistente. Por lo anterior, encontramos tres tesis que se contraponen y, a pesar de la autoridad de quienes las sostienen o de que en ocasiones la propia Corte Suprema de Justicia se ha inclinado por algunas de ellas, no existe a la fecha claridad suficiente sobre si la teoría que se comenta, la teoría del título y modo, se aplica a plenitud en los modos originarios.

Al respecto podemos señalar que si se afirma que el título y el modo se confunden en dichos modos originarios, se estaría en una situación anómala con respecto a la idea que se tiene de que el título es el momento inicial de una secuencia lógica que termina en el modo, gracias a la cual el derecho real correspondiente ingresa al patrimonio del sujeto de derecho. Si se considera que título y modo se confunden no se da la diferencia conceptual entre causa próxima y causa remota, que es el fundamento filosófico de la teoría en sus primeros momentos. Además, si se sostiene que el título y el modo son concurrentes en tiempo, modo y lugar, en realidad no es posible identificar la fuente de las obligaciones que presuntamente ha operado dando origen al título, y aquel instante previo necesario, de donde supuestamente surge el correspondiente derecho personal a exigir la entrega en realidad es inexistente. Sostener la “confusión” entre título y modo parece más bien una terca idea basada en la necesidad de mantener la teoría a como dé lugar, incluso en aquellos casos en los que es más complejo diferenciar los dos momentos o en los que en realidad sólo existe uno de ellos: el modo.

Por otra parte, tal como puede verificarse en el ordenamiento positivo colombiano, el artículo 765 del código civil, enumera una serie de circunstancias que son tenidas como justo título, terminología ésta que ha creado gran confusión dentro de los tratadistas e incluso dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con respecto a la teoría del título y modo. Se ha dicho por una parte de la doctrina que algunos modos de adquirir, tales como la ocupación, la accesión y la prescripción, funcionan a su vez como título y como modo, respaldándose en los artículos 765 y 673 del código civil. Y ello en una lectura fugaz de los artículos es comprensible porque, por una parte, en el Artículo 673 se enumeran como modos de adquirir el dominio la accesión, la ocupación, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción, y por otro lado, en el artículo 765 se tienen como justos títulos constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción. Con base en lo anterior, se ha sostenido que estas dos disposiciones serían la comprobación de que la ocupación, la accesión y la prescripción son títulos y modos a la vez. No obstante lo anterior, incurren en un gran error quienes sostienen dicha opinión, pues el artículo 765 al referirse al justo título no lo hace como el *título* que debe preceder al modo para adquirir el derecho real, pues como lo resalta el artículo 745 del código, solo se exige la preexistencia de un título cuando el modo es la tradición. El artículo 765, al mencionar el justo título lo hace como el antecedente o la justificación necesaria para que un *poseedor* sea tenido como regular, lo cual significa que en el evento en que una persona pretenda adquirir por uno de estos modos originarios (accesión, ocupación o prescripción), pero que por diferentes circunstancias no pueda hacerlo porque el mecanismo legal no funcione adecuadamente, estos modos, que no operaron como tales, le servirán como un justo título o un justo motivo para tener una “apariencia” de derecho real por la vía de la posesión regular, y por este camino lograr adquirir el derecho real por prescripción ordinaria.

En la sentencia de casación del 12 de abril de 2004, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con Ponencia del magistrado Cesar Julio Valencia Copete, se señala de manera insistente pero errónea, la idea que venimos recalcando y que en nuestra opinión debe ser reconsiderada, en el sentido, v. gr., de que “la prescripción adquisitiva es, por un lado, título originario de dominio, como lo contempla el artículo 765 del Código Civil y, por otro, un

modo de adquirir los derechos ajenos”. Como se puede observar de la lectura de esta reciente jurisprudencia, la confusión es reiterada una vez más, sin poner de una vez por todas fin a la oscuridad que ha imperado en este tema, la cual se lograría aclarar definitivamente si se advirtiera, sencillamente, que dentro del artículo 765 del código civil se desarrolla el tema de la posesión, mientras que en el artículo 673 se alude a los modos de adquirir el dominio y los restantes derechos reales.

Por otro lado, si se sostiene que la ley es *el título*, o, por decirlo de otra forma, la fuente de las obligaciones “puesta en concreto” en los modos originarios de adquisición de la propiedad, se cae en una contradicción similar a la que advierte si se sostiene que el título y el modo se confunden en un solo acto.

Si ello fuera cierto se llegaría al extremo de considerar que la ley siempre es causa remota de cualquier derecho subjetivo, pues, finalmente, todos los actos o negocios jurídicos encuentran su fundamento último en la ley, que le da virtualidad a la autonomía de la voluntad privada para crear derechos y obligaciones. En esta línea de pensamiento, la ley sería título no sólo de la ocupación, la accesión, y de la prescripción, sino también de la misma tradición y de la sucesión por causa de muerte, por cuanto estas instituciones jurídicas también encuentran su respaldo final en la consagración que tienen en el ordenamiento jurídico privado como fuentes, en general, de efectos jurídicos⁷. La ley permite que yo posea algo y adquiera algo en últimas, pero no es fuente allí creadora de algún tipo de obligación que se esté cumpliendo con estos modos originarios. En los casos de la ocupación, la accesión y la prescripción, antes de la adquisición del dominio por esos modos no existe ninguna obligación o derecho personal que se deba satisfacer.

Con fundamento en lo anterior, se llega al argumento según el cual en los modos de adquirir diferentes a la tradición, o, bajo algunos supuestos, a la sucesión por causa de muerte, no se requiere título que los preceda para que tenga lugar la adquisición del derecho real. En

⁷ PEÑA QUIÑONES, Ernesto. Derecho Real de Dominio o Propiedad – Alcances y Limitaciones. Tomo 3. Bogotá, Colección Profesores Pontificia Universidad Javeriana, 1994. p.143.

últimas, lo que se sostiene es que la teoría del título y modo sólo es aplicable en relación con los modos derivativos y, en particular, con el modo tradición. El artículo 745 del Código Civil es claro y no da pie a interpretaciones extensivas, al señalar que “para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio como el de venta, permuta, donación, etc.”, disposición que no se repite en los restantes modos de adquirir. En estos, los denominados modos originarios, la ocurrencia del modo sería suficiente para generar, por sí sola, la adquisición del derecho real, sin que se requiera título alguno, en el sentido de causa remota para que dicha adquisición pueda realizarse.

1.4. LA TEORÍA EN FRANCIA

En Francia predomina otro tipo de sistema en relación con el que se aplica al interior de nuestra legislación respecto de la adquisición de los derechos reales. Dicho sistema establece que la propiedad se transfiere y adquiere por el solo efecto de la convención existente entre dos voluntades concordantes de transferir y de adquirir la propiedad. Por decirlo de alguna manera, el sistema francés dispensa el cumplimiento de la tradición y señala que basta el consentimiento de las partes para transferir el derecho de dominio de un patrimonio a otro sin que se tenga de hecho que entregar la cosa. Por ello, para los franceses la tradición pierde su calidad de modo de adquirir tal y como la conocemos en el derecho colombiano y más bien representa solo la ejecución de la obligación del vendedor de poner la cosa a disposición del comprador⁸. Entonces, la tradición es el cumplimiento simple de la obligación del *tradens* de dar la cosa al *accipiens*, una consecuencia del dominio ya adquirido por la convención, y el contrato es un modo de adquirir la propiedad, situación que deja radicalmente a un lado la teoría del título y el modo.

Este sistema del solo consentimiento tiene sus raíces en las últimas épocas del Derecho romano en que se hacen frecuentes los supuestos de la *traditio ficta*. Al igual que muchos otros pueblos de la época, Francia estaba influenciada por el Derecho romano, y en materia

⁸ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, Los bienes y los derechos reales. Santiago de Chile, Esfuerzo, 1934. p.256.

especial de la compraventa se adicionaba una formula sacramental conocida como *dessaisine-saisine*, que sin más lo que expresaba era que en el mismo instante de la compraventa el vendedor se desprendía de la cosa, y se hacia poseedor al comprador, el cual la adquiría al instante sin necesidad de la tradición. Esto daba a entender que el objeto se entendía recibido, así en realidad no lo fuera, dándose una tradición ficticia de la cosa, con lo que la teoría antigua pierde aplicación, y se impone de manera destacada que la transferencia se realiza con la celebración del respectivo contrato.

Esta teoría tiene sus fundamentos culturales en el ius naturalismo protestante que cobijó a la Francia liberal, que destacaba un sentimiento individualista de exaltación de la libertad humana y que con base en el derecho natural consideraba que para la transmisión bastaba la voluntad contractual, la cual era el mecanismo mas idóneo y ajustado a las ideas de entonces, lo que evidentemente contribuyó a la aceptación de este sistema.

Sin embargo, es necesario destacar que la inseguridad jurídica que este sistema impuso en la idea de la transmisión del derecho de dominio y la posible clandestinidad del acto traslativo, obligó a que en el campo de la propiedad inmueble se creara un sistema de inscripciones y publicaciones para los derechos reales y que los registros públicos fueran llevados en cada distrito por un funcionario llamado Conservador de Hipotecas. Así, deja el sistema falencias que se critican en exceso y hacen que al día de hoy no goce de gran prestigio, cuando se dice por algunos autores por ejemplo que “el código civil de Napoleón de 1804 no fue muy acertado en la regulación de la adquisición de los derechos reales inmobiliarios, situación que trajo consigo que el sistema inmobiliario haya sido considerado, a pesar de las mejoras pretendidas por normas posteriores, como el que menor grado de seguridad jurídica confiere en el comercio inmobiliario”⁹, sobre todo por la circunstancia de que una alteración de la realidad jurídica del dominio sobre el inmueble puede tener lugar al margen del registro inmobiliario.

⁹ CAICEDO ESCOBAR, Eduardo Isaac. Derecho inmobiliario registral. Bogotá, Temis, 2001. p72.

1.5. LA TEORÍA EN ALEMANIA

El Código Civil Alemán de 1900 (BGB) se aparta de la teoría del título y modo e implanta un sistema que se interpreta como el más ajustado a las fuentes romanas, atendiendo las concepciones de Savigny, todo ello de conformidad con la tradición cultural germánica y con las exigencias de la publicidad registral.

En el sistema alemán la transmisión del derecho de dominio se produce cuando concurren dos elementos: uno, el acuerdo traslativo abstracto y dos, para la adquisición de inmuebles, la inscripción en el registro y, para los muebles, la transmisión efectiva de la cosa. Ese acuerdo traslativo abstracto es la voluntad concordante de quien transfiere y de quien adquiere, respecto de la transmisión del dominio, sin importar si es válido o no el contrato causal concreto de finalidad traslativa que se celebró con anterioridad, como ocurre en el caso de la compraventa o la permuta que sea ineficaz o nula. Si este contrato causal es nulo, la transmisión del dominio opera de todas formas, pues se recalca la importancia que tiene la voluntad inicial de transferir y de adquirir el derecho de propiedad sobre las cosas.

Se señala que esta idea tiene su origen en el Digesto, que consagró en uno de sus apartes que si se estaba de acuerdo sobre la cosa transmitida, pero no sobre la razón jurídica de la transmisión, se entendía que no existía razón para que la transferencia fuera ineficaz¹⁰. Al parecer, el sistema alemán no implica un distanciamiento radical de la idea de título y modo, aunque sí se advierten diferencias importantes en relación con la forma como ella se consagra al interior de nuestra legislación. Al indicar que debe existir un acuerdo abstracto independientemente del contrato que se haya celebrado de manera previa a una tradición, la idea de una causa remota y una causa próxima para la adquisición del dominio sigue estando en la mente de los legisladores germánicos, ya que para la adquisición del derecho real de dominio indican que a pesar de ser el contrato traslativo nulo, dicha ineficacia no es trascendente, pues lo realmente importante para la transferencia de la propiedad es el acuerdo

¹⁰HATTENHAUER, Hans. Conceptos fundamentales del derecho civil. Barcelona. Ariel, 1987.

abstracto previo a la tradición, independientemente de si es o no un contrato como tal, o simplemente un negocio jurídico. Ese negocio jurídico traslativo tiene realización cuando se da la transmisión de la cosa sobre la que recae el consentimiento. Los romanos, como ya se indicó, en la época clásica subrayaron la misma idea de que no se requería un título como tal, pero sí un acuerdo concreto de transmitir propiedad (una *iusta causae*), lo que vino a ser posteriormente en la edad media replanteado pero no desechado.

Los juristas de la edad media retomaron la idea romana y la modificaron en el sentido de que en lugar de un acuerdo de voluntades abstracto debía existir un título, tal como la compraventa o la permuta, previo a la realización de la tradición. En este sentido, hasta finales del siglo XVIII hubo unanimidad en que, para el acceso a la propiedad, además de la adquisición de hecho, era necesario un *titulus iustus*, una *iusta causae*, una razón jurídica para la adquisición. Frente a esto, Savigny, reconocido jurista alemán, señaló que la teoría medieval del título y el modo no era una interpretación fiel de las fuentes romanas y, por tanto, distinguió entre título justo y negocio adquisitivo, con lo cual podría faltar incluso el título, sin que ello perjudicara la adquisición de la propiedad, porque ambos eran negocios jurídicos autónomos. Para los pandectistas del siglo XIX y en especial para este pensador, basta la tradición para transferir el dominio. Y la tradición implicaba, además de la entrega de la cosa o su registro, un acuerdo traslativo abstracto o voluntad concorde de transferente y adquirente en la transmisión del dominio. Este acuerdo como es abstracto, produce su efecto traslativo con independencia de la validez del contrato causal.

Al concebir que la tradición era el verdadero hecho que revestía a una persona de un derecho de dominio sobre una determinada cosa, señalaba a su vez que sin importar el título anterior, es decir el negocio jurídico celebrado entre las partes, la tradición junto con el acuerdo de voluntades en transmitir el dominio daba como resultado necesario el traspaso de la propiedad de una persona a otra. Algo que se alejaba de la idea tradicional que desde la edad media ha llegado hasta nuestro código.

El fundamento de esta teoría, adicionalmente a las razones históricas que puedan existir en

relación con la verdadera interpretación de las fuentes romanas, parece radicar en que en Alemania se le dio más trascendencia al modo debido a que era una época en la que el comercio aumentó desproporcionadamente y donde la cadena de los antiguos poseedores o propietarios se hacía tan larga que resultaba casi imposible confirmar el derecho del respectivo poseedor material. Para algunos, aceptar la necesidad de acreditar la existencia del título hubiera originado problemas de prueba insolubles, como se refleja en la denominada prueba diabólica, en la cual acreditar todos los títulos de propiedad sobre una cosa luego de que cientos la han poseído es realmente imposible.

Sin embargo, y aunque el sistema goza de muy buena fama, se le critica por lo complejo, además de lo cual no es posible realizar en la práctica una separación tan tajante entre el negocio dispositivo abstracto y el negocio causal, pues muchas veces ellos se suceden inmediatamente, casi sin solución de continuidad.

1.6. FUTURO DE LA TEORÍA EN EUROPA

Conforme a lo que se indicó, y a la extensa historia con la que cuenta la teoría del título y modo, la idea de lograr en el futuro inmediato una teoría uniforme sobre la adquisición de los derechos reales para las naciones europeas parece tener una dificultad inocultable. Y ello es así a pesar de que existe en dichos países, sin perjuicio de los distintos sistemas adoptados para la transmisión de la propiedad, un mismo origen, pues “todos ellos proceden, en efecto, del derecho común romano”.¹¹ La verdad es que a partir de dicho origen y fundamento común, las distintas tradiciones nacionales europeas toman caminos diferentes, plasmándolo así en los diferentes códigos europeos.

Ello ilustra que es aventurado pensar que se pueda llegar a establecer un sistema común de adquisición de los derechos reales en Europa, bajo una recopilación normativa de todos los

¹¹ CONTRERAS, Pedro de Pablo. La propiedad y la transmisión de los derechos reales. En Derecho privado europeo. Madrid, Colex, 2003. p.954.

sistemas creando uno solo, pues resulta bastante difícil pretender que los ordenamientos nacionales de cada uno de los estados renuncien a los suyos para impulsar otro de nuevo cuño.

Por ello, algunos autores opinan al respecto que “parece de todo punto más sensato *desandar lo andado*, volviendo los ojos a la tradición común en la que todos los sistemas tienen su origen último. Ello supondría priorizar el sistema causal frente al puramente consensual y al de abstracción”.¹²

Esto conduciría a prestar atención a las raíces de la teoría, que si bien no es aplicada por todas las naciones del continente europeo, si por lo menos fue conocida en sus inicios. A ninguna de estas naciones es posible endilgarle un desconocimiento de la teoría del título y el modo.

Con fundamento en lo anterior, puede sostenerse que la teoría del título y el modo que reconoce un negocio causal donde se funda el nacimiento de la obligación de hacer tradición de cualquier derecho real, es la teoría que, si fuere un propósito unificar la normatividad al respecto, debería implantarse. “De admitirse esta perspectiva –avatares del destino-, el sistema Español podría jugar un cierto papel como punto de partida, en la medida que es el que en mayor grado se ha mantenido fiel a esa tradición común”.¹³

2. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

¹² Ibid., p. 964.

¹³ Ibid., p. 965.

Entrar a considerar el concepto de buena fe en la ciencia del derecho es ahondar en un tema que tiene una gran amplitud y complejidad. En los países con tradición romano germánica la buena fe cubre todo el derecho como un principio general, y tiene aplicación en instituciones jurídicas muy diversas. Nada obstaría para que este principio no estuviera consagrado explícitamente en el ordenamiento jurídico, y, aún así, se aplicaría pues es algo que, por la propia naturaleza de las cosas, de hecho irradia las relaciones entre los hombres.

Por lo anterior, no es necesario que el principio de buena fe se traduzca en normas positivas, porque la evidencia de su realidad y eficacia hace innecesaria su concreción en una regla formulada, aunado a que, por regla general, los principios no necesitan de una norma o disposición legal para que se les reconozca eficacia.¹⁴ Y ello es así, no obstante que legislaciones civiles como la alemana, la española o la peruana, consagran en sus respectivos códigos civiles el principio de la buena fe, mientras que la legislación colombiana carece de tal enunciación en el código civil aunque en varias de sus disposiciones se encuentren aplicaciones particulares de este. Sin embargo, es bueno señalar que en el régimen jurídico actualmente vigente en nuestro país la Constitución Política de 1991 lo consagra explícitamente en el artículo 83 de la Carta.

Entonces, la buena fe no es una creación del legislador que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos.¹⁵ Dicha doctrina trae una consecuencia lógica y es que la buena fe cobija al ser humano en cualquiera de sus comportamientos sin importar si el principio está explícitamente consagrado en los códigos o en las constituciones nacionales. Hay quienes, como Franz Wieacker¹⁶, por ejemplo, señalan que son dos cosas distintas la idea de buena fe y el principio general de buena fe, con el fin de destacar la amplitud con la que se debe

¹⁴DE LOS MOZOS, José Luis De Los. Derecho civil, método, sistemas y categorías jurídicas. Madrid. Civitas, 1988. p.234.

¹⁵ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. La autonomía de la voluntad privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. En: Universitas. Bogotá. Vol. 106, p. 559.

¹⁶ WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fe. Madrid.. Civitas, 1977.

entender el principio. Buena fe a secas es un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho. Por ejemplo: el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no deba restituir la posesión de la cosa al propietario. Mientras que otra cosa distinta es el principio general de buena fe. Aquí ya la buena fe no es un simple elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que constituye una norma jurídica general no por ello menos completa, que además se eleva a la categoría o al rango de un principio general de derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus reciprocas relaciones. Este deber de comportarse según la buena fe se aplica tanto en las obligaciones como en los derechos y su ejercicio.

Ahora bien, cuando se dice que el principio de buena fe existe de manera tal que no requiere una consagración especial en el texto de algún código, se dice a su vez que de éste se necesita solo un concepto general, pero lo suficientemente amplio, como para crear en muchas ocasiones significados diversos del mismo y presentar al mundo un concepto que no es unívoco. Luego, al presentar a la buena fe como principio general del derecho, solo se obtiene que este tenga tantas aplicaciones e interpretaciones ciertas para los legisladores y en general para quienes estudian la ciencia del derecho. Por ello, lo realmente importante frente a este hecho es que exista una determinación metodológica¹⁷, un desarrollo coherente de sus elementos, y una jurisprudencia prudente, en cuanto a que establezca líneas jurisprudenciales estables en relación con el contenido y aplicación de dicho principio en la vida práctica de los sujetos. Es preciso determinar el ámbito de aplicación y de interpretación de dicho principio, sin lo cual muy seguramente se caería en un concepto difuso y antes de ser una definición homogénea para cada una de las actuaciones de las personas, sería motivo de discordia y de discusión entre los miembros de la colectividad.

2.1. CONCEPTO DE LA BUENA FE

¹⁷ DE LOS MOZOS, Op. cit., p. 234

Cuando se pregunta qué valores representa la idea de buena fe, la respuesta suele ser similar en la mayoría de los casos pero con diferencia en los términos, tal y como lo plantea Juan Carlos Esguerra al decir que “aún hoy el derecho no conoce un concepto totalmente unívoco de la expresión buena fe; no lo es menos que en todos los casos hay de por medio unos mismos elementos esenciales comunes; unas mismas ideas: las ideas de lealtad y de confianza”¹⁸. Así, para Hernández Gil la buena fe es la cohesión social, conciencia del deber, honestidad, rectitud o mutua confianza. Para Franz Wieacker es la virtud jurídica del mantenimiento de la palabra, a la confianza y a la lealtad. Sacco señala que es la conciencia de actuar honestamente o con la voluntad de no dañar a otro. Larenz estima que el principio de la buena fe representa, por una parte, el componente ético-jurídico del principio de confianza y que demanda, por otra parte, un respeto recíproco en las relaciones jurídicas, respeto al otro en el ejercicio de los derechos, y, en todo caso, el comportamiento que se puede esperar entre los sujetos que intervienen honestamente en el tráfico.¹⁹ Con base en lo anterior, se puede advertir que para definir la buena fe el intérprete tiene diversas alternativas, sin que por ello se pueda desconocer que siempre estará constante la irrupción del contenido ético-social en el mundo del Derecho, recurriendo a aquella idea de rectitud y honestidad frente a sí mismo y a los demás.

Por otro parte, se debe tener presente que la buena fe puede tener aplicación en el derecho de obligaciones y en el de los contratos, al igual que ocurre con su amplia presencia en el derecho patrimonial y de bienes, contando adicionalmente con sus apariciones en algunos campos en el Derecho Administrativo. Lo anterior determina que en algunas de estas situaciones su presencia y aplicación sea diferente: así, por ejemplo, en el campo del derecho de contratos la buena fe es fuente interpretativa de estos y a la vez creadora de unos deberes secundarios de conducta que van más allá de la autonomía de la voluntad privada de las partes, mientras que en el derecho de obligaciones la buena fe es una exigencia para los sujetos de una relación jurídica de comportarse de acuerdo a las ideas de

¹⁸ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La presunción de buena fe. En: Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1996. pags. 678 y 679.

¹⁹ GONZALEZ MENDEZ, Amelia, Buena fe y derecho tributario. Madrid, Marcial Pons, 2001. p.32.

lealtad y confianza, todo lo anterior sin hacer referencia a la variada aplicación que la buena fe tiene en el campo de los derechos reales, como adelante veremos más en detalle. Por ahora, bástenos con hacer referencia a la buena fe que se menciona a propósito de la situación de los terceros que entienden adquirir un derecho real de una persona que no se encuentra efectivamente legitimada para conferir el derecho de que se trate, pero que frente a ellos aparece como legitimada; esta concepción de la buena fe hace referencia a la situación de desconocimiento o ignorancia en la que se encuentra el sujeto y conduce a admitir la existencia de una relación atributiva, que de hecho no existe, pero que al tercero parece existente. Con todo ello, se puede señalar que pretender encontrar una sola forma o un solo criterio para llevar a cabo la aplicación de la buena fe, de manera que sea de la misma para todos los eventos que el Derecho ofrece, sería cerrarle el paso a un concepto amplio y variado, que goza de múltiples aplicaciones y conceptualizaciones, en las cuales reside su riqueza y trascendencia. Así, como señala Emilio Betti, una es la buena fe que se encuentra en el campo de las obligaciones, otra en la esfera contractual y otra en el campo de los derechos reales.²⁰

Bajo esta aclaración, es preciso y oportuno desarrollar primero la idea de la buena fe como limitante de los derechos subjetivos de los que son titulares los sujetos en una determinada relación jurídica, para luego precisar los conceptos de buena fe subjetiva y objetiva. Dentro de la buena fe subjetiva se ampliará el tema con referencias a las ideas de buena fe simple y cualificada, para terminar con el análisis de la relación existente entre la buena fe y la teoría de la apariencia.

2.2 PRINCIPIO DE LA BUENA FE COMO LÍMITE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA

Cuando nos acercamos a la esfera en que los sujetos de derecho desarrollan sus actividades, es forzoso observar que éstos gozan de un principio de libertad y autonomía para

²⁰ BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969. p.69

determinarse, siempre, en todo caso y en la concepción tradicional del tema, bajo la observancia de la ley imperativa, las buenas costumbres y el orden público. En todo caso, debe tenerse presente que en derecho moderno se considera que aquella libertad no es tal, si se ejerce de manera arbitraria y desproporcionada. Es decir, para el Derecho, la autonomía de la voluntad privada de los sujetos en sus relaciones jurídicas no es un término absoluto, ya que el ordenamiento le impone la observancia de límites, entre ellos el especial comportamiento que deben demostrar los sujetos bajo la égida de la buena fe. La autonomía de la voluntad privada, por tanto, no es el único principio fundamental sobre el que descansa la contratación privada, pues existe otro principio de igual jerarquía como la buena fe, y de la sumatoria de ambos debe determinarse la fuerza obligatoria del contrato.²¹ El contrato, y en general las relaciones jurídicas que se establecen entre los sujetos de derecho, siempre van más allá de lo que expresamente se pacta, más allá de lo que se llama el *pacta sunt servanda*, pues mediante principios tales como el de buena fe o aquel que previene el abuso del derecho, los sujetos deben observar conductas que sin referirse estrictamente a lo establecido específicamente en el contrato, los vinculan de tal forma que su incumplimiento puede acarrear serios inconvenientes para la formación o el desarrollo de la respectiva relación jurídica.

Adicionalmente, si los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe, mediante la aplicación de este principio se pueden corregir los excesos del *pacta sunt servanda*, o de la fuerza obligatoria del contrato, llevando a una relativización de éste. Por dicha razón, el contrato y en general los actos o negocios jurídicos no deben ser medio para el abuso de un contratante sobre el otro, sino el medio para garantizar el bienestar de las partes y, en la medida de lo posible, el de la colectividad.

Se impone por consiguiente que los derechos subjetivos deben ejercitarse siempre de buena fe, con la armónica consecuencia de que más allá de los dictados de la buena fe o contrariándolos, el acto de ejercicio de tal derecho se torna inadmisibles y es antijurídico. No es concebible que una relación jurídica tenga plenos efectos jurídicos, lo que indica que

²¹ SOTO COAGUILA Op. Cit., p. 558

para el derecho sea correcta y válida, cuando las circunstancias que rodean las actuaciones de los sujetos y el ejercicio de sus derechos se impregna de actuaciones desproporcionadas, incorrectas, desleales o deshonestas, todas las cuales resultarían a todas luces dañinas para la conservación de la armonía contractual.

En este punto del tema, es posible dilucidar como la buena fe además de ser límite de los derechos, es además fuentes de otros deberes de conducta que las partes deben observar. Ello hace alusión a la importancia que en el derecho de contratos cumple la buena fe como integradora del contenido negocial "enriqueciendo el programa de derechos y deberes establecido por las partes, con otros derivados de la necesaria corrección y lealtad que deben presidir las relaciones entre los particulares".²² La buena fe en dicho sentido, más que un estado psicológico, llega a ser una fuente de normas objetivas, que sin estar formuladas positivamente, son de obligatorio cumplimiento por los sujetos contractuales a fin de hacer de la relación vinculante un medio apto para satisfacer expectativas correlativas entre los sujetos y de la misma sociedad en general. En este sentido, "la buena fe lleva a ampliar las obligaciones contractuales ya existentes y tiende a integrarlas con obligaciones primarias y secundarias (...) obligaciones que en cuanto a su contenido son predominantemente de conservación y de respeto al derecho ajeno".²³

2.3 BUENA FE OBJETIVA Y BUENA FE SUBJETIVA

De conformidad con lo establecido por la doctrina, se señala que en la buena fe existen dimensiones tanto internas como externas, circunstancias objetivas y subjetivas. La buena fe es tanto una norma general que conduce los actos de los hombres por el sendero de la lealtad y honestidad, como también la creencia interna, de quien la alega, en el sentido de que actúa de acuerdo con la rectitud que exige el tráfico jurídico. Con base en lo anterior, la

²² SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. En *Universitas*. Vol. 108, Bogotá, Javegraf, p. 312.

²³ Betti, Op. cit., p. 99.

doctrina divide la buena fe en dos conceptos, y se habla, entonces, de la buena fe objetiva y subjetiva. Así, a continuación su tratamiento.

Jurídicamente, la buena fe se ha incorporado al derecho en dos sentidos: uno subjetivo y otro objetivo. En sentido subjetivo la buena fe es la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen. En sentido objetivo, la buena fe actúa como una regla de conducta, es un estándar jurídico que orienta la actuación ideal del sujeto. En la primera, la subjetiva, se abre la posibilidad de que el comportamiento de un sujeto sea irregular y antijurídico a pesar de que el sujeto obre convencido totalmente de lo contrario. Allí la consecuencia es que el sujeto es exonerado de sanción o, por lo menos, la que se le impone es atenuada frente a la que ordinariamente le correspondería. Mientras que la segunda concepción, la objetiva, deja de lado elementos de apreciación internos del sujeto, y hace alusión a un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas.²⁴

Así, de la buena fe subjetiva se puede decir que es una convicción interna del individuo de comportarse de acuerdo con los parámetros socialmente admitidos; por otro lado, le surge el derecho de esperar del resto de la comunidad el mismo tipo de actuación. La buena fe, en este caso, "se define en términos psicológicos: es la creencia o la ignorancia excusable respecto a la titularidad del que nos transfiere y a la legalidad del negocio decisivo, por eso se le ha llamado la buena fe subjetiva".²⁵ El que así actúa, puede esperar legítimamente que el sistema jurídico le proteja tal convicción, lo que de una u otra manera permite que dicho estado psicológico lo habilite jurídicamente para aprovechar ciertas ventajas a pesar de que con su actuación, de manera involuntaria, vulnere y haga mella en los derechos de terceros. Su situación en ningún momento conlleva en sí misma una mala intención, sino que en ella se observa una ignorancia, en cierto sentido, excusable. Allí, la buena fe es considerada en primer lugar como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito (si lo es) y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos

²⁴ SOLARTE, Op. cit., p. 286, citando a Diez Picazo y Ponce De León. "La doctrina de los Actos Propios".

²⁵ GODREAU, Michael J. Lealtad y buena fe contractual. En : Universitas. Bogotá. Vol. 77, p. 65

de atenuación de la misma, como ya se dijo. Es por ello que se dice que un rol fundamental de la buena fe subjetiva es otorgar derechos, como ocurre con aquel poseedor de buena fe que hace suyos los frutos a pesar de haber sido reivindicado el predio por el propietario, mientras que el rol de la buena fe objetiva es imponer deberes.²⁶

En todo caso, es importante precisar que esa *buena fe - creencia* no es suficiente por sí sola; ella debe determinarse por hechos objetivos que conduzcan a una valoración de esa convicción. Allí entonces nos ubicamos en la buena fe objetiva, en la cual ya no se trata de un estado mental, "sino de que las actuaciones de los contratantes se evaluaran a la luz de un criterio o de un estándar normativo, o sea, independientemente de que los sujetos, de hecho, crean o no que están actuando bien".²⁷ Es así como esa creencia de obrar de buena fe tiene que darse dentro de ciertos estándares socialmente aceptados. Así, "cuando se espera que el resto de la sociedad siga ese comportamiento, es precisamente al parecer, que se espera esa buena fe objetiva, esa buena fe que se hace regla, como un estándar de conducta".²⁸ La idea de la buena o mala fe permite esa objetivación, y es allí cuando se analiza la conformidad de la conducta con el tipo o modelo social, según los rasgos exteriores socialmente reconocibles, sin importar de algún modo si se tuvo o no convicción por parte del sujeto de obrar con o sin buena fe. Nos lleva esta calificación de la buena fe a una posición mucho más favorable para quien entra a analizar la circunstancia fáctica, pues puede realizar sus apreciaciones en factores perceptibles por cualquiera que en la sociedad actual se encuentre, evitando de algún modo entrar a valorar un subconsciente que por ser tal, es ajeno a la valoración de terceras personas.

Es preciso aclarar que para algunos doctrinantes, como Antonio Hernández Gil y Matilde Ferreira Rubio, en realidad no se trata de que haya dos principios de la buena fe: un principio subjetivo y otro objetivo, sino que lo que ocurre es que el mismo principio se expresa de diversas formas.²⁹ Así "la pretendida buena fe subjetiva se refiere al hecho o al

²⁶ SOTO COAGUILA, Op. cit., p. 559.

²⁷ GODREAU, Op. cit., p. 66.

²⁸ SOTO COAGUILA. Op. cit.. ib.

²⁹ GODREAU, Op. cit., p. 67.

acto del comportamiento de una persona; pero no es otra buena fe, sino la encarnación de la misma, globalmente considerada, en la actitud, el acto o la conducta desplegada (...) Para apreciar si una persona actúa de buena fe hay que analizar las motivaciones y las exteriorizaciones de su comportamiento; pero a tal fin es preciso que tenga encaje en el modelo de conducta que en el plano de las estimaciones ético-sociales asumidas por el derecho sea calificable como tal. O lo que es igual: la buena fe no se autodetermina a sí misma."³⁰

De ahí que para algunos sea fundamental identificar los diversos valores o intereses que se quieren tutelar por la vía de acudir al concepto de buena fe, en lugar de definir su contenido determinando si se trata de un estándar normativo o de un estado psicológico. Sin embargo, si se permite tal clasificación, que por demás no es odiosa y si ordenada y coherente, no hay porque dejar a un lado tal distinción. Por esta vía, se encuentra que dentro de la idea de la buena fe subjetiva existe una concepción ética de ésta. Se entiende que aparte de aquella circunstancia interna debe existir una exigencia a aquel que la alega de haber obrado convencido de la honestidad y rectitud de sus actos. Incluso, en algunos supuestos se exige que el comportamiento del sujeto no sólo sea adecuado, sino que además el mismo haya desplegado una dosis mínima de diligencia para establecer la realidad de la situación que se le pone a su consideración. Por ello, en tales casos, habrá que investigar la medida en que fue o no culpable de su error o de su ignorancia quien alega haber obrado de buena fe. Es allí cuando se llega a la distinción entre la buena fe simple y la buena fe cualificada.

2.4. BUENA FE SIMPLE Y BUENA FE CUALIFICADA

La buena fe simple tan solo exige una conciencia recta, honesta, pero no exige una especial conducta por parte de los sujetos en relación con el establecimiento de la realidad de la situación que los afecta. Luego, la buena fe simple puede implicar entonces cierta negligencia o cierta culpabilidad por no haber desplegado una conducta encaminada a

³⁰ GODREAU, Op. cit., p. 67. (pié de página)

profundizar sobre la situación que se le plantea, sin que por ello tenga que señalarse que no existe buena fe. Existe, pero esta no concibe adición alguna de comportamiento diligente por parte de los sujetos para su reconocimiento. Pero también es cierto que, en determinados supuestos, la buena fe no hace únicamente referencia a la ignorancia de quien actúa, creyendo por ello que a nadie perjudica con su actuar. No. La buena fe también hace referencia a la ausencia de maniobras fraudulentas, de engaño, de reserva mental, astucia o viveza, y en fin, de una conducta lesiva de las buenas costumbres que deben imperar en una sociedad. Para lograr dicho objetivo, no basta por supuesto la mera conciencia del sujeto para soportar que existiera un deseo de actuar bajo los imperativos de la buena fe. Para evitar tales conductas impropias es lógico que quien actúa habrá de conducirse de una manera tal que se proporcione a sí mismo, y a los demás, una seguridad consistente en que sus actuaciones van encaminadas a evitar dichos actos contrarios a los parámetros morales que existen en un conglomerado de personas. Por ello, se indica que la buena fe debe ir más allá de la simple lealtad. En este sentido se pronuncia Emilio Betti cuando dice que la diferencia, entre uno y otro criterio consiste, sobre todo, en que la simple lealtad impone conductas solo de carácter negativo mientras que existe la buena fe que impone obligaciones de carácter positivo.³¹ Es allí, en este último concepto positivo donde se encuentra la buena fe cualificada.

Por un lado entonces la buena fe simple exige tan solo conciencia o creencia, mientras que la buena fe cualificada, también conocida como creadora de derechos, exige conciencia y certeza. Certeza que implica un ánimo de comprobación por parte de los sujetos de hacerse a los medios probatorios adecuados que respalden aquella inicial creencia.

Adicionalmente, la diferencia de características existente entre estos dos tipos de buena fe, ocasiona un trato diferente para cada una de ellas. Y ese trato diferente tiene asiento en los efectos que cada una produce. Cuando se establece que una carece de diligencia y que la otra se esmera por obtenerla, no es lógico que a pesar de ello se tenga que establecer que

³¹ BETTI, Emilio, Op. cit., p. 73.

ambas reciban un trato semejante. Por ello la buena fe cualificada tiene efectos superiores a los de la buena fe simple.

Si se quiere, la buena fe simple otorga a quien así obró, ciertas garantías o beneficios, como ocurre con quien pretende de buena fe adquirir la propiedad de una cosa y entra en posesión de la misma. Si luego el verdadero propietario ejerce la correspondiente acción reivindicatoria, será obligado quien fuera poseedor de buena fe a entregarle la cosa. Sin embargo, la ley atempera aquí los efectos de la condena de la entrega de la cosa absolviendo al poseedor de buena fe de pagar los frutos que le produjo la cosa durante el tiempo que la tuvo en su poder. Sin duda, la persona que actúa únicamente con buena fe simple no podrá fundar exclusivamente en ella la pretensión de que se la declare dueña o algo similar, pero el ordenamiento jurídico atemperará los efectos que en su contra se produzcan.

La buena fe cualificada por su parte tiene la virtud de crear una realidad jurídica; de dar por existente ante el orden jurídico un derecho o una situación que realmente no existe. Por ello es que tiene efectos superiores frente a la buena fe simple. Si a pesar de actuar con buena fe, con la diligencia que a cualquier hombre prudente se le exige, el error o equivocación es de tal naturaleza que igualmente cualquier persona prudente y diligente colocada en la misma situación también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparente, pero en donde es imposible descubrir su falsedad o inexistencia, nos encontramos forzosamente ante la llamada buena fe cualificada, buena fe exenta de culpa o la buena fe creadora de derechos.

2.5. BUENA FE Y TEORÍA DE LA APARIENCIA

La teoría de la apariencia tiene en cuenta circunstancias que se les presentan a los sujetos de derecho desde el principio de los tiempos: el ser humano suele darle a lo que ve una confianza inmediata soportada en una primera impresión. 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. 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. Tener como base creencias derivadas de una situación que nunca ha tenido lugar en el plano de lo real, suele señalarse como inapropiado. Lo coherente sería entonces que los derechos aparentes que se creen adquirir por tal evento de la apariencia se desvanezcan absolutamente cuando el evento real se vuelva perceptible ante los sujetos que se vieron cobijados por tal circunstancia, dándole entonces aplicación a las 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 dan 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. 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.

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"³², 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. Así ocurre por ejemplo en la situación que plantea el artículo 1634 del Código Civil, que señala lo siguiente: "Para que el pago sea válido, debe hacerse o al acreedor mismo, 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". Allí, el que está en posesión del crédito, es decir, quien tiene el título en el que consta la obligación del deudor y se comporta ante todos como el verdadero acreedor, recibe el pago del deudor que se encuentra en una posición de buena fe, elemento este que es fundamental para que se dé la validez de ese pago. Ese deudor de buena fe cree poder pagar validamente a quien aparentemente se presenta como titular del crédito, gozando de una protección sin igual por parte de la ley, que señala como válido el pago, sin importar que quien haya recibido tal pago en realidad no sea el acreedor verdadero.

Como se puede observar, aquellos terceros que de buena fe creen en la apariencia, son protegidos no obstante haber incurrido en un error de apreciación, con lo que se evita que el verdadero titular del crédito pueda hacer valer contra tal apariencia la realidad de su derecho y predicar de tal pago su invalidez.

Así como el caso atrás señalado existen otros en los que la legislación civil y comercial dan eficacia a los actos ejecutados por la confianza en una situación aparente, como sucede con los artículos 1766 y 2199 del Código Civil y 105 del Código de Comercio, entre otros. Entre ellos existe un elemento común, y es que las consecuencias jurídicas que producen se

³² SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Santafe de Bogotá : Cámara de Comercio de Bogota, 1996. Vol. 1; p. 102

desprenden de la creencia de una situación de hecho notoria y perceptible, en la que la protección a los terceros de buena fe permite que escapen en cierto sentido a las consecuencias de la verdadera situación jurídica una vez descubierta. "Respecto de dichos terceros la ley permite que las cosas se miren como si fueran ciertas, esto es, como si el derecho aparente fuera real. Puede afirmarse que su creencia (así sea equivocada) reemplaza la existencia del derecho. Esta conclusión tiene una señalada importancia jurídica, pues al tiempo que le reconoce efectos al derecho aparente, impide que del derecho verdadero se desprendan todas las consecuencias jurídicas".³³

De vieja data, 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. Esta concepción se basaba en la culpa de aquella persona que permitía que tal apariencia tuviere lugar. Se concluyó lo siguiente: quienes deciden y actúan teniendo fe y confianza en un estado aparente, sufrirían perjuicio si los derechos que creyeron adquirir desaparecieran cuando se conozca la verdad. Entonces, es menester que el verdadero titular del derecho haya sido negligente en el ejercicio de sus facultades y prerrogativas, de tal suerte que con su actitud ayude a crear la falsa apariencia. La negligencia en el ejercicio de su derecho, o la intención de inducir a error a terceros, constituyen culpa que hace responsable al titular real del derecho. La forma de indemnización más adecuada en este caso se logra impidiendo que la situación jurídica verdadera produzca todos sus efectos normales, permitiéndoles a los terceros conservar los derechos que creyeron obtener.

Sin embargo, no en todos los eventos es posible encontrar una culpa en la actitud del titular del derecho y, a pesar de ello, la apariencia es tal que de darse la aplicación de la situación real, la vulneración a terceros de buena fe sería enorme. Por ello, frente a tales eventos se vino a aplicar la teoría de la apariencia de manera autónoma al régimen de responsabilidad

³³ Ibid., p. 106 - 107.

civil atrás comentado. Ya la apariencia toma un protagonismo independiente de la actuación que haya adelantado el verdadero titular del derecho frente a la situación que se presenta como real pero no lo es. Se procura una protección especial a los terceros que bajo tal evento de apariencia actúan, y se abandona el énfasis en la culpa que el verdadero titular del derecho pudo tener, pues en ocasiones esta no existe. Es la legítima creencia de los terceros de buena fe la que pasa a ser el elemento principal, idea bajo la cual se desarrolla en la actualidad la teoría de la apariencia.

Con la existencia de tal apariencia, que constituye una circunstancia objetiva para quienes aprecian tal situación, y aunada a esta la presencia de la *buena fe - creencia* frente a esta situación aparente, se produce un efecto particular por el cual el derecho surge, o, visto de otra forma, la garantía de que los actos realizados son válidos a pesar de no ser legítimos dentro del plano de lo real. Esta sumatoria de situaciones, junto con una serie de requisitos que se verán en el capítulo siguiente, dará surgimiento a la teoría del error común creador de derechos.

2.6. LA POSESIÓN DE BUENA FE DE COSAS MUEBLES Y LA PROPIEDAD

Dentro de muchos ordenamientos civiles existe un postulado que señala en pocas palabras que la "posesión de un bien mueble equivale al título". Este principio tiene un amplio tratamiento en la doctrina del derecho comparado, y ha llegado a ser lo que es hoy gracias a

un recorrido histórico que se pasará a explicar. En este punto, como se verá, la buena fe juega un papel preponderante.

Hasta el siglo XIII el derecho francés, en consonancia con sus orígenes germánicos, no concedía al propietario acción alguna para reclamar una cosa mueble cuando se había perdido la posesión de la misma. Es decir, no existía en aquellos tiempos la acción reivindicatoria respecto de las cosas muebles, dando nacimiento al adagio según el cual "los muebles son imperseguibles". Desde aquel siglo, la influencia del derecho romano hizo presencia y la reivindicación de los muebles fue reapareciendo paulatinamente hasta el punto que hasta el siglo XVI ningún autor fue capaz de poner en duda su existencia.

Al triunfo de la reivindicación y su ejercicio siguió una reacción contraria. En el siglo XVII la doctrina francesa concluyó que los efectos de la acción reivindicatoria iban contra el flujo cada vez más acelerado del comercio de los bienes muebles, y como medida de contención se adoptó una máxima que librara al poseedor mobiliario de eventuales ataques de quien predicaba ser despojado de su propiedad. Para ello, el resguardo del poseedor se encontraba en la premisa " en materia de muebles la posesión vale como título", librándole de presentar su título frente a quien discutiera su derecho, con lo cual la posesión le servía de título frente al propietario que hubiera resultado víctima de despojo.

En la práctica, lo que de esta máxima se desprende es que el derecho de propiedad se radica en quien recibe una cosa mueble por quien no es su verdadero propietario, quien, por lo tanto, no debería ser sujeto pasivo de una futura acción reivindicatoria por el verdadero dueño. Al momento de recibir el bien mueble, y durante su conservación, este sujeto asume como cierto el derecho de propiedad que le está siendo otorgado. Pero en realidad, desde el punto de vista jurídico, tal sujeto es un poseedor, pues muy a pesar suyo, quien le está haciendo entrega de dicho bien no es su verdadero propietario y por tal razón no se puede consolidar el derecho de propiedad en su cabeza, ya que nadie puede dar lo que no tiene. El Derecho, reconociendo ésta situación, hace que la posesión de aquel sujeto sea suficiente para hacerle propietario de dicho bien, no solo como medida efectiva para evitar la ruina

del comercio sino también como mecanismo de protección para los terceros poseedores de buena fe. Si bien la acción reivindicatoria debería prosperar si se logra probar la propiedad en cabeza de quien la adelanta, lo cierto es que en los supuestos comentados se considera que dicho dominio debe ser objeto de una menor protección en relación con la situación de quienes son terceros poseedores de buena fe, que son quienes en realidad explotan y utilizan el bien correspondiente. Así "la máxima *"en materia de muebles la posesión vale como título"* tiene hoy dos sentidos distintos: significa que todo poseedor de un mueble, contra el cual ejercite la acción reivindicatoria el que pretenda ser propietario del mismo, podrá invocar su posesión como presunción de propiedad. Y significa, sobre todo, que el adquirente de un mueble a non domino se convierte en propietario del mismo basándose en la posesión, la cual le permite rechazar toda reivindicación ejercida por el propietario anterior que voluntariamente se hubiera desposeído de la cosa".³⁴

Frente a este hecho, se han planteado varias ideas para determinar con certeza qué es en realidad lo que ocurre cuando dicha máxima tiene aplicación. Para una parte de la doctrina, cuando se señala que alguien adquiere la propiedad por la mera posesión unida a una buena fe exenta de culpa, se presenta una prescripción instantánea a su favor. Pero esta idea reviste un contrasentido, porque la prescripción precisamente tiene su fundamento básico en la existencia necesaria de un lapso de tiempo acompañado de una posesión prolongada, sin el cual debería pensarse en la desnaturalización de la figura. Por ello, algunos arguyen que "la prescripción no es de ninguna consideración en cuanto a los muebles, puesto que, con relación a esos bienes, la simple posesión produce todo el efecto de un título perfecto"³⁵.

Por el contrario, otra parte de la doctrina señala que se trata de una presunción "especial", en virtud de la cual se crea a favor del poseedor una presunción de propiedad, pero no una presunción simple, sino una presunción inmutable, por así decirlo, una presunción que no

³⁴ PLANIOL, Marcel. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Garantías de la propiedad. La Habana, Juan Buxo, 1927. pag. 322.

³⁵ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio. Tratado de los derechos reales. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 1998, pag. 793.

puede desaparecer ante la prueba en contrario. Concluye Somarriva que "se trata de una presunción absoluta - *iuris et de iure* - contra la cual no prevalece la prueba contraria"³⁶. Sin embargo, al declararse que el poseedor es presunto propietario de tal manera que no puede probarse contra él la falta de titularidad, dicha afirmación equivale a declarar que el poseedor es propietario. En otros términos, lo que se desprende de este análisis de la máxima es que no es posible ni eficaz aportar la prueba de que el derecho de propiedad existe en la persona del reivindicante y no a favor del poseedor, con lo cual la consecuencia es que en materia de muebles jamás podrá haber acción reivindicatoria.

Frente a estos planteamientos, se formula una tercera teoría, que indica que lo que ocurre en estos eventos es que se trata de una manera especial de adquirir la propiedad: el que recibe de buena fe un bien mueble de manos de una persona que no es la propietaria del mismo, adquiere inmediatamente la propiedad por efecto de la ley³⁷. Allí, "la ley hace surgir la adquisición de la propiedad a favor de aquel a quien se haya enajenado (sic), por el no - propietario (*non dominus*), un bien mueble que no está inscrito en el registro público: posesión de bien mueble equivale a título, a favor de tercero adquirente de buena fe"³⁸.

Este es el caso de las adquisiciones que se han denominado por la doctrina como adquisiciones *lege*, es decir, que operan por efecto inmediato de la ley. Se crea así un modo especial de adquisición; quien recibe de buena fe un bien mueble de una persona que no es propietaria del mismo, adquiere inmediatamente su propiedad por efecto de la ley, sin necesidad de asentimiento de la persona que tiene o pretende tener un mejor derecho sobre la cosa mueble, ni de autorización del juez para que la adquisición se perfeccione.

La doctrina se inclina por pensar que tal adquisición del derecho de propiedad es originaria y no derivativa, ya que, tiene lugar fuera de toda relación del tercero adquirente con el antiguo propietario. Adquiere no el mismo derecho del anterior propietario, sino un derecho

³⁶ Ibidem, pag. 795.

³⁷ Ibidem, pag. 794.

³⁸ MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho civil y comercial. Tomo III, La propiedad Mobiliaria. Buenos Aires, Americana, 1971, pag. 344.

nuevo y distinto, aunque de igual categoría, cual es el de propiedad. Para soportar tal afirmación se indica que el bien se adquiere libre de derechos reales ajenos que sobre él pudieran estar al momento de su entrega. Entonces, además de no existir una relación jurídica de naturaleza dispositiva entre el propietario y el tercero poseedor de buena fe, los gravámenes de terceros sobre el bien no podrían mantenerse por predominar la adquisición a *non domino*, pues " la razón por la cual el bien mueble adquirido por el tercero de buena fe, es adquirido también libre de derechos reales parciales indicados, es que éstos no resultaban del título ni eran conocidos del tercero en el acto de la adquisición del bien"³⁹.

Para que se considere perfeccionada la adquisición que se viene comentando, doctrinariamente se han establecido algunos requisitos para el efecto. Por una parte, la buena fe viene a ser un elemento imprescindible para la configuración de la presunción. Dicha buena fe consiste básicamente en que el sujeto que recibe la cosa mueble ha de ignorar (elemento subjetivo) que lesiona un derecho ajeno, ó la falta de titularidad en el tradente respecto del derecho pretendido sobre la cosa: la propiedad. Para la doctrina, el requisito que se comenta puede analizarse de la siguiente manera: "dispone la ley que es válida la adquisición del bien mueble cuando su enajenante sea un no - propietario (o sujeto desprovisto del poder de disposición); siempre que este último en el acto de transferir el bien pueda ser considerado por el adquirente como persona cualificada para enajenar, en cuanto ese adquirente haya ignorado - en el momento en que se le entregaba el bien - que el enajenante no tenía el poder de enajenar y que la adquisición daba lugar a una lesión del derecho del propietario"⁴⁰. Obsérvese igualmente que ayuda a reforzar dicha convicción en quien recibe del no - propietario, la posibilidad de que éste haya entregado la cosa al tercero, con evidentes muestras de una pretendida facultad de disposición sobre la cosa.

Por otra parte, y en forma adicional a la buena fe, se exige la posesión sobre el bien mueble. Dicha posesión debe ser real (material) y, como corresponde a su naturaleza, con ánimo de señor y dueño, ánimo que, por virtud de la ley, se presume y, por tanto, correspondería

³⁹ Ibidem, pag. 346.

⁴⁰ Messineo, Op, cit, p. 349.

eventualmente al reivindicante la prueba de la precariedad de la relación de hecho del sujeto con la cosa. La posesión, que se cierne junto a la buena fe como elemento esencial para la configuración fáctica de la máxima, para algunos autores es de algún modo la razón última que justifica dicha presunción, más allá de la presencia de la situación aparente, jurídicamente protegida, y de la buena fe misma. Es así como, por ejemplo, Francesco Messineo señala que "debe pensarse que la ratio de la adquisición por parte del tercero poseedor de buena fe, deba adscribirse, no a la apariencia del derecho en sentido técnico, sino a una particular eficacia de la posesión del tercero protegida por un título (iusta causa) y por la buena fe, que sirven para cualificar esa posesión"⁴¹. Frente a tal opinión, lo que hay que decir es que la máxima "posesión vale como título" viene dada por una sumatoria de dos elementos (posesión y buena fe), indistintamente de su fuerza o de su preeminencia, pues la razón es que la presencia de ambos factores es la que compone la ecuación y no la presencia de una en mayor medida que la otra.

En nuestro ordenamiento, el segundo inciso del artículo 762 del Código Civil establece que "el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo". Esta disposición legal es la que guarda más estrecha relación con la máxima que se viene estudiando, y, por tanto, se pasará a estudiar con detenimiento.

Sin mayor profundización, lo que se vislumbra de tal artículo es la existencia de una presunción. Esta presunción admite prueba en contrario, pues quien justifique ser propietario gozará de tal calidad mientras que quien era poseedor dejará de ostentar tan privilegiado lugar. Es decir, mientras en los sistemas franco germánicos el verdadero titular del derecho de propiedad no puede hacer nada ante el que posee de buena fe el bien mueble, en nuestro sistema se mantiene para el propietario la alternativa de perseguir el bien en manos de quien lo tenga, eso sí, acreditando mediante los elementos probatorios correspondientes un mejor derecho del que detenta el bien en calidad de poseedor. Sin discusión alguna, nuestro ordenamiento se acerca más a la concepción romanista que pregona una primacía de la titularidad del derecho sobre el poder de hecho que detenta el

⁴¹ Ibidem, p. 349.

poseedor. Es decir, la posesión de un bien mueble, aunque sea de buena fe, no genera el efecto de radicar inmediatamente la propiedad en el poseedor, y tampoco genera la situación de irreivindicabilidad de dichos bienes. Sigue entonces tal poseedor en su condición natural, sin ningún tipo de cambio, pero mientras nadie compruebe propiedad sobre los bienes que posee, este se presume propietario de tales por virtud de la ley, estando por consiguiente a la espera de adquirir el derecho de propiedad por prescripción adquisitiva. Así, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que "cuando una persona se atribuye la condición jurídica de propietario de un bien que se halla en posesión de otro, para reclamar su restitución, mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, corre con la carga de aniquilar la presunción de dominio que protege al poseedor, suministrando la prueba en contrario del hecho presumido, es decir, comprobando que en él radica la titularidad del derecho aducido, tarea en la cual le compete exhibir un título que contrarreste la posesión material ejercida por su adversario y justifique en él un mejor derecho a la posesión del bien, título que por tanto debe tener una existencia precedente a la posesión del demandado"⁴². Se puede concluir, entonces, que la presunción de dominio establecida por el artículo 762 del Código Civil desaparece en presencia de un título anterior de propiedad que contrarreste la posesión material, no obstante lo cual el poseedor queda en posibilidad de exhibir otro título que acredite un derecho igual o superior al del actor de la acción reivindicatoria.

Con fundamento en lo anterior, podemos señalar que a pesar de existir en muchos ordenamientos jurídicos el principio que protege a los poseedores de bienes muebles asignándoles la titularidad de los mismos, incluso sobre el interés de los respectivos propietarios, estimamos que la disposición del Código Civil colombiano protege de una mejor manera la situación de los propietarios, dotando de seguridad jurídica su derecho, dado que pueden ejercer la acción reivindicatoria en cualquier caso, salvo en los eventos en que se compren bienes muebles en feria, tienda o almacén, tal y como lo señala el artículo 947 de nuestro ordenamiento civil. Por ello, si concluyéramos que en Colombia se hace

⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia 006, Febrero 10 de 2003, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

prevalecer la situación del poseedor de bien mueble frente al propietario, la inmediata consecuencia sería que para dichas cosas muebles no existiría acción reivindicatoria, y que solo en casos excepcionales podría ejercerse. Pero ello no es así, y el único caso en que la acción reivindicatoria no prospera de manera general es aquel en el cual ellos han sido adquiridos en feria, tienda, almacén u otro establecimiento comercial. En los demás casos, la acción reivindicatoria no pierde fuerza y es protegida por encima de los poseedores, incluidos los de buena fe. En definitiva, en nuestro sistema "las cosas no adquiridas en mercados abiertos al público, se rigen por el principio romano, es decir, que el adquirente puede encontrarse expuesto a perderlas si el verdadero dueño las reivindica, en la hipótesis de que las haya adquirido de un *non dominus*"⁴³.

La situación parece entonces alejarse de lo que la teoría franco germánica construyó como un sistema necesario para la seguridad del tráfico y la protección de la buena fe en las transacciones comerciales. La influencia de las concepciones romanas aún hacen mella al interior de nuestro sistema jurídico sin significar ello que seamos los únicos en acoger tales disposiciones. Así, "el sistema angloamericano igualmente rige en sectores importantes de la humanidad: Inglaterra, Estados Unidos, Colombia y Chile. En dicho sistema se permite, en principio, la acción reivindicatoria; pero ella no puede ejercerse cuando se trata de poseedores que han comprado en mercados públicos, por cuanto el derecho de rescate en favor del adquirente hace nugatorio el ejercicio de la acción"⁴⁴.

Ya se ha señalado que la mayoría de los ordenamientos jurídicos otorgan a la posesión de buena fe de las cosas muebles el efecto de engendrar el derecho de propiedad que se pretendía adquirir. La razón última de este tratamiento no sólo es la buena fe de quien pretende adquirir de un tradente que no detenta el derecho de propiedad, sino también la ágil circulación de los bienes muebles, que ha aumentado de manera sustancial con el incremento del comercio. En Colombia, muy a pesar de estas concepciones, no se ha consagrado tal tratamiento, sin que por ello se pueda desconocer la existencia del artículo

⁴³ VALENCIA ZEA, Arturo. La posesión. Bogota : Temis, 1968. p417.

⁴⁴ Ibidem, p426.

762 del Código Civil, en el que es evidente un reconocimiento a la situación en la que se encuentra el poseedor, y una importante protección de su situación jurídica. No desconoce nuestro sistema que la posesión con ánimo de propietario es prueba directa del derecho de propiedad, y en varias sentencias se ha dicho que "la posesión es la más elocuente manifestación del derecho de dominio, pues mediante ella además de exteriorizarse sus atributos, ordinariamente lo reflejan por cuanto normalmente cada cual posee lo que le pertenece, es decir, el poseedor de una cosa es también su propietario. Por tal razón, la ley le prodiga amparo, como una complementación de la tutela que brinda el derecho de dominio, presumiendo que quien se halla en esa relación de conexidad con las cosas es su dueño, hasta tanto otra persona no justifique serlo"⁴⁵.

3. EL ERROR COMÚN CREADOR DE DERECHOS

3.1 ESTUDIO GENERAL

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de diciembre de 1999.

Desde los tiempos del derecho romano se acuñó la máxima que señalaba "*error communis facit ius*", cuyo significado y sentido conducen 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 (sentencias del 20 de mayo de 1936, 22 de junio de 1939, 27 de julio de 1945 y del 23 de junio de 1958 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, entre otras) señala 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 con buena fe exenta de culpa, la cual se entiende como calificada por el grado de diligencia que conlleva, y que conducen a que se cree o se genere un derecho subjetivo en cabeza de las personas que así han actuado.

El principio hace alusión a que, por causa de aquella apariencia de la que en el acápite anterior se habló surge un error en el que cualquiera hubiese incurrido sin culpa, donde se crean derechos 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, despojar al verdadero titular de aquellos derechos de las prerrogativas que estos le otorgaban.

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, colocadas ellas, claro está, en una condición objetiva de diligencia, pues han de haberse comportado como una persona normal conduciría sus negocios cotidianos. 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.

Para algunos tratadistas, la cuestión radica no tanto en que el error sea de tal magnitud que un conglomerado importante de personas se hubiere precipitado inconteniblemente sobre 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 endilga 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 creador de derecho, 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 creador de derecho, 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 prelación a las situaciones aparentes e irreales sobre la verdad real. Es necesario que se presente aquella buena fe cualificada por parte de los terceros, para que se de origen a derechos que tienen sustento 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 creador de derechos, 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 y 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 doctrinantes, estos efectos del principio del error común creador de derechos 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.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia del 3 de agosto de 1983, señaló los requisitos necesarios para que se de aplicación al principio del error común creador de derechos. 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 etiología 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, y no transitoria, y que sea paradigmática, sin sombra de mácula. 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, como sucede en los artículos 1634, 1766, 2199, etc. Al ser un principio general y superior de derecho, consignado bajo la máxima "*error communis facit ius*", su aplicabilidad es perfectamente posible dentro del ordenamiento positivo colombiano, 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. Habrá entonces que decir, al igual que lo hizo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 27 de mayo de 1996, que la máxima del error común creador de derecho se considera generalmente como una verdadera regla de derecho positivo. Citaré más adelante esta misma jurisprudencia a Joserand, cuando dice que "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 standars, en los cuales distingue muy justamente Hauriou los principios constitucionales del comercio jurídico, y como una especie de súper - legalidad. Entre esas directivas pueden citarse... la regla *error communis facit jus*, 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".

3.2. ADQUISICIONES A NON DOMINO.

Se entiende que existen adquisiciones a *non domino* cuando se radica el derecho de dominio sobre una cosa en cabeza de una persona que lo recibe de quien no es el titular de tal derecho. En la generalidad de los casos, estos eventos se presentan cuando existe la

apariencia de que un sujeto es titular del derecho de dominio, sin que en realidad lo sea, y la buena fe por parte de quien cree recibir tal bien por parte de su titular, con base en lo cual se configura en este último el derecho de propiedad. Por ello, para autores como Díez Picazo, una de las oportunidades en que la buena fe se aplica es aquella en la que la "buena fe significa confianza en una situación jurídica, que permite, en un negocio jurídico de disposición, creer al atributario en la legitimación y poder del disponente"⁴⁶. La buena fe que se presenta en tales eventos de carácter dispositivo logra, de manera efectiva, consolidar un derecho de propiedad que, de aplicarse las reglas de derecho común, no se radicaría en quien cree obtenerlo.

Pero no es tan simple la aplicación ni el entendimiento de las adquisiciones a *non domino* cuando se logra determinar que su desarrollo distorsiona otras máximas como la de que "nadie puede transmitir más derechos de los que tiene". La primera parte del Artículo 752 del Código Civil señala que "si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada". Con ello, parece que las adquisiciones a *non domino*, cuestionan la citada disposición, que corresponde además a un principio lógico, en el sentido de que nadie puede disponer de derechos que no tiene. Parece sí, abrir la oportunidad para establecer si existen excepciones a tal principio.

Por un lado, la idea de que "nadie da lo que no tiene" parece corresponder a una deducción más lógica que jurídica. De antaño se entiende como un axioma lógico, derivado de una aplicación de los principios lógicos de la no contradicción. Sin embargo, como se ve, dicho postulado, ciertamente coherente, es susceptible de excepciones.

La regla jurídica *nemo plus iura ad alium transferre potest quam ipse habet*, surgida en el derecho romano como desarrollo del principio lógico antes anotado, da una primera solución cuando se pretende realizar una enajenación por quien no es titular del bien, todo

⁴⁶ DIEZ – PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial, Madrid, Tecnos, 1983. pag. 137.

ello de acuerdo con el artículo 752 del Código Civil. Esta regla determina que en el debate que surge entre el titular anterior desposeído y el adquirente que recibe la cosa de un no titular es preferido el primero, quien puede reivindicar la cosa en manos de ese tercer adquirente. A la vez, el interés del adquirente que derivó su situación de un no titular resulta sacrificado sin que pueda de ninguna manera oponer razones de protección a su situación.

Sin embargo, como ya lo adelantamos en otro aparte de este escrito, con el advenimiento de la agilidad en el tráfico de bienes y por ende la protección del interés general que descansa en un intercambio rápido pero seguro de los bienes, se discutió la especial posición en la que se encuentra aquel adquirente de una cosa de quien no es su propietario. Se llegó a la conclusión, en diferentes legislaciones, de que la situación de tal adquirente era inatacable, siempre y cuando reuniera algunas circunstancias que le hicieran especialmente merecedor de tal protección. Así, cuando la transmisión de la cosa se diera a través de un negocio oneroso, que significara algún sacrificio patrimonial para quien la adquiría, y cuando este último hubiera actuado de buena fe, significando ello, por una parte, que obró confiado en la titularidad y en el poder de disposición de quien pretendía transferirle y, por otra parte, que fundó tal adquirente su buena fe o confianza en una situación de apariencia objetiva de titularidad, se daría sin lugar a dudas una situación que debería ser protegida por el derecho a favor del adquirente y en desmedro del verdadero titular del derecho. Como bien lo señalan los hermanos Mazeaud "La seguridad de las transacciones exige que una adquisición en apariencia regular no pueda ser controvertida; el adquirente que haya adoptado todas las precauciones no debe ser inquietado".⁴⁷ Es desde ese momento en que se recalca que la máxima *nemo plus iura* goza de excepciones, por aplicación de las llamadas "adquisiciones a *non domino*". Es más, se dice que el principio normativo de *nemo plus iura* no goza de excepciones sino que ha sido sustituido por otro de igual rango que es el de

⁴⁷ MAZEAUD, Henri, León y Jean. Lecciones de derecho civil. Parte II volumen IV, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954. pag .118.

la tutela de los adquirentes de buena fe y a título oneroso como consecuencia necesaria del interés colectivo en la seguridad de la circulación de los bienes.⁴⁸

Esta buena fe debe ser tan poderosa, que permita hacer surgir en el adquirente del bien el derecho que se pretendió adquirir de quien no lo tenía. Buena fe que además de ser subjetiva, en el sentido lato de creer en el poder de disposición del transmitente o la ignorancia de la falta de dicho poder, que también es objetiva, puesto que debe fundarse en una situación de apariencia que razonablemente permita aquella convicción. Es por tal razón que la concurrencia de la buena fe para llevar a cabo la protección se explica por sí sola. Si el tercero conocía la ilegitimidad del acto traslativo llevado a cabo por el *non dominus* (aquel enajenante que no es propietario o titular del derecho real del cual se pretende disponer), la justificación de la protección se pierde por completo. Es por tal razón que, si se quiere, las adquisiciones a *non domino* de alguna manera son la aplicación del error común creador de derechos única y exclusivamente en el caso de creación de derechos reales, principalmente el de dominio. No es pues ya la garantía de aquella ventaja, por ejemplo, por medio de la cual el pago hecho al acreedor aparente goza de total validez y que no es posible que el verdadero acreedor cobre al que pagó a quien no debía la suma debida. No. La buena fe ahora es capaz, dentro de la idea de las adquisiciones a *non domino*, de crear un derecho de dominio en aquella persona que creyó recibirlo de quien era su verdadero titular.

La cuestión viene a desarrollarse aun más cuando se entra a determinar la verdadera fuente del derecho de propiedad que se radica en quien actúa de buena fe y cree recibir la cosa de su verdadero propietario. Es claro que el propietario que se presentó como titular aparente no puede transmitir derechos que no tiene. Pero adicionalmente se indica que las adquisiciones a *non domino* son una excepción al principio *nemo plus iura*, con lo que se daría a entender que sin ser propietario del bien puede llegar a transmitir tal derecho a quien obra de buena fe. La pregunta que se plantea allí es si lo que se está produciendo es el establecimiento de una titularidad presunta en el enajenante, para que el adquirente pueda

⁴⁸ DIEZ – PICAZO Y PONCE DE LEON, Op. cit., pag. 685.

recibir la propiedad, de manera derivativa, o si, por el contrario, dada la ausencia de titularidad en el pretendido enajenante, lo que el Derecho hace es generar un derecho nuevo, de manera originaria, en el patrimonio del adquirente, basado ello en su buena fe y en la posesión ejercida sobre la cosa.

Según los hermanos Mazeaud, allí la adquisición de la propiedad se produce por virtud de la ley: es una adquisición *lege*.⁴⁹ Sin embargo, cuando se encuentra el inconveniente en la idea de las adquisiciones a *non domino* de saber si quien entrega el bien sin ser titular de él transfiere un derecho que no tiene o si por el contrario efectivamente lo hace, surge entonces la duda de saber si la adquisición del derecho por el tercero es originaria o derivativa. La idea mayoritaria es que es originaria, porque el que adquiere el derecho no sucede de ninguna manera a otra persona anterior. Sin embargo, se ha afirmado también que es derivativa en la medida en que exige un negocio derivativo en el que se funda la apariencia jurídica y, adicionalmente, en que el derecho no se adquiere puro, sino con las cargas y gravámenes que lo afecten, como sucede con los bienes sujetos a registro. Otras opiniones, más osadas por cierto, dicen que el derecho adquirido por el tercero deriva del titular real, a través del medio instrumental del titular aparente.⁵⁰

Cuando se analiza la posición en la que está aquel sujeto de derecho que creyó recibir de quien era el titular, dando aplicación a la doctrina de las adquisiciones a *non domino*, se determina que su situación es tal que goza de una protección de inatacabilidad frente a cualquier acción que ejercite el verdadero titular del bien. Se protege entonces al tercero adquirente frente a cualquier pretensión de impugnación de su título adquisitivo. Lo que ocurre en algunos casos es que ésta especial posición no es indicativa de que en realidad se goce del derecho de propiedad sino de una situación en la que se hace irrevindicable el bien, o que se hace reivindicable pero cumpliendo ciertos parámetros establecidos en la ley. Pero ello parece ser ilógico: la irrevindicabilidad lleva sin embargo a encontrar en ella una verdadera adquisición. No tiene sentido pensar que el tercero ostenta una situación

⁴⁹ MAZEAUD, Op, cit., pag. 119.

⁵⁰ DIEZ – PICAZO Y PONCE DE LEON, Op. cit., pag. 386

irreivindicable y que no ha adquirido definitivamente el derecho. Es por ello que es más razonable pensar que, si no es permitido el ejercicio de la acción reivindicatoria, lo que se da es una adquisición a *non domino*, una verdadera concreción del derecho de propiedad.

4. CASOS PARTICULARES CONSAGRADOS EN EL CÓDIGO CIVIL

El objetivo del presente capítulo es realizar un estudio de las normas que en el código civil y en el código de comercio colombianos, contienen aplicaciones de la buena fe exenta de culpa y en las que, en algunos casos, aparentemente se daría aplicación a la teoría de las adquisiciones a *non domino*, o, en otros, simplemente, a una situación de irreivindicabilidad derivada de la protección que el ordenamiento jurídico quiere dispensar a algunos sujetos de derecho que considera merecedores de una especial tutela. Entonces, como ya se ha advertido, por ahora, lo que se pretende con el estudio de tales artículos no es más que encontrar si la aplicación de la buena fe que en ellos se da nos permite establecer un principio general de las adquisiciones a *non domino* en el derecho patrio o si, por el contrario, lo que se crean son situaciones de simple favorabilidad que impiden el ejercicio de las acciones establecidas para proteger el derecho de dominio.

4.1. NO RESTITUCIÓN DE ALIMENTOS PROVISIONALES CONTRA EL QUE DE BUENA FE INTENTA LA DEMANDA.

- *ART. 417 C.C. —Mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez o prefecto ordenar que se den provisionalmente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento plausible; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demanda obtiene sentencia absolutoria. Cesa este derecho a la restitución, contra el que de buena fe y con algún fundamento plausible, haya intentado la demanda.*

En el presente artículo se crea una posición ventajosa en la persona que de buena fe pide alimentos provisionales y que funda su demanda en argumentos plausibles. En esta situación se permite que el demandante conserve los alimentos provisionales que el juez decretó aunque dentro del juicio se demuestre que no tenía derecho a ellos; es decir, que puede mantenerlos sin que exista una causa legal para hacerlo y, a pesar de dicha carencia, el código civil le protege su situación pues ha actuado de buena fe. La única causa que existe para que no se tengan que devolver esos alimentos provisionales es la buena fe del

que los recibió y, consecuentemente, al crearse una situación favorable para el demandante, se crea, a su vez, una desfavorable para la persona que, en realidad, no estaba obligada a prestar esos alimentos.

En resumen, si se adelanta una demanda por alimentos y, posteriormente, en decisión judicial, se determina que el demandante nunca tuvo derecho a tal beneficio, por virtud de lo establecido en el artículo 417 del Código Civil, el actor no se encuentra obligado a restituir los alimentos que obtuvo de manera provisional. Como se puede observar, la norma exige que el peticionario haya actuado de buena fe y que su demanda haya tenido algún fundamento plausible. Nos encontramos en presencia de una situación en la cual la buena fe, entendida como justa creencia o error excusable, va acompañada de algún fundamento de hecho que le haya permitido al peticionario considerar que su solicitud tenía fundamento suficiente. Se trata, pues, de un evento de protección al sujeto de derecho que actúa de buena fe, en el que se le consolida en su patrimonio el derecho a unos recursos económicos que ya recibió y que, por tal virtud, no deberá restituir. No es que se esté creando la adquisición de un derecho de propiedad a *non domino* sino que la posición jurídica del peticionario de los alimentos se hace inatacable y, por tanto, no deberá restituir lo que haya recibido a título de alimentos provisionales.

4.2. COMPRA DE COSAS MUEBLES EN FERIA, TIENDA, ALMACÉN U OTRO ESTABLECIMIENTO INDUSTRIAL

- *ART. 947 C.C. —Pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles.*

Exceptúanse las cosas muebles, cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.

Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla.

Este artículo es uno de los que resulta de mayor interés en el tema que es materia de este trabajo, pues en su inciso segundo se establece que no se pueden reivindicar las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial, mientras que en su inciso tercero, no obstante reafirmarse que el poseedor, en tal evento, no estará obligado a restituir la cosa, establece una excepción, en la cual sí se permite que se lleve a cabo la reivindicación bajo la condición de que se le pague al que adquirió el bien en dichos lugares el precio sufragado por él, y se le reconozcan los gastos correspondientes.

Respecto de este artículo, debe señalarse que la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia, contenida en sentencia del 4 de mayo de 1989, señala que “el propietario conserva la titularidad del bien y en cualquier momento puede reivindicarla con el requisito de pagarle al poseedor, teniendo (sic) un derecho de retención sobre el bien que se piensa reivindicar”.

De la simple lectura de la norma se puede colegir que la disposición prefiere al poseedor inclusive por encima del propietario, por ser el primero un sujeto amparado por una actuación de buena fe. Señala la Corte que en este caso se hace una protección doble a la buena fe; en primer lugar se protege la buena fe subjetiva, es decir la creencia de legalidad que tiene la persona sobre el acto de comprar en un lugar de los señalados por la norma, o lo que es similar, la creencia en que el que enajena el bien es el verdadero propietario; y, por otra parte, se protege la buena fe como fundamento del comercio, pues este encuentra su fundamento de celeridad y confianza en ella.

En un principio, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que se encuentra contenida en una sentencia del 23 de junio de 1958, señaló que en este artículo se aplicaba la buena fe creadora de derecho. Es decir, que la persona que compraba de buena fe en uno de estos establecimientos hacía suyo el bien con lo cual la Corte reconocía los efectos de la teoría del *error communis facit ius*.

Frente a ello, se podría señalar que la interpretación inicial de la Alta Corporación va más allá de lo establecido en la disposición que se comenta, pues la norma no crea ningún derecho de propiedad en cabeza del poseedor, ya que la posibilidad de que se entable la acción reivindicatoria subsiste con el cumplimiento del requisito de reembolsar lo que se haya pagado por la cosa. Se permite, por decirlo de alguna manera, que se cree una situación ventajosa en cabeza del poseedor, pero no un derecho como el de propiedad en su patrimonio.

Por otra parte, debemos decir que en relación con el artículo 947 del Código Civil se ha señalado también que cuando allí se permite que el titular del bien ejerza la acción reivindicatoria, pagando al que lo adquirió de buena fe exenta de culpa, el valor por el que él lo compró, se presenta una situación muy cercana al de un contrato de compraventa celebrado entre el adquirente (ahora vendedor) y el original propietario, pues las características de los dos supuestos de hecho serían muy similares. En nuestra opinión, la diferencia fundamental radicaría en que la compraventa debe ser el resultado de un proceso libre de las partes, en el que ellas manifiesten su consentimiento sin ningún tipo de presión; por el contrario, en el evento que estamos analizando el poseedor queda obligado a entregar el bien, si el propietario reivindicante decide ejercer el derecho que el artículo establece en su favor. Cuando el verdadero titular del bien reivindica la cosa, y lo logra con el pago de su valor al que la poseyó de buena fe, se debe entender que la reivindicación opera por la característica de *ejecutoriedad* que la sentencia de reivindicación contiene. Mientras que si estuviésemos en presencia de una compraventa, lo que sucedería sería que el que se encuentra en posesión de la cosa podría entrar a determinar a su antojo si la vende o no al

que está en dicho momento adelantando tal acción reivindicatoria y podría establecer requerimientos particulares en cuanto al precio, la forma de pago, etc. En otras palabras, en el primer caso (el artículo en cuestión), el poseedor debe entregar la cosa tan pronto se le pague tal dinero. En el segundo caso, por el contrario, no tiene la obligación de devolver la cosa, pues puede venderla a cuantos la deseen.

Por otro lado, el Artículo 1872 del Código Civil señala que la compra de cosa propia no vale, disposición ésta que niega la posibilidad jurídica y filosófica a una supuesta compraventa en el evento del artículo 947 del código civil estudiado.

4.3 POSEEDOR DE BUENA FE FRENTE A LOS FRUTOS PERCIBIDOS ANTES DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- *ART. 964 C.C. —El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción; se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder.*

El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores.

En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos.

El legislador decidió en este caso permitir que el poseedor de buena fe mantuviera los frutos que percibió antes de la contestación de la demanda, creando una situación ventajosa para éste, pues de no existir tal prerrogativa no habría razón alguna para que no estuviera obligado a restituirlos ya que, con base en el principio general de derecho que señala que el dueño de lo principal se hace dueño de lo accesorio, se deduce que el poseedor no sería

dueño de los frutos. Pero el legislador decidió proteger su buena fe y otorgarle la posibilidad de mantenerlos.

Para el doctrinante José J. Gómez lo que se presenta en el artículo que se analiza es una excepción a tal principio general, y señala que “en virtud de la posesión de buena fe, esta regla no se aplica y los frutos pertenecen al poseedor vencido por el propietario, cuyo derecho no arranca de la sentencia sino de sus títulos”⁵¹.

El fundamento para la protección del poseedor vencido se encuentra, entonces, en el reconocimiento a la posesión regular que ha ejercido, la cual lo habilita para tener ciertas prerrogativas, incluso en contra del interés del propietario, y, en particular, a su condición de poseedor de buena fe, que percibió y disfrutó de los frutos y productos de la cosa con la convicción de haber adquirido el dominio de la cosa a través de los mecanismos legalmente establecidos para que ello ocurriera. Hasta que se le notifica la demanda, la ley justifica su disfrute con fundamento en la buena fe con la que hasta ese momento habrá actuado.

4.4 IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA CONTRA TERCEROS POSEEDORES DE BUENA FE COMO CONSECUENCIA DE LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS

⁵¹ GOMEZ R., José J. Bienes. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1983. p.355-356.

- *ART. 1547 C.C. —Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe.*

Con fundamento en una lectura desprevenida del artículo antes transcrito, es fácil advertir que en él se contemplan diversos supuestos de hecho, respecto de los cuales la doctrina ha dispensado una atención desigual, pues por regla general se hace referencia a esta norma cuando se mencionan los efectos de la acción resolutoria frente a terceros.

Respecto de la situación del que debe una cosa mueble bajo condición resolutoria y la enajena debemos destacar que quien compra la cosa mueble en esta situación se convierte en propietario de ésta, con la particularidad de que su dominio se encuentra en una situación desfavorable, pues al acaecimiento de la condición resolutoria, su propiedad se habrá de resolver por los conocidos efectos retroactivos de la condición resolutoria (art. 1544 C. C.). Es decir, que resuelta la propiedad del que transmitió también se resuelve la propiedad del que adquirió.

En todo caso, por ministerio del artículo que se comenta, el que recibe de buena fe la propiedad de una cosa que es debida bajo condición resolutoria no está obligado a restituir el bien si la condición acaece. Precisamos que la doctrina ha considerado que la buena fe en este particular asunto consiste en que el tercero debe desconocer la existencia de la condición resolutoria. Si ello es así, se crea una situación ventajosa respecto de este tercero particular, el cuál, como el propio artículo lo precisa, podría ser llamado en adelante como poseedor de buena fe, pues la propiedad que pudo haber tenido ya no existe, toda vez que la misma se resuelve en el momento en que ocurre lo propio con la de quien le transmite. Igualmente, como el artículo 1547 lo dispone, la acción reivindicatoria no prosperaría en contra de él, porque precisamente su buena fe lo hace merecedor de tal protección, la cual normalmente no debería tener. Protege este artículo a su vez la buena fe del tercero que adquiere y la buena fe de la comunidad, pues existe la imposibilidad de ésta, es decir de cualquier tercero ajeno a la situación jurídica, de conocer la realidad, y debe confiar en la

apariencia con que se presenta la propiedad del que debe bajo condición resolutoria. En este orden de ideas este artículo se presenta como una verdadera protección a la buena fe de los terceros que contratan con el propietario cuyo dominio está sujeto a condición y a la apariencia con que se presenta su situación respecto del bien ante la sociedad.

4.4.1 REFERENCIA AL DIFERENTE TRATAMIENTO LEGAL DE LA NULIDAD Y LA RESOLUCIÓN DE CONTRATOS FRENTE A TERCEROS DE BUENA FE

4.4.1.1 RESOLUCIÓN

Cuando se celebra un contrato en el que quedan pendientes de cumplimiento algunas obligaciones, puede ocurrir que ellas no se atiendan oportunamente con lo cual se podría presentar la figura de la resolución del contrato por incumplimiento, con base en la disposición contenida en el artículo 1546 del Código Civil. La resolución judicial de contratos bilaterales por el acaecimiento de la condición resolutoria ya señalada, constituida por el incumplimiento de uno de los contratantes respecto de lo pactado en el contrato, “no solo extingue la eficacia futura del pacto disuelto, sino que adicionalmente genera la desaparición retroactiva de las obligaciones que por razón de él hubieren ejecutado las partes”⁵². Esa es precisamente la eficacia de la resolución, consistente en obrar retroactivamente, reponiendo a los contratantes en la situación en que se encontraban antes del contrato, para lo cual habrá de restituirse lo que se hubiese recibido bajo tal condición. En todo caso, es necesario tener presente, que en algunas ocasiones se dan circunstancias en las que un tercero adquiere de buena fe el bien que fue objeto de la negociación bilateral entre las partes primigenias. En principio podría considerarse que ese tercero se encuentra en una posición vulnerable, ya que, sin lugar a dudas, cuando acaezca el incumplimiento eventual de una de las obligaciones y se de la consecuente condición resolutoria, su

⁵² Casación Civil, sentencia del 6 de julio de 2000, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

posición se verá amenazada. No obstante, como ya lo hemos analizado, el ordenamiento jurídico toma en cuenta la buena o mala fe del tercero para definir cuál habrá de ser su situación de presentarse el citado fenómeno resolutorio.

La situación que se analiza es bastante frecuente, pues, piénsese, por ejemplo, en aquellos eventos en los que en la escritura pública de compraventa de inmuebles el vendedor manifiesta que se ha pagado la totalidad del precio, en cuyo caso, si luego resulta que esta manifestación no es cierta, los efectos de la eventual declaratoria de resolución del contrato por incumplimiento en el pago del precio, no afectarán los derechos de terceros de buena fe subadquirentes del bien, quienes en últimas se guiaron por el texto de la escritura pública en el sentido de que el precio había sido totalmente cubierto.

Contrario sensu, para que la resolución de un contrato afecte a terceros es menester que en el mismo quede claramente establecido que las partes, o una de ellas, tienen obligaciones pendientes por cumplir, de lo cual los terceros podrán inferir que en el caso de incumplimiento podrá declararse la resolución del contrato, la cual en este evento les afectará. Si por el contrario, en el contrato se dice que las partes cumplieron sus respectivas prestaciones, no podrá en el futuro alterarse la situación de los terceros que tuvieron en cuenta esa manifestación, de suerte que un eventual incumplimiento y la consecuente resolución del contrato será inoponible a los terceros. En este sentido la Corte Suprema de Justicia señala que “...basta que la condición resolutoria no conste en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública, para que – sobre la base de la presunción de buena fe que de allí resulta a favor del tercero – quede éste al abrigo de las consecuencias de la resolución”⁵³. La buena fe del tercero subadquirente, que impide el ejercicio de las restituciones mutuas, en esencia consiste “en la convicción de haber adquirido legítimamente el bien, por ignorar la existencia de la condición que afectaba al contrato que dio origen al derecho eventual de quien se lo enajenó, convicción a la cual ha debido llegar

⁵³ Casación Civil, sentencia del 20 de mayo de 1936.

el tercero mediante las indagaciones mínimas que una persona medianamente diligente realiza antes de adquirir algo”⁵⁴.

Entonces, si la restitución como consecuencia de la resolución no procede contra terceros poseedores subadquirentes de buena fe, nuestra jurisprudencia ha determinado que se trata de eventos en los cuales la protección de la buena fe prima sobre el interés particular de quien se vio incumplido en el contrato resuelto, dando lugar a la situación de irreivindicabilidad del bien. La consecuencia que se menciona es aplicación de la buena fe creadora de derecho en aquellos eventos en que a pesar de no existir causa para que el tercero sea considerado propietario del bien, por operar la resolución del contrato, su posición es privilegiada bajo el amparo de que se trata de una actuación estrechamente vinculada a la buena fe exenta de culpa. Así, como señala un respetado doctrinante, “según nuestra jurisprudencia, esta norma es aplicación de la regla *error communis facit jus*, la cual limita a favor de terceros de buena fe, las consecuencias lógicas de las condiciones suspensivas y resolutorias”⁵⁵.

4.4.1.2 NULIDAD

En materia de nulidad, como se verá a continuación, nuestro ordenamiento otorga un trato diferente a los terceros de buena fe frente a una situación, en principio, similar, como ocurriría, por ejemplo, en aquella en la que un tercero de buena fe adquiere un bien de un sujeto al cual le es declarada la nulidad del contrato que le sirvió como título para adquirir el bien.

Se señala en la ley que “la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si

⁵⁴ Casación Civil, sentencia de octubre 19 de 1999, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

⁵⁵ SUESCÚN, Op, cit, p 132.

no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa lícita”. De esta manera indica el código civil colombiano los efectos de la declaratoria de nulidad de los actos y/o contratos.

Como se puede observar, el efecto de la nulidad pronunciada por sentencia en firme es, pues, retroactivo, es decir, afecta al pasado, porque las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes de que se celebrara el acto o contrato nulo. Por ende, todas las consecuencias jurídicas que de él se hayan derivado deben desaparecer, y las cosas deben quedar como si el negocio jurídico no se hubiese llevado a cabo jamás.

Para el cumplimiento de tal misión, y para que tenga efectos prácticos la consecuencia que indica la ley para la declaratoria de nulidad, surge la pretensión reivindicatoria como el medio más usado para que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la celebración del acto declarado nulo. Así, “en virtud de estas restituciones, cada parte debe devolver a la otra lo que haya recibido a consecuencia del acto o contrato nulo, para lo cual tiene las acciones necesarias a fin de lograr esa devolución, de donde resulta que la nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria, sea entre las partes, sea respecto de terceros”⁵⁶.

La cuestión que interesa para el punto que estamos analizando radica en la posición en la que se encuentra el tercero adquirente de un bien que fue objeto principal de un negocio anterior el cual fue declarado judicialmente nulo. Frente a ello, el Código Civil en su artículo 1748, señala que “la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales”. Luego, una vez pronunciada la nulidad, la acción reivindicatoria entra a ser el instrumento ideal para hacer que las cosas vuelvan a su estado original, y perseguir la cosa objeto de la negociación en manos de quien la tenga, ya sea el otro contratante o un tercero. Si prospera la acción

⁵⁶ALESSANDRI BESA, Arturo. La nulidad y la rescisión en el derecho civil. Santiago : Imprenta Universitaria, 1982, p1084.

reivindicatoria en contra del tercero, no obstante que este haya actuado de buena fe, la cosa debe volver a quien por efecto de la nulidad sigue siendo su propietario. Es exactamente la misma situación en la que se encontraría el tercero adquirente si la resolución de contrato no cobijara a terceros de buena fe, cosa que de hecho no sucede como ya se estableció de antemano.

Surge por consiguiente la duda de saber el porqué del tratamiento diferente entre la resolución por incumplimiento y la nulidad, frente a terceros adquirentes de buena fe, pues mientras en el primer caso el bien se hace irreivindicable por el propietario, en la nulidad procede aún contra la condición de buena fe exenta de culpa del tercero adquirente.

Analizando esta situación la Corte Suprema de Justicia recalca que “empero, la referida declaración (de nulidad) no proyecta sus efectos exclusivamente sobre las partes contratantes, sino que, de acuerdo con lo previsto por el artículo 1749, permea la órbita jurídica de terceros poseedores, es decir, de quienes por contrato posterior adquirieron las cosas materia del negocio jurídico inválido”⁵⁷. Ante esta apreciación judicial, es inevitable pensar en el tercero que de manera diligente y de buena fe adquirió tal bien, y que ahora se ve sin éste por efecto de la acción reivindicatoria. La misma sentencia antes mencionada afirma que “la citada norma encuentra su razón de ser en el carácter retroactivo de la sentencia declarativa de la nulidad (...) debiendo consecuentemente entenderse que las cosas transferidas con ocasión de el jamás lo fueron, y tampoco se adquirieron por el contratante”.

Ya se ha dicho que la resolución se diferencia de la nulidad en que a pesar de producir también efectos retroactivos, no da acción reivindicatoria contra terceros poseedores de buena fe. De manera opuesta, “para la procedencia de la acción reivindicatoria derivada de la declaración de nulidad en contra de los terceros poseedores, es indiferente la buena o mala fe de éstos: estén de buena o mala fe, siempre puede entablarse esta acción en contra

⁵⁷ Casación Civil, sentencia del 24 de febrero de 2003, M.P. José Fernando Ramírez Gómez

de esos terceros, porque la ley no hace ninguna distinción a este respecto”⁵⁸. Luego, la acción reivindicatoria frente a la declaración judicial de nulidad tiene total procedencia, esperando entonces que se concrete en las restituciones mutuas. En dicho momento, la ley contempla una protección a los terceros de buena fe, considerando que durante el lapso durante el cual conservaron la cosa se pudieron haber realizado mejoras sobre ésta, o simplemente pudo haber dado frutos durante el tiempo en el que estuvo bajo el cuidado del tercero. Por consiguiente, dice la jurisprudencia que “sólo en tales eventos deberán producirse, *ex lege*, las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en materia de pérdidas, deterioros, intereses y frutos y del abono de las mejoras necesarias, útiles y voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes, todo ello según las reglas generales. Es lo que, de antaño, se denomina restitución *in integrum*”⁵⁹. Ello explica que “en materia de frutos, por regla general, se disponga que mientras el poseedor de mala fe se encuentra obligado a restituir los naturales y civiles de la cosa, incluyendo los percibidos *-fructus percepti-* y “los que el dueño hubiera podido percibir con mediana diligencia y actividad”, o, en su caso, “el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción”, el poseedor de buena fe, por su parte, no está obligado a la restitución de los frutos percibidos “antes de la contestación de la demanda”, sino únicamente de los que se perciban a partir del pronunciamiento que, válida y oportunamente, realice al libelo generador del proceso (*ex post*), como expresamente se consagra en el inciso 3o. del artículo 964 del Código Civil”⁶⁰. Este trato se justifica por el propósito de evitar que tanto el acreedor como el deudor de unos y otros se enriquezcan indebidamente, ya sea porque, en el caso de quien debe restituir, se aproveche de la totalidad de los frutos, sea porque, en la hipótesis del que debe recibir, se beneficie del mayor valor que las mejoras le hubieren otorgado a la cosa.

Con dicho manejo de la situación para quienes actúan de buena fe exenta de culpa, sin embargo, no se llega a consolidar una situación de irreivindicabilidad del bien, y por tanto los terceros deberán restituirlo una vez las mejoras y los frutos les sean reconocidos, pues

⁵⁸ ALESSANDRI, Op, cit, p1112

⁵⁹ Casación Civil, sentencia del 18 de agosto de dos mil (2000), M. P. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

⁶⁰ Ibidem, Casación Civil.

mientras tanto tendrán la garantía del derecho de retención. La nulidad judicialmente decretada ataca inexorablemente la posesión del bien, sin importar que quien lo tenga esté bajo el amparo de la buena fe. Ello, aunque contrario al trato que se presenta en la resolución de contratos, se puede explicar por la protección del interés general.

Cuando nos encontramos frente a una nulidad absoluta, la norma violada está establecida para proteger el interés general, mientras que si la transgresión se realiza respecto de una norma de interés particular se está frente a una nulidad relativa. De ello se concluye que los motivos de la nulidad absoluta son más graves; recuérdese que ellos son los siguientes: la falta de la plenitud de las formalidades en los actos jurídicos solemnes, la incapacidad absoluta, la ilicitud de objeto y la ilicitud de la causa. “La nulidad en tales casos, tiene su fundamento en la falta de uno de los elementos de validez del acto jurídico, elementos exigidos por el legislador a favor del interés colectivo”⁶¹. Si es así, la lógica del legislador encuentra su fundamento para incorporar diferencias entre la resolución de contratos y la nulidad de éstos. Prima bajo esta concepción el interés general sobre el particular de aquel que actuó de buena fe y que pretende, sin más, poseer el bien bajo una especial condición de irreivindicabilidad, tal y como sucede en los casos de resolución. No puede permitirse el legislador un tratamiento similar entre estas dos figuras porque las causas que originan la nulidad tienen por fin proteger el interés general y el orden público, que se verían afectados gravemente en caso de que se permitiera que el tercero adquirente de buena fe mantenga su posesión frente a los bienes objeto de la acción reivindicatoria. Finalmente, debemos señalar que en los eventos de nulidad relativa, no se observa un fundamento claro para que el legislador haya establecido un tratamiento desfavorable en relación con los terceros subadquirentes de buena fe, pues en estos casos, no obstante la naturaleza particular de la nulidad, la sanción jurídica está establecida para proteger el interés particular de los contratantes.

4.5 ENAJENACIÓN O GRAVAMEN DE BIEN INMUEBLE DEBIDO BAJO CONDICIÓN

⁶¹ TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Editorial Temis ; Cuarta Edición, 1990, p233.

- *ART. 1548 C.C. —Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública.*

Sin perjuicio de que algunas de las consideraciones expresadas en los párrafos anteriores puedan ser aplicables al artículo 1548 del Código Civil, debemos señalar que en este caso particular existe una protección a lo que se conoce en la doctrina como la “buena fe registral”, es decir, que en virtud de esta disposición se protege la presunción de veracidad del registro inmobiliario y la confianza que tiene la comunidad respecto de la realidad de éste. De no existir en el ordenamiento esta regla, no habría forma alguna en que la sociedad pudiera confiar en lo que en el registro inmobiliario se consigna, con lo que se haría difícil el tráfico jurídico de los bienes sujetos a registro. El artículo en comento realiza una aplicación de la doctrina de la buena fe creadora de derechos, pues al acaecer la condición resolutoria, con sus consiguientes efectos retroactivos, se tendría que el que transmitió el dominio nunca fue dueño del bien sujeto a registro y por tanto no pudo haber hecho una transmisión efectiva al nuevo adquirente, con lo que éste quedaría en una situación de poseedor de buena fe. Sin embargo, por ministerio de la ley su propiedad no se ve resuelta aunque la propiedad del que le transmitió sí sufra dicha consecuencia.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 23 de junio de 1958 reconoce plenamente la aplicación de la doctrina de la buena fe creadora de derechos en el artículo que se analiza en este acápite. Señala la Corte respecto del mencionado artículo que: “El tercero que encuentra el dominio radicado correctamente en cabeza del tradente; que no tiene maneras o formas de descubrir la condición resolutoria que lo afecta, ha obrado con una buena fe exenta de culpa y es por ese motivo que se hace propietario”. Bajo el análisis, se podría pensar que por la intención del legislador de proteger la buena fe registral se llegaría hasta permitir que al que de mala fe compra un bien inmueble sujeto a registro bajo condición resolutoria, le sea reconocida también la calidad de propietario. Señala al respecto el

jurista antioqueño León Darío Cadavid Gaviria, en su obra de obligaciones, lo siguiente: “Para nada interesa el conocimiento real y efectivo que el tercero pueda tener o no acerca de la existencia de la condición resolutoria que afectaba el título de su antecesor; para nada interesa en el art. 1548 CCC la buena o mala fe del tercero. Para nada interesa en esta norma que el tercero haya conocido la existencia de la condición resolutoria, si ella no constaba en el título debidamente registrado”⁶². Frente a tal planteamiento nos permitimos plantear nuestro disenso, pues aunque el artículo trae dos requisitos para que no se resuelva la propiedad del adquirente, como son primero, que el bien se deba bajo condición resolutoria, y segundo, que la condición resolutoria no conste en el título inscrito en el registro, bien se sabe que la interpretación de las leyes debe ser omnicompreensiva, es decir, que no solamente debe atenderse a lo literal de la norma de que se trate, sino que debe buscar el entendimiento de la disposición correspondiente como un elemento, no aislado, involucrado dentro de un ordenamiento compuesto por principios y por otras disposiciones de rango legal. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con fecha del 23 de junio de 1958, dice que “el juzgador debe, pues, en cada caso concreto, investigar los principios, los conceptos generales y con su ayuda extraer el sentido propio de los textos legales, toda ley, en última instancia, no representa otra cosa sino aplicación de algún principio general (interpretación sistemática.)”. Por lo anterior, el artículo 1548 del Código Civil, analizado como se señala precedentemente, no debe proteger a sujetos que obran de mala fe, pues sería una excepción, ciertamente extravagante, al principio de que nadie puede alegar su propia culpa y de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo. Lo que existe en el artículo en mención es, entonces, un reconocimiento de la presunción de buena fe con que obran los sujetos, pues de no ser de esta manera, el beneficio también obraría a favor de adquirentes de mala fe.

4.6 PAGO DE COSA FUNGIBLE AUNQUE HAYA SIDO HECHO POR EL QUE NO ERA DUEÑO O NO TENÍA FACULTAD DE ENAJENAR

⁶² CADAVID GAVIRIA, León Darío. Derecho civil obligaciones. Bogotá : McGraw-Hill, 2000. p. 101

- *ART. 1633 C.C. —El pago en que se debe transferir la propiedad, no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada o la paga con el consentimiento del dueño.*

Tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad, sino en cuanto el que paga tiene facultad de enajenar.

Sin embargo, cuando la cosa pagada es fungible, y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño o no tuvo facultad de enajenar.

El artículo en cuestión señala algunos de los requisitos para la validez del pago, con especial referencia a la titularidad que debe existir en aquel que realiza el pago de una obligación que consista en la transmisión de un derecho real en beneficio del acreedor. Lo relevante frente al presente estudio es lo preceptuado en el inciso tercero, el cual permite que el pago sea válido si la cosa es fungible y el acreedor la ha consumido de buena fe, aunque la entrega de la cosa no haya sido hecha por el propietario de la misma o con la aquiescencia de éste, con la conclusión de que en tal evento se excluye la nulidad del pago. En éste artículo al parecer se consolida el derecho de propiedad en cabeza del acreedor, pues al validar la transmisión del dominio con el hecho de darle firmeza al pago, también se legitima la transmisión de la propiedad por parte del que no era dueño y, por ende, no tenía permiso para hacer el pago. Crea una excepción al principio general de derecho según el cual nadie puede transmitir más derecho del que tiene. Además de consolidarse el derecho de propiedad en cabeza de quien no lo recibió de su verdadero dueño, hace que el derecho de propiedad del antiguo dueño desaparezca sin que medie su voluntad; se ve desfavorecido por una situación subjetiva de un tercero, situación ésta que le es ajena y sufre un detrimento patrimonial de manera injusta.

En nuestra opinión es claro que, en principio, en el artículo en cuestión se consagra una adquisición a *non domino* puesto que la situación reúne todas las características de este tipo

de adquisiciones; buena fe por parte del *accipiens* y tradición por quien no tiene el derecho de propiedad. Sin embargo, surge el problema práctico de determinar en qué momento se hace dueño de la cosa el acreedor que la recibe, pues por la redacción del artículo se deduce que su propiedad nace en el momento en que la consume, creándose así una propiedad que no dura siquiera un instante, toda vez que el acreedor se convierte en dueño del bien en el mismo momento en que el mismo desaparece. Como es sabido, la consumibilidad a la que alude el precepto implica la destrucción o desaparecimiento del bien por su uso, razón por la cual se presenta una situación muy particular en la que el acreedor que recibe y consume el bien fungible (entendido como consumible) se convierte dueño del mismo en el instante preciso en el que el derecho de propiedad debe extinguirse por la carencia de uno de sus elementos estructurales: el objeto.

Adicionalmente, frente a la situación en que se encuentra el acreedor de buena fe que aún no ha consumido el bien fungible, surge la inquietud de precisar si en el intervalo comprendido entre el pago y el consumo del bien, procedería la acción reivindicatoria. Pero ello viene concatenado con lo explicado atrás, ya que si no lo ha consumido el bien, la propiedad del mismo no se ha consolidado al no darse el requisito que el artículo establece, razón por la cual la acción reivindicatoria sería efectiva sin ningún inconveniente. Finalmente, es importante precisar dentro de la cuestión que se analiza que en el momento en que se consume el bien fungible por parte del acreedor que de buena fe lo recibe en pago por quien no era su propietario, se crea un derecho en el patrimonio de aquel, que tiene el poder suficiente para enervar incluso una reivindicación por el precio o por el equivalente pecuniario, que podría plantearse a semejanza de la figura que consagra el artículo 955 del Código Civil. Ello es así en razón de la buena fe que asiste al acreedor que recibe el pago en las circunstancias antes comentadas.

4.7 PAGO HECHO AL TITULAR APARENTE DEL CRÉDITO

- *ART. 1634 C.C. —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.

En este caso se presenta una aplicación de la teoría del error común creador de derecho, pero no una aplicación de la figura de las adquisiciones a *non domino*. En estricto sentido no se ve sobre qué pueda recaer un derecho de propiedad, pero sí evidentemente se puede ver la validez de una situación que en realidad debería ser catalogada como ineficaz ante el derecho. Conlleva simplemente a señalar que una situación de aparente legalidad evidentemente goza de tal atribución, es decir de legalidad, por mera protección de aquellos que fundamentan su actuación en una buena fe exenta de culpa.

4.8 PAGO DE LO NO DEBIDO

- *ART. 2321 C.C. —El que pagó lo que no debía, no puede perseguir la especie poseída por un tercero de buena fe, a título oneroso; pero tendrá derecho para que el tercero que la tiene por cualquier título lucrativo, se la restituya, si la especie es reivindicable, y existe en su poder.*

Las obligaciones del donatario que restituye son las mismas que las de su autor, según el artículo 2319.

Este artículo presenta una situación similar a la que atrás se ha debatido, en el sentido de determinar si se presenta una situación de irreivindicabilidad del bien o si efectivamente se adquiere un derecho de propiedad sobre el mismo, sin que exista una voluntad real del tradente de realizar la transferencia. Esto es así por cuanto, al declararse que el pago se

realizó en cumplimiento de algo no debido, el fundamento de la transferencia debe considerarse insubsistente. En este caso, quien ha transferido efectivamente tiene la propiedad, y ha realizado el pago o la transferencia con la creencia de que tenía una obligación, la cual era, en realidad, inexistente.

Cuando se hace pago de lo no debido, el que lo hizo goza de una protección por medio de la cual puede repetir en contra de quien recibió tal pago, tal y como lo consagra el artículo 2313 del Código Civil. En tal caso, se estaría confirmando que nunca se debió transmitir el derecho de dominio sobre el bien que se entregó erróneamente.

En relación con el tercero que lo recibe, se advierte que su situación es diferente si su adquisición se ha realizado a título oneroso o a título lucrativo. Si el tercero ha recibido el bien mediando un título lucrativo (gratuito), se permite que proceda la restitución a pesar de que sea un sujeto de buena fe, pues lo que se establece allí es que no existe detrimento alguno en relación con el patrimonio de este tercero.

Pero cuando la adquisición del tercero se ha realizado a través de un título oneroso, ocurre allí que al estar, adicionalmente, en una situación de buena fe, se le garantiza que el bien sea irreivindicable, con lo cual su titularidad se consolida. No se trata, pues, de una adquisición a *non domino*, sino de la confirmación de una cadena de títulos de dominio, la cual es ratificada, dada la buena fe de este adquirente y el esfuerzo económico que ha realizado en la adquisición del bien correspondiente.

5. CASOS PARTICULARES CONSAGRADOS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

5.1 EXCEPCIONES A LA ACCIÓN CAMBIARIA POR APLICACIÓN DE LA BUENA FE

- *ART. 784 C.Co. —Contra la acción cambiaria sólo podrán oponerse las siguientes excepciones:*

11. Las que se deriven de la falta de entrega del título o de la entrega sin intención de hacerlo negociable, contra quien no sea tenedor de buena fe;

12. Las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio o contra cualquier otro demandante que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa.

De la lectura inicial de este artículo, se puede advertir que en el numeral 11 se hace referencia a un tenedor del título valor de buena fe simple, mientras que el numeral 12 se habla de tenedores de buena fe exenta de culpa. Frente a los antecedentes y explicaciones para esta diferencia, se encuentran posiciones variadas en la doctrina nacional. Sostiene Luís Salomón Hello Kattah que este trato se debe a que en el primer caso, donde existe falta de entrega del título o ésta se realiza pero sin intención de hacerlo negociable, se trata de hechos jurídicos que no dejan huella por ser eminentemente subjetivos, a diferencia de lo que ocurre en el otro caso del numeral 12, en el que donde los hechos jurídicos son más concretos, mas objetivos.⁶³ Para Humberto de la Calle Lombana la diferencia radica en la decisión del legislador de separarse del Proyecto INTAL en la adopción de la teoría de la creación, para determinar que el fundamento de la obligación cambiaria es la firma seguida de la emisión del título. Según este tratadista lo que el legislador quiso fue atemperar su decisión de abrazar la teoría de la emisión y el efecto de tal acto: basta la buena fe simple para que el problema atinente a la emisión se torne indiscutible frente al tenedor⁶⁴. Para Hello K., lo que sucede al parecer es una situación en la que al hablarse llanamente de

⁶³ HELLO K., Luis S. De los títulos valores en general. Bogotá : Lito Estudio, 1973. p.55. Citado por DE LA CALLE LOMBANA, Humberto. La acción cambiaria y otros procedimientos cambiarios. Medellín : Dike, 1987. p.46.

⁶⁴ Ibid., p.47.

buena fe, los que se protege es la simple confianza con que obran los terceros ajenos a las vicisitudes que pudieran atacar la legitimidad del título, por ser una situación, ya sea la de la carencia de la intención de hacerlo negociable o la de falta de entrega, de marcado contenido oculto, si se quiere, y en la que exigirle al tercero de buena fe una diligencia mayor iría en contra de la ágil y natural circulación de los títulos valores. Para De la Calle lo que sucede es que si se evitan los efectos plenos de la teoría de la emisión de los títulos valores se crea una protección a los terceros de buena fe. Si se dice que el fundamento de la teoría de la emisión radica en la efectividad de la acción cambiaria por medio de la firma del título y de su emisión con la intención de hacerlo negociable, quien de hecho lo roba o lo encuentra y lo endosa a un tercero de buena fe, este, en principio, no podría hacer efectiva la acción cambiaria por no haberse presentado la entrega, como lo exige la teoría de la emisión. Sin embargo, el numeral permite que, a pesar de ello, el tenedor logre hacer proceder tal acción, logrando evidentemente atemperar los efectos de esta teoría.

Lo que ocurre frente al numeral 12, en el que se le exige al demandante una buena fe exenta de culpa para que no se le puedan oponer las excepciones derivadas del negocio causal, es que la ley favorece a quienes se ven demandados en tales circunstancias, dándoles una mayor facilidad para demostrar la falta de diligencia de quien pretende instaurar la acción. Como lo dice De la Calle Lombana, para el que ejerce la acción cambiaria su inmunidad se establece en el Código de Comercio de manera menos exigente, “puesto que desvirtuar la buena fe exenta de culpa será siempre tarea más fácil que enervar la buena fe simple”⁶⁵.

Ahora bien, profundizando el análisis en cuanto tiene relación con la materia que estamos trabando, , se debe señalar que, de conformidad con las normas sobre circulación de títulos valores, se ha señalado que la titularidad de éstos se adquiere no sólo por haber adquirido el instrumento conforme a la ley de su circulación de manos de quien era su legítimo propietario, sino también, y es el punto fundamental en nuestro estudio, por haber recibido el título de buena fe, aun cuando quien haya realizado la entrega carezca de la respectiva

⁶⁵ Ibid., p.46.

titularidad. Así, se señala que “para que una persona adquiriera un derecho sobre un título valor, basta que el poseedor del mismo (tradens) lo entregue de acuerdo con su respectiva ley de circulación, y que la adquisición se haga de buena fe. El tradente no necesariamente tiene que ser el verdadero propietario del título para transferirlo validamente, puesto que este último se presenta legitimado por la posesión”⁶⁶. Tal principio encuentra fundamento también en normas como el artículo 627 del Código de Comercio, que consagra la autonomía de los títulos valores, al establecer que las circunstancias que invalidan la obligación de alguno o algunos de los signatarios, no afectan las obligaciones de los demás.

En todo caso, es pertinente precisar que en el numeral 11 del artículo 784 del Código de Comercio no se está estableciendo una disposición que determina si existe o no una propiedad sobre el título valor, únicamente se está estableciendo si son procedentes o no las excepciones derivadas de la falta de entrega del título en contra de quien ejerce la acción cambiaria. La misma situación acontece en el numeral 12, en el que se señala que quien no actúa de buena fe exenta de culpa respecto del negocio causal podrá verse expuesto a las excepciones derivadas del negocio causal, sin que deje en ningún momento de ser propietario del título valor.

5.2 PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA EN MATERIA DE TÍTULOS VALORES

- *ART. 820 C.Co. —La acción reivindicatoria procederá contra el primer adquirente y contra cualquier tenedor ulterior que no sea de buena fe exenta de culpa.*

⁶⁶ GÓMEZ CONTRERAS, César Darío. Títulos valores. Santa fe de Bogotá : Temis, 1996. p102.

El tercero de buena fe exenta de culpa, que recibe el título de quien aparentemente es el tenedor legítimo pero que, en realidad, no lo es, goza por virtud del artículo en comento de una protección de irreivindicabilidad. El que se ve despojado del título de manera primigenia no puede adelantar la acción reivindicatoria en contra de aquel que de buena fe exenta de culpa lo haya recibido.

Como sabemos, uno de los requisitos de la tradición es la calidad de propietario del tradente; es decir, el que pretende transferir debe ser el titular del derecho que se ha obligado a radicar en otro patrimonio. Por ello, insistentemente se dice que nadie puede transmitir más derechos de los que tiene. Sin embargo, en materia de títulos valores, como ya lo señalamos, para que se adquiera el derecho de propiedad sobre el título valor se requiere que el instrumento sea entregado de acuerdo con las respectivas leyes de circulación y que quien lo recibe tenga la convicción, confirmada con actuaciones que demuestren su diligencia, de que la titularidad está radicada en quien le entrega y que está utilizando los mecanismos establecidos en la ley mercantil para que la transferencia se efectúe. Es decir, se exige que quien recibe el título sea un sujeto de buena fe exenta de culpa. Con este principio, el ordenamiento comercial protege no sólo al adquirente de buena fe exenta de culpa, sino que también preserva la confianza de los particulares en el tráfico mercantil y, particularmente, en la circulación de los títulos valores. De manera que quien reciba tal título valor de quien no es su verdadero propietario, a pesar de ello, adquiere la propiedad del título y por dicha razón la acción reivindicatoria se hace improcedente en tales eventos.

En conclusión, el artículo que se analiza establece que frente a un título valor adquirido, en circunstancias que permitan apreciar una actuación de buena fe exenta de culpa, el ordenamiento establece que no procederá la acción reivindicatoria, pues el tenedor del mismo ha confiado en el sistema establecido para la circulación de los títulos valores y ha tenido la convicción de que quien le ha entregado el instrumento era, en apariencia sólida, un tenedor legítimo, quien se presume lo adquirió a su vez conforme a las leyes de circulación.

Dicha actuación de buena fe exenta de culpa y la necesidad de asegurar la confianza en la circulación de los títulos valores, conducen a sostener que el ordenamiento crea en dicho adquirente el derecho de propiedad sobre el título valor así recibido, así quien se lo haya entregado no haya tenido tal derecho en su patrimonio. En tal sentido señala César Darío Gómez que “el nuevo titular de la relación cartular incorporada en él adquiere un derecho originario, no derivado de su antecesor, o sea, por qué no se verifica una sucesión entre el *tradens* y el *accipiens*, sino que, por el contrario, el nuevo titular, al recibir el documento que lo contiene, lo adquiere en forma originaria, pues el derecho nace nuevo para él por estar incorporado representativamente al documento, con el que se haya unido en conexión permanente. En este evento, no hay la relación que se denomina de *sucesión*, y el derecho se adquiere independientemente de la situación que tenía quien lo transfiere, de tal modo que dicha adquisición parece hecha *ex novo*, vinculando directamente al deudor con el nuevo acreedor, por lo que se dice que tal adquisición no es derivada sino originaria”⁶⁷

5.3 ADQUISICIÓN EN FERIA O MERCADO, EN VENTA PÚBLICA O EN REMATE JUDICIAL DE COSAS CON RESERVA DE DOMINIO

- *ART. 960 C.Co.—Quien de buena fe exenta de culpa adquiera en feria o mercado, en venta pública o en remate judicial, cosas que hayan sido vendidas bajo reserva del dominio, sólo estará obligado a devolverlas cuando le sean reembolsados los gastos que haya hecho en la adquisición.*

Crea este artículo una verdadera protección al que compra en una feria o mercado, en venta pública o en remate judicial, prefiriéndose al poseedor por encima del verdadero propietario, pues para que a este deba restituirse el bien, deberá pagar el precio que el comprador haya pagado por la cosa. Como bien se sabe, la persona que vende con pacto de

⁶⁷ GÓMEZ CONTRERAS, Op. cit., p.104.

reserva de dominio conserva para sí la titularidad de la cosa hasta tanto se le pague la totalidad del precio estipulado en el contrato (art. 952 C.Co.). Si el bien así recibido es posteriormente vendido, en las circunstancias arriba señaladas, a favor de un tercero de buena fe exenta de culpa, este adquiere tan solo la posesión de la cosa o una expectativa de derecho, pero no la propiedad del bien de que se trate. No obstante, su buena fe exenta de culpa lo hace merecedor de una protección especial por parte del legislador, que obliga a quien pretende la restitución del bien, a pagar los gastos en que haya incurrido dicho tercero para su adquisición. No se puede hablar en este caso de una adquisición del derecho de dominio sobre la cosa porque si ello fuese cierto, quien lo adquiere y tiene derecho a que se le reembolsen los gastos que haya en tal adquisición, no estaría disfrutando de una de las facultades consagradas sobre el derecho de dominio, cual es la exclusividad. El derecho de propiedad otorga a su titular la facultad de oponerse a la intromisión de un tercero, por lo que no tendría en principio que soportar a nadie en el disfrute de dicho derecho.

6. ¿ES POSIBLE PLANTEAR UN PRINCIPIO GENERAL SOBRE LAS ADQUISICIONES A *NON DOMINO* EN EL DERECHO COLOMBIANO?

La distinción que se ha esbozado en las páginas anteriores entre un principio de irreivindicabilidad y la adquisición del derecho de propiedad es fundamental para el tema que estamos analizando, ya que conduce a la construcción de la teoría de las adquisiciones a *non domino* en Colombia, y permite separar los diferentes efectos que en uno y otro caso se producen.

En algunos de los eventos que se ilustraron, se logró determinar que muy posiblemente lo que se podría consagrar allí es que la situación de un sujeto de derecho en relación con un bien es inatacable, permitiéndose una verdadera irreivindicabilidad de la cosa. Sin embargo, en opinión de Díez Picazo, la irreivindicabilidad lleva a consumar una verdadera adquisición. “No tiene sentido pensar que el tercero ostenta una situación irreivindicable y que no ha adquirido definitivamente el derecho”⁶⁸. Frente a la opinión de este ilustre tratadista, la opinión particular de los autores de este estudio es que, desde el punto de vista conceptual, las dos situaciones son contrarias, jurídicamente hablando, a pesar de que se pueda creer que una es consecuencia natural de la otra.

El hecho de que en determinadas circunstancias la ley establezca que un bien no es susceptible de ser reivindicado no necesariamente conlleva que el sujeto favorecido con dicha circunstancia sea entonces el propietario de éste, pues, en realidad, el bien no entra al patrimonio del sujeto como podría pensarse, sino que lo que se concreta es una posesión del bien, que estará destinada a dar lugar a la propiedad con el paso del tiempo, a través de la figura de la prescripción.

⁶⁸ DIEZ – PICAZO Y PONCE DE LEON, Luís. Madrid : Tecnos, 1983. p.386.

Contrario sensu, si se adquiere el derecho real de dominio sobre un bien, se predica inmediatamente de él que es irreivindicable, pero por razón de la naturaleza propia del derecho de propiedad así consolidado. Así pues, en algunos otros de los eventos analizados, la estructura de las normas y su fundamento conducen a pensar que la intención del legislador fue radicar directamente la propiedad de los bienes, estableciendo una excepción evidente al sistema de título y modo, pero basada dicha determinación en la necesidad de amparar la buena fe exenta de culpa.

A pesar de las diferencias antes apuntadas lo que en realidad se presenta cuando estas dos figuras tienen lugar, es el interés del ordenamiento jurídico en proteger la buena fe con la que obra el sujeto que pretende adquirir tales bienes. Por un lado, si se dice que son situaciones de irreivindicabilidad, se infiere que se trata de una especial protección a la buena fe del sujeto que cree adquirir el bien por parte de quien se presenta como su verdadero titular. Por el otro lado, por aplicación del principio de buena fe exenta de culpa se puede llegar a configurar en el patrimonio del sujeto el derecho de propiedad sobre un determinado bien aun cuando él no lo haya recibido de quien tenía la facultad para realizar la correspondiente transferencia. Sucede entonces que las figuras analizadas divergen en cuanto a si con ellas efectivamente el bien se consolida en la prenda general de los acreedores o si simplemente sobre éste recae es una simple posesión regular que pretende consolidarse en el derecho de propiedad por el transcurso del tiempo. Luego, cuando se entra a diferenciar tales hechos, se llega necesariamente a las diferencias entre poseedores y propietarios, unos con una expectativa de llegar a obtener el derecho de propiedad y otros con éste ya al interior de su patrimonio.

No obstante la diferencia conceptual que se ha anotado, la realidad muestra que las situaciones de irreivindicabilidad presentan unas características que conducen a que, en realidad, el derecho de propiedad del “verdadero” titular carezca de sentido. Se puede decir que se le presenta el inconveniente al verdadero titular de no poder ejercer en ningún momento la acción reivindicatoria, no obstante no perder formalmente tal propiedad, sino únicamente la negativa a ejercer uno de los atributos que otorga el derecho de dominio, cual

es el de poder perseguir la cosa en manos de quien la tenga. Así, la realidad estaría mostrando un evento en el cual se tiene el derecho de propiedad pero sin los atributos inherentes que contiene. Si hace falta el ejercicio de uno de los elementos esenciales de la propiedad se puede decir que se desnaturaliza la esencia del dominio, por lo que no es o deja de ser tal derecho. Si no se puede usar, ni siquiera perseguir la cosa, en la práctica deja de pertenecer al sujeto que aparentemente es su titular trate, porque es un sinsentido decir que se tiene la propiedad de un bien que no se puede disfrutar y que tampoco se puede perseguir. Por lo anterior, predicar un derecho de propiedad en cabeza de quien no puede ejercer la acción reivindicatoria, lleva definitivamente a pensar que no se conserva la propiedad en cabeza de tal sujeto y que parece más razonable considerar que tal derecho de propiedad se debe entender radicado en cabeza del tercero adquirente de buena fe, pues no podría pensarse que no esté en el patrimonio de ninguno de ellos.

Cuando se dice que la propiedad tiene en su formación la característica de ser un derecho exclusivo, de allí deviene su fuerza interna, pues el propietario puede rechazar la intervención sobre la cosa de todos aquellos que no demuestren derecho sobre ella. Por lo anterior, es claro que solo es el propietario quien puede usar y gozar del bien, salvo que voluntariamente se haya desprendido de tales facultades. En el caso que nos ocupa, es claro que el titular de la cosa irreivindicable no disfruta de tales atributos. Cosa contraria sucede con quien es adquirente de buena fe exenta de culpa del bien. Si él sabe que la cosa es irreivindicable, y que además es poseedor de buena fe, los atributos propios de la propiedad los tiene en la práctica a su favor.

Todo lo anterior nos conduce a pensar que la posibilidad de que el adquirente de buena fe exenta de culpa pueda llegar a ser considerado como propietario no es un pensamiento errado, y que es más, tiene un sustento importante en la interpretación razonable del ordenamiento. Si son tomadas como ciertas las razones planteadas atrás, la propiedad no es ya de quien alega tenerla y que se encuentra en una situación en la que en la práctica tiene un derecho vacío de contenido. Por el contrario, lo razonable es sostener que la propiedad se encuentra radicada en cabeza del sujeto que de buena fe la ha recibido.

Con base en los artículos analizados en los capítulos anteriores, y en las conclusiones que de ellos se elaboraron, la construcción de una teoría de las adquisiciones a *non domino* en el derecho colombiano parece tener un fundamento suficiente.

7. TÍTULO Y MODO EN LAS ADQUISICIONES A *NON DOMINO*

Como ya se señaló al inicio de este estudio, la teoría del título y modo para adquirir los derechos reales implica la sucesión y concatenación de dos actos: por una parte, el título, que representa la causa remota de la adquisición, entendida, en su formulación clásica, como el hecho del hombre o la sola ley que establece obligaciones o lo faculta para la adquisición de los derechos reales, y por otra, el modo, causa próxima, concebido como la manera como se ejecuta o realiza el título.

Al analizar las adquisiciones a *non domino* a la luz del ordenamiento nacional, surge el inconveniente de determinar en dichos casos la existencia del título y del modo para que sea posible considerar radicado el derecho real de dominio en cabeza de quien cree recibirlo de su verdadero titular.

Cuando tiene lugar una adquisición a *non domino*, uno de los requisitos que se mencionan para que ellas se presenten, es la existencia de un negocio oneroso que haya impuesto un sacrificio patrimonial para el adquirente, el cual, además, debe haber obrado con buena fe exenta de culpa. El adquirente de buena fe exenta de culpa obtiene el derecho que se pretendió transmitir, no obstante la limitante del poder de disposición del derecho por parte del *non dominus*, por la existencia de tal negocio de disposición en el que existía una apariencia de titularidad. Por ello, tratadistas como Diez Picazo afirman que la adquisición del derecho de dominio por el tercero es una adquisición derivativa, por cuanto se exige la existencia de un negocio derivativo, bajo el cual se ampara una apariencia jurídica⁶⁹. La buena fe del tercero adquirente radica su existencia en la concreción de dicho negocio jurídico dispositivo con base en el cual fundamenta su confianza de que en apariencia la

⁶⁹ DIEZ – PICAZO Y PONCE DE LEON, Op. cit., p.386.

adquisición se encuentra conforme con el orden jurídico. Sin tal negocio que se celebra entre el que predica tener el derecho de dominio sobre la cosa sin tenerlo y quien lo adquiere bajo buena fe, el requisito exigido para la existencia de las adquisiciones a *non domino* no tendría lugar. Ese negocio dispositivo es necesario para que quien recibe la cosa crea verdaderamente recibirla de quien es su titular, para que en últimas su buena fe tenga nacimiento. Pero lo que pasa es que si se tomara ese negocio causal en el que se pretende la transmisión del derecho de propiedad sin lograrlo, como título suficiente para transmitir el derecho de propiedad, se encontraría con el obstáculo de precisar si efectivamente el modo se cumple por virtud del aparente cumplimiento de la obligación de transmitir el dominio derivada de dicho título o si por el contrario tal transmisión del dominio se efectúa por causas diferentes.

En nuestra opinión el negocio derivativo del que habla Díez Picazo es un elemento que sirve de fundamento a las adquisiciones a *non domino* pero es un título que no se ve realizado o complementado por el modo tradición, porque, como ya dijimos, quien se presenta como supuesto titular del derecho no puede cumplir cabalmente tal obligación. Ese negocio causal en ningún momento puede ser satisfecho, a través de la necesaria complementación con un modo suficiente. Por lo dicho anteriormente se concluye que para que operen las adquisiciones a *non domino* se requiere un acto jurídico con la capacidad de generar obligaciones de dar (título), pero que éste no es el presupuesto único para que se de la adquisición del derecho a *non domino*. Lo anterior, pues como bien se sabe, este tipo de adquisiciones tienen como requisito la entrega de un *non dominus*, es decir de quien no tiene el derecho de propiedad, y la buena fe exenta de culpa del que recibe. Así, encuentra coherencia con lo explicado, lo que señala el señor Gert Kummerow cuando dice que "... el título idóneo pierde significado como causa concreta, en la verificación de los efectos anotados, desde luego que el *tradens* no era dueño de la cosa ni podía enajenarla o crear el derecho real correspondiente a la posesión ejercida por el tercero de buena fe." ⁷⁰ Por tal razón, no se comparten las opiniones que puedan suponer la exigencia de un título para la

⁷⁰ KUMMEROW, Gert. Ensayo sobre la adquisición a *non domino* de bienes muebles. Caracas : Universidad Central de Caracas, 1965. p19.

aplicación de las adquisiciones a *non domino*, inclusive se disiente de las opiniones que indican que entonces el título podría llegar a ser quizá la ley, por las razones anotadas en el capítulo donde se negó tal posibilidad de manera general.

Por otra parte, es sabido que la adquisición del derecho real de propiedad puede ser originaria o derivativa, dependiendo de si existe o no una sucesión jurídica en el derecho real que se pretende adquirir. Frente a las adquisiciones por aplicación del principio de buena fe (adquisiciones a *non domino*) se plantea la discusión acerca de su ubicación frente a las dos alternativas antes mencionadas. Para algunos podría llegar a ser derivativa tal adquisición, arguyendo que quien se hace pasar como propietario del bien a transmitir sin ser efectivamente el propietario de este, hace de mediador entre quien es el verdadero titular del bien y quien es el tercero de buena exenta de culpa. Lacruz, citado por Díez Picazo, piensa que “el derecho adquirido por el tercero deriva del titular material, real o extrarregistral, a través del medio instrumental del titular registral o aparente, por lo que, mediante el efecto convalidante del art. 34 [se refiere a la ley hipotecaria española] el derecho se consolida en el tercero con la extensión y con los límites con que aparezca publicado en el registro”⁷¹. Cuando se habla de efectos registrales, como el de adquirir el bien con los límites y gravámenes que recaen sobre este, es por razón de existir en la escritura el señalamiento de estos, que no pueden ser desconocidos por aplicación de la buena fe pública registral y la apariencia. La razón no es porque se reciba el bien de quien es su verdadero titular, en el caso de inmuebles sujetos a registro, sino porque tales circunstancias que gravan al bien inmueble se reconocen explícitamente en la escritura pública inscrita. Tanto así que si no fuere posible que se conocieren tales gravámenes, serían inoponibles. Frente a ello, dice Kummerow que “el derecho de propiedad se adquiere libre de derechos reales limitados y de las cargas que pudieran pesar sobre el dominio ejercido por el titular originario, si éstos no resultan del propio título y fueren ignorados por el adquirente (CC Italiano de 1942, art. 1.153, CC Griego, art. 1.040). En

⁷¹ DIEZ – PICAZO Y PONCE DE LEON, Op. cit., p.386.

otra forma expresado, para esta posición doctrinal el poseedor queda liberado del deber de respetar los gravámenes que incidan sobre el bien.”⁷².

La otra parte de la doctrina, a la cual adherimos, considera que las adquisiciones por aplicación del principio de buena fe son adquisiciones originarias. Cuando se analizaron en su momento las características de las adquisiciones a *non domino* se señaló que una de ellas era que el adquirente recibía la cosa de quien no es su titular, con lo cual se eliminó de inmediato cualquier sucesión jurídica que del derecho de propiedad pudiera predicarse. El derecho que en últimas se logra adquirir, no proviene de otro.

Luego, queda entonces analizar cuál es el fundamento por el cual el derecho de propiedad tiene lugar en las adquisiciones a *non domino*. Para algunos, lo que sucede en los eventos de adquisiciones mediante la aplicación del principio de la buena fe, es la aparición de una adquisición que se denomina como *per legem*. Para Manuel Albaladejo, “tal adquisición suele disponerla la ley cuando el no titular sí lo era aparentemente, para que el adquirente de buena fe (que ignora que la cosa no es del otro) no quede defraudado en la adquisición que se propuso”⁷³ (subrayado fuera del texto original).

Sin embargo, no se comparte tal opinión, por pretender desconocer la fuerza creadora de la buena fe cualificada. Porque si mediante el modo, el derecho de dominio es radicado en cabeza del sujeto adquirente, en las adquisiciones a *non domino* lo que logra tal surgimiento del derecho es la buena fe, que precisamente es creadora de derechos, que en este caso actúa perfectamente como modo. Si un sujeto actúa de manera honesta, leal y correcta, y a ello le agrega una diligente actuación en busca de la certeza acerca del origen de la titularidad del bien, su situación se ve protegida cuando sin haber recibido tal bien de su verdadero propietario, el derecho real se radica en él, precisamente, por virtud de la buena fe creadora de derechos. Lo que precisamente logra la ley en dichos casos es reconocer tal circunstancia, pero lo que constituyó el derecho de propiedad en si fue la buena fe. Con

⁷² KUMMEROW, Op. Cit., p.27.

⁷³ ALBALADEJO, Manuel. Curso de derecho Civil Español, T. III, Derecho de Bienes. Barcelona : Librería Bosch, 1982. p.91.

ello, al decir que es un modo originario la adquisición por medio del principio de buena fe creadora de derechos, se tiene un mayor fundamento para argumentar la inexistencia de un título en estos eventos, tal como se definió en el capítulo inicial, en el que se concluyó que los modos originarios no requieren título.

8. CONCLUSIONES

De la investigación elaborada, junto con los criterios propios que informaron el espíritu de la presente monografía, se concluye que al interior de nuestro ordenamiento están consagradas las adquisiciones a *non domino*, aunque no de manera expresa. Lo realmente importante de tal conclusión viene a ser la fuerza que se le imprime al principio de la buena fe como modo originario para adquirir el derecho real de propiedad. La adquisición del derecho de dominio viene a ser originaria, no derivada de un negocio anterior ni de la voluntad de un sujeto que deliberadamente decide desprenderse de tal derecho real. La buena fe, acompañada de la diligencia que un hombre razonable impone en sus actos, crea el derecho.

No se puede indicar que en estos casos lo que ocurre es una adquisición por virtud de la ley, como lo hace en un número extenso de doctrinantes. Es, en nuestra opinión, una apreciación equivocada porque es por virtud de la ley que los derechos tienen reconocimiento, pero la ley nunca es generadora de tales derechos. Si se admite la tesis que sostiene que la ley es la generadora de los derechos, la conclusión vendría a ser que en las adquisiciones derivativas de los derechos reales la ley es la que traslada el derecho de un sujeto a otro. La ley debe ser entendida como el respaldo de todos los actos que tienen ocasión en la dinámica del derecho pero no la fuente de estos. Es por ello que las adquisiciones a *non domino* deben ser consideradas como originarias antes que ser consecuencia inmediata de la ley.

Adicionalmente, al señalar que la adquisición del derecho de dominio por aplicación del principio de la buena fe exenta de culpa es un modo originario de adquirir la propiedad, se pone a salvo el principio *nemo plus jura*. No se podría establecer que es una excepción de dicho principio, porque si ello fuese cierto, lo que se entendería es que, el que se presenta como titular del derecho de dominio sin serlo, podría transmitir el derecho de propiedad de

manera efectiva. Pero ello no puede llegar a ser acertado, pues al determinar que la adquisición del derecho de dominio es originaria cuando tiene aparición la buena fe exenta de culpa, se indica que el derecho no deriva de nadie, ni mucho menos de quien no podía disponer de él válidamente. Luego, el principio que indica “nadie puede disponer de más derechos de los que tiene”, no sufre ningún desmedro y se respeta aún en la aplicación de las adquisiciones a *non domino*.

Por otro lado, cuando se está frente al artículo 673 del Código Civil, en el que se enumeran los diferentes modos de adquirir el derecho de dominio, se piensa de inmediato que es una enumeración cerrada y que la existencia de otros no es posible. Sin embargo, ya se ha destacado, mediante uno de los variados desarrollos de la buena fe, que las adquisiciones a *non domino* son un modo originario de adquirir la propiedad, y que sin estar enunciado en tal artículo, no implica ello que su aplicación sea inconsistente. Los principios generales de derecho y por ende sus efectos, sin estar consagrados, gozan de observancia en el ordenamiento, independientemente de su incorporación o no al interior de un Código. El desarrollo jurisprudencial y doctrinario enseña ya de antaño la fuerza con la que el principio de buena fe actúa al interior de los ordenamientos jurídicos. Entonces, reconocer la existencia de las adquisiciones a *non domino* implica, antes que desconocer, reconocer los efectos diversos que el principio de la buena fe tiene, y en ningún momento se pretende, con lo atrás indicado, soslayar la ley imperativa. Lo que se pretende es precisamente darle alcance al derecho, en armonía con todos los elementos que lo componen, entre ellos los principios generales de derecho.

Al encontrarse variadas aplicaciones de las adquisiciones a *non domino* en Colombia, es necesario que se verifiquen, antes de su aplicación, la serie de supuestos que las conforman, para que de esta manera, la idea que se tiene de ellas no se desvanezca por inconsistencias en su aplicación. Cuando se sostiene que existen las adquisiciones a *non domino* al interior de nuestro ordenamiento, con ello se debe procurar mantenerlas como una unidad, como una categoría única que goza de una serie de supuestos, y que por lo tanto, de un continuo

desarrollo acorde con una coherente y reiterada aplicación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia nacional.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel. Curso de derecho Civil Español, T. III, Derecho de Bienes. Barcelona: Librería Bosch, 1982.

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio. Tratado de los derechos reales. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile ; 1998

BARRAGÁN, Alfonso. Derechos reales. Bogotá : Temis, 1971

BUITRAGO FLOREZ, Diego. Buena fe exenta de culpa. Santafe de Bogotá D. C. : Ediciones Jurídicas Radar, 1993.

CAICEDO ESCOBAR, Eduardo Isaac. Derecho inmobiliario registral. Bogotá : Temis, 2001

CONTRERAS, Pedro de Pablo. La propiedad y la transmisión de los derechos reales. En : Derecho privado europeo. Madrid : Colex, 2003.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Jurisprudencia colombiana.

DE LA CALLE LOMBANA, Humberto. La acción cambiaria y otros procedimientos cambiarios. Medellín : Dike, 1987.

DE LOS MOZOS, Jose Luís. Derecho civil, método, sentencias y categorías jurídicas. Madrid : Civitas, 1988.

DE LOS MOZOS, Jose Luís. El principio de la buena fe. Barcelona : Bosch, 1965.

DIEZ – PICAZO Y PONCE DE LEON, Luís. Fundamentos de derecho civil patrimonial
Madrid : Tecnos, 1983.

GÓMEZ CONTRERAS, César Darío. Títulos valores. Santa fe de Bogotá : Temis, 1996.

GÓMEZ GÓMEZ, Miguel. Título y modo. Bogotá : Ediciones Talleres Mundo al día, 1935

GOMEZ R., José J. Bienes. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1983.

GONZALEZ MENDEZ, Amelia, Buena fe y derecho tributario. Madrid : Marcial Pons,
2001.

GONZALEZ Y MARTINEZ, Jerónimo. Principios Hipotecarios. Madrid : Imprenta de
Estanislao, 1924.

GUTIERREZ VIANA, Gloria. Derecho inmobiliario registral. Bogota : ANIF, 1977

HATTENHAUER, Hans. Conceptos fundamentales del derecho civil. Barcelona : Ariel,
1987

HELLO K., Luís S. De los títulos valores en general. Bogotá : Lito Estudio, 1973.

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Bogotá : Universidad externado de
Colombia, 2003.

KUMMEROW, Gert. Ensayo sobre la adquisición a *non domino* de bienes muebles.
Caracas : Universidad Central de Caracas, 1965.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil parte especial, tomo II. Dupré editores : Bogotá, 2004.

MAZEAUD, Henry, León y Jean. Lecciones de derecho civil. Parte II volumen IV. : Ediciones jurídicas Europa-América : Buenos Aires, 1954.

MESINEO, Francesco. Manual de Derecho civil y comercial. La propiedad Mobiliaria. Buenos Aires : Americana, 1971.

MUSTO, Néstor Jorge. Derechos reales Tomo II. Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 1983.

PEÑA QUIÑONES, Ernesto. Derecho Real de Dominio o Propiedad -Alcances y Limitaciones. Tomo 3. Bogotá : Colección Profesores Pontificia Universidad Javeriana, 1994.

PLANIOL, Marcel . Tratado Práctico de Derecho Civil Francés : Garantías de la propiedad. Habana : Juan Buxo, 1927.

QUIROZ MONSALVO, Aroldo. Manual de bienes. Santa Fe de Bogotá : Doctrina y Ley, 2000.

SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho privado estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Santafe de Bogota : Cámara de Comercio de Bogota, 1996.

TAMAYO LOMBANA, Alberto, Manual de Obligaciones. Editorial Temis, Cuarta Edición, 1990.

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTÍZ MONSALVE, Álvaro. Derecho civil parte general y personas, tomo I. Santafe de Bogotá : Temis, 1997.

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTÍZ MONSALVE, Álvaro. Derecho civil derechos reales, tomo II. Santafe de Bogotá : Temis, 2001.

VALENCIA ZEA, Arturo. La posesión. Bogota : Temis, 1968.

VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luís Guillermo. Bienes. Santafe de Bogotá : Temis, 1998.

WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fe. Madrid : Civitas, 1977.