

✓ **APUNTES DE DERECHO CIVIL - CURSO DE BIENES**

JORGE PARRA BENITEZ

**Profesor de Derecho Civil, U. P. B.,
exprofesor U. de M.**

**APUNTES DE DERECHO CIVIL
CURSO DE BIENES**

Continuación: Derecho de Dominio

PLAN DEL CAPITULO

- I. Consideración Previa: Las situaciones jurídicas
- II. Nociones generales sobre el dominio
- III. Formas de la propiedad
 - A. La comunidad
 - B. La propiedad horizontal
 - 1. Historia
 - 2. La institución
 - 3. La situación legal actualmente
 - C. La propiedad fiduciaria
 - 1. Orígenes
 - 2. Elementos de la Propiedad Fiduciaria
 - 3. Derechos y obligaciones
 - 4. Extinción del fideicomiso
 - 5. La fiducia mercantil
 - D. La propiedad intelectual
- IV. La acción reivindicatoria

I. CONSIDERACION PREVIA: LAS SITUACIONES JURIDICAS

El derecho de bienes es un derecho de las cosas y de los derechos reales. Pero ellas son el objeto de los derechos, importando siempre el

sujeto. Debe analizarse, pues, cómo se encuentra éste frente a las cosas, a través de los derechos reales y, en general, de las situaciones jurídicas.

Para la Filosofía del Derecho, las situaciones jurídicas son las distintas circunstancias de la existencia jurídica personal, en las que se contienen en potencia todas las posibilidades de la vida del sujeto de derecho, con arreglo a las cuales realiza actualmente o puede realizar en cualquier momento las varias formas de conducta que constituyen el activo y el pasivo de su haber jurídico (Legaz y Lacambra).

“Entiéndese por situación jurídica —enseña el Dr. Fernando Hinesrosa F.— un modo de ser de la realidad en cuanto es tenido en cuenta y valorado por el derecho, o sea en cuanto posee relevancia jurídica, lo cual depende de la competencia normativa del ordenamiento. La situación, que es abstracta si se la toma como hipótesis o supuesto de hecho, y concreta, si se la considera ocurrida y coincidente con dicho *factum*, y por lo mismo, con un interés específico para los sujetos que se encuentran en ella, es un reflejo, a la vez que un producto de la norma: Su naturaleza jurídica indica la presencia de varios sujetos, personas que se hallan frente a un objeto, enlazadas por el derecho. Dualidad de sujetos, proporción entre hombres, que siempre, cualesquiera que sean los rasgos específicos de la situación se manifiestan dentro del esquema básico de poder—deber” (Obligaciones, Primera y Segunda Parte, U. Externado de Colombia, 1977, pág. 2).

El sujeto de derecho puede ser propietario o dueño de las cosas (de diversa manera), o tener respecto de éstas otro derecho real o, en fin, ser su poseedor o su mero tenedor.

Entonces, ser titular de un derecho real es circunstancia que coloca al individuo respecto del objeto de aquél en una situación jurídica; así, el dueño de un bien, que también lo explota económicamente, es poseedor, simultáneamente, con una posesión que le resulta útil, porque de ella depende conservar su derecho; así, el propietario de un predio dominante, en cuyo beneficio existe una servidumbre, tiene igualmente establecida una situación jurídica precisa, teniendo dos derechos reales que le representan ventajas jurídicas y patrimoniales; así, el derecho de prenda hace al acreedor prendario tenedor de la cosa empeñada, con ciertas consecuencias que le significan seguridad para su crédito; así, un usufructuario es, similarmente, mero tenedor de la cosa fructuaria, siendo protegido su derecho con varias acciones y privilegios, etc.

De lo anterior se sigue que la situación jurídica en sí no es el derecho sino los efectos jurídicos que se derivan de él o de la relación—conexión, si se quiere, pero no vínculo jurídico, entre la persona y el bien o, mejor todavía, del grado de poder que el sujeto tiene o disfruta respecto de la cosa. Porque, por ejemplo, el poseedor puede no tener un derecho real, y su estado jurídico le permite, sin embargo, deducir derechos o facultades.

Pueden distinguirse, por tanto, tres claras situaciones jurídicas: la del dominio, la de la posesión y la de la mera tenencia. En éstas se agrupan todas las formas posibles como la persona está frente a las cosas, con o sin derecho real.

II. NOCIONES GENERALES SOBRE EL DOMINIO

Es un derecho real (artículos 665 y 669 del Código Civil). Para nuestro Código, recae sobre una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno (Artículo 669 C. C.).

Ciertamente, los juristas romanos no definieron la propiedad. La conocida conjugación de IUS UTENDI, FRUENDI ET ABUTENDI apareció en la Edad Media, con los glosadores. Con todo, se reconoce generalmente que el derecho romano confundió el derecho de propiedad con la cosa misma sobre la que versa y de allí que a las cosas incorpóreas las haya tratado como meros derechos. El Código Civil Colombiano participa de esa idea (artículos 653, 664 y 669 del C.C.). Empero, admite en la norma del artículo 670 que también hay propiedad, una especie de propiedad —reza el precepto— sobre las cosas incorpóreas.

Se ha discutido si resulta adecuado emplear los dos vocablos, dominio y propiedad, para designar este derecho. Alguna doctrina sostiene que el derecho de dominio es el derecho EN ABSTRACTO, "a la luz de la filosofía jurídica", como expone Barragán, y que debe denominarse derecho de propiedad cuando su consideración es concreta, práctica, como ocurre en la vida social y en el derecho positivo. Otros opinan que el de dominio es un término puramente técnico, desde el punto de vista jurídico y que el de propiedad tiene un sentido económico.

Como refiere el artículo 669 del Código Civil, el derecho real de dominio, derecho real típico, es el más completo de los derechos reales, y representa para su titular, dueño o propietario, un poder jurídico

pleno, de acuerdo con lo visto, para gozar, usar y disponer de la cosa de que es dueño o propietario. Gozar, usar y disponer, entonces, son las facultades que envuelve el derecho de propiedad y significan:

1. El uso: el derecho de servirse de la cosa, según su naturaleza.
2. Gozar: poder percibir o sacar de la cosa los frutos que ella pueda dar.
3. Disponer: el poder del propietario de la cosa para según su parecer enajenarla, destruirla o transformarla.

Con más amplitud, debe afirmarse que la facultad de gozar la cosa implica poder usarla, para aprovecharse de ella. En estas condiciones, el derecho de uso (*ius utendi*) está contenido en la definición del Código Civil.

Debe resaltarse, en todo caso, que esa facultad de usar no es el mismo derecho real de uso. Este, se dice comúnmente, es un usufructo restringido, queriéndose indicar así que se trata del derecho de gozar de los frutos civiles y naturales que produzca una cosa, pero con un fin específico: atender las necesidades personales del usuario. Si, por el contrario (agregando otras diferencias, obviamente) no se diese esa limitación, se estaría en presencia del usufructo y no del uso. Ahora bien: en el derecho real de uso hay goce, en el sentido arriba anotado, siempre con relación a frutos. En la facultad de usar, integrante de la noción de dominio, el propietario encuentra la posibilidad de emplear el bien en su función propia, aunque no obtenga frutos.

Los caracteres propios de este derecho, sin embargo, si fueron ordenados en el derecho romano, con su clasificación de la propiedad en *quiritaria* (o individual del ciudadano romano), *bonitaria* (para los extranjeros), y *provincial* (sobre las provincias romanas). Se señalan, haciendo caso de la evolución doctrinal, desde luego, como CARACTERÍSTICAS del dominio éstas:

- 1) Es un derecho absoluto o ilimitado o independiente. Y es absoluto, en el sentido de ser completo, pero no debe confundirse con derecho pleno: el nudo propietario tiene un derecho absoluto, pero no pleno.

En síntesis, es absoluto por lo que permite al titular. Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia: "Las cuatro modalidades de

que es susceptible el ejercicio de un derecho, a saber: a) el disfrute de hecho de su contenido; b) el hacerlo valer frente a los demás; c) el de disponer de él; y d) el de hacerlo efectivo por medio de la acción procesal, pueden ocasionar el abuso, en cuyo caso y en principio, ese ejercicio, que no tiene por fin estricto el adecuado para que fue creado el respectivo derecho, constituye un acto injurídico que obliga a indemnización" (Sentencia de octubre 5 de 1939).

Tiene, por tanto, limitaciones y restricciones. La Constitución Nacional, en el aparte segundo del artículo 30 prescribe que "La propiedad es una función social que implica obligaciones". Los artículos 680 y 681 del Código Civil, y de éste los artículos 998, 999 y 1002, son claros ejemplos de esas limitaciones, al lado de todas las que provienen del creciente intervencionismo de estado, por razones de urbanismo y planeación, económicas y de vecindad. Específicamente son casos de restricción la expropiación, la existencia del usufructo legal (en cuanto a los bienes de menores), prohibiciones policivas sobre ruidos, manejo de recursos naturales y su aprovechamiento y, de conformidad con el artículo 793 del C. C., la propiedad fiduciaria, los derechos de usufructo, uso y habitación y las servidumbres.

Por lo mismo, las limitaciones al dominio son todas aquellas circunstancias que restringen al propietario de un bien su derecho en forma tal que éste no es pleno o está sometido a alguna vicisitud. Genéricamente, son limitaciones todas las prohibiciones que impone la ley a la propiedad y las obligaciones que el dueño debe observar como tal. Y, más particularmente, lo son los gravámenes que afectan al derecho, nacidos de la ley, o de actos de autoridad pública, o constituidos voluntariamente (contribución de valorización o hipoteca, por ejemplo) y las desmembraciones del dominio, como el usufructo.

El conocimiento de cuáles son las limitaciones al derecho de dominio es importante, porque ellas pueden influir en la circulación de la riqueza mobiliaria o inmobiliaria. En el caso de los bienes raíces, las oficinas de registro de instrumentos públicos son las encargadas de llevar la matrícula inmobiliaria, que consta de seis secciones o columnas, destinadas la segunda a inscripción de gravámenes (hipotecas, prendas agrarias, actos de movilización, decretos que concedan el beneficio de separación), la tercera a la anotación de limitaciones y afectaciones (usufructo, uso y habitación, condiciones, relaciones de vecindad, condominio, propiedad horizontal, patrimonio de familia inembargable) y la cuarta y la quinta a la de medidas cautelares y títulos de tenencia que consten en instrumento público, respectivamente, que desde luego también pueden tenerse como limitaciones transito-

rias (embargos, demandas civiles, prohibiciones, valorizaciones que afecten la enajenabilidad, arrendamiento constituido por escritura pública, etc.).

2) Es un derecho exclusivo de su titular.

3) Es un derecho perpetuo, porque existe mientras exista la cosa sobre que recaiga. Algunos disienten de esta posición teórica, afirmando que el derecho de dominio es diverso en cada sujeto y sobre cada cosa.

El derecho de propiedad intelectual, no obstante, tratado como de propiedad, tiene limitación en el tiempo, por disposición constitucional y al tenor de la ley 23 de 1982.

Debe apuntarse, por último, que la historia muestra un conflicto en torno del derecho de dominio, en el que de un lado se ataca la propiedad privada (socialismo, marxismo) y de otro se la defiende como institución de derecho natural y divino y "único medio de evitar la lucha de todos contra todos" (Lucrecio Jaramillo Vélez, Curso de Derecho Civil II Bienes, U. de A., págs. 20 y 21, notas mimeografiadas de clase).

III. FORMAS DE LA PROPIEDAD

El derecho de propiedad puede revestir distintas formas: pleno (inciso primero del artículo 669 del C. C.); nuda propiedad o desnuda (la propiedad separada del goce de la cosa, inciso 2o. del artículo 669 del C. C.); singular (un solo dueño), plural (comunidad), pura y sin condicionamientos o con éstos (propiedad fiduciaria); en "mezcla" la singular con la plural (propiedad horizontal), familiar, intelectual, etc. De éstas, se analizarán la comunidad, la propiedad horizontal, la fiduciaria y la intelectual.

A. La comunidad

En general, la comunidad se la puede tener como un derecho de dominio especial por el cual cada uno de los varios titulares de un bien singular tiene un derecho de cuota sobre la propiedad total (siguiendo a Angarita).

Muchos hablan de la participación del comunero (titular del derecho de cuota en relación con el bien singular) como derecho de **cuota parte**, pero esta expresión no deja de ser tautológica.

Para la ley 57 de 1887, si las obligaciones de una o varias personas nacen de un hecho lícito, sin convención, ese hecho lícito constituye un CUASICONTRATO. El artículo 2.303 del Código Civil establece que hay tres **principales** (o sea que hay otros más) cuasicontratos, a saber, la comunidad, la agencia oficiosa y el pago indebido.

Recibe, entonces, la comunidad, el tratamiento legal de cuasicontrato. Así, la norma del artículo 2.322 del C. C., insiste que la comunidad que exista entre dos o más personas no puede haberse formado mediando CONTRATO DE SOCIEDAD ni haberse celebrado entre las mismas OTRA CONVENCION RELATIVA A LA COSA COMUN. En igual sentido, el artículo 1868 del Código Civil.

La figura del cuasicontrato es artificial e inoficiosa, pues no explica la naturaleza jurídica de la comunidad, aunque sí negativamente: al menos, es claro que para la ley civil la comunidad no es un contrato.

Pero es lo cierto que:

- a. Varios sujetos pueden perfectamente acordar adquirir un bien, conjuntamente. Tendrán comunidad, habiendo celebrado CONVENCION RELATIVA A LA COSA COMUN.
- b. Varias personas pueden constituir una sociedad para administrar una cosa que les es común, aportándola a la sociedad (dejaría de ser suya) o no.

Ejemplo de la primera hipótesis sería el caso que A, B y C resolvieran comprar, entre los tres, por partes iguales, una finca. De la segunda, las cada vez más frecuentes sociedades familiares creadas para el manejo de herencias cuantiosas.

De todo esto se sigue que la comunidad es una forma de propiedad y sólo eso (no siendo contrato), precisamente plural. Los comuneros o partícipes de la cosa común tienen una cuota, semejante que no igual a la de los socios en la sociedad (artículo 2323 del C. C.), que les confiere ciertos derechos y les impone ciertas obligaciones. Entre los primeros los señalados en los artículo 2.330 a 2.334 del C. C., vgr. y otros, como el derecho de preferencia (caso de venta, artículo 2.336 del C. C. y 474 del C. de P. Civil); y obligaciones como las previstas en los artículos 2.325 a 2.329 del Código Civil.

Tradicionalmente se ha colocado la herencia como caso típico de comunidad. Inclusive el artículo 2.324 del C. C. lo trae. Mas, la

masa herencial es únicamente un estado de indivisión transitorio, que no siempre se da (piénsese en un solo heredero).

La nota esencial de la comunidad, por consiguiente, es la pluralidad de titulares del dominio de una misma cosa. Ellos tendrán un derecho de dominio particular, pero es, mirando el total, una cuota, que les atribuye voz y voto, y derecho de participar del uso y del aprovechamiento del bien, contribuyendo a las cargas en proporción de tales cuotas. Por demás, ese derecho recae sobre una parte ideal y su objeto es materialmente incierto e indeterminado(1).

No sobra mencionar que algún sector de la doctrina distingue entre comunidad pro-indiviso (verdadera comunidad) y comunidad pro-diviso (similar a la propiedad horizontal), que Alessandri define como "...un haz de propiedades concurrentes en un mismo objeto, cuyas partes, constitutivas cada una de un derecho perteneciente exclusivamente a un titular distinto, están unidas o coligadas" (Curso de Bienes, pág. 226). De otra parte, la comunidad puede ser de un derecho real distinto al dominio (condominio propiamente o copropiedad) y aún de un hecho (coposesión, por ejemplo).

Empero, entre los comuneros no puede darse convenio dirigido a la explotación de la cosa común EN FORMA SOCIAL, aportando esa cosa a una sociedad, pues ya no existiría comunidad alguna. El ánimo de los comuneros, en consecuencia, no se ha de orientar como ANIMO O AFFECTIO SOCIETATIS, con la intención de reportar utilidades o soportar pérdidas, pues se formaría una sociedad, persona jurídica distinta de los socios, o eventualmente una de hecho, que en todo caso sería contrato y sociedad, aunque no tenga, por disposición de la ley, personalidad jurídica.

Entre sociedad y comunidad hay diferencias:

- a. La sociedad, por regla general, es persona jurídica, al paso que la comunidad no lo es.

(1) En la parte inicial o introductoria de estos "Apuntes", publicada en esta revista, en el No. 64, se adelantó, a página 71, concepto en este sentido, al sugerir, teóricamente, cuál habría de ser en definitiva el título y cuál el modo de adquisición de su "porción concreta" para el ex-comunero por la partición, considerada ésta como título meramente declarativo. Entonces se opinó que, por ficción de la ley, la partición no podía ser tomada como verdadera adquisición. Ha de añadirse, empero, que la apreciación es estrictamente teórica, no práctica y provista de un análisis lleno de rigor jurídico, por respeto, se insiste, de la ficción del artículo 779 del Código Civil.

- b. Los derechos de los comuneros son, en cuanto a sus cuotas se refiere, DERECHOS REALES; los de los socios son personales.
- c. Los comuneros colaboran en la explotación de la cosa común, porque hay comunidad; los socios, al contrario, ponen esa colaboración como antecedente para la formación de la sociedad.
- d. Los comuneros, salvo casos especiales, no están obligados a permanecer en indivisión; los socios, en cambio, al asociarse, se obligan a llevar y mantener un aporte.

No obstante la impresión equívoca de lo dicho arriba, tiénese que acerca del goce del bien común, los comuneros pueden ponerse de acuerdo para la explotación económica por ellos mismos. También pueden el juez y el administrador (artículos 16 de la ley 95 de 1890 y 413 del C. P. Civil), disponer al respecto.

La comunidad nace de la ley o de un acto jurídico. Y se extingue en los supuestos del artículo 2340 del Código Civil. Vale la pena advertir aquí que la ley civil no es amiga de las comunidades siempre que, como reza el artículo 1374 del C. C., nadie será obligado a permanecer en indivisión y no puede ésta estipularse por más de cinco (5) años, aunque vencido este término puede renovarse el pacto. En relación con la DIVISION DEL HABER COMUN, debe tenerse presente el artículo 2.334 del Código Civil. Cuando la partición es posible materialmente, y los comuneros son capaces, habiendo acuerdo entre ellos sobre la partición, distribución y adjudicación, pueden recoger ese acuerdo en escritura pública, extrajudicialmente, tratándose de bienes raíces, escritura la cual debe registrarse en la oficina de registro correspondiente (artículo 35 de la ley 57 de 1887). Tratándose de la división material, judicialmente, el artículo 2.338 del Código Civil manda observar algunas reglas sobresaliendo entre éstas una de singular importancia, por su cotidiana aplicación, que establece que "si hay habitación, labores u otras mejoras hechas en particular por alguno de los comuneros, se procurará, en cuanto sea posible, adjudicar a éstos las porciones en que se hallen las habitaciones, labores o mejoras que les pertenezcan, sin subdividir la porción de cada uno".

B. La propiedad horizontal

1. Historia

Como a todas las instituciones jurídicas, a la de la propiedad horizontal es posible encontrarle raíces histórico-jurídicas que remon-

tan al derecho romano. Mas hoy en día es frecuente trasladarse aún a épocas más antiguas, siendo ya común la investigación de los orígenes de las cuestiones jurídicas en textos babilónicos, comenzando con el Código de Hammurabi, hasta el presente siglo reconocido como el más remoto, hasta el descubrimiento de los códigos en tablillas de los reyes sumerios Bilalama, Lipit-Istar y otros.

Empero, no debe dejar de aceptarse que los vestigios que así se logran son casos aislados y únicos, que no constituyen un verdadero antecedente, con excepción hecha del derecho penal, campo en el cual los desenvolvimientos sumerios sí llegan a ser una fuente importante. En este sentido se manifiestan los autores, en materia de propiedad horizontal, quienes no disputan en asignar al profesor Eduard Cuq, la primacía del hallazgo de una referencia, en el derecho de la primera dinastía babilónica, al régimen de la propiedad horizontal, alusión contenida en un acta que data 2.000 años antes de Cristo, atribuída a un rey y en la que se hace constar la venta de una planta de una casa conservando el vendedor la propiedad de la otra.

Ya en Grecia se conoció esta situación, de la superposición de pisos. Lo propio se indica en Egipto, Siria, Tebas y otras civilizaciones.

Arribados al derecho romano, surge la inquietud de si en realidad tal sistema conoció la propiedad horizontal. Se vacila, pero la opinión más generalizada es la negativa. El derecho romano incorporó instituciones parecidas, sí, básicamente el llamado derecho de superficie, muy ligado en sus contornos con la enfiteusis, y fundamentalmente arraigó el concepto esencial de uno de los modos de adquirir el dominio de los predios, la accesión, para el efecto basada en el principio de "Superficies solo cedit", equivalente a los términos "el suelo es lo principal, lo que sobre él se construye accesorio".

Tal parece que en Roma la figura se dió de hecho y no de derecho, sobre todo en el período clásico, no obstante las menciones que se hacen de párrafos de Ulpiano y Papiniano, aún del Digesto y por las interpretaciones de Savigny, lo que no pasa de ser la mejor seña de que los juristas romanos conocieron teóricamente el asunto, pero que no permite sostener que en Roma existiera legalmente.

Mas, es prudente precisar que es en el concepto del derecho de superficie, en el derecho romano, en donde se buscan algunos puntos de referencia de la propiedad horizontal. El derecho de superficie, consistió en el derecho de tener un edificio en tierra perteneciente a otra persona, concedido a largo tiempo o a perpetuidad. El derecho de

superficie era un derecho real, perpetuo y transmisible, con ciertas prerrogativas tales como la acción para recuperar la posesión, la acción real petitoria, la de exigir el reconocimiento de servidumbre, la de reclamar la libertad del inmueble, la reivindicatoria y la de división y facultades como las de destruir la cosa y enajenarla sin tener que denunciar el hecho. En el derecho justiniano el superficiario pagaba un canon.

Pues bien. Como se ha afirmado, el derecho de superficie explica como grado próximo la aparición de la propiedad horizontal, sólo surgida al paso de la variación de los principios del derecho privado romano de la accesión. El auge de la propiedad por pisos en Roma es también discutido, diciéndose por unos que tuvo lugar en época de Craso y por otros, que con ocasión de la restauración de la ciudad después del incendio provocado por Nerón.

Tampoco hay unidad de criterio en cuanto a la existencia de la institución en el derecho germánico. Así, unos aducen que en los pueblos que participan de este orden jurídico se dio la división de casas por pisos, pertenecientes las construcciones a quien las laboraba, y por no admitirse en aquél el principio romano de la accesión. En cambio, otros, tomando como punto de partida la división de las cosas, que se plasma en el tipo de código cuyo origen es el derecho germánico, aseguran que esas colectividades no vislumbraron el sistema.

Y es la Edad Media la época en que sí parece ubicarse el nacimiento de la propiedad horizontal, ya en Italia, Francia, Alemania o Suiza. En Francia, por ejemplo, en ciudades como Grenoble y Rennes, la primera por estar encerrada por murallas, la segunda por un incendio que la devastó de tal manera que los propietarios debieron de hacer gastos en común para levantarla de nuevo.

En el derecho moderno, pueden dividirse los ordenamientos alrededor de la propiedad horizontal así:

- a. Legislaciones que la prohíben.
- b. Legislaciones que la permiten;
- c. Legislaciones que no tienen un pronunciamiento expreso

Entre los sistemas de la tercera posición, o sea la indiferente, se situó el Código Civil Colombiano. En efecto, no existió en él norma alguna dedicada a la propiedad horizontal, en forma extraña por cierto, porque Andrés Bello, al redactar el Código Chileno, que tampoco consa-

gró disposiciones sobre la institución, debió conocer necesariamente el artículo 664 del Código Napoleónico de 1804, que en el capítulo de medianerías se acerca tímidamente a la propiedad horizontal. El artículo 664 preanotado sirvió de fuente inspiradora a las legislaciones posteriores, entre las cuales cabe destacar la belga y hoy día la española, que en la ley de 1960 es quizás la más difundida.

Cuando se acogió el Código Colombiano tomándolo del chileno, se discutieron algunas reformas civiles, que a la postre vinieron a plasmarse en la ley 95 de 1890. En debate el proyecto de ésta, los juristas Dionisio Arango y Florentino Goenaga, trataron de introducir el régimen, corto en sus alcances. Ello no prosperó. Pasada la primera contienda mundial, se estuvo de acuerdo en que la mejor manera de reconstruir las ciudades era la propiedad horizontal, y fue así como se fueron expidiendo los diversos estatutos, empezando por Bélgica, en la primera mitad del siglo XX.

En Colombia, la trayectoria comenzó por litigios, pocos sí, que analizaron los tribunales desprovistos de mecanismos legales para resolverlos. El autor Reyes Duarte cita como antecedente importante una sentencia del Tribunal de Pasto. En 1946, se presentó un Proyecto al Congreso, suscrito por el entonces ministro de Gobierno y que fue redactado por los Dres. Alfonso Araújo y Humberto Gómez Naranjo. Ni siquiera en las sesiones de 1947 obtuvo plena discusión el proyecto. Clausurado en 1948 el Congreso, por los hechos del 9 de abril, se utilizó por el Gobierno el expediente de las facultades del artículo 121 de Constitución y finalmente se dictó el Decreto 1286 de 1948, que luego se convirtió en la ley 182 de 1948, la cual se completó por el Decreto 1335 de mayo 8 de 1959, y por el decreto 144 de 1968.

Se expidió después el decreto 107 de 1983, que para algunos por ser solamente reglamentario de la ley 182 fue violatorio de ésta, por exceso, por cuanto contempló aspectos que no debían ser objeto de un decreto reglamentario. Al efecto se pronunció en abril 13 de 1984 sentencia por el Consejo de Estado, que declaró nulo el inciso segundo, letra f), del artículo 4 de este decreto.

Ultimamente, se sancionó la ley 16 de 1985, que autoriza que los copropietarios de un edificio en que se adopte el régimen de propiedad horizontal, lo constituyan como persona jurídica.

2. La Institución

Se habla de propiedad horizontal. La ley 182 de 1948, dice ser del régimen de propiedad por pisos y departamentos de un mismo edifi-

cio. Hay quienes consideran que es más acertada la expresión propiedad vertical, para evitar el equívoco sobre propiedad por planos horizontales. Otros insinúan las locuciones "propiedades cubicadas" o "tridimensionales" o "propiedad en volumen". Lo cierto es que no puede llamarse propiedad en condominio. Esta es diferente a la propiedad horizontal: consiste en la formación de una sociedad que construye un edificio, y que da en arrendamiento cada uno de los pisos o apartamentos a los socios, por bajas sumas. Pero no hay propiedad dividida de ese edificio, jurídicamente hablando, sí físicamente, por cuanto el edificio pertenece a la sociedad, es decir, al condominio(1).

Se ha discutido si en Colombia puede existir el condominio, y cuál sería la manera para entregar a los socios, los pisos o departamentos, si en arrendamiento o en usufructo o en anticresis. Se descarta el usufructo, por cuanto la sociedad no tendría utilidad suficientes para su sostenimiento ni el del edificio. Parece mejor el arrendamiento, pero también se desecha. Por ello, se arriba a la conclusión de que el camino procedente sería la anticresis.

Acerca de la naturaleza jurídica del régimen de propiedad horizontal, se han propuesto muchas teorías para tratar de explicarla, a saber, las principales: la de la indivisión forzosa o de la comunidad; la de la persona jurídica, con sus variantes como la de la sociedad y la del ente de gestión; la de la superficie, la de la servidumbre y la de la especialidad.

Por lo tocante a la tesis de la indivisión forzosa, se afirma que en la propiedad horizontal se está ante una comunidad, la cual, a diferencia de las ordinarias, no puede dividirse. Esta posición no es de recibo, porque los derechos del comunero en nada se parecen a los del propietario en propiedad horizontal.

La teoría de la persona jurídica, o sociedad, o ente de gestión, se apunta a los lineamientos del condominio, pero la solución sería aceptable sólo desde el punto de vista legal. Ya la ley 16 de 1985 se acercó a ello.

En la teoría del derecho de superficie se dice que la propiedad horizontal no es más que eso, pero ya se ha anotado la esencia de este derecho, y se pueden descubrir diferencias notorias, con la propiedad horizontal.

(1) Acá "condominio" tiene un sentido diverso al usual, que se aplica a "copropiedad" o comunidad del dominio.

La tesis de la servidumbre sostiene que en la propiedad horizontal hay servidumbres sucesivas: el propietario del primer piso debe soportar una servidumbre por las escalas para el propietario del segundo piso, éste en su techo al tercero, y así sucesivamente. Peca ésta, cuyo apoyo está en la legislación francesa, en la medianería, porque la servidumbre es un gravamen y puede perderse por prescripción, lo que no ocurre en ninguno de los eventos previstos en la propiedad por pisos.

Y, según la tesis de la especialidad, la propiedad por departamentos es *suigeneris*. Así inclusive lo ha reconocido la escasa jurisprudencia nacional que establece que la propiedad horizontal se conforma de un derecho exclusivo de cada propietario sobre su piso o departamento, y tiene una cuota o participación de unos bienes comunes. Pero no hay necesidad de recurrir a una anotación como la anterior, porque la ley 182, expresó cuáles son los derechos del propietario en la propiedad horizontal: "Cada propietario será dueño exclusivo de su piso o departamento, y comunero en los bienes afectados al uso común" (artículo 2o. de la Ley).

El régimen de propiedad horizontal supone, pues, que varias personas son propietarias en forma individual de unidades que pertenecen a un inmueble de varios pisos, o dividido en general en varios locales, oficinas o departamentos, y a su turno son comuneros de ciertas partes y servicios de la edificación. Esto es, hay una "mezcla" de propiedad individual y de comunidad.

Tradicionalmente se aplica la propiedad horizontal a los edificios de varios pisos, pero es posible hablar de ella también en el caso de una sola planta dividida en distintos locales o secciones. Pero es menester, asimismo, no confundir la propiedad horizontal y su reglamento con el de convivencia.

Como se deja dicho, la propiedad horizontal es un régimen mixto de propiedad individual y de comunidad y en él existen unos bienes que son comunes al dominio inalienable e indivisible de todos los propietarios, según la concepción original. Este es uno de los casos de indivisibilidad por ley. De estos bienes trata el artículo 3o. de la Ley 182 de 1948, que los separa en bienes comunes necesarios para la existencia, para la seguridad y para la conservación del edificio. Por ejemplo, los cimientos, los muros, los techos, los servicios públicos, algunos patios, puertas de entrada, escaleras, ascensores, etc.

Desde el punto de vista sustantivo, es preciso aclarar que para que haya propiedad horizontal se requiere pluralidad de propietarios. Pero

no ocurre lo mismo desde el punto de vista formal, porque podría existir un edificio sometido a este régimen que perteneciere a un único propietario. Esto sucedería cuando una persona que construye o pretende construir una edificación, adelanta los trámites respectivos de expedición del reglamento de propiedad horizontal, hoy día solamente ante la notaría que elija, porque se suprimieron las diligencias ante la Alcaldía Municipal, inscribe dicho reglamento en la oficina de registro correspondiente y aún no enajena unidades particulares.

Antes de 1985, podría pensarse que el reglamento de propiedad horizontal no era esencial para que existiera esta institución. De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 182 de 1948 los propietarios de diversos pisos o departamentos de un edificio podrían constituir una sociedad que tuviera a su cargo la administración del mismo. Sólo en el supuesto de que no formaran la sociedad, dictarían o redactarían el reglamento de copropiedad, señalando en él los derechos y obligaciones recíprocas de los copropietarios.

En la práctica, ocurría que dichas sociedades no se organizaban, sino que por el contrario se expedían los mencionados reglamentos, incorporando distintos aspectos, como los que enseguida se detallan:

1. Determinación clara y exacta de los bienes de propiedad privada y los de uso común.
2. Señalamiento del uso o destinación de esos bienes (artículo 7o. Ley 182 de 1948).
3. Los derechos, facultades, obligaciones y prohibiciones de los propietarios, poseedores y tenedores a cualquier título de los distintos pisos, departamentos, locales, oficinas, etc.
4. Indicación de los órganos de administración, normalmente asamblea de copropietarios, junta directiva y administrador, con fijación de sus atribuciones, funciones, reuniones, etc.
5. Reglas para la adopción, liquidación y cobro de las cuotas de contribución al sostenimiento de bienes comunes, por los propietarios. Al respecto, se conocen varios mecanismos, como el de tener por base el valor asignado reglamentariamente a cada propiedad de dominio privado, o el área, o un índice de copropiedad. Las cuotas de sostenimiento forman el presupuesto de gastos y rentas y de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 182 de 1948, si un obligado no llegare a

cubrir las que le corresponden, podría ser ejecutado, y embargado, bastando la copia del acta de la Asamblea en que se hizo el derrame, porque ella tiene mérito ejecutivo.

6. Forma de dirimir las controversias que se suscitan con ocasión del mismo reglamento, vgr., previéndose la integración de tribunales de arbitramento.
7. Modo de reformar el reglamento como tal, dependiendo de la importancia de los aspectos susceptibles de modificación, que inciden en quorums y trámites. La reforma, tampoco requiere ahora aprobación oficial, siendo suficiente elevarla por escritura pública, que debe registrarse.

3. Situación legal actualmente

Con la expedición de la Ley 16 de enero de 1985, introdujo el legislador colombiano reforma a la Ley 182 de 1948, sin duda la orgánica del régimen de propiedad horizontal. Las modificaciones por ende, dejaron vigente esa ley, pudiendo entenderse, como consecuencia del artículo 10 de la Ley 16, que rigen, hoy día, dos sistemas en la materia: La Ley 182 de 1948 y sus normas complementarias y la Ley 16 de 1985. Lo anterior, dado el texto de dicho artículo 10, conforme al cual "Esta ley —la 16— sólo se aplicará respecto de aquellos inmuebles que, conforme con la voluntad de su propietario o propietarios, se sometan expresamente a ella. También podrán el propietario o propietarios **optar por someterlos exclusivamente al régimen de la Ley 182 de 1948**, indicándolo así en el respectivo reglamento" (inciso primero, subrayas fuera de texto). Lo que repite el inciso segundo, al decir "Los inmuebles sujetos al actual régimen de propiedad horizontal continuarán rigiéndose por la Ley 182 de 1948, pero podrán, si lo prefieren sus propietarios, acogerse a las disposiciones de esta ley, previa reforma del reglamento y el cumplimiento de las diligencias aquí ordenadas".

Resulta prudente, así las cosas, comparar en lo pertinente las citadas leyes, previa observación en torno de la que debe tenerse como la principal variación de la regulación antigua, a saber, la relativa a la obligatoriedad del Reglamento de Propiedad Horizontal. Porque en la ley 182 de 1948, como se expresó más atrás, existía la alternativa de conformar una sociedad administradora o dictar dicho reglamento. En cambio, a partir de la Ley 16 de 1985, el reglamento en cuestión es de forzosa expedición. En efecto, de acuerdo con el artículo 1o. de la Ley 16, la Ley 182 de 1948 gobierna la propiedad horizontal tam-

bién y, según el artículo 2o. "Un inmueble queda sometido al régimen anterior, **solamente** cuando el reglamento a que se refiere el artículo 11 de la Ley 182 de 1948 y la declaración municipal a que alude el artículo 19 de la misma, se elevan a escritura pública con la documentación respectiva y se inscribe la escritura en la correspondiente Oficina de Instrumentos Públicos, como lo mandan esos artículos. En el reglamento, además de las previsiones que la Ley 182 consagra, deben establecerse todas aquellas que se estimen convenientes para asegurar el cabal cumplimiento del objeto de la persona jurídica que se forma" (se subraya). De modo que ese reglamento es elemento esencial de la propiedad horizontal, actualmente. Cabe desde luego agregar que no basta que se acoja, pues es menester el registro del mismo. En última instancia, en consecuencia, es la inscripción tabular la que marca el nacimiento de la institución en el caso concreto.

Atendida la idea consignada en el párrafo precedente, ab initio, tiénese que mientras la Ley 182 de 1948 no definió la propiedad horizontal, ni su naturaleza jurídica, la Ley 16 de 1985 sí lo hace, en relación ésta, claro está, con la modalidad que crea. En conformidad con el artículo 1o. de la Ley 16, la propiedad horizontal (cualquiera que sea) ". . . es una forma de dominio que hace objeto de propiedad exclusiva o particular determinadas partes de un inmueble y sujeta las áreas de éste destinadas al uso o servicio común de todos o parte de los propietarios de aquéllas al dominio de la persona jurídica que nace conforme con las disposiciones de esta ley". Hubiera sido preferible que se suprimiera de la parte final del texto la alusión a la propia Ley 16 de 1985, porque bajo el imperio de la Ley 182 no existió, ni existirá a menos de conversión con base en la Ley 16, persona jurídica, tratándose de la propiedad por pisos. De suerte que el artículo 1o. no atina a tomar una posición firme, si bien debe abonársele el esfuerzo de la definición que, como se ve, reitera que la propiedad horizontal es una "mezcla" de la propiedad individual y la comunitaria.

Respecto de la naturaleza jurídica, que se muestra legalmente tan sólo para los inmuebles amparados por la Ley 16, dice el artículo 3o. de ésta que "La Propiedad Horizontal una vez constituída legalmente, forma una persona jurídica distinta de los propietarios de bienes de dominio particular o exclusivo individualmente considerados. Esta persona, que no tendrá ánimo de lucro, deberá cumplir y hacer cumplir la ley y el Reglamento de Propiedad Horizontal, administrar correcta y eficazmente los bienes de uso o servicio común y en general ejercer la dirección, administración y manejo de los intereses comunes de los

propietarios de inmuebles en relación con el mismo". Esta persona jurídica tendrá un patrimonio, obviamente, entre otras cosas compuesto por los derechos y obligaciones de los propietarios sobre los bienes de uso o servicio común, que, a tenor del artículo 7o. de la Ley 16, "... se transfieren a la persona jurídica encargada de su administración y manejo". No se oculta la sana finalidad de estas normas, pero tampoco los efectos equívocos que producen: a) Si la persona jurídica, que es distinta de los propietarios, es la propietaria de los bienes comunes, y aquéllos de los de dominio particular, la propiedad horizontal, en definitiva, es una comunidad entre dichos propietarios particulares y la persona jurídica. b) Si la persona jurídica tiene en su patrimonio tales bienes comunes, impone el sentido común la inteligencia de que, en esas condiciones, dejan de ser comunes. c) No es acertado que la ley exprese que esos derechos y obligaciones sobre los bienes comunes SE TRANSFIEREN a la persona jurídica: primero no son aportes, segundo supone tradición o quizás un nuevo modo de adquirir el dominio y, tercero, significa una enajenación forzosa. d) Por demás, si es de recibo que los propietarios individuales se despojen de su derecho proindiviso sobre los bienes comunes, no lo es que trasladen a la persona jurídica como prescribe el artículo 7o. sus obligaciones relativas a esos bienes comunes, pues éstas habrá de cumplirlas, entonces, la persona jurídica y no los propietarios. Exegéticamente resulta, en semejantes circunstancias, que los propietarios individuales no tienen derecho de goce de los "bienes comunes", en tanto la ley no lo previó, existiendo facultad parecida únicamente si la persona jurídica se las confiere; y que, de contera, el sostenimiento de los "bienes comunes" corre a cargo de la persona jurídica y no de los propietarios individuales.

La persona jurídica de la propiedad horizontal tendrá un representante legal, y su existencia y representación serán certificadas por el funcionario que, por decreto reglamentario, designe el Gobierno (Art. 5o.). Esta previsión es nueva, frente a la ley 182 de 1948, a cuya luz quiso discutirse, sin necesidad, quién tenía la representación de un edificio sometido al régimen. Pero, por fortuna la ley 16 acabó el debate, inoficioso, con una que no deja de ser una interpretación auténtica, señalando en el párrafo del artículo 10 que "Los administradores de que trata la Ley 182 de 1948, cuando los inmuebles estén sometidos exclusivamente a este régimen, tendrán las facultades que el Código Civil establece para las grandes comunidades, especialmente las contempladas por la Ley 95 de 1890 y en cuanto a personería se regirán por lo dispuesto en el artículo 22 de dicha ley".

Otra innovación de la ley 16 hace relación a la clasificación de los

bienes comunes (caso de aceptarse que siguen como tales), como quiera que los separa en bienes de uso común y bienes de servicio común. Continuando como inalienables e indivisibles, se introdujo reforma por demás inconveniente, que consiste en que pueden ellos desafectarse cuando lo decida una mayoría de cuatro quintas partes de la Asamblea General de propietarios. Y se califica de inconveniente, porque no se adoptó ningún quorum deliberatorio especial para esta Asamblea, y consecuencia de ello será la posibilidad de que unos pocos propietarios resuelvan disponer sobre esos bienes "comunes". Ahora bien, no se encuentra respaldo en que terceros (eso son los propietarios individuales) se pronuncien, con poder decisorio, acerca de unos bienes que están en el patrimonio de la persona jurídica distinta a ellos.

Parece que el párrafo del artículo 6o. de la ley 16 de 1985, que es el relativo a cuanto se acaba de comentar, vislumbró los problemas que pueden provocarse en uno de esos supuestos, puesto que contiene un precepto que, en realidad, carece de eficacia y coercitividad, según se deduce de su letra, que es: "Siempre que la Asamblea General se ocupare de la desafectación de uno de los bienes de uso o servicio común, deberá examinar el perjuicio que pueda ocasionarse a cualquiera de los propietarios de los bienes privados, ordenando —¿y cuál es su autoridad?— la correspondiente indemnización —¿a cargo de quién?— y quedando a salvo la facultad del propietario mencionado para ejercitar las acciones que le correspondan para el reconocimiento de sus derechos". Las expresiones entre líneas extrañas al precepto, descubren por sí solas la inquietud ya formulada: la imperatividad de la norma es la gran ausente.

Muy útil sí, por el contrario, es la norma del artículo 9o. de la ley 16 de 1985, que subroga el inciso 2o. del 7o. de la ley 182 de 1948. Su texto es éste: "El juez, a petición del administrador o de cualquier propietario, podrá aplicar al infractor del reglamento o de las normas que rigen la propiedad horizontal, multa de CINCO MIL PESOS (\$5.000.00) a CIEN MIL PESOS (\$100.000.00), sin perjuicio de las indemnizaciones y demás sanciones a que hubiere lugar". Las multas serán reajustadas anualmente en forma acumulativa en la medida del aumento del costo de vida. El trámite judicial es el del proceso verbal (Art. 8o. ley 16).

C. La propiedad fiduciaria

1. Orígenes

Se la trata aquí como otra de las formas que presenta el derecho de

dominio, por ser una limitación o gravamen al mismo. Al estudiar la propiedad fiduciaria la doctrina suele analizar el negocio fiduciario como su antecedente, cuyo origen data del más antiguo derecho romano. Se conoció como propiedad fiduciaria entonces, la institución jurídica mediante la cual se daba una garantía real de cumplimiento de una deuda, siendo esta figura, a su vez, previa a la prenda y a la hipoteca.

El negocio fiduciario consistía en una convención en cuya virtud una de las partes, llamada fiduciario, recibía de otra denominada fiduciante, una cosa en forma solemne y contraía la obligación de usarla en un fin determinado y restituirla, generalmente, cuando esa finalidad se hubiera alcanzado. Mas, no se confería ninguna acción para lograr la restitución y por eso se confiaba en el fiduciario. Por consiguiente, el deudor fiduciante que había transmitido su derecho de propiedad como garantía real de la deuda, estaba sometido al peligro de que el acreedor o fiduciario dispusiera de la cosa, violando el pacto, pero sin estar ese fiduciario sujeto a ninguna acción.

La fiducia romana podía ser de dos maneras:

- a. La fiducia CUM CREDITORE, que operaba en interés del acreedor fiduciario.
- b. La fiducia CUM AMICO, en que se proponían las partes satisfacer un interés del fiduciante sin fines de garantía, con distintas metas, como establecer una administración de bienes, o realizar un depósito, o perfeccionar un comodato, o producir un arrendamiento, etc.

En el fondo, la segunda modalidad de fiducia buscaba evadir las formalidades de derecho estricto que imponía el ius civile. El fideicomiso era por tanto un acto de máxima confianza empleado para esquivar esos rigores y fue en ese sentido como surgió el actual fideicomiso civil.

2. Elementos de la propiedad fiduciaria

Los elementos de la propiedad fiduciaria son:

- a. Las partes: Que son el constituyente de la propiedad fiduciaria o autor o fiduciante o fideicomitente; el propietario, que es aquél que tiene la propiedad sujeta a una condición, cumplida la cual habrá ella de pasar a una tercera persona; y el fideicomisario o favorecido o beneficiario, que es la persona que va a recibir la propiedad cuando acaezca la condición.

b. La condición: O sea el hecho futuro e incierto del que depende el nacimiento del derecho del fideicomiso. Las condiciones tienen que ser física y moralmente posibles. Pueden ser suspensivas o resolutorias, pero acá como afecta es el derecho del fiduciario, es resolutoria. Sobre la condición, prevé el artículo 779 del Código Civil:

“El fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario o su sustituto, a la época de la restitución.

“A esta condición de existencia, PUEDEN AGREGARSE OTRAS COPULATIVA O DISYUNTIVAMENTE” (mayúsculas fuera del texto).

c. Un objeto o cosa material, que también se le llama fideicomiso y que de acuerdo con el artículo 795 del Código Civil puede ser o la totalidad de una herencia, o una cuota determinada de ella o uno o más cuerpos ciertos.

Estos elementos, por demás, se descubren de la definición del artículo 794 del Código Civil, conforme a la cual “Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición”.

Algunos colocan como elemento de la propiedad fiduciaria, igualmente, la restitución, que al tenor del inciso final de la norma últimamente citada, es la traslación de la propiedad al fideicomisario cuando se ha realizado la condición. Pero esto es más que una entrega y por eso no es otro elemento de la propiedad fiduciaria. Consiguientemente, cuando el artículo 882 del Código Civil señala que el fideicomiso se extingue por la restitución, quiere significar es que se acaba o termina la propiedad fiduciaria. La restitución puede seguir al cumplimiento de la condición mucho tiempo después.

Ahora bien, sí podría agregarse como factor del fideicomiso la solemnidad, porque según el artículo 796 del Código Civil, no puede constituirse aquél sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público (escritura pública, entiende la doctrina) o por acto testamentario. Además, si es de un bien inmueble, el acto en cuestión, constitutivo, debe registrarse en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente al lugar de su ubicación. Este registro en modo alguno puede decirse que perfecciona la propiedad fiduciaria sino que, al contrario surte los efectos de publicidad del acto, porque con él se afectan, probablemente, intereses de terceros. Sin embargo, si la propiedad fiduciaria es al fin y al cabo propiedad y derecho real, habrá

de tenerse en cuenta que, conforme al artículo 756 del Código Civil, la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos respectiva. Tratándose de acto testamentario, el modo de adquisición vendrá a ser la sucesión por causa de muerte. De donde se concluye que el propietario fiduciario será tal únicamente cuando se le haya hecho la tradición (registro, si el bien es inmueble, o entrega, si es mueble) o cuando se haya inscrito la sentencia aprobatoria de la partición y adjudicación en la sucesión del constituyente, en la oficina que corresponda, o entregado los bienes fideicomitidos. Entonces, la solemnidad se concreta exclusivamente al acto constitutivo del fideicomiso.

Con Fernando Vélez ha de afirmarse, de otra parte, que un fideicomiso puede ganarse por prescripción, que operaría sustancialmente cuando el autor no era propietario del bien y, no obstante, estableció la propiedad fiduciaria.

No deja de ser criticable, desde luego, que se exija el instrumento público para toda clase de bienes que se den en fideicomiso, porque de esa forma se comprenden los muebles.

Como se expresó antes, en la propiedad fiduciaria intervienen el constituyente, el propietario fiduciario y el fideicomisario. Pero el fideicomitente puede ser simultáneamente propietario fiduciario(1) o podría ser, al tiempo, fideicomisario (lo que sería posible en los fideicomisos constituídos por acto entre vivos, que no por acto testamentario, pues el testamento adquiere pleno vigor con la muerte del testador). De otro lado, puede haber varios propietarios fiduciarios, eso sí todos del mismo grado (artículo 802 C. C.) y puede haber varios fideicomisarios (del mismo grado o unos sustitutos de otros, conforme a los artículos 802, 803 y 804 del C. C.). Lo que no puede darse son los fideicomisos sucesivos, situación prohibida por el artículo 805 del Código Civil y que puede describirse como la sujeción de la propiedad a restituciones repetidas, por la ocurrencia de varias condiciones, una tras

(1) Artículo 807 del Código Civil: Cuando no se ha designado expresamente fiduciario o falta POR CUALQUIER CAUSA el designado. Esta norma parece estar en contradicción con el 810 ídem, inciso 1o., que autoriza que la propiedad fiduciaria se transmita por causa de muerte del fiduciario. Entonces, si no se ha cumplido la condición y falta porque fallezca, el propietario fiduciario, ¿a quién corresponderá el bien? ¿A los herederos del fideicomitente, como dice el artículo 807, o los del fiduciario, como dice el 810?. La solución al asunto puede ser diversa: por los términos de los preceptos ("gozar fiduciariamente", especie de "posesión", según Claro Solar), por su ubicación o fingiendo que en el supuesto del art. 807 no ha ocurrido la delación, y en el del 810 sí.

otra, de un beneficiario designado a otro nombrado como posterior, sin tener éste la calidad de sustituto: sea A el propietario fiduciario: cumplida X condición, pase el bien a B, quien lo deberá restituir después a C cuando se realice la condición Y; etc. . . . Esta prohibición se funda en que con el fideicomiso sucesivo se afecta la libre enajenación de los bienes, que está protegida por la Constitución Nacional, pero, como prescribe el artículo 805 citado, la sanción legal, si se constituyere, no es la nulidad, sino la vigencia del primer fideicomiso y la extinción de los otros, lo cual guarda armonía con el artículo 6 del Código Civil.

En cierta afinidad con lo tratado, están los artículos 797 (propiedad fiduciaria y usufructo), 806 (varios fideicomisarios), 809 (derecho de acrecer), 811 (varios fiduciarios) y 812 del Código Civil.

En cuanto al fideicomisario, puede ser una persona que al momento de constituirse el fideicomiso no exista, pero se espera que exista. Artículo 798 del Código Civil. Ejemplo: Dispone Pedro en su testamento que cuando él muera, la finca "La Selva" será de Juan, y que cuando el hijo mayor de Juan se gradúe de médico, será de éste. A tiempo de morir Pedro, no tiene Juan ningún hijo, pero espera tenerlo. Acá el fideicomisario no existe pero se espera que exista.

Tratándose de la condición, es preciso advertir, conforme el artículo 800 del Código Civil, que debe cumplirse en el término de treinta años, desde el momento de la delación de la propiedad fiduciaria. Si pasaren 30 años y no se hubiere cumplido la condición o de alguna manera llegare a ser cierto que el hecho que la constituye no se va a cumplir, como cuando se coloca como condición que María se case y María muere soltera, entonces se dice que la condición es fallida. Todo desde luego, salvo el caso de que sea la misma muerte del fiduciario el evento condicional de que dependa la restitución.

Se ha dicho que este lapso de treinta años ha sido reducido por la Ley 50 de 1936, por tratarse de una prescripción, es decir, que ya no son treinta años sino veinte el tiempo dentro del cual ha de cumplirse la condición para que se dé la restitución del fideicomiso al fideicomisario. Pero realmente no se trata de ninguna prescripción: Esta es adquisitiva o extintiva y en este supuesto no se está en presencia de ninguna de tales modalidades, porque al cabo de ese término el fiduciario no adquiere nada nuevo ni se le extingue absolutamente ningún derecho al fideicomisario.

La delación es el hecho mediante el cual el propietario fiduciario recibe la propiedad fiduciaria. Mas no se trata de un hecho físico, sino de una situación puramente legal(1). La delación es un fenómeno específico de la sucesión por causa de muerte, definido por el inciso 1o. del artículo 1013 del Código Civil como el actual llamamiento de la ley a aceptar o repudiar una asignación. Pero como la propiedad fiduciaria puede constituirse por acto entre vivos, entonces la delación deberá entenderse como el momento en que el propietario fiduciario tiene ya derecho a su propiedad fiduciaria. Se discutirá, por consiguiente, si ese momento es el perfeccionamiento del acto jurídico intervivos o el de la tradición que haga el tradente.

Acerca de este punto no hay claridad en la doctrina. Fernando Vélez se refiere únicamente al caso de la constitución del fideicomiso por testamento y expresa que "Para nosotros, si el fideicomiso se constituye por testamento, los treinta años comienzan a contarse desde el momento en que muere el testador" (Estudio sobre Derecho Civil Colombiano, París—América, T. III, pág. 196). Impropia, desde luego esta consideración del insigne tratadista nacional, porque castiga a un "fiduciario" que aún no lo es —futuro si no tiene el derecho— haciendo correr en su contra el término de los treinta años: inclusive, se permitiría el absurdo de que, si se cumpliera la condición antes de tener ese "fiduciario" su derecho, lo perdería. Sorprende esta posición, además, frente a cita que hace el doctor Vélez conforme a la cual "El Sr. Bello pone 'adquisición' en lugar de 'delación'. Esta última voz, en efecto, se aplica especialmente a la transmisión de la herencia; al paso que aquélla, más general y comprensiva, se extiende a la transmisión de derechos a cualquier título..." (Op. cit. pág. 196). Entonces, la intención del autor del código no fue restringir el concepto de delación en la propiedad fiduciaria al mismo que tiene en la sucesión por causa de muerte.

Alfonso Barragán, en torno del mismo tema, previa explicación de lo que es la delación sucesoral, anota que, en aplicación a la propiedad fiduciaria "... puede afirmarse que ella se produce en el momento en que el fiduciario expresa válidamente su voluntad de hacer suyos los bienes objeto de fideicomiso, y de asumir la obligación de transmitir la propiedad al fideicomisario cuando la condición se realice. Es claro que si la propiedad fiduciaria se ha constituido por testamento, su delación se producirá en el momento en que el fiduciario

(1) Parece que esta es la opinión de Alessandri, quien se refiere al día en que el fiduciario se le llama a recibir la cosa fideicomitada. Curso de Derecho Civil. Los Bienes y los Derechos Reales. Nacimiento, pág. 623.

expresé su voluntad de aceptar la respectiva asignación. Pero si la propiedad fiduciaria se constituye por acto entre vivos, su delación se producirá EN EL MOMENTO MISMO EN QUE EL FIDUCIARIO FIRME LA CORRESPONDIENTE ESCRITURA PUBLICA" (Derechos Reales, segunda edición, Temis, 1979, pág. 127, mayúsculas fuera de texto). Equivocado también, este parecer: en su parte final confunde título y modo y olvida lo que es la propiedad fiduciaria. Si dicha escritura no se registra, el fideicomitente continuaría siendo propietario y sería él el afectado por la condición.

3. Derechos y obligaciones

El propietario fiduciario, mientras se cumple la condición, tiene un derecho, inembargable conforme al ordinal 8o. del artículo 1687 del Código Civil, un derecho de dominio, un derecho real, con todos los atributos de este; puede venderlo, en general disponer de él, gravarlo con ciertas limitaciones; o puede transmitirlo por causa de muerte, dice el artículo 810 del Código Civil, a menos que su muerte sea la condición de que dependa la restitución. Y según el artículo 813 ibidem, los derechos del fiduciario se asimilan a los del usufructuario, analogía legal que no es total, porque cuando el usufructuario fallece se extingue el usufructo.

Háse dicho que el fiduciario puede disponer de su derecho: pero quien lo adquiera, estará sometido a restituir el bien, de realizarse el hecho en que consista la condición y entre tanto deberá mantener indivisa la cosa.

Conforme a las normas del Código Civil, el fiduciario puede:

- a. Gravar la propiedad (artículo 816), con permiso judicial, cuyo otorgamiento requiere citación y audiencia del fideicomiso, o si éste todavía no existe pero se espera que exista, de sus ascendientes legítimos; o de los representantes legales de las corporaciones y fundaciones interesadas. El juez procederá con conocimiento de causa. Si el fiduciario constituye los gravámenes sin estos trámites, serán ellos inoponibles al fideicomisario, dado que el código establece que él NO SERA OBLIGADO A RECONOCERLOS. Para algunos, empero, hay nulidad en tales casos, por ausencia de solemnidades (Cfr. Lucrecio Jaramillo Vélez, Notas de clase U. de A., pág. 93).
- b. Administrar y mudar el fideicomiso, ésto en su forma pero conservando su integridad y valor (Artículo 817 del Código Civil).

c. Gozar y disponer del fideicomiso (Artículo 819) y de los frutos que produzca (artículo 813), a menos que el constituyente haya dispuesto que sean para el fideicomisario, como lo permite el artículo 808 del C. C., supuesto en el cual el fiduciario será un "tenedor fiduciario", con las facultades de los curadores del bienes.

De otro lado, debe el fiduciario:

- a) Conservar la cosa, efectuando las expensas extraordinarias, con derecho a reembolso (Artículo 815).
- b) Restituirla al cumplirse la condición (artículo 794).
- c) Responder por los deterioros y menoscabos de la cosa, que provengan de su hecho o culpa, salvo que haya sido autorizado para gozar a su arbitrio (artículos 817 inc. 2o. y 819 inc. 1o.).

Sobre mejoras debe distinguirse:

(1) Las necesarias ordinarias o corrientes, que naturalmente debe hacer todo propietario: son de cargo del fiduciario (ej. pintar la casa, arreglarle servicios, pagar impuestos).

(2) Las necesarias extraordinarias u obras o refacciones mayores, o sea las "... que ocurren por una vez a largos intervalos de tiempo y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa, ..." (como enseña el artículo 857 del Código Civil): estas competen al fiduciario, pero, por su entidad, como aprovechan al fideicomisario, dan lugar a que éste las reembolse, siempre que hubieran sido hechas con mediana inteligencia y cuidado, al valor que tuvieran al tiempo de la restitución si fueron obras materiales y si inmateriales e ineludibles con rebaja de una vigésima parte por cada año transcurrido desde la inversión hasta el día de la restitución, no debiéndose nada si hubieran pasado más de veinte años. Todo de acuerdo con el artículo 815 del Código Civil.

(3) Las no necesarias (útiles o voluntarias): corresponden al fiduciario, sin derecho a reclamarlas, a no ser que lo hubiera estipulado con el fideicomisario. Con todo, constituyen crédito compensable por el aumento de valor de la cosa hasta concurrencia de la indemnización por deterioros que hubiere de cubrir dicho fiduciario. Artículo 818 del Código Civil.

Es de observar que, según el artículo 814 del Código Civil, el propietario fiduciario no es obligado a prestar caución, excepción hecha de que se lo ordene el juez.

A diferencia del fiduciario, el fideicomisario no tiene derecho sobre el fideicomiso (artículo 820 del Código Civil), sino una simple expectativa de adquirirlo, pese a lo cual puede promover de la justicia la adopción de medidas de conservación de la propiedad si ésta peligrare en manos del fiduciario. Por similar razón, si fallece el beneficiario, nada transmite por causa de muerte (artículo 821 del Código Civil), lo que no impide tener por válida cualquier negociación inter-vivos que hiciere de su expectativa. Desde luego, al tiempo de la restitución, el fideicomisario, que estrictamente ya no lo es, tiene obligaciones frente al fiduciario, como las ya destacadas, cuya satisfacción habilita al último para retener el fideicomiso (consecuencia ello de la analogía legal con el usufructo, artículos 813 y 859 del Código Civil).

Respecto de la situación jurídica del fideicomisario, resulta oportuno advertir que no pocas veces se piensa que tiene él un derecho condicional, bajo condición suspensiva. Esta apreciación no es exacta, lógicamente, porque el hecho en que consiste la condición no puede servir simultáneamente como determinativo de una resolutoria y otra suspensiva, y jurídicamente por lo que dispone el artículo 1.549 del Código Civil, precepto diverso al del 821 ibidem. Para éste, empero, ha de repetirse que la "restitución" es obligación del fiduciario y no un hecho que se agote o consuma por la verificación de la condición. De suerte que cumplida ésta, si no ha ocurrido la traslación o transferencia, muerto el fideicomisario, que entonces no es tal sino verdadero acreedor, transmite el derecho de exigir la restitución.

4. Extinción del fideicomiso

Reza el artículo 822 del Código Civil, que opera:

- 1) Por la restitución: o mejor, por realizarse oportunamente (salvo que sea la muerte del fiduciario) el hecho en que estriba la condición.
- 2) Por resolución del derecho del autor, como si ha habido pacto de retroventa anterior sobre el fideicomiso y se verifica la retroventa. Resolución, acá, es pérdida.
- 3) Por destrucción del fideicomiso, siendo completa.
- 4) Por renuncia del fideicomisario, antes del día de la restitución: lo cual debe entenderse como abandono de la expectativa antes de suceder la condición.

- 5) Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil: causa que debe interpretarse en el sentido de "fallar" la condición y no el de su inexistencia, como sugiere la norma, caso en que por definición y esencia no habría propiedad fiduciaria.
- 6) Por confusión de las calidades de único fideicomisario con único fiduciario, como si éste enajena la cosa fideicomitida al beneficiario.

Ha de agregarse que también se extinguirá si el fideicomisario muere pendiente la condición y no tenía sustitutos designados (Artículo 821 del Código Civil).

5. La fiducia mercantil

Si la propiedad fiduciaria, hoy día, puede ser figura de poco empleo, en cambio, la de la fiducia mercantil sí es de grande utilización, y esto justifica tratarla para separar las dos, abonando sí como semejanza sus fundamentos.

Al paso que la propiedad fiduciaria es un derecho real, y un gravamen o limitación al derecho de dominio, la fiducia mercantil, conforme al inciso primero del artículo 1.226 del Código de Comercio, "es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario". Se deduce, por tanto, que intervienen los sujetos de igual nombre al que tienen los involucrados en la propiedad fiduciaria civil; pero el fiduciario contrae obligación de administrar o enajenar los bienes objeto de la fiducia, para un fin determinado. Por demás, "Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios", manda el inciso final del artículo 1.226 del Código de Comercio.

Contiene el estatuto mercantil regulaciones similares a las de la ley civil. Así, por ejemplo, establece aquél:

- 1) Que la fiducia debe constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes, cuando se constituye entre vivos y si por causa de muerte en testamento (Artículo 1.228 del Código de Comercio).

- 2) Que la existencia del fideicomisario no es necesaria al constituirse la fiducia, pero sí posible (artículo 1.229 del C. Co.),
- 3) Que se prohíben los fideicomisos sucesivos (artículo 1.230, ord. 2o.) y los de duración mayor de 20 años (artículo 1.230, ord. 3o.).
- 4) Que si el juez lo impone, el fiduciario debe prestar una caución especial (artículo 1.231 del C. Co.).

Una característica importantísima en la fiducia mercantil, que es tímda en el fideicomiso civil (inembargabilidad), es la que consagran los artículos 1.227 y 1.233 del Código de Comercio, que por su claridad se transcriben:

“Artículo 2.227: Los bienes objetos de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida”.

“Artículo 1.233: Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, Y FORMAN UN PATRIMONIO AUTONOMO AFECTO A LA FINALIDAD CONTEMPLADA EN EL ACTO CONSTITUTIVO” (mayúsculas fuera de texto) (1).

De igual modo, el artículo 1.238 del C. Co. aparta los bienes de la fiducia del patrimonio del fiduciante, lo que es lógico por la definición y esencia del negocio jurídico en cuestión. Pero, con alguna impropiedad, aunque sano propósito, esta norma permite a acreedores del fideicomitente cuyos créditos sean anteriores a la fiducia, perseguir esos bienes.

Por último, ha de decirse que entre tanto el fideicomisario en derecho civil tiene únicamente una simple expectativa, en materia mercantil tiene algo más que eso, pues tiene derecho a los rendimientos del fideicomiso, embargables por sus acreedores (Art. 1.238 del C. Co.).

(1) Cfr. Rev. No. 64 de esta colección, págs. 41 a 43: allí se sostiene la unidad del patrimonio, que por esta norma del C. Co. sufre una excepción EN LA LEY POSITIVA.

D. La propiedad intelectual

Comprende la propiedad literaria o artística, o, en general, los derechos de autor, que recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas, o sea todas las creaciones del espíritu en esos campos, cualquiera que sea su forma de expresión y su destinación (artículo 2o. de la ley 23 de 1982). Está protegida por la ley, por disposición del artículo 35 de la Constitución Nacional y confiere a sus titulares derecho de disponer de la obra, de aprovecharla y facultad de ejercer las prerrogativas que representa su "derecho moral".

En efecto, conforme a la ley 23 citada, deben distinguirse, en la propiedad intelectual:

- 1) Derechos patrimoniales, que le significan el atributo EXCLUSIVO de realizar o autorizar actos tales como: a) reproducir la obra; b) efectuar una traducción, adaptación, arreglo o transformación de la misma; c) comunicarla por cualquier medio. Estos corresponden al autor durante su vida y a su fallecimiento a quienes los hubieren adquirido legítimamente, por el término de ochenta años.
- 2) Derechos morales, que son PERPETUOS, IRRENUNCIABLES, INCESIBLES E INALIENABLES, para: a) reivindicar la paternidad de la obra; b) oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de su obra, si ello causa perjuicio a su honor o demerita la obra; c) pedir la reparación de los daños causados por tales alteraciones; d) conservar inédita y anónima la obra; e) modificarla; f) retirarla de circulación.

Los derechos patrimoniales se causan desde el momento que la obra se divulgue (artículo 72 de la ley 23 de 1982).

Siguiendo a José J. Gómez, "Bienes", U. Externado de Colombia, 1981, página 63, pueden establecerse como semejanzas entre la propiedad común y la intelectual, éstas:

- A. Son derechos absolutos, erga omnes;
- B. Gozan de los atributos de persecución y preferencia, los cuales tienen ciertas peculiaridades en el caso de la propiedad intelectual;
- C. Son plenos;
- D. Son exclusivos;

E. De libre ejercicio, con limitaciones;

F. Tienen una función social.

La ley 23 de 1982 protege y trata como titulares de derechos —intelectuales— al autor de una obra, al artista, intérprete o ejecutante por su interpretación o ejecución, al productor, al organismo de radiodifusión por su emisión, a los causahabientes de los anteriores a título singular o universal, y a toda persona que por virtud del contrato obtenga por su cuenta y riesgo la producción de una obra.

Importa destacar que la comentada ley se ocupa principalmente del objeto de la propiedad intelectual, que define y clasifica, y que extiende inclusive a la correspondencia y a los retratos o bustos de las personas, sin perjuicio en cuanto a la primera de su uso como prueba judicial en un momento determinado. También regula la ley el contrato de edición y las sanciones civiles y penales a la infracción de las disposiciones protectoras de los derechos de autor y a éstos.

Resulta indispensable, también subrayar que si un autor enajena su obra, a título oneroso o gratuito, la transferencia que haga no envuelve los derechos morales, que siempre conservará, mas sí los de goce y disposición a que se refiere el respectivo contrato (parágrafo 1o. artículo 30 Ley 23 de 1982). Motivo por el cual es válida la afirmación de que la intelectual es una forma o ESPECIE de propiedad, como bien anticipó el artículo 671 del Código Civil, que en su inciso 1o. señala que "Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores".

IV. ACCION REIVINDICATORIA

Al estudiar en forma general los derechos reales, se destacó que gozaban del atributo de la persecución, que en síntesis es una forma de protección legal, por virtud del cual el titular puede perseguir el bien sobre que recae el derecho, en poder de quien esté.

También constituyen protección de la ley las acciones posesorias, de recuperación, de inmuebles, y en forma principalísima, la acción reivindicatoria, que el Código Civil, por antecedentes históricos, llama asimismo acción de dominio, pero que, desde luego, no es propia únicamente del derecho de dominio.

Con excepción del de herencia, todos los derechos reales se pueden

reivindicar. En el caso del de herencia, existe la Acción de Petición de herencia.

La definición de la acción reivindicatoria la trae el artículo 946 del Código Civil: "La reivindicación o acción de dominio, es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla". Se propone, pues, la reivindicación, obtener que el propietario desposeído recupere su bien. Pero, debe advertirse, que si la reivindicación procura una restitución, no toda restitución es consecuencia de la acción de dominio.

Se alude a 'acción reivindicatoria' tanto en el sentido sustantivo como en el procesal. Por esto, de la misma definición legal se pueden extraer tres cuestiones fundamentales para analizarla:

- 1) Quién es titular de la acción, o sea quién es el demandante, actor o accionante.
- 2) Quién es el 'sujeto pasivo' de esta acción, es decir, quién es el demandado, accionado u opositor; y,
- 3) Qué cosas son reivindicables.

1. Quién es el demandante o titular de la acción:

- a) Es el dueño de la cosa que se reivindica, como lo establece, primero, el artículo 946 copiado, y señala igualmente el artículo 950 del Código Civil, sea ese propietario pleno o nudo propietario, o propietario fiduciario.
- b) De similar modo, es titular de la acción quien lo sea de otro derecho real distinto del de herencia, conforme al artículo 948 ibidem: el usuario, el usufructuario, el acreedor prendario, el habitador o titular del derecho de habitación, y el acreedor hipotecario.
- c) Tiene acción reivindicatoria, además, el poseedor regular que pierde la cosa que poseía y estaba en vías de ganar por prescripción, de acuerdo con el artículo 951 del Código Civil.

Según lo anterior, puede criticarse que se llame acción de dominio a la reivindicatoria. Porque la tienen otros diferentes al dueño y aún el poseedor regular. Ciertamente que al poseedor se presume propietario de la

cosa que posee, pero puede que no lo sea. Esta acción del poseedor regular se conoce doctrinariamente como "acción publiciana" y es reivindicatoria por cuanto la ley dice que "Se concede ESTA MISMA ACCION. . ." (artículo 951 del Código Civil, inc. 1o., mayúsculas fuera de texto).

Ahora bien, ¿qué significa la expresión legal relativa a 'estar en vías de ganar por prescripción? Por una parte, comprende a un poseedor regular que tiene completado su tiempo para adquirir por prescripción. Pero, ¿abarcará el caso de uno que apenas lleva un tiempo de posesión, sin completar el necesario para usucapir? Podría pensarse que la ley es vaga y que permite cualquier interpretación como válida. Alessandri Rodríguez opina, sin embargo, que es menester que ese poseedor regular haya cumplido el lapso indicado para prescribir y que, como la usucapición no opera de pleno derecho, el supuesto se refiere al poseedor que no ha obtenido todavía declaración judicial en su favor (1).

Con todo, el artículo 951 referido contempla un límite para ejercitar la acción publiciana, consistente en que el poseedor regular no puede dirigirla ni contra el verdadero dueño ni contra quien posea con igual o mejor derecho.

El poseedor irregular no tiene esta acción, lo cual se funda en razones históricas: en el derecho romano se protegía la prescripción ordinaria confiriéndose la acción publiciana. Luego apareció la prescripción extraordinaria, que se conoció como prescripción de largo tiempo (*longis temporis prescriptio*).

2. Quién es el demandado

En el artículo 946 del Código Civil se encuentra que el sujeto "pasivo" de la acción reivindicatoria es el poseedor actual de la cosa que se reivindica. Esto lo repite el artículo 952 de la obra, cuando expresa que "La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor". Empero, el Código Civil, cambiando el objeto directo de la acción, admite en el artículo 955 que la acción se ejercite frente a quien enajenó la cosa, siempre que por ese hecho se haga imposible o difícil la persecución.

(1) Vodanovic, considera que cualquier tiempo es suficiente, Pag. 818 Curso de Derecho Civil, basado en clases de Alessandri.

La situación es muy clara tratándose de bienes muebles. Por ejemplo, A compra un caballo, que era ajeno, y dándose cuenta de que el verdadero dueño lo va a reivindicar, vende el caballo a un transeúnte haciéndose imposible la persecución.

La del artículo 955 del C. C. no es propiamente una acción reivindicatoria como tal, porque busca obtener el pago, por parte del que enajenó, de lo que recibió por la enajenación e indemnización de perjuicios si fue a sabiendas de que el bien era ajeno.

También se puede intentar la reivindicación contra el poseedor de mala fe, que por hecho o culpa suya dejó de poseer, **como si actualmente poseyese**, dispone el artículo 957 del Código Civil.

De igual modo, es sujeto "pasivo" de esta acción el heredero por la parte que posea en la cosa, según el artículo 956 del C. Civil.

Finalmente, la acción reivindicatoria se puede dirigir contra un mero tenedor, cuando retiene indebidamente lo que está obligado a restituir (artículo 971 del Código Civil).

3. Qué cosas se pueden reivindicar

- a) De acuerdo con los artículos 946 y 947 del Código Civil, las cosas corporales singulares, raíces o muebles.
- b) A tenor del artículo 948 ibidem, los derechos reales, con excepción del derecho de herencia.
- c) Y conforme al artículo 949 del Código Civil, una cuota determinada pro-indiviso de una cosa singular.

Al sentar que una cosa singular es reivindicable y que el derecho de herencia no lo es, parece afirmarse que no se pueden reivindicar universalidades, lo cual es cierto tratándose de las universalidades jurídicas y no de las universalidades de hecho. Respecto de éstas cabe la acción reivindicatoria.

En el orden de ideas anterior, vale la pena indicar qué cosas o derechos no son reivindicables, así:

- 1) El derecho de herencia. Pero pueden reivindicarse, individualmente, los bienes que componen la herencia. Ejemplo: Juan posee un inmueble de propiedad de Pedro. Fallece Pedro. Los herederos de

Pedro, reconocidos como tales judicialmente, pueden ejercitar acción reivindicatoria de ese inmueble, pero la ejercitan para la sucesión. Artículo 1.325 del Código Civil, inciso final.

2) Los muebles adquiridos en las condiciones a que se refiere el inciso segundo del artículo 947 del Código Civil. En esos eventos, al adquirente se le trata como un poseedor y tiene derecho de retención. Concordancia: artículo 1.547 del Código Civil.

SUPUESTOS O ELEMENTOS AXIOLOGICOS DE LA ACCION REIVINDICATORIA

Para que la acción reivindicatoria prospere, se requiere la concurrencia de varios elementos, denominados axiológicos, los cuales constituyen en suma la esencia de la acción de dominio y se comprenden, en buena medida, en las explicaciones que anteceden, las que resumen las consideraciones normativas sustantivas iniciales del título XII del Libro Segundo del Código Civil, y que tocan con el fenómeno de legitimación en causa. Tales elementos o supuestos de prosperidad, en relación con el derecho de dominio —aplicables a otros casos, desde luego, con los cambios necesarios—, son:

- 1) Que el demandante sea dueño.
- 2) Que el demandante esté privado de la posesión material de la cosa que se reivindica.
- 3) Que el demandado tenga la posesión material de la cosa que se reivindica.
- 4) Que la cosa sea reivindicable; y,
- 5) Que haya identidad entre la cosa de la que es dueño el demandante y reivindica y la que posee el demandado. O sea, que se trate de la misma cosa.

Algunas veces esta relación se presenta más breve, pero la extensión acá dada cumple con la finalidad de mostrar con amplitud el panorama completo de la acción, toda vez que estos elementos han de tenerse como los requisitos centrales para la decisión de fondo del juez. Su examen intencionalmente corto, es el siguiente:

1) Que el demandante sea dueño

El dominio lo ha de probar el demandante, demostrando la existencia de un título y de un modo de adquisición de su derecho de propiedad (o de uso, usufructo, etc., en su caso). Como guía, tendríase:

a) El derecho de propiedad sobre un bien inmueble, se probará con el título correspondiente (escritura de compra-venta, donación, permuta, hijuela de adjudicación en juicio de sucesión, sentencia declaratoria de la pertenencia o prescripción, etc.) y un certificado de propiedad expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos competente (la de 'ubicación' del predio) que comprenda un lapso de veinte (20) años. El título —documento del título— debe aportarse al proceso judicial con sello de registro, pues tanto el artículo 256 del Código de Procedimiento Civil como el artículo 43 del Decreto 1.250 de 1970, establecen que para que los títulos sujetos a registro tengan mérito probatorio, deberán haber sido inscritos y llevar la constancia de la inscripción. Con base en esto podría afirmarse que la sola exhibición del título bastaría para demostrar el derecho de dominio. Sin embargo, ha de acompañarse además el certificado de propiedad, por cuanto entre la fecha del título y el momento en que se alega ser dueño, puede haber ocurrido cambio o mutación en el dominio. La certificación mostrará la situación jurídica actualizada del inmueble.

Ahora: ¿qué tan nuevo o recientemente expedido debe ser tal certificación? No hay ninguna disposición legal relativa a la antigüedad del certificado, pero en la práctica se considera "viejo" el librado con antelación de más de noventa (90) días al tiempo de hacerse valer.

b) Tratándose de otros bienes sujetos al registro, también deberá demostrarse el dominio (o el respectivo derecho) con las certificaciones de las correspondientes oficinas públicas (como forma inmediata o próxima, si no existiere documento que recogiese el título de adquisición. Si lo hubiere, debe éste ser anunciado como prueba).

c) En la acción pauliana, el actor deberá demostrar que es poseedor regular. Y si de inmuebles, probando hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como corte de maderas, cerramiento, construcción de edificios, etc., como reza el artículo 981 del Código Civil.

2) Que el demandante esté privado de la posesión material de la cosa que se reivindica

Este elemento, parte de la definición de la acción de dominio, lo contempla el artículo 946 del Código Civil, y funda el objeto de la acción. Se resalta, porque el propietario de bienes sometidos a registro se tiene como poseedor inscrito de los mismos: pero esa posesión inscrita no le es útil de por sí, si ha perdido la posesión material.

Con rigor, podría no presentarse este supuesto en forma aislada, como quiera que el siguiente, posesión material del demandado, y el último, identidad de la cosa, lo envuelven. De suerte que no es factor que individualmente sea necesario probar, pues a primera vista es hecho negativo eximido, en principio, legalmente, de prueba. De otro lado, por virtud de la lógica, comprobada la posesión material en el accionado, dedúcese que ella no está en el accionante.

3) Que el demandado sea el poseedor material de la cosa reivindicada

También lo indica el artículo 946 del Código Civil. Recuérdese, no obstante, que la acción reivindicatoria puede dirigirse virtualmente contra el que no posee como si actualmente poseyese y aún contra quien retiene indebidamente (Artículo 971 del Código Civil).

Puede ocurrir que la persona que se demande como poseedor no sea tal sino un mero tenedor. En ese caso, el demandado debe manifestar el nombre del verdadero poseedor (artículo 953 del Código Civil), deber el cual el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil llama LAUDATIO O NOMINATIO AUTORIS. Si ese demandado guarda silencio, será responsable de todos los perjuicios que pueda causar al demandante. Y si aquél, de mala fe, se da por poseedor sin serlo (evento diverso, ya no por omisión del nombre y residencia del verdadero poseedor), será asimismo condenado a indemnizar (artículo 954 del Código Civil).

La posesión material del demandado se tiene que probar, y aunque él la admita en el proceso. La carga de la prueba compete al demandante. Como modelo, simplemente, tratándose de bienes raíces, se hará uso de la norma, ya citada, del artículo 981 del Código Civil.

4) Que la cosa sea reivindicable

Cuestión obvia, pues no siendo reivindicable la cosa el camino empleado por el demandante es inadecuado.

5) Que haya identidad entre la cosa que se reivindica y la que posee el demandado

Es elemento de los más importantes de la acción reivindicatoria. Si Luis demanda a Juan como poseedor de un automóvil determinado suyo y Juan en verdad posee el otro, entonces, como la cosa no es la misma no tendrá Luis éxito en su acción. Luego, este factor de identidad debe probarse. Si de inmuebles se trata, es mecanismo idóneo realizar una inspección judicial, que de algún modo sería viable en reivindicación de muebles. Pero como éstos están en poder del poseedor, podría ser que los ocultara haciendo difícil la identificación. Por esta razón, el artículo 958 del Código Civil permite al demandante, si teme que la cosa se pierda o deteriore en manos del demandado, pedir el secuestro de ella.

LOS EFECTOS DE LA REIVINDICACION O PRESTACIONES MUTUAS

Se estudian acá los efectos de la reivindicación, claro está cuando ella prospera. O sea, cuando es vencido el poseedor, preguntando, por tanto, qué le debe al reivindicante y qué le debe éste al poseedor vencido.

El primer efecto consiste en la restitución por el poseedor vencido, al dueño, de la cosa reivindicada, en el término o plazo que señale el juez y en la forma como dispone la ley. Artículos 961 y 962 del Código Civil.

En segundo lugar, de acuerdo con el artículo 963 del Código Civil, el poseedor de mala fe debe pagar los deterioros que ha sufrido la cosa. El de buena fe no, salvo que se haya aprovechado de ellos, como por ejemplo, si poseía una casa, destruyó un muro para unir dos alcobas y vendió los materiales para su beneficio, o poseía un ganado fino de exposición y lo convirtió en ganado de ceba para aprovechar la leche.

Acerca de frutos naturales y civiles, hay que distinguir entre poseedor de buena y mala fe. Este debe restituir todos los frutos, tanto los percibidos como los que se hubieran podido producir con mediana inteligencia y cuidado por el dueño. Aquél debe restituir los frutos que se produzcan después de la contestación de la demanda. Artículo 964 del Código Civil. El Código incurre en una injusticia frente al poseedor de buena fe al referirse a los frutos PERCIBIDOS después de la contestación a la demanda. Porque éstos pudieron producirse o causarse desde antes pero no haberse podido percibir o recaudar, aún por motivos ajenos al poseedor. Con todo, es pertinente resaltar que "En toda restitución de frutos se abonarán al que los hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos" (inciso final de la norma mencionada), disposición que alivia en algo esa injusticia.

Conviene advertir que, como manda el inciso 2o. del artículo 964 del Código Civil, "Si no existen los frutos, deberá —el poseedor de mala fe, y el de buena fe para lo que a él concierne con posterioridad a la respuesta a la demanda— 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".

Cuando lo reivindicado es un inmueble, y ha de pagar el poseedor vencido frutos civiles, deben tasarse. Respecto de esta tasación, es prudente significar que no hay unidad o uniformidad en los criterios para hacerla. Algunos sostienen que esos frutos civiles son los arrendamientos que el poseedor percibió o los que pudo producir el bien. Otros, con base en una analogía del artículo 739 del Código Civil, aducen que el poseedor vencido debe como frutos civiles los intereses legales aplicados al valor del predio, durante el tiempo que de acuerdo con la ley se le considere como poseedor de mala fe.

Un cuarto efecto hace relación al pago de mejoras. Pero por una parte se debe considerar la clase de mejora o expensa y por otra la de poseedor, así:

- a) Mejoras o expensas necesarias (de conservación o reparación de la cosa): se deben a todo poseedor. Si se invirtieron en obras materiales, se le cancelan al valor que tuvieron al tiempo de la restitución. Si en obras inmateriales o sin resultado material permanente (defensa judicial de la finca, dice el Código Civil, por ejemplo), se abonarán si beneficiaron al reivindicador y se hubieren ejecutado con mediana inteligencia y economía. Artículo 965 del Código Civil).

b) Mejoras útiles (las que aumentan el valor venal de la cosa): se pagan al poseedor de buena fe, las que hizo antes de contestar la demanda. El reivindicador escoge entre su precio al momento en que se le restituya o el aumento de valor de la cosa proveniente de las mejoras. El poseedor de mala fe no tiene derecho a ese pago, sino solamente a retirar los materiales si pueden separarse sin detrimento de la cosa y el propietario rehusa pagarlos después de retirados. Igual tratamiento existe para las mejoras útiles efectuadas por el poseedor de buena fe después de la contestación a la demanda. Artículo 966 del Código Civil.

c) Mejoras voluntarias (de lujo y recreo): no se deben a ningún poseedor, pero se aplica lo dicho en la letra anterior en cuanto al poseedor de mala fe. Artículo 967 del Código Civil.

Define el Código Civil en los artículos 968 y 969 cuándo se entenderá que la separación de las mejoras daña la cosa reivindicada y el momento a que se refiere la buena o mala fe del poseedor, respectivamente. Y en el 970 concede al demandado vencido derecho de retención (sería un quinto efecto o colateral) si tuviere a su favor saldo que reclamar por mejoras.