

## EFFECTOS DE LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL ANTE TERCEROS DE BUENA FE EXENTOS DE CULPA, EN CUANTO A LAS VENTAS DE INMUEBLES HECHAS POR EL MARIDO

Planteado en innumerables ocasiones ante el Poder Judicial el gravísimo problema—íntimamente relacionado con la seguridad y estabilidad de la propiedad inmueble—concerniente a las ventas hechas por el marido—después de muerta la mujer y antes de verificarse la partición—de fincas adquiridas a título oneroso durante el matrimonio, los jueces y tribunales tradicionalmente habían resuelto esa cuestión en el sentido de que los poderes del marido cesaban automáticamente, inclusive con respecto a los terceros de buena fe exentos de culpa, desde el instante mismo de la muerte de la esposa y de que, en consecuencia, la venta hecha por el marido debía considerarse como de cosa ajena, por lo cual debía prosperar la reivindicación contra el tercero, aunque éste probara su buena fe y demostrara la prudencia y diligencia con que obró al contratar.

En la sentencia que se publica en seguida la Corte ha modificado esa doctrina sustancialmente, y ha hecho una nueva interpretación de los artículos 1805 y 1806 del C. C., apoyada en los principios sobre el "error común hace derecho" y sobre la BUENA FE EXENTA DE CULPA, así como en el sistema colombiano de registro y en las relaciones entre éste y el error común.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

### PRIMERA PARTE

#### Antecedentes

El 29 de noviembre de 1865 contrajeron matrimonio católico, no civil, en la parroquia de Florida, Arquidiócesis de Popayán, Alonso Triviño y Adelaida Paz.

Por medio de la escritura N° 16, de 23 de enero de 1873, de la Notaría 2ª del Circuito de Cali, Alonso Triviño le compró a Petrona Escobar un lote de terreno situado en el barrio de San Nicolás de la ciudad de Cali.

El 29 de agosto de 1894 falleció la mencionada señora Adelaida Paz de Triviño.

Muerta Adelaida Paz de Triviño, se registró, el 16 de enero de 1906, la escritura de compraventa otorgada en enero de 1873, a que ya se aludió.

Por medio de la escritura N° 287 de 31 de marzo de 1920, de la Notaría de Cali, Alonso Triviño vendió, como de su propiedad, a Francisco A. Palacios, la mitad del mencionado lote de terreno, y por escritura N° 180 de 9 de febrero de 1929, de la misma Notaría, el expresado Triviño le vendió la otra mitad del lote a Francisco Luis Velásquez.

El 21 de febrero de 1923 el Juez 2º del Circuito de Palmira aprobó la partición de los bienes que usufructuaba o de que era responsable la sociedad conyugal que existió entre el señor Alonso Triviño y la señora Adelaida Paz, disuelta desde 1894 por fallecimiento de esta última. En esta partición le fue adjudicado a Aquilina Triviño Paz viuda de Potes, como descendiente legítima y con audiencia y anuencia de su padre, Alonso Triviño, el mismo lote que éste había vendido pocos meses antes, en la forma que se deja expresada.

Fundándose en esa adjudicación y en los demás hechos arriba resumidos, la señora Aquilina Triviño Paz viuda de Potes y los doctores Ernesto González Piedrahita y Hernando Caicedo, que le habían comprado a dicha señora la mitad del lote en cuestión, demandaron en juicio ordinario de reivindicación al doctor Apolinar Guzmán, señalado como poseedor del lote por virtud de las compras hechas a Francisco Luis Velásquez y Francisco A. Palacios.

El juez de primera instancia condenó al señor Apolinar Guzmán a restituir el inmueble referido y las mejoras, previa indemnización de estas últimas, advirtiendo que los demandantes, para recobrar el lote de terreno, están obligados a pagar al demandado, no sólo el valor de esas mejoras, sino también las sumas que por razón de alcantarillado y pavimentación, así como por razón de impuestos municipales, hubiera pagado Guzmán. Los demandantes quedaron también obligados, al tenor de esa sentencia, a pagar al demandado los gastos hechos por éste para producir los frutos civiles.

El Tribunal de Cali confirmó el fallo de primera instancia, con la aclaración de que los demandantes, para el pago de las mejoras útiles, tienen el derecho de opción que les concede el art. 966 del C. C., y con la advertencia de que "para los pagos que por prestaciones mutuas deben hacerse las partes se ajustarán éstas a las prescripciones del art. 553 del C. J., sin necesidad de que

esas prescripciones se determinen en otro juicio".

Contra la expresada sentencia recurrió el señor Guzmán por medio de apoderado.

Entre los cargos formulados contra la sentencia aparece el de violación, por aplicación indebida, del art. 1401 del C. C., que fue el texto en que se apoyó principalmente el Tribunal para llegar a la conclusión de que las ventas hechas por Alonso Triviño deben ser consideradas como ventas de cosa ajena y que, por ello, la adjudicataria Triviño de Potes y quienes a ésta le compraron parte del inmueble pueden reivindicar. Para considerar aplicable al caso el art. 1401, el Tribunal tuvo en cuenta el art. 2335 del C. C.

## SEGUNDA PARTE

### Examen de los cargos

El examen de los cargos formulados contra la sentencia —y más concretamente, el estudio de la acusación fundada en la infracción del artículo 1401— implica la previa dilucidación de estas dos cuestiones trascendentales, íntimamente relacionadas entre sí:

a) —Los poderes de administración del marido sobre los bienes sociales, de que habla el art. 1805 del C. C., y la confusión del patrimonio del marido con el de la sociedad conyugal, a que se refiere el texto subsiguiente, cesan automática, mecánicamente, en el momento mismo de la disolución de la sociedad, con respecto a terceros de buena fe, víctimas de un error invencible, en forma tal que dicha disolución pueda ser alegada eficazmente contra tales terceros cuando éstos, sin haber conocido ni podido conocer la referida disolución, negocian con el marido sobreviviente?

b) —La partición de los bienes de la sociedad conyugal tiene, como la partición de los bienes de la herencia a que se refiere el art. 1401 del C. C., un efecto retroactivo absoluto, implacable, que pueda ser alegado invariablemente por el respectivo adjudicatario contra los terceros de buena fe que negociaron con el marido después de disuelta la sociedad, o dicho efecto retroactivo está restringido y condicionado por principios superiores y generales de derecho, así como por el sistema colombiano de registro de la propiedad inmueble?

Para resolver estas dos cuestiones no basta invocar y aplicar, de una manera mecánica y con un rigor lógico simplista, la regla *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, sobre la base de un

efecto retroactivo irrestricto de la partición, fundado en el art. 1401 del C. C.

Fuéra de que nuestro sistema de registro de la propiedad inmueble incide, por lo que atañe a terceros de buena fe, sobre los efectos de la partición de los bienes de la sociedad conyugal, las dos cuestiones planteadas se relacionan tan íntima y directamente con el principio de la buena fe en su misión creadora y con la tradicional máxima *error communis facit jus*, que la Sala considera necesario, para elucidar las aludidas cuestiones, entrar a estudiar a fondo estos cuatro puntos, que constituyen otros tantos factores de solución: a) aplicaciones del principio fundamental de la buena fe en su misión creadora a la protección legal a los terceros que contratan con aparentes titulares de un derecho; b) aplicación de la máxima "*error communis facit jus*" a las operaciones celebradas por el marido después de disuelta la sociedad conyugal, en relación con inmuebles adquiridos por ésta o para ésta; c) generalización o interpretación extensiva del principio consagrado en los artículos 149, 150, 947, 1547, 1548, 1933, 1634, 1766, 1940, 1944, 2140 y 2199 del Código Civil; d) el sistema colombiano de registro de la propiedad inmueble y los terceros de buena fe.

Antes de entrar a considerar cada una de esas cuestiones es necesario poner de manifiesto que el presente caso no se relaciona para nada con las sociedades conyugales regidas por la ley 28 de 1932 y que la persona contra la cual se pretende la reivindicación no le compró directamente el inmueble de que se trata a quien había sido jefe de una sociedad conyugal ya disuelta.

El demandado les compró el inmueble en referencia a Francisco Luis Velásquez y a Francisco A. Palacios. Este le había comprado una parte de la finca a Susana Varela, a quien se le había adjudicado en la sucesión de Luis Aragón, el cual, a su vez, le había comprado al ya citado Francisco A. Palacios, quien en 1920 había negociado con Alonso Triviño, cónyuge sobreviviente de la sociedad conyugal Triviño-Paz. Velásquez, por su parte, le había comprado a Alonso Triviño en 1921. Se hace esta advertencia porque las reglas y principios que van a exponerse sobre protección a terceros de buena fe pueden tener restricciones, limitaciones o modificaciones cuando el tercero ha negociado directamente con quien había sido jefe de una sociedad conyugal disuelta.

## CAPITULO I

Aplicaciones del principio de la buena fe a la protección legal de los terceros que contratan con aparentes titulares de un derecho

“Desde que el derecho se humanizó —dice Gorphe— se saturó de un principio bienhechor que se ha llamado el principio de la buena fe y que se impuso al respeto general”. “La noción jurídica de la bona fides —agrega el mismo autor más adelante— se impregnó de ideas morales y religiosas desconocidas de la antigüedad y se extendió al conjunto del derecho privado”.

El principio de la buena fe, según la doctrina brillantemente expuesta por el autor citado, tiene una función creadora, que consiste en hacer surgir el derecho del hecho, y una función adaptadora para modelar el derecho sobre el hecho, y se presenta en tres formas: a) como criterio de apreciación y por lo tanto de interpretación de los actos jurídicos. En esta primera forma aparece bajo su aspecto original, relacionado con su fuente, la noción de justicia, base ideal del derecho; b) como objeto de obligación en las relaciones jurídicas. Aquí se presenta en su aspecto negativo para darle a las manifestaciones caracterizadas de mala fe las correspondientes sanciones; c) como objeto de protección legal.

Esta tercera forma es la más rica en aplicaciones. La buena fe se nos presenta entonces en su aspecto positivo y dotada de una eficacia propia bastante hasta para suplir la falta de derecho.

Entre esas aplicaciones se destaca la concerniente a los actos jurídicos celebrados con el titular aparente de un derecho.

“Aquí —dice el autor citado— la eficacia de la buena fe presenta una gravedad particular, en cuanto ella no opera sino en detrimento del verdadero titular del derecho. La cuestión se presenta bajo la forma de un conflicto de derechos entre el verdadero titular y el tercero de buena fe, causahabiente del titular aparente: uno de los dos debe necesariamente ser sacrificado”.

Planteado ante la Corte de Casación francesa ese conflicto, en un asunto célebre (affaire de la Boussinière), lo resolvió dicha alta entidad, por superiores motivos de equidad y de utilidad social, en el sentido de proteger al tercero de buena fe. Se trataba de un negocio celebrado con un heredero aparente. Sin ningún texto aplicable al caso controvertido, la citada Corte declaró que los actos jurídicos ejecutados por los terceros de buena fe con el heredero aparente

podían ser opuestos a los herederos verdaderos, aunque no se probara culpa de estos últimos.

Esa jurisprudencia fue adoptada por la Corte de Casación rumana, que aplica el mismo Código de Napoleón, y ha sido comentada de esta suerte por el profesor Capitant:

“La cuestión de saber si los actos de disposición ejecutados por el poseedor de la sucesión se pueden oponer al heredero que ha hecho conocer su derecho a la herencia, no tiene interés en lo concerniente a los actos relativos a muebles. En efecto, para los muebles corporales y los títulos al portador, el adquirente está protegido contra la reivindicación del heredero por la regla: tratándose de muebles, la posesión vale como título, y, por otra parte, el art. 1240 del C. C. valida los pagos hechos al poseedor de la acreencia. La cuestión no puede, pues, plantearse sino para los muebles incorpóreos. Para los inmuebles tiene, en cambio, una grande importancia, y ha dado lugar a cuatro sistemas diferentes que se encuentran en el Tomo X, N° 616, de Aubry et Rau. El más riguroso de ellos, que se apoya sobre el principio: *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, se pronuncia por la nulidad de estos actos, no obstante la buena fe del adquirente. Es el mismo que habían adoptado las antiguas sentencias de las cortes de apelación. “Por el contrario, la Corte de Casación, desde el 3 de agosto de 1815, se pronunció en favor de la validez de los actos ejecutados por el heredero aparente cuando el adquirente es de buena fe. Desde entonces la Corte no ha cambiado, pero sí ha invocado diversos argumentos. En tres sentencias de la Sala Civil, de 16 de enero de 1843, (D. P. 1843, 1. 49; S. 1843, 1. 97), se refirió a la idea de *saisine collective*. Actualmente invoca el error común e invencible que ha engañado a los terceros. Y sostiene que no hay lugar a distinguir si el poseedor de la herencia es un sucesor ab intestato o un legatario, y que tampoco hay lugar a tomar en cuenta su buena o su mala fe. Solamente son necesarias dos condiciones: el error communis y la buena fe del adquirente”.

Se ha discutido mucho en los últimos años la cuestión de si esa solución admitida con respecto a los actos celebrados por terceros de buena fe con un heredero aparente, puede ser extendida a todos los actos celebrados con un propietario aparente.

La Corte de Casación francesa, en sentencia de 20 de junio de 1910, relativa a otro caso célebre, en que ya no se trataba de un heredero aparente sino de un pro-

pietario aparente, puso, por encima de los intereses del verdadero titular del derecho, los del tercero de buena fe que había negociado con el propietario aparente: por acto notarial regularmente transcrito un señor Maujat había adquirido en 1900, de un señor Bastin, una caída de agua llamada Saut-du-Cluzal y un terreno llamado Barru, en Saint-Barthelemy-le-Plein, y después, en 1906, por acto notarial regular, había consentido una hipoteca en favor de un señor Durupt, cuando en realidad el Saut-du-Cluzal pertenecía ya a la Sociedad de Minas de Saint-Barthelemy-le-Plein. La Corte de Nimes consideró que el adquirente estaba investido, con respecto a terceros de buena fe, y en virtud de un título regular, de todos los caracteres de verdadero propietario, y que nada demostraba que el acreedor hipotecario hubiera sabido que tal adquirente no era el verdadero propietario. La Corte de Casación declaró que la hipoteca era oponible a la sociedad propietaria, en estos términos: "Considerando que las hipotecas consentidas por el propietario aparente de un inmueble, en virtud de un título regular, son válidas y tienen efecto en favor de los acreedores de buena fe con respecto al propietario verdadero..."

"Este principio —comenta Gorphe— es interesante. Consagra la validez de los actos de terceros de buena fe aún en los casos en que no aparezca responsabilidad del verdadero propietario y sobre una base mucho más amplia que la del art. 1321. Completa perfectamente, por otra parte, el principio de la protección a los terceros organizada por las medidas de publicidad inmueble, tales como la transcripción en derecho francés y la inscripción en derecho alemán, austriaco y suizo, que regulariza el título del propietario aparente".

Claro está que la buena fe requerida en el tercero debe reunir un maximum de cualidades: debe estar exenta de toda culpa; es decir, que no basta que el tercero que la invoca haya tenido la creencia o la convicción de estar negociando con el verdadero heredero o con el verdadero propietario, sino que es menester que esa creencia no sea el resultado de una imprudencia o de una negligencia en que no habría incurrido una persona avisada y diligente.

"Nadie puede invocar su buena fe —dice el Código Federal suizo— si ella es incompatible con la atención que las circunstancias permitían exigir de quien invoca esa buena fe".

Además, en muchos casos no será suficiente la ignorancia propiamente dicha con respecto a la realidad jurídica. Será menes-

ter una verdadera convicción de que se está procediendo conforme a esa realidad.

Ni está por demás advertir que la presunción general de buena fe contenida en el art. 769 de nuestro Código Civil es muy frágil y susceptible de ser destruida por presunciones simples y especialmente por las que conduzcan a la conclusión de que un hombre prudente y diligente habría hecho investigaciones, averiguaciones y gestiones omitidas por el tercero que invoca la buena fe.

Pero si, al contrario, aparece que hubo un justo motivo para llegar a la convicción de que el heredero aparente era el verdadero heredero o de que el propietario aparente era el verdadero titular del derecho, y además resulta que cualquiera otra persona, por avisada y diligente que se la suponga, habría tenido también justo motivo para llegar honesta y lealmente y de manera excusable a la misma convicción, la buena fe puede entonces llegar a tener esa función creadora de derecho de que habla Gorphe, cuyas características generales y cuyas condiciones de aplicabilidad se precisarán en los párrafos siguientes, al estudiar los otros puntos enunciados, que no sólo se relacionan íntimamente con este del principio de la buena fe, sino que constituyen el complemento indispensable de lo hasta ahora expuesto.

## CAPITULO II

### La máxima "error communis facit jus"

Para explicar y reglamentar técnicamente algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fe —los que miran a la validez de los actos jurídicos realizados en virtud de apariencias engañosas: actos otorgados ante testigos incapaces; contratos celebrados con una sociedad irregularmente constituida, o con gerentes, administradores o representantes irregularmente nombrados o autorizados, o con incapaces irregularmente habilitados o con titulares aparentes de un derecho— la doctrina y la jurisprudencia extranjeras han invocado la vieja máxima según la cual el error común crea el derecho, máxima que, aunque no consagrada explícitamente por ninguna legislación moderna, se considera generalmente como una verdadera regla de derecho positivo.

"Según la expresión de Géný —anota Josserand— todo el derecho no está encerrado dentro de la legalidad; al rededor de la regla formal, al rededor del derecho escrito,

vive y hierve todo un mundo de principios, de directivas y de standards, en los cuales distingue muy justamente Hauriou los principios constitucionales del comercio jurídico, y como una especie de super-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. Más aún: aquellos dogmas consuetudinarios están por encima de estos principios, puesto que escapan a la arbitrariedad del legislador, que no podría desconocer esas verdades superiores, a las cuales él mismo está subordinado, ya que no emanan de él. Los derechos que éste reglamenta no se realizan abstractamente y en el vacío: funcionan en un medio social; desempeñan un papel en ese medio, socialmente, no en una dirección cualquiera sino en vista de fines determinados; su misión es la de realizar la justicia y ellos no podrían rebelarse contra ésta sin que se incurriera en un contrasentido jurídico, en un abuso que acarrearía una sanción".

En el mismo sentido, Bonnecase, en el último tomo de su conocido Suplemento (Sirey, 1936) afirma que "la consagración por el derecho actual de la regla *error communis* se justifica sobre el fundamento de la salvaguardia del crédito público".

Ya la Corte de Apelación de París, muchos años antes, había sostenido que dicha regla "pertenece a ese depósito de máximas que ha sido constantemente considerado como el verdadero suplemento de la legislación".

Por su parte, Algiu, en su tesis sobre esa máxima, había afirmado que la vida de la regla *error communis* se ha perpetuado desde el derecho romano hasta la legislación moderna y que en completo acuerdo con los principios de la interpretación la jurisprudencia la aplica en numerosos casos.

Algunos autores, como Mazeaud ("Revue trimestrielle de droit civil", 1924) interpretan esa máxima con mucha amplitud: le señalan un vasto campo de aplicación.

"Sea como fuere —dice Mazeaud— el adagio *error communis*, tal como es aplicado por nuestros tribunales, les permite proteger contra la ley misma al que no ha cometido ninguna culpa. El error en que éste ha caído debe engendrar todos los efectos jurídicos que se le quisieron atribuir, porque tal error fue inevitable. La apariencia

invencible se coloca en el mismo pie de igualdad de la realidad. La máxima *error communis* aparece, pues, como una regla de orden público, protectora del interés social, que lucha victoriosamente contra el principio de la autoridad de la ley. Es una de las manifestaciones de ese movimiento tan poderoso que sacrifica el interés individual al interés social y que le da al interés público un puesto cada vez más preponderante. No hay que perder de vista, en efecto, que la aplicación de la máxima conduce siempre a sacrificar a los que lógicamente deberían triunfar porque invocan en apoyo de su protección la verdad contra el error. Hay ahí un conflicto de intereses fácilmente solucionable cuando el que se ampara con la ley pretende solamente sacar provecho del error en que incurrió su contraparte; pero el conflicto llega a ser particularmente inquietante cuando cada una de las partes es de buena fe y no ha incurrido en culpa alguna. Es el caso de los actos ejecutados por el propietario aparente o por el mandatario aparente. Pueden invocarse consideraciones de equidad en favor del propietario verdadero más bien que en favor del tercero que ha tratado con el propietario aparente o en favor del mandante aparente más bien que en favor de quien ha tratado con el mandatario aparente? Ya veremos que, sin embargo, en esos casos nuestra jurisprudencia hace triunfar la apariencia invencible".

Otros autores como Demogue y el ya citado Bonnecase, proponen una interpretación más estricta de la regla.

"La máxima se aplica con razón, dice Demogue. Pero hay que distinguir dos situaciones distintas. Si la aplicación de dicha máxima no lesiona ningún interés, si el error no ha causado perjuicio a nadie, la máxima se aplicará sin ningún obstáculo. Será el caso en que se trate de una simple regla de forma (error sobre la capacidad de un testigo, etc.). Si, por el contrario, la aplicación de este adagio tropieza con intereses muy serios: deseo legítimo de consagrar la verdad, deseo de proteger al verdadero propietario, etc., no se aplicará siempre. Los textos, y a falta de éstos la jurisprudencia, fijarán su campo de aplicación. Es el caso cuando se trata de la posesión de estado, o de la posesión, especialmente para el causahabiente del heredero aparente".

Todos los autores concuerdan, eso sí, en que lo mismo da para el caso el error de hecho que el error de derecho y en que para la aplicación de la máxima se requieren estos requisitos:

a) — Que se trate de un error generalizado, es decir, de un error no universal pero sí colectivo;

b) — Que el error haya sido invencible, o sea que hasta los hombres más prudentes y avisados lo habrían cometido. A este propósito dice Gorphe: "No basta la excusabilidad ordinaria; es preciso que el error haya sido necesario, invencible, moralmente imposible de evitar. En esa investigación se tienen en cuenta los usos corrientes, y, sobre todo, las medidas de publicidad que han rodeado el error. Los terceros han podido atenerse legítimamente a las declaraciones contenidas en la publicidad. Por el contrario, no tienen derecho de ignorar lo que ha sido publicado: así, el error sobre la capacidad de un concursado es raramente admisible porque el concurso se ha hecho conocer de todos".

"En realidad, agrega el mismo autor, el error común no sirve sino para hacer presumir que fue invencible el error invocado".

Con la expresada máxima tiene íntima relación la llamada teoría de la apariencia, de tan extraordinario interés en la ciencia jurídica contemporánea. La falsa apariencia produce el error común, una especie de buena fe colectiva. Mazeaud, que se preocupó por estudiar las relaciones entre el error común y la teoría de la apariencia, dice que aquella máxima no es sino uno de los aspectos más interesantes de esa teoría. "La situación de hecho contraria al derecho nacida del error invencible, debe ser mantenida, agrega dicho autor... No habría seguridad social si quien obra con toda la prudencia necesaria no se encontrara protegido. Hay allí una concepción que se desprende de la moral y que es tanto más interesante cuanto parece dirigir nuestra jurisprudencia en todas las ramas del Derecho".

"La complicación cada vez más grande de las relaciones sociales y jurídicas, comenta Gorphe en el mismo sentido, hace que sea cada vez más imposible ir hasta el fondo de las cosas y que uno se vea cada vez más obligado a fiarse de la apariencia. Es el aspecto bajo el cual vuelve a aparecer en el derecho moderno la antigua importancia de la forma. El error que se presenta bajo la forma engañosa de la verdad, es tratado como la verdad misma".

### CAPITULO III

Generalización o interpretación extensiva de los artículos 149, 150, 947, 1547, 1548, 1933, 1634, 1766, 1940, 1944, 2140 y 2199 del Código Civil

En los artículos 149 y 150, que reglamentan los efectos del matrimonio putativo, y

conforme a los cuales son legítimos los hijos procreados en un matrimonio nulo y no se anulan ni se revocan ni se resuelven las donaciones y promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, se consagra no solamente una medida de protección a los hijos sino también una aplicación del efecto creador de la buena fe: desaparecida la causa de las donaciones y promesas a que se refiere el art. 150, éstas no podrían subsistir por falta de causa si la noción de buena fe, en su misión creadora, no fuera bastante para suplir la causa real de esas donaciones y promesas.

En el artículo 947, a la apariencia razonable de derecho se la hace producir, en favor del tercero de buena fe, el mismo efecto que al derecho mismo: basta que la cosa haya sido comprada en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase, para que —como consecuencia de la buena fe que esa circunstancia hace presumir en quien le ha comprado la cosa al que no era dueño de ella— no pueda el verdadero propietario obtener la restitución si no reembolsa lo que el tercero de buena fe haya dado por ella y lo que se haya gastado en repararla y mejorarla. El tercero de buena fe ha tratado con quien presentaba todas las apariencias de tener un derecho, y como consecuencia de ello la ley lo protege contra el verdadero titular de ese derecho.

En los artículos 1547, 1548 y 1933, el legislador limitó, en favor de los terceros de buena fe, las consecuencias lógicas de las condiciones suspensivas y resolutorias. La aplicación rigurosa de la antigua máxima "resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis", conduciría a sacrificar al tercero que ha comprado la cosa que se debe bajo condición o ha obtenido a su favor una hipoteca sobre tal cosa. Pero basta que la condición 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 en favor del tercero— quede éste al abrigo de las consecuencias de la resolución.

Dentro del mismo orden de ideas, el inciso segundo del art. 1634 declara válido el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión de un crédito, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía. La apariencia de acreedor en la persona que recibió el pago de lugar, en esa hipótesis, a un error plenamente excu-

sable por parte del deudor, y, como consecuencia de esto, el verdadero titular del crédito no puede hacer valer contra tal apariencia la realidad de su derecho.

El artículo 1766 les desconoce en absoluto efectos contra terceros, tanto a las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en una escritura pública, como a las contra-escrituras públicas cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz. Y el artículo 1779, aplicando el mismo principio a las capitulaciones matrimoniales, establece que no valdrán contra terceros las adiciones o alteraciones que se hagan a las capitulaciones matrimoniales aun cuando se hayan otorgado en el tiempo y con los requisitos debidos, a menos que se ponga un extracto o minuta de las escrituras posteriores al margen del protocolo de la primera escritura.

En todas las hipótesis a que se refieren estos textos, los terceros quedan protegidos contra las consecuencias de actos jurídicos que no estuvieren en capacidad de conocer. En esta circunstancia —la de que tales terceros no pudieron conocer dichos actos jurídicos— funda el legislador la limitación de los naturales efectos de esos actos.

Por medio de los artículos 1940 y 1944 se sujeta a lo dispuesto en los ya citados artículos 1547 y 1548 el efecto, contra terceros, del pacto de retroventa y de otros pactos accesorios al contrato de venta, para que los terceros que no hayan podido tener conocimiento, por el registro, de tales pactos, no vean burlada, como consecuencia de éstos, su creencia excusable.

Pero todavía se ve mucho más claro el efecto creador de la buena fe en los artículos 2140 y 2199. Según el primero de esos textos, la disolución de una sociedad antes de expirar el término prefijado, no puede alegarse contra terceros sino cuando se ha dado aviso de la disolución por medio de la imprenta, o por carteles fijados en tres de los parajes más frecuentados del respectivo lugar, o cuando se prueba que el tercero ha tenido oportunamente noticia de ella por cualesquiera medios. El segundo de los artículos citados protege al tercero de buena fe que negoció con un mandatario aparente cuando no se ha publicado la expiración del mandato y parece probable la ignorancia del tercero.

En una y otra hipótesis, contra una realidad jurídica —disolución anticipada de la sociedad, expiración del mandato— la ley consagra, en favor de los terceros de buena fe, el efecto de la apariencia que los condujo a un error excusable. La realidad es la

disolución de la sociedad, en un caso, y en el otro, la falta de mandato. La apariencia, derivada de la no publicidad, es la no disolución en la primera hipótesis, y la existencia del mandato, en la segunda. Al tercero que se atuvo a la apariencia no lo sacrifica la ley en nombre de la realidad.

Por las anteriores citas, que podrían multiplicarse, se ve claramente que el legislador colombiano, en los casos allí contemplados, y para proteger a terceros de buena fe, le reconoce efectos jurídicos trascendentales a una apariencia de derecho de la cual se ha derivado un error invencible, y hace ceder ante ella la realidad jurídica. En otros términos: cada uno de esos textos consagra una medida de protección en favor del tercero de buena fe que incurrió en un error invencible, y que, como consecuencia de éste, se vería expuesto a que se alegaran contra él las deducciones lógicas, implacables de la verdad jurídica que ignoró, si la ley no le hubiera atribuido en todos esos casos a la buena fe exenta de culpa una función creadora de derecho.

Se trata de saber si todas esas disposiciones constituyen normas de excepción que deban interpretarse restrictivamente, o si, por el contrario, representan simples aplicaciones —en hipótesis especiales y concretamente previstas por el legislador— de un principio superior y general de derecho, sobreentendido por éste y del cual puedan deducirse consecuencias nuevas no consagradas explícitamente por el código.

Lo expuesto en los párrafos anteriores sobre las concepciones doctrinarias y jurisprudenciales concercientes a la buena fe y al error común, sirve para eliminar, en este caso, los frecuentes factores de error que presentan, en lo general, las construcciones jurídicas a base de generalización de textos, y permite asegurar que las disposiciones citadas no son normas de carácter excepcional, que deban ser interpretadas y aplicadas con un criterio rígidamente restrictivo, sino que son consecuencias formuladas por el propio legislador —para hipótesis que él pudo y estimó necesario prever y resolver concretamente— del principio general y superior de derecho consignado en la máxima *error communis facit jus*, de tan perfecta aplicabilidad dentro del orden jurídico positivo colombiano como dentro del orden jurídico positivo francés, y que a su turno no es otra cosa que la explicación y reglamentación técnica de algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fe.

Para el caso presente —dicho sea de paso— no es necesario darle a esa máxima el



vastísimo alcance que le dan los autores que, como Mazeaud, le señalan un mayor campo de aplicación.

Aún aceptando la concepción restrictiva de los expositores que, como Bonnecase y Demogue, se empeñan en limitar y circunscribir su dominio, dicha máxima lleva inevitablemente, como se verá más adelante, a estas dos conclusiones, que son las únicas que en el presente litigio hay que destacar y precisar:

a)—No cesan mecánica y automáticamente, en el momento de la disolución de la sociedad conyugal, en cuanto se refieren a terceros de buena fe víctimas de un error invencible, los efectos jurídicos de los artículos 1805 y 1806 del Código Civil;

b)—El efecto retroactivo de la partición de los bienes de la sociedad conyugal no tiene ni puede tener el carácter absoluto que tiene el de la partición de los bienes herenciales, conforme al artículo 1401, sino que está condicionado por lo que acaba de exponerse en relación con los artículos 1805 y 1806.

#### CAPITULO IV

##### El sistema colombiano de registro y los terceros de buena fe

En el mensaje del Poder Ejecutivo chileno dirigido al Congreso, con el cual se acompañó el proyecto de Código Civil, el cual mensaje, según es sabido, es obra de Bello, se justifica en estos términos la institución del Registro, tal como estaba formulada en el referido proyecto y quedó en el Código:

"En cuanto a poner a la vista de todos el estado de las fortunas territoriales, el arbitrio más sencillo era hacer obligatoria la inscripción de todas las enajenaciones de bienes raíces, incluidas las transmisiones hereditarias de ellos, las adjudicaciones y la constitución de todo derecho real en ellos. Exceptuáronse los de servidumbres prediales, por no haber parecido de bastante importancia. Pero como no sólo los actos entre vivos sino las transmisiones hereditarias están sujetas respecto a los bienes raíces a la solemnidad de esta inscripción, todos los referidos bienes, a no ser los pertenecientes a personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas, que producirían un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial. Son patentes los be-

neficios que se deberían a este orden de cosas: la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos; la propiedad territorial de toda la República a la vista de todos, en un cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente, sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas; la hipoteca cimentada sobre base sólida; el crédito territorial vigorizado y susceptible de movilizarse. La institución de que acabo de hablaros se aproxima a lo que de tiempo atrás ha existido en varios estados de Alemania y que otras naciones civilizadas aspiran actualmente a imitar. Sus buenos efectos han sido ampliamente demostrados por la experiencia".

De conformidad con ese pensamiento y para realizar los fines allí indicados, se organizó, lo mismo en Chile que entre nosotros, el registro o inscripción de los instrumentos públicos, no sólo para servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos, sino también para dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los mismos bienes raíces o les imponen gravámenes o limitaciones, "poniendo al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble", según la expresión del propio legislador.

Dentro de ese orden de ideas estableció la ley, como una de las obligaciones fundamentales de los registradores, la de "certificar, con vista de los respectivos libros, acerca del estado o situación en que se encuentren los inmuebles existentes en el lugar y respecto de los cuales quieran los interesados saber tal situación; esto es, quién sea el propietario del inmueble o inmuebles..."

Y para que pudieran cumplirse esas finalidades tan clara y explícitamente expresadas así por los autores del Código como por el texto mismo de la ley, dispuso ésta, además, que el registrador llevara, entre otros, un libro de registro número primero, con su adecuado índice en cinco columnas, para la inscripción de los títulos "que trasladen, modifiquen, graven o limiten el dominio de los bienes inmuebles, o que varíen el derecho de administración".

Entre los títulos, actos y documentos sujetos al registro, menciona expresamente la propia ley aquellos que causen mutación o traslación de la propiedad de bienes raíces y para que todo condujera a la realización de esa finalidad antes aludida se dispuso que el registro o inscripción de los títulos



traslaticios del dominio de los bienes raíces, de los constitutivos de hipoteca "y demás relativos a inmuebles", se verificaría en la Oficina de Registro del lugar en que el inmueble esté citado.

Finalmente el legislador, después de reglamentar prolijamente el modo de hacer el registro, estableció la doble norma fundamental en la materia de que "ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas", y de que "ningún título sujeto a registro surte efecto legal respecto de terceros, sino desde la fecha de la inscripción o registro".

Sobre la base de que el registro de la propiedad inmueble tiene las finalidades antes indicadas y está organizado de manera de poder averiguar en cualquier momento quién es el titular de un derecho de dominio sobre una finca raíz, las personas prudentes y diligentes, cuando proyectan un contrato de compraventa o un préstamo con hipoteca o cualquier otra operación jurídica que requiera una previa certidumbre sobre el carácter de dueño del que va a vender o a hipotecar, etc., se limitan a pedir el certificado correspondiente en la respectiva oficina de instrumentos públicos y a exigir la exhibición de las escrituras públicas correspondientes a un período de treinta años, en que consten los actos jurídicos concernientes a las transferencias o mutaciones del dominio en ese lapso.

Con el certificado del Registrador se certiora el presunto adquirente o prestamista de que aparece efectivamente inscrito como dueño del respectivo inmueble el que se presente a la negociación como titular del derecho de dominio, y con las escrituras aludidas averigua si en el proceso de transferencias de propiedad que culminó en esa inscripción hay irregularidades que puedan conducir a una nulidad, a una resolución, a una revocación o a una reivindicación que cambien, con efecto contra el presunto adquirente, la situación jurídica que aparece en el respectivo certificado del Registrador.

Eliminados, con tales elementos, hasta donde ello es posible, los factores de error que pueda haber para llegar a la creencia concienzuda de que efectivamente es propietario incondicional del inmueble el presunto vendedor o prestatario, se procede habitualmente a la celebración del contrato proyectado.

Los bancos —ya por la cuantía de los negocios que realizan, ya por la responsabilidad que ante los accionistas tienen los ge-

rentes, ya porque el volumen de negocios les permite mantener adecuadas organizaciones de investigación y control, entre las cuales se cuenta habitualmente un departamento jurídico servido por abogados competentes— obran generalmente con suma prudencia y diligencia, y sin embargo, en los casos contemplados, limitan normalmente sus investigaciones y sus estudios al referido certificado y a las aludidas escrituras.

De todo lo cual se infiere que nuestro sistema de registro de la propiedad inmueble cumple, entre otras, una misión trascendental de publicidad, que es la que en el presente caso se necesita destacar, por la íntima relación que tiene con la regla sobre el error común y con el principio de la buena fe.

Ya se vio atrás que uno de los autores que más ha profundizado la cuestión de la buena fe —Gorphe— asegura que ese principio jurídico "completa perfectamente el principio de protección a los terceros organizada por las medidas de publicidad inmueble, tales como la transcripción en derecho francés y la inscripción en derecho alemán, austriaco o suizo, que regulariza el título del propietario aparente.

Y en efecto —por la estrecha relación que hay entre los sistemas jurídicos de publicidad y la aplicación de la máxima *error communis facit jus*— no puede prescindirse del estudio de aquéllos cuando de ésta se trata, ya que sólo es posible concebir el error común cuando dichos sistemas de publicidad le han permitido conocer al tercero la realidad jurídica que contra él se quiere alegar.

Si es el caso, en cambio, de aplicar la máxima —siempre que se reúnan los demás requisitos necesarios para ello— cuando los sistemas de publicidad establecidos en un país no le permiten al tercero de buena fe, por avisado y diligente que sea, conocer oportunamente el hecho jurídico cuya ignorancia lo indujo a error.

Que es cabalmente lo que acontece en casos como el presente, porque el hecho jurídico de la disolución de la sociedad conyugal no repercute en el registro ni directa ni indirectamente, sino mucho más tarde, cuando se hace la partición de los bienes sociales.

Si no sólo los particulares cuidadosos y diligentes, sino también las instituciones que, como los bancos, suelen superabundar en precauciones, tienen que limitar habitualmente el radio de sus investigaciones, en casos como el que aquí se contempla, a los datos e informaciones que aparecen en el correspondiente certificado de registro y en las escrituras que allí se mencionan, y si, de otra parte, dada nuestra organización del

registro del estado civil de las personas, no es posible exigir que para cada negocio se hagan averiguaciones sobre dicho estado civil en todas y cada una de las muchas parroquias y notarías de la República, es obvio que ni hay culpa ni hay error inexcusable o vencible cuando en la compraventa de un inmueble, por ejemplo, se procede sobre la base de los datos revelados por el registro y por las correspondientes escrituras. No hay, no puede haber en ello, un "error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas".

### TERCERA PARTE

#### Conclusión

De todo lo expuesto se deduce que efectivamente, como lo sostiene el recurrente, el Tribunal aplicó indebidamente al caso del pleito el artículo 1401 del C. C. que consagra el principio de que la partición no es un acto traslativo sino declarativo de dominio y de que consiguientemente tiene un efecto retroactivo.

Aplicando este texto en la forma en que lo hizo el Tribunal, sobre la base de que ese efecto retroactivo tiene consecuencias ilimitadas, irrestrictas e implacables; desconocidas por ello, por el fallador, las restricciones y limitaciones derivadas de la aplicación de la máxima *error communis* y del principio de la buena fe que inspira, explica y justifica los textos legales antes comentados; olvidada, con esa aplicación, la incidencia de nuestro sistema de registro sobre fenómenos jurídicos como el destacado por el Tribunal, del efecto retroactivo de la partición, que aparece, en el fallo, haciendo cesar de una manera mecánica, el propio día de la muerte de la esposa, la confusión ante terceros del patrimonio del marido con el haber social; convertido, en una palabra, ese artículo 1401 en instrumento de inseguridad, merced a una interpretación que no tiene en cuenta las diferencias entre el caso que en el pleito se presenta, y el de los coasignatarios de una sucesión, con respecto a los cuales no median las circunstancias que aquí condicionan el referido efecto retroactivo de la partición, es obvio que hubo, por parte del Tribunal, una indebida aplicación de ese texto, y que, en consecuencia, tiene que ser admitido el cargo, antes transcrito, que en ese sentido formula el recurrente, determinante de la casación de la sentencia del Tribunal.

Antes de dictar la de instancia que deba reemplazarla, la Corte estima procedente

—así para acabar de destacar los fundamentos jurídicos de la infirmación, como para evitar que con un criterio simplista se hagan aplicaciones mecánicas de la doctrina expuesta— llamar la atención hacia las diferencias que van entre el caso concreto a que la sentencia se refiere, en el cual resultan de una aplicabilidad incuestionable los principios explicados, y ciertos casos que sólo en apariencia tienen analogía jurídica con el que aquí se estudia, tales como el del negocio celebrado con un heredero antes de la partición; el del menor que contrata diciéndose mayor de edad; el de la cosa mueble comprada de buena fe a persona respetable que obra también de buena fe, sin tener el derecho de dominio sobre la cosa; el del negocio celebrado directamente por el tercero que invoca su buena fe con el aparente titular del derecho; el de la compra de un predio a una persona que aparece como titular, en el registro, del derecho de dominio, cuando la finca ha sido adquirida por otro en virtud de la prescripción; el de dos terceros de buena fe que pretenden proteger con ésta intereses incompatibles entre sí, etc.

En la primera de las referidas hipótesis —negocio con un heredero que vende un inmueble de la sucesión antes de la partición— es obvio que no se presenta ninguna de las circunstancias que en el caso presente condicionan el efecto retroactivo de la partición. El presunto adquirente tiene que saber, por el registro, que el titular del correspondiente derecho no es el heredero. Mientras no se verifique la partición o no se registre, al menos, la posesión efectiva de la herencia, sigue apareciendo como titular del dominio el causante y no el que se presenta a negociar.

En la segunda de las referidas hipótesis —menor que afirma ser mayor de edad— el legislador estimó necesario formular una excepción expresa, como medida de protección al menor, al principio consignado en favor de los terceros de buena fe por el primer inciso del artículo 1744. De tal manera que en ese caso un texto expreso viene a limitar la atenuación de la incapacidad. El legislador, para evitar que el incapaz "transforme en un medio desleal de lucha un arma que le ha sido dada para amparar su debilidad", atenúa los efectos de la incapacidad, pero hace al respecto una excepción para el caso en cuestión. No demás observar en relación con eso que, según lo advierte y lo explica en "La regla moral", los tribunales ses limitan en lo posible el alcance artículo 1307 —igual al inciso segun-

nuestro artículo 1744—serviéndose para ello del artículo 1311. Ese criterio lo extienden al caso de la mujer casada y llegan hasta declarar que siendo el artículo 1307 especial para el menor y que pudiendo la mujer casada, más fácilmente que el menor, engañar a terceros, la simple declaración mentirosa de capacidad hecha por la mujer constituye un delito civil que la obliga a reparación y le quita, a título de compensación, el derecho de demandar la nulidad del contrato por ella celebrado.

En lo que al tercero de los indicados casos atañe —compraventa de buena fe de una cosa mueble a una persona que de buena fe se cree dueña de ella— basta observar que el artículo 947 del C. C., al autorizar la reivindicación de cosas muebles, con la única excepción de las que hayan sido compradas en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan objetos de la misma clase, precisamente lo que ha hecho es consagrar una presunción de derecho en favor de aquellas personas en quienes hay que suponer la buena fe por haber hecho la compra en circunstancias tales que resultara para ellas de una aplicabilidad necesaria la máxima *error communis*, y consagrar al propio tiempo una presunción legal de mala fe en contra de quienes han comprado en circunstancias distintas.

Cuando el conflicto surge entre dos terceros que con iguales títulos y con idénticas razones invocan su buena fe y pretenden proteger con ella intereses incompatibles —hipótesis por cierto bien rara— claro está que la doctrina en esta sentencia expuesta no encuentra allí un campo de aplicación y que entonces la solución tiene que buscarse en otras reglas jurídicas tales como la de que quien es primero en el tiempo lo es en el derecho y la de que nadie puede transferir a otro más derecho del que el tradente tiene.

Cuando el tercero que invoca la buena fe en su favor ha negociado directamente con el aparente titular del derecho, le será casi imposible a ese tercero poner de manifiesto su falta de culpa, puesto que una persona avisada, prudente y diligente toma referencias acerca del co-contratante y por consiguiente el que no ha obrado de esa manera incurre en uno de esos errores de conducta característicos de la culpa. Sería muy raro mediando esas precauciones elementales viera el adquirente, en la debida diligencia, las informaciones o al menos los necesarios para evitar el error de hecho o de derecho determinante de la nulidad del contrato con el titular apa-

Lo propio sucede en la última de las hipótesis planteadas. Sería difícilísimo, por no decir imposible, que si el presunto comprador ha tomado las providencias propias de una persona prudente y diligente, ignore la adquisición, por parte de un tercero, del correspondiente derecho de dominio en virtud del fenómeno de la prescripción. Esa prescripción supone una posesión prolongada y ostensible que no pueda normalmente pasar inadvertida para quien, en razón de elementales deberes de prudencia, visita previamente el predio que trata de adquirir y se informa acerca de su situación.

Resta, para concluir, llamar la atención hacia la circunstancia de que la doctrina que en el presente fallo se expone, no crea, en contra de los herederos de la esposa muerta, mayores peligros de los que la naturaleza misma de las cosas hace inevitables en el régimen de la sociedad conyugal. Las ventas posiblemente perjudiciales para ellos verificadas por el marido han podido ser realizadas por éste con la misma libertad durante la existencia de la sociedad conyugal, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1805 y 1806, y es obvio que la muerte de uno de los cónyuges y la consiguiente disolución de la sociedad conyugal no son hechos jurídicos de los cuales tenga que esperarse, en favor de los herederos, un cambio de situación jurídica que los ponga al abrigo de una mala administración a cuyos efectos les fue posible sustraerse durante la existencia de la sociedad.

De otro lado cabe advertir que precisamente uno de los más interesantes campos de aplicación de la moderna y trascendental doctrina sobre el fraude a la ley, es este de la sociedad conyugal. Por medio de esa doctrina llegan a ser anulados los actos que el marido ejecute en fraude de los derechos de su esposa, lo mismo que aquellos que ejecute en fraude de los derechos de los herederos, en los casos y mediante las condiciones que la técnica jurídica ha llegado a formular al respecto.

## CUARTA PARTE

### Sentencia de instancia

Para dictar la sentencia de instancia, basta agregar a lo dicho que, en el presente caso, como se verá en seguida, es manifiesta la buena fe, exenta de culpa, del demandado; clara la existencia del error común; innegable la culpa de la adjudicataria demandante, y, por lo menos, sospechosa la actitud de los copartícipes e interesados en el haber de la sociedad conyugal Triviño-Paz.

**Buena fe, exenta de culpa, del demandado**

La señora Adelaida Paz de Triviño falleció el 29 de agosto de 1894, es decir, casi treinta años antes de que el actual demandado comprara el inmueble a que se refiere el litigio. La sociedad conyugal Triviño-Paz se había constituido en 1865, es decir, casi sesenta años antes del aludido contrato de compraventa.

Se trataba, por consiguiente, de acontecimientos bastante remotos, acerca de los cuales no era de esperarse que el demandado hubiera de tener información circunstanciada por el simple hecho de su residencia en la ciudad de Cali. De otra parte, tanto el matrimonio de Alonso Triviño con Adelaida Paz, como la muerte de ésta ocurrieron en la población de Florida, y no en la ciudad de Cali, que fue en donde se celebró el negocio de que se trata en este pleito y que es el lugar de la vecindad del demandado Guzmán, "natural de Popayán y vecino de Cali", según reza la misma demanda.

Se hubiera tratado, por ejemplo, de la muerte de una persona connotada de Cali, ocurrida en esa ciudad poco antes de la celebración del contrato de compraventa, y habría sido, cuando menos, dudosa la buena fe, exenta de culpa, del señor Guzmán, pues hubiera podido presumirse, por parte de éste, el conocimiento de ese hecho jurídico, ya por razón de sus relaciones sociales, ya por las noticias de la prensa, etc., etc. Y establecida esa presunción, se habría podido probablemente constatar una culpa de Guzmán al negociar —sin hacer las averiguaciones correspondientes sobre liquidación de la respectiva sociedad conyugal— con el cónyuge supérstite.

Pero, en el caso presente, no hay lugar ni a una presunción de aquella especie, ni a una deducción como ésta de que se acaba de hablar.

Por otra parte —y esto es lo verdaderamente fundamental al respecto— ni del matrimonio Triviño-Paz, ni de la muerte de la esposa quedó rastro alguno en las escrituras públicas y en el certificado que pudo tener a la vista, para negociar, el señor Guzmán.

Mejor dicho: los medios de publicidad establecidos por nuestra ley tampoco le brindaron, ni podían brindarle, al demandado, datos que fueran bastantes para suscitar siquiera dudas sobre la legitimidad de la operación que iba a celebrar, o para inducir a un hombre avisado, prudente y diligente a hacer averiguaciones adicionales tendientes

a completar la información de las escrituras públicas y del certificado.

En ninguna de las escrituras públicas que aparecen en el expediente, y que se refieren a transmisiones de dominio en un período mayor de treinta años, se dice que Alonso Triviño hubiera sido casado. En ninguna de ellas consta tampoco que hubiera enviudado. Ni directa ni indirectamente aparece en ellas alusión a la existencia de la sociedad conyugal o a la disolución de ésta. En el registro, por lo mismo, ninguna repercusión podían tener la celebración del matrimonio y la posterior disolución de la sociedad conyugal. Es decir, que por medio de las precauciones y cuidados que los hombres diligentes y prudentes acostumbran cuando van a celebrar un contrato como el que celebró Guzmán, no pudo ni habría podido llegar éste a salir del error que lo condujo a negociar en la forma en que lo hizo.

Ya se dijo y se explicó que hasta los bancos, que en estos asuntos son habitualmente modelos de prudencia y diligencia, se limitan en casos como éste a un concienzudo estudio del certificado del registrador de instrumentos públicos y de las escrituras que allí se mencionan.

Y es obvio que el demandado, agotando todos los medios de investigación que podían brindarle el registro y las escrituras públicas respectivas, no podía llegar a saber el matrimonio celebrado en 1865 y la disolución de la sociedad ocurrida en 1894, puesto que —se repite una vez más— no hay una sola de esas escrituras en que se haga siquiera alusión a aquel matrimonio o a esta disolución.

El juicio de sucesión de Adelaida Paz de Triviño se había iniciado no en Cali sino en Palmira, y las diligencias que allí se hubieran adelantado ninguna repercusión habían podido tener en el registro, ni es de suponer que tales diligencias habían tenido que llegar a conocimiento de quien, como Guzmán, residía en otro lugar.

Finalmente, no había por qué exigirle a Guzmán —porque ello no se exige ni se espera de los hombres avisados, prudentes y diligentes que van a celebrar un contrato de compraventa— que hiciera previamente averiguaciones en todas y cada una de las parroquias y notarías de la República sobre todos los matrimonios y todas las muertes que hubieran podido tener alguna incidencia sobre las diversas situaciones jurídicas a que se refieren todas y cada una de las escrituras públicas concernientes a las transmisiones de dominio en un período mayor de treinta años.

En síntesis: no sólo desde el punto de vista de la insuficiencia para el caso de los medios jurídicos de publicidad establecidos por nuestra ley (registro de instrumentos públicos, publicidad de las escrituras, registro del estado civil), sino también desde el punto de vista de los demás hechos aludidos (residencia de Guzmán, larguísimo lapso transcurrido entre la muerte de Adelaida Paz y el contrato de compraventa, falta de publicidad social de dicha muerte en la ciudad de Cali en la época del negocio, etc.), puede considerarse la buena fe de Guzmán como exenta de culpa, ya que, comparada su conducta con la de un hombre avisado y diligente colocado en las mismas circunstancias externas, no se advierte en aquél una falta de prudencia en que no hubiera incurrido el tipo abstracto del hombre diligente.

La Sala, como se ve, no solamente ha tenido en cuenta, para llegar a la conclusión de la buena fe exenta de culpa de Guzmán, que el sistema de publicidad del registro no le podía permitir conocer la disolución de la sociedad conyugal Triviño-Paz. Ha tenido también en cuenta que en ninguna de las escrituras públicas que podía tener a la vista había dato alguno que a un hombre prudente y diligente pudiera infundirle sospechas sobre la legitimidad de los títulos, y, por otra parte, tomó en consideración todas las circunstancias que desde el punto de vista de las relaciones sociales, publicidad de la prensa, etc., pueden desempeñar un papel importante para la apreciación y calificación de la buena fe exenta de culpa de quien contrata con el que ha sido jefe de una sociedad conyugal disuelta o con los sucesores de éste a título singular.

## II

### Existencia del error común

Para llegar a la conclusión de que se trata en este pleito de un típico caso de error común o error generalizado o colectivo, no era menester hacer algo así como una encuesta entre todos los habitantes de la ciudad de Cali para saber si real y efectivamente la mayoría de ellos estuvo, con respecto a la disolución de la sociedad Triviño-Paz, en el mismo error de Guzmán.

El error común o colectivo no se aprecia en concreto, mediante averiguaciones pormenorizadas sobre las ideas o creencias que al respecto tuvieran todos y cada uno de los habitantes del lugar.

La noción de error común es una noción que está íntimamente relacionada con los sistemas jurídicos de publicidad establecidos en un determinado país. Tomando como base tales sistemas de publicidad, así como

las demás circunstancias susceptibles de ser apreciadas desde el punto de vista de la excusabilidad del error, se llega a constatar la inculpabilidad de éste, es decir, el hecho de que un hombre diligente y avisado, colocado en las mismas circunstancias externas, sin faltar a sus obligaciones de prudencia, habría incurrido en el mismo error, y de allí se infiere o se deduce el carácter de común o colectivo de éste.

"En esa investigación (sobre el carácter de necesario o invencible del error) se tienen en cuenta —dice Gorphe— los usos corrientes y sobre todo las medidas de publicidad que han rodeado el error. Los terceros han podido legítimamente atenerse a las declaraciones contenidas en la publicidad. Por el contrario, no tienen el derecho de ignorar lo que ha sido publicado".

"Una publicidad apropiada —dice en otra parte de su obra el mismo autor— es el mejor modo de evitarles errores y sorpresas a los interesados... El sistema de organización más completo en este sentido es el del "livre foncier", que funciona especialmente en Alemania, en Austria, en Suiza, en Dinamarca, así como en Alsacia y Lorena, y que les indica a todos, por las instrucciones, el verdadero estado de la propiedad inmueble. El "livre foncier", como lo dice el Código Federal suizo, da el estado de los derechos sobre los inmuebles. Asimismo, el registro matrimonial indica los derechos de las gentes casadas, y el registro de las personas suministra los datos sobre las incapacidades de diversas especies".

Entre nosotros, el sistema de registro de los instrumentos públicos existe más o menos en las mismas condiciones que en los países citados por Gorphe. Pero en cambio, no tenemos verdadera publicidad sobre el estado civil de las personas porque no hay organismos ni oficinas de centralización de los informes que, sobre tal estado civil, aparecen dispersos y desordenados en todas las parroquias y notarías. Un sujeto que nace en Cali puede ser bautizado en Popayán, puede casarse en Cúcuta y morir en Ríoacha. Su fe de bautismo aparecerá en alguna de las parroquias de Popayán, su partida de matrimonio se encontrará en alguno de los archivos eclesiásticos de Cúcuta, y su partida de defunción habrá que ir a buscarla a Ríoacha, sin que los interesados en conocer el estado civil de esa persona puedan ocurrir a un organismo central de publicidad que les permita conocer todos esos datos.

Pero hay más: es que en el caso presente, para llegar a las conclusiones a que llega la Sala, no es en realidad necesario accredi-

advierte Gorphe, no sirve para hacer presumir que ese error es completamente excusable, que es esencial, en todos los casos, y que es lo que en el presente aparece incuestionablemente acreditado.

“El error común —ha dicho recientemente Henri Mazeaud— es el error invencible. Por consiguiente, desde que un error, sea de hecho o de derecho, se reconozca como invencible, el adagio error communis deberá aplicarse”.

Lo verdaderamente importante, pues, para que la máxima tantas veces aludida tenga aplicación, es que el error sea completamente excusable e invencible. Si en la máxima se habla de error común es, como se ve, por la cita antes hecha de Gorphe, porque lo generalizado del error hace presumir que éste es invencible, y no porque en realidad de verdad desempeñe un papel trascendental, desde un punto de vista ajeno a la prueba, la circunstancia de que un número más o menos grande de personas haya incurrido efectivamente en el mismo error.

Por eso la jurisprudencia francesa lo que exige generalmente cuando se trata de aplicar la máxima tantas veces mencionada, es que se trate de un error que no ha podido ser previsto ni impedido, o de un “error contra el cual era imposible precaverse”, o de un “error tal que los más prudentes y avisados habrían incurrido en él lo mismo que aquel que lo alega en su defensa, y que, en lo que concierne a este último, le haya sido moralmente imposible evitarlo”.

Y ello ocurrió, en el caso que se estudia, como se desprende de todo lo arriba expuesto. Tomando todas las precauciones y medidas de prudencia que las personas más avisadas y prudentes hubieran podido tomar, el demandado no habría evitado el error en que incurrió respecto de la formación y disolución de la sociedad conyugal Triviño-Paz, pues, como se ha explicado tantas veces, no es posible esperar, ni siquiera de las personas más ejemplarmente diligentes, que cuando van a comprar un inmueble hagan investigaciones en todas las parroquias y notarías de la República sobre el estado civil de todas y cada una de las personas que figuran como causantes o como causahabientes la totalidad de las escrituras relativas a transferencias de dominio de ese inmueble en un lapso de treinta años.

Si en las respectivas escrituras no aparece dato alguno que haga surgir siquiera dudas respecto de la posible disolución de una sociedad conyugal no liquidada y si, de

por razón de sus relaciones sociales, o de las noticias de la prensa, etc., alguna información susceptible de suscitar dudas sobre esa misma posible disolución de una sociedad conyugal ilíquida, es claro que puede decirse con propiedad que se trata, como se trata en este caso, de un error que no ha podido ser previsto ni impedido, o de un error contra el cual era imposible precaverse, o de un error en que habrían incurrido hasta los más prudentes y avisados, es decir, de lo que técnicamente se denomina error común, aunque este carácter de común no tiene importancia sino desde el punto de vista de la prueba.

### III

#### Culpa de la asignataria demandante

Como se ha visto, la señora Adelaida Paz de Triviño murió en 1894. Los interesados —entre los cuales se encontraba la adjudicataria demandante, Aquilina Triviño viuda de Potes, que tenía acción para promover la práctica de los inventarios y de la partición, y que ya en el año de 1915, según consta en el expediente, era no sólo mayor de edad sino viuda— incurrieron en la negligencia e imprudencia de dejar pasar más de veinte años sin iniciar siquiera el juicio de sucesión de dicha señora y sin verificar diligencia alguna en orden a la liquidación de la sociedad conyugal, no obstante las obligaciones que al respecto tenían, conforme a los arts. 1821 y siguientes del C. C.

Eso de por sí constituye ya una culpa en que participó la adjudicataria, Aquilina Triviño Paz de Potes.

De otro lado, no es de presumir que dicha adjudicataria, al hacerse la partición que ella aprobó sin objeciones, ignorara un hecho que tenía que ser más o menos trascendental en la familia, cual era el de que el lote que se le adjudicaba estaba en poder de terceros en virtud de ventas hechas por su padre. La circunstancia de que se conformara con una adjudicación que en realidad de verdad sólo le hacía adquirir un derecho litigioso, a tiempo que a los demás adjudicatarios se les asignaban bienes que los herederos poseían, hace pensar que dicha adjudicataria no fue ajena a los propósitos profundamente sospechosos por lo menos con que Alonso Triviño intervino en la adjudicación a su hija de bienes que ya él había vendido.

#### Consideraciones finales

No es improcedente hacer notar, para concluir, que las doctrinas arriba expuestas so-

a dicha buena fe un efecto jurídico de creadora de propiedad, ni para sostener que el título viciado de un simple poseedor pueda convertirse en verdadero y justo título por efecto de la buena fe reconocida, ni para afirmar que una tradición viciada pueda sanearse por el solo hecho de la buena fe, ni para admitir como válida una venta de cosa ajena con perjuicio de los derechos del dueño verdadero, ni, en general, para darle a la buena fe simple, de que habla nuestro Código, efectos distintos de los que allí se le asignan.

Las aludidas doctrinas han sido invocadas, no para aplicarlas en toda la extensión y con todo el alcance que la jurisprudencia francesa contemporánea ha llegado a darles, sino para ilustrar la interpretación de los arts. 1805, 1806 y 1401 del C. C. y para hacer de éstos una aplicación verdaderamente científica.

Un detenido estudio de esos textos, hecho a la luz de esas doctrinas y de los principios superiores de derecho en que ellas se apoyan, tenía que llevar a la Sala a la conclusión de que el artículo 1401, que se refiere a la partición de la herencia, no puede aplicarse de una manera absoluta e incondicionada a la partición del haber de la sociedad conyugal, porque a su vez los arts. 1805 y 1806 no pueden ser interpretados en el sentido de que los poderes de administración del marido y la confusión de patrimonios cesan automática y mecánicamente en el momento de la disolución de la sociedad conyugal, inclusive con respecto a terceros de buena fe exentos de culpa. Así como no cesa, con respecto a éstos, un mandato, en el instante mismo de la revocación, cuando ésta no ha podido ser conocida y así como no cesa, ante los mismos terceros, la existencia de una sociedad, en el momento mismo de su disolución anticipada, así tampoco pueden cesar de una manera mecánica, en el momento de la muerte de la esposa, los poderes de administración del marido y la confusión del patrimonio de éste con el de la sociedad conyugal.

Más claro: no se parte de la base de que Alonso Triviño vendió cosa ajena y de que, no obstante eso, la buena fe del demandado le creó un derecho de que sus tradentes carecían. Se parte de la base de que una recta interpretación de los artículos 1805, 1806 y 1401 —interpretación que se inspira en los principios jurídicos antes expuestos— conduce a la conclusión de que, a pesar de la disolución de la sociedad conyugal, seguía siendo Triviño, ante terceros de buena fe

nos, ad... de ellos, conforme a los artículos... Interpretar de otro modo esos artículos; admitir que al tenor de ellos cesan de una manera automática, inclusive con respecto a terceros de buena fe exentos de culpa, la confusión de patrimonios y el poder de administración del marido, en el momento mismo de la disolución de la sociedad, sería desconocer los principios superiores y generales de derecho, que antes se expusieron, en que se apoyan todos los textos que más arriba se citaron y en los cuales se han inspirado la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas para consagrar la aplicabilidad de la máxima *error communis* y la admisión de las reglas sobre la buena fe exenta de culpa, es decir, sobre esa especie de buena fe que no sólo implica la ausencia del elemento "malicia" sino que implica también, por parte de quien la alega, la prueba de diligencia y prudencia.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia de segunda instancia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Cali, con fecha 26 de enero de 1935, revoca la de primera instancia y en su lugar resuelve:

Primero.—No es el caso de hacer y por ello no se hacen las declaraciones a que se refieren los puntos primero, segundo y tercero de la parte petitoria de la demanda principal.

Segundo.—Se absuelve al demandado de los cargos a que se refieren los demás puntos de dicha parte petitoria.

Tercero.—Se absuelve asimismo al demandado del cargo a que se refiere la petición subsidiaria de la demanda principal.

Cuarto.—No es el caso de hacer, por la forma condicional en que se formularon las respectivas súplicas, las declaraciones a que se refiere la demanda de reconvencción.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente el expediente al Tribunal Superior de Cali.

(Fdos.) Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Pedro León Rincón, Srio. en pppd.

Salvaron su voto los Magistrados Rocha y Moreno Jaramillo.



## SALVAMENTO DE VOTO

de los Magistradores Drs. Antonio Rocha y Miguel Moreno Jaramillo

(Seremos muy breves, porque este salvamento debe leerse relacionándolo con la sentencia que hoy mismo hemos firmado en el juicio de César Vargas contra Roberto Sánchez).

Reducido el caso que se falla en la anterior sentencia a su más sencilla expresión, él no es otro que el del simple poseedor de un inmueble, con perfecta buena fe y con justo título, pero que todavía no lo ha ganado por prescripción, a quien el verus dominus con verdadero justo título y con una buena fe menos clara que la de su poseedor, le demanda la restitución material del inmueble.

Es uno de los casos avanzados de acción reivindicatoria, que el juez debe decidir mediante la comparación no sólo de las posesiones sino de la titulación misma, para resolverla, en últimas, a favor de aquel que exhiba una titulación de dominio mejor caracterizada.

En el estudio ponderativo de presunciones y de probabilidades de mejor derecho que presentan las dos titulaciones por comparar, la sentencia le ha dado un alcance o extensión exagerada, y a nuestro modo de ver inaceptable, a la buena fe del poseedor. A esa buena fe la mayoría de la sala le ha otorgado un efecto jurídico de creadora de propiedad, por aplicación indebida de las teorías sobre "la protección legal de los terceros que contratan con aparentes titulares de un derecho" y de la máxima "error communis facit jus", que tan sugestivamente expone la novísima obra de Francois Gorphe intitulada "Le principe de la bonne foi" (edición de 1928).

En efecto, creemos que en el caso del litigio, ni hubo error común, ni la buena fe del poseedor alcanza a convertir su título en justo, ni mucho menos en verdadero justo título, ni su tradición, viciada, puede sanearse con la buena fe que se le reconoce.

No existe error común, y la buena fe del poseedor está prevista en nuestro derecho positivo para que produzca determinados efectos, pero nada más que éstos, sin embargo de lo cual la sentencia de la mayoría de la sala, con olvido de los preceptos sustantivos en que se le da a la buena fe esos efectos y nada más que éstos, va más allá y la hace funcionar en forma que crea un derecho muy distinto del que la ley regula.

1.—No se ve un error común en la operación que hace la persona que le compra al marido un bien social en la creencia de que el marido vendedor es soltero o de que aún no ha muerto su mujer.

Si, por creerlo soltero o todavía casado, el comprador lo reputa dueño directo del inmueble, o con suficientes facultades legales para disponer del bien social, cuando en realidad no es soltero o la sociedad conyugal ya se disolvió, ese comprador incurre en un error simplemente individual, no de masa o colectivo. Error de masa o colectivo, error común, es el del vecindario que cree: que una persona, por las apariencias como vive, posee un determinado estado civil; o en la habilidad de un testigo que deduce de hechos positivos y públicos en el caso del art. 1069 del C. C.; o en la calidad de notario de quien públicamente actúa como tál, etc.

2.—La buena fe con que obra el comprador de que se trata, está prevista y regulada en la ley positiva colombiana con efectos o proyecciones económicas y jurídicas muy distintos a los que le da la sentencia.

Esos efectos o proyecciones miran: económicamente, a la percepción de frutos; y jurídicamente, a la adquisición de la propiedad mediante la prescripción ordinaria. Nada más. Y lo mismo en nuestro derecho que en el francés, en donde la proyección de la buena fe está determinada por los arts. 549 y 2267.

El comprador del marido —en el caso de la sentencia— es un poseedor de buena fe: posee como propietario en virtud de un título traslativo de propiedad cuyo vicio ignora. Ese es el fenómeno: compró de buena fe ignorando el vicio del título; ése es el efecto: simple poseedor de buena fe. De ahí la posición tan ventajosa que tiene en oposición a la del titular adquirente de mala fe, paso a paso prevista por el capítulo de las prestaciones mutuas frente al reivindicador y que se traducen en valores económicos de consideración.

En cuanto a la prescripción, la buena fe es ahí, como siempre, el error del poseedor que ha ignorado el vicio de su posesión. Supone necesariamente la existencia de un título de adquisición en cuyo valor ha creído el poseedor. Es decir, el justo título —que es el caso del pleito —juega todo su papel como elemento constitutivo de la buena fe,

y si se prolonga la posesión, a la larga da lugar al dominio.

La sentencia, al darle al poseedor de buena fe el imprevisto efecto de preferirlo como dueño, no obstante hallarse en frente del *verus dominus*, sin que se haya consumado el lapso de la prescripción, prescinde de un requisito, la posesión continuada por cierto tiempo, para reconocerle antes, instantáneamente, la calidad de dueño.

La sentencia de la mayoría de la sala va, pues, mucho más allá de lo que ha querido y previsto la ley: más allá de los efectos económicos, consagrados en el capítulo sobre prestaciones mutuas, y de los efectos jurídicos, consagrados especialmente por la adquisición del dominio, pero sólo mediante

la usucapión.

En otras palabras: la ley ha previsto que el poseedor de buena fe sea vencido por el verdadero dueño, y ha compensado equitativamente su vencimiento.

La ley ha dicho: "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo" (art. 1871 del C. C.).

La sentencia puede resumirse así: "La venta de cosa ajena vale, con perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, aunque no se hayan extinguido por el lapso de tiempo".

Bogotá, veinte de mayo de 1936.

(Firmados): Antonio Rocha, Miguel Moreno Jaramillo.