

LA ESENCIA DE LA TRASLACIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL SISTEMA LEGAL COLOMBIANO

2

Antes de la expedición del Código napoleónico, en 1804, el sistema de traslación de la propiedad que regía en gran parte del continente americano era el introducido por el reino de Castilla, de estirpe romana justinianea o de Derecho bajo medieval.⁹² El Código de las Siete Partidas (de 1256 a 1265) y otras normativas de la época⁹³ estipulaban en su mayoría que el contrato de compraventa era un acto consensual y obligacional, que no imponía al vendedor la obligación de transferir la propiedad de la cosa, sino que le indicaba el deber de entregarla con todos sus accesorios y al comprador, el pago del precio.

.....
92 Francisco Tomás y Valiente, *Manual de historia del Derecho español*. 4a ed. (Madrid: Tecnos, 1983), 239-240. En el mismo sentido, comenta Piano Mortarique: "L'essenza del precetto era vista, infatti, nel principio *traditio instumentorum habet vim rei traditae*, vale a dire nel valore giuridico attribuito alla tradizione ideale della cosa ai fini del trasferimento effettivo del dominio: 'nota quod ad translationem domini sufficit intellectualis traditio: licet corporalis traditio non sit facta'. Vincenzo Piano Mortari, *Dogmatica e interpretazione: i giuristi medievali* (Nápoles: Jovene, 1976), 172-173.

93 Entre las principales fuentes del Derecho español medieval sobre la compraventa encontramos: Fuero Juzgo, Libro V (de las aveniencias e de las compras) Título IV (de las cambias e de las bendiciones). Fuero Viejo, Libro IV, Título I: "De las venditas e las compras". Fuero Real, Libro III, Título X: "De las vendidas e las compras". Siete Partidas de Alfonso X el Sabio: Partida V, Título VI: "De las vendidas e las compras". Ordenanzas Reales de Castilla (Ordenamiento de Montalvo): Libro V, Título VII: "De las vendidas y compras". Nueva Recopilación de don Bartolomé de Atienza: Libro V, Títulos XI, XII, XIII y XIV "en los que se trata sin mucho sistema la materia". Novísima Recopilación de don Juan de la Reguera Valdelomar, Libro X, Título XII: "De las ventas y compras y derecho de alcabalas". Ourliac y De Malafosse, *Derecho Romano y francés histórico*, 446 y ss. En el contexto latinoamericano, David Fabio Esborraz, *Contrato y sistema en América Latina* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006), 27.

Promulgado el Código napoleónico, el sistema de traslación de los derechos reales sufre una radical transformación, al igual que la interpretación o definición de la venta, ya que el deslumbrante sistema del *solo consensu* de transmitir la propiedad por el simple consentimiento⁹⁴ encandila a varias de las antiguas Naciones europeas y a un gran número de las jóvenes repúblicas latinoamericanas que, en mayor o menor medida, terminaron por asimilar este novedoso método traslativo.⁹⁵

Una de las transformaciones que trajo consigo la técnica consensualista francesa fue la alteración del significado romano de la palabra dar, la cual deja de encarnar en el nuevo Derecho francés la obligación de trasladar la propiedad mediante la entrega de la cosa, debido a que en el Code el contrato, por sí mismo, transmite el dominio por el simple traspaso posesorio, en ausencia total de la tradición o entrega material de la cosa.⁹⁶

Algunos autores franceses de la época y otros posteriores⁹⁷ han criticado la inconveniente postura del nuevo sistema y hacen sus propios análisis, dentro de los cuales se puede concluir que con el Código Napoleónico Francia retoma un

94 Eugène Gaudemet, *Las fuentes de las obligaciones* (Bogotá: Leyer, 2007), 17 y ss.

95 Al respecto, Hinestrosa manifiesta: “Avanzado el año de 1829, BOLÍVAR, quien para entonces había asumido la plenitud de sus poderes, dispuso que una comisión examinara el Código de NAPOLEÓN para presentarlo, con las reformas del caso, al Congreso Constituyente [...]. Estos antecedentes nacionales corren parejos con la conocida iniciativa de Dn. Bernardo O’HIGGINS en 1822, para Chile, de que se tradujera y pusiera en vigor el *Code Civil français*, común para entonces en la América hispana [...] explicable como reacción natural movida por el ánimo de afirmar la soberanía reciente, análogamente a como lo habían venido haciendo los nuevos Estados nacionales europeos, acá, además, como ruptura con el régimen español abominado, en especial luego de la guerra a muerte, y en lo que hace al seguimiento del modelo francés, por el deslumbramiento general de aquí y allá produjo dicha codificación”. Fernando Hinestrosa, “El Código Civil de Bello en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 10 (2006): 6-7. Asimismo, pueden verse los comentarios en Arturo Valencia Zea, *Derecho Civil*. Tomo I (Bogotá: Temis, 1957), 73 y ss.

96 En alusión a la manera antigua de transferir la propiedad antes de la vigencia del Código civil francés, Colin y Capitant enseñan: “La transmisión de la propiedad era entre los romanos una operación que se realizaba en dos tiempos. Entre nosotros se verifica de una vez, por el contrato mismo”. Ambrosio Colin y Henry Capitant, *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo II, Vol. II. 2a ed. (Madrid: Reus, 1941), 89 y ss.

97 “Así que la cosa que el deudor se ha obligado a dar, continua en pertenecerle como antes, y el acreedor no puede llegar a ser su dueño, sino por medio de la tradición real o simulada que le haga el deudor en cumplimiento de su obligación”. Robert Joseph Pothier, *Tratado de las obligaciones* (México D. F.: Tribunal Superior del Distrito Federal, 2003), 87. En el mismo sentido, manifiesta Josserand: “Sin embargo si se procede hacer un análisis riguroso, se descubren otras obligaciones que incumben también al vendedor; éste debe: 1° *Transferir la propiedad* de la cosa, o más generalmente, derecho cedido; 2° Está obligado a *conservar* la cosa hasta el día de la entrega; 3° Debe efectuar la *entrega*”. Josserand, *Derecho Civil: obligaciones y contratos*, 58 y ss. Para mayor ilustración, pueden verse, entre otros, Baudry-Lacantinerie y Saignat, *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, 6 y ss.; Raymond Monier, *Manuel Elementaire de Droit Romain*. Tomo II. 4a ed. (París: Domat Montchrestien, 1948), 149 y ss.; Mazeaud, Mazeaud y Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, 188; Ourliac y De Malafosse, *Derecho Romano y francés histórico*, 432 y ss.; Chianale, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, 28 y ss.

•La esencia de la traslación de la propiedad en el sistema legal colombiano•

antiguo sistema romano clásico de transmisión de la propiedad, en el que, por el solo contrato de compraventa, el comprador adquiere instantáneamente la propiedad, en oposición al acrisolado modelo traslativo del título y del modo compuesto por dos etapas o momentos (compraventa y tradición).⁹⁸

El anterior hito histórico, de inusitada novedad para la época, ocasiona que, para los redactores de los futuros Códigos Civiles de los siglos XIX y XX, sea seductora la idea de insertar el verbo dar en la definición del contrato de compraventa, tal vez por la gran acogida del flamante Código Civil francés⁹⁹ o por la particular inclinación de notables personajes como Andrés Bello, que veían en las fuentes del Derecho romano (clásico) las respuestas a un problema tan complejo como dibujar la traslación del derecho de propiedad.

La adopción de la palabra dar en ordenamientos civiles como el colombiano trajo consigo más inquietudes que respuestas, ya que no solo desentona con un sistema modal por “tradición”, debido a la amplitud de su significado¹⁰⁰ que puede incluso asimilarse a “entrega”¹⁰¹ o “tradición”,¹⁰² sino que además crea serias

98 Al respecto, reseña Pothier que “se venía aplicando un derecho postclásico romano en donde la teoría del título y el modo era la pauta para la adquisición de los derechos reales, volviendo a acoger un concepto romano clásico inmemorial en el que el vendedor no precisamente estaba obligado a transferir el dominio [...] es meramente arbitrario el principio por el cual los juriconsultos romanos, que el vendedor no está precisamente obligado a transferir el dominio, que esto no está tomado de la naturaleza, y que por lo mismo no debe seguirse en nuestra práctica [...]. El fundamento del principio de los juriconsultos está en la naturaleza del contrato y en los términos que en él se usan. Se dice que uno *vende*, y para expresar más esto se añade, que *se desapodera, desiste, quita, y aparta* a sí y a sus sucesores de cualquier derecho que en la cosa vendida puede tener; y esto indica solo la obligación de ceder los derechos que tenga sobre la cosa, y no la de transferir el dominio, si no lo tiene el vendedor”. Robert Joseph Pothier, *Tratado del contrato de compra y venta* (Barcelona: Editorial Imprenta y litografía de J. Roger, 1841), 27. En el mismo sentido, puede verse, por ejemplo, Gallo, *Studi sul Trasferimento della proprietà in Diritto Romano*, 53 y ss.; Garo, *Derecho Comercial: compraventas*, 134; Giovanni Pugliese, *Istituzioni di Diritto Romano* (Padua: Piccin, 1986), 616; Fritz Schulz, *Principios del Derecho Romano*. 2a ed. (Madrid: Civitas, 2000), 337-338; Juan Iglesias, *Derecho Romano*. 12a ed. (Barcelona: Ariel, 2002), 155 y ss.

99 “La venta es un contrato por el cual una parte se obliga a entregar una cosa”. República Francesa, *Code Civil des Français* (París: De l’imprimerie de la République, 1804), art. 1582.

100 La obligación de “dar”, aun en su sentido técnico puede significar: transferencia de propiedad, propiedad plena u otorgar posesión. Grosso, *Las obligaciones*, 34 y ss.

101 “La obligación de dar comportará la de entregar la cosa y la de conservarla hasta la entrega [...]. La obligación de entregar la cosa se perfeccionará por el simple consentimiento de las partes contratantes”. República Francesa, *Code Civil des Français*, arts. 1136, 1138.

Convertirá al acreedor en propietario y quedará la cosa bajo su riesgo desde el instante en el que sea entregada, aunque la tradición no se haya efectuado todavía, a menos que el deudor se hubiera constituido en mora en su entrega, en cuyo caso la cosa permanecerá bajo el riesgo de este último.

102 Sobre el particular, comenta Vélez que las palabras entrega y tradición “son sinónimas o significan lo mismo”. Fernando Vélez, *Estudio sobre el Derecho colombiano*. Tomo VII. 2a ed. (París: París-América, 1926), 200.

dudas sobre su compatibilidad con el principio *res perit domino* francés (las cosas perecen para su dueño) en el cual, por efecto del contrato de compraventa se traslada el riesgo al comprador;¹⁰³ esto obedece a que el Código Civil colombiano no admite la transferencia del dominio por el simple acuerdo entre las partes en la compraventa.

Con la expedición del Código de Comercio colombiano, se modificó la definición del contrato de compraventa, al sustituir la palabra dar por la de transmitir, como un intento de consolidar y poner fin a la discusión sobre el objeto y la causa de la venta; por lo tanto, se ajustó el instante del “riesgo de pérdida o deterioro” de la cosa comprada, que ahora pesa sobre el vendedor, para crear una aparente mejor sincronía con el método de transferencia de la propiedad por título y modo, pero con un serio inconveniente, la norma civil colombiana sobre la materia continúa vigente.

Lo dicho hasta aquí revela que los jóvenes ordenamientos jurídicos como el colombiano acogen diversidad de expresiones y principios del Derecho romano medieval,¹⁰⁴ que pervivieron por medio de los diferentes Códigos europeos. Con el paso de los años, esta situación provocó la consolidación de auténticos ordenamientos civiles latinoamericanos, que describen con originalidad el suceso cotidiano del traspaso de la propiedad,¹⁰⁵ escenario que, sin duda, merece la importante tarea de estudiar algunos aspectos importantes de la fisionomía del contrato de compraventa asimilado en Colombia.

103 “La transmisión de la propiedad *solo consensu* crea, por otra parte, un grave peligro para el comprador. Por convertirse en propietario desde la perfección del contrato de compraventa, realizada por el cambio de los consentimientos, el comprador soportará desde ese instante *el riesgo de pérdida o de deterioro* de la cosa comprada, convertida en cosa propia de él, aun cuando esa cosa no se le haya entregado y no se encuentra, por lo tanto, bajo su vigilancia; para la que la pérdida recaiga sobre el vendedor, deberá aquél demostrar la culpa de éste, el comprador soporta la fuerza mayor [...]. A fin de evitar que el comprador soporte antes de la entrega el riesgo de pérdida o de deterioro, numerosas legislaciones extranjeras se han separado del derecho francés; al rechazar la regla de la transmisión de la propiedad desde el cambio de los consentimientos, sitúan esa transmisión tan sólo en el instante de la entrega, y mantienen así hasta la entrega el riesgo con cargo del vendedor, que sigue hasta entonces siendo propietario”. Comentarios en Mazeaud, Mazeaud y Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, 189-190.

104 En conexión, Esborraz afirma: “De esta manera el Derecho Romano devino el derecho ‘propio de América Latina, la cual se convertirá así en un centro autónomo de desarrollo del Sistema jurídico romanista”. Esborraz, *Contrato y sistema en América Latina*, 29. En el mismo sentido, Bernard Audit, “La internacionalización de las fuentes (Convenciones y codificaciones privadas internacionales)” en *El contrato: problemas actuales, evolución, cambios*, ed. Association Henri Capitant les amis de la culture juridique française y Universidad Externado de Colombia (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 15 y ss.

105 Esborraz, *Contrato y sistema en América Latina*, 26-27.

La relación de la compraventa y la tradición: evidencia de una consensualidad para transferir propiedad

La compraventa colombiana no es un acto consensual solo por su naturaleza e historia, sino también por su relación complementaria con la capacidad natural de transferir la propiedad mediante la entrega contenida en el modo convencional de la “tradición”. El esquema de la teoría del título y modo exige el suceso secuencial de la unión de la voluntad de transferir un derecho con la de poseer una cosa. No obstante, al leer las dos definiciones de compraventa (civil y mercantil) y tradición (civil), siempre surgen dos tribulaciones que nos inquietan: ¿en dónde acaece en realidad la transferencia de derechos y la entrega de la cosa vendida? y ¿cuánta paridad tienen los significados de las palabras transmitir y transferir frente al alcance del término dar?

La respuesta que hallamos en la reciente doctrina y la jurisprudencia nacionales es que la compraventa es un contrato que no tiene la facultad, por sí mismo, de trasladar la propiedad y, por lo tanto, requiere de otro contrato denominado tradición para cumplir con su causa u objeto; esta explicación, para ser digerida, necesita un rodeo argumentativo sobre el propio eje de esta misma disquisición y que podemos resumir así: la compraventa es un negocio jurídico productor de obligaciones por el hecho de ocasionar una disminución instantánea del patrimonio del vendedor y el deber de entregar una cosa, junto con la promesa de transferir el derecho de propiedad hacia el comprador, dispuesto a recibirlo a cambio de un precio. Con ello la venta se convierte en un contrato perfeccionado por el consentimiento,¹⁰⁶ creador de varias obligaciones e imposibilitado para transferir o modificar derechos reales,¹⁰⁷ facultad que solo ostenta la “tradición”. Esta explicación de razones deja muchas cosas fáciles de comprender y que pueden condensarse en que la compraventa es un contrato “bilateral,¹⁰⁸ consensual, obligacional o dispositivo y oneroso” y en que

106 Cualidad que exponen autores clásicos, cuando explican: “El consentimiento no es otra cosa, que el acuerdo de voluntades con ánimo de crear obligaciones; su definición se confunde, pues, con la del contrato mismo [...] llega a su finalidad y no es constitutivo de contrato sino en cuanto reúne ciertas condiciones y se exterioriza, se concreta, de cierta manera”. Josseland, *Derecho Civil: obligaciones y contratos*, 39.

107 Wayar, *Compraventa y permuta*, 323.

108 Rasgo característico que Rubino, desarrolla al exponer: “Non si è mai dubitato che la compravendita sia un contratto con prestazioni corrispettive (secondo la piú rigorosa terminologia del cod. vigente), o bilaterale (secondo la terminologia del precedente cod.), o sinallagmatico che dir si voglia, cioè un contratto in cui ciascuna parte in tanto assume le sue obbligazioni contrapposte sono legate da un vincolo di interdipendenza. Ma nella compravendita

la tradición es un acto “bilateral,¹⁰⁹ consensual,¹¹⁰ constitutivo o real y gratuito”.¹¹¹ Asimismo, agrega otra inquietud mayúscula que debemos sortear antes de proseguir: ¿qué sistema legislativo adoptan los Códigos Civil y Mercantil colombianos?

El sistema de traslación de la propiedad asumido por Colombia

Podemos decir que el Derecho Privado colombiano es un buen heredero de la teoría romana posclásica o medieval de la transferencia del dominio, en la que el derecho personal del vendedor de detentación sobre la cosa es adquirido por el vendedor mediante el contrato y sufre una transformación causal por efecto de “tradición”, que lo convierte en un derecho real. Esto no ocurre en el sistema abstracto¹¹² alemán; en él, la compraventa y la “tradición” son valoradas como dos negocios jurídicos independientes el uno del otro, por lo que la venta no pasa de ser una sencilla relación obligatoria.

Por la anterior razón, los Códigos Civil y Mercantil colombianos son más susceptibles de ser estimados como seguidores del sistema francés de traslación directa, en virtud de la unidad del contrato o en relación con el acrisolado régimen romano-castellano de traspaso causal de la propiedad, por el cual el contrato de compraventa se asocia con la tradición.¹¹³

quali sono esattamente queste obbligazioni che intervengono nel sinallagma, tenendo presente che esse, per definizione, non dovrebbero mancare mai?”. Rubino, *La compravendita*, 301 y ss.

109 “Se llama tradente la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él, y adquirente la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre”. República de Colombia, *Código de Comercio* (Bogotá: Legis, 2015), art. 741.

110 Cualidad contenida en los Artículos 742 C. C. colombiano: “Para que la tradición sea válida, deberá ser hecha voluntariamente por el tradente o por su representante” y 743 C. C. colombiano: “La tradición para que sea válida requiere también el consentimiento del adquirente o de su representante”.

111 Algunos autores colombianos como Valencia Zea y Cesar Gómez no escatiman esfuerzos para hacer notar que la “tradición” ostenta también la calidad de negocio jurídico y de pago, a la luz del Código Civil. Arturo Valencia Zea, *De los contratos*. Tomo IV. 4a ed. (Bogotá: Temis, 1975), 61-62; César Gómez Estrada, “Un acierto y desacuerdo en el régimen de compraventa mercantil”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 227-228-229, (1979): 168. Esta perspectiva concuerda, de cierta manera, con Bianca, *Derecho Civil: el contrato*, 514.

112 “Cuando un negocio prescinde del requisito de la causa se habla en general de abstracción. En su significado más riguroso, el carácter abstracto se entiende como una abstracción sustancial, esto es, como irrelevancia de la causa para los fines de la validez del negocio [...]. Este negocio se contraponen al negocio causal como negocio que tiene en la causa uno de sus elementos esenciales”. Bianca, *Derecho Civil: el contrato*, 489.

113 “1. La entrega misma. 2. La voluntad concorde de transmitir y adquirir la propiedad. 3. El fin práctico, de modo inmediato, motiva la entrega, y es reconocido por el Derecho como fundamento de la adquisición: *iusta causa traditionis*”. Iglesias, *Derecho Romano*, 178.

•La esencia de la traslación de la propiedad en el sistema legal colombiano.

Es importante manifestar que no descartamos el sistema francés por una duda emergida al examinar el Artículo 1876 del Código Civil que, a pesar de su raíz romana estipula: “La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa”, lo cual implica una consumación y transmisión de la propiedad al comprador por causa directa del contrato de compraventa, como pasa en el Código Civil de Francia.¹¹⁴ Si bien en los Artículos 754 y 756 del Código Civil colombiano se confirma la necesarísima entrega o tradición posterior y, además, el Código de Comercio, en su Artículo 929, designa que: “En la venta de un cuerpo cierto, el riesgo de la pérdida por fuerza mayor o caso fortuito ocurrido antes de su entrega, corresponderá al vendedor”, resulta válido poder suponer que el codificador erró o, mejor, sospechar que coligió el dar o entregar con el transmitir, a la luz del Derecho romano clásico y francés.¹¹⁵

Entonces, podemos reconocer que el sistema que adoptan los Códigos Civil y Mercantil de Colombia para la transferencia de la propiedad es el de unidad de contrato yuxtapuesto a la tradición, debido a que la relación que la “tradición” sostiene con el contrato de compraventa es causal; son dos negocios jurídicos independientes que conviven con el objetivo de concretar con eficacia el traslado de la propiedad. La compraventa otorga una justa causa¹¹⁶ a la tradición y la tradición, a su vez, procura la transferencia fehaciente del dominio mediante la entrega. En otras palabras, la compraventa origina la obligación del vendedor de transferir la propiedad de la cosa al comprador, mientras que la tradición es

114 Julien Bonnecase, *Tratado elemental de Derecho Civil*. Tomo I (México D. F.: Harla, 1995), 486.

115 “[...] la venta a término plantea la cuestión de la pérdida de la cosa vendida. Glosadores y canonistas recogen del Digesto la regla *res perit emptori*, BEAUMANOIR señala la entrega como el momento en el que se transmiten los riesgos, tesis derivada del carácter real que se atribuye a la venta. PUFFENDORF y BARBEYRAC son los primeros en señalar la anomalía de tal régimen: el vendedor que no ha hecho la entrega sigue siendo propietario; habría que decir *res perit domino*. Las dos fórmulas se consideran equivalentes cuanto que la venta por sí sola realiza la transmisión (DOMAT, I, 22 y 7): según lo que dice el art. 1138 del C.C. francés”. Ourliac y De Malafosse, *Derecho Romano y francés histórico*, 445.

116 Situación que describe Wayar: “[...] la compraventa funciona como causa-fuente para la adquisición de derechos reales, es solo una causa mediata, puesto que, además de ella, tiene que intervenir otra causa-fuente (el modo), que tiene una *inmediata finalidad* traslativa [...]. En suma, la compraventa funciona como ‘causa-fuente-remota’ para la adquisición de derechos reales, ya que entre ella y la efectiva adquisición, hay que intercalar una segunda causa que funciona como ‘fuente inmediata’ de la mutación real”. Wayar, *Compraventa y permuta*, 56.

el modo¹¹⁷ o la forma idónea material de hacer la transferencia del dominio por razón de la entrega de la cosa.¹¹⁸

La teoría causalista del título y modo, mecanismo para transferir la propiedad y entregar la cosa vendida

La compraventa en Colombia no es suficiente por sí sola, para adquirir la calidad de propietario a favor del comprador; para alcanzar tal fin, se requiere la ejecución de otros negocios jurídicos con fuerza traslativa como la tradición o el registro de los inmuebles y demás bienes sujetos a este.¹¹⁹

La simbiosis de la compraventa (título) y la tradición (modo) radica en la protección obligatoria que la ley le concede al comprador para que este se convierta en propietario, es decir, el vendedor no solo entrega la cosa vendida, sino que también se ve obligado a transferir el derecho de propiedad.¹²⁰

Es el contrato de compraventa perfeccionado (justo título), el que brinda al comprador la posibilidad de oponerse, como dueño, ante un tercero que alega un mejor derecho sobre la cosa vendida. La entrega material de la cosa, sin contrato

117 "El contrato era, pues, la justa causa, el *títulos* y tenía que ser seguido por la "tradición" que era el *modus acquirendi*". Rocco, *Boleto de compraventa*, 59-60.

118 "Entregar significa, en pocos términos, transmitir al comprador la posesión de la cosa vendida, esto es, sustituir una persona (comprador) a otra (vendedor) en el ejercicio del poder o señorío sobre la cosa, de modo que el sucesor quede convertido en nuevo propietario". Wayar, *Compraventa y permuta*, 322.

119 Regla establecida por el Artículo 749 C. C. colombiano: "Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas", el Artículo 756 C. C. colombiano: "Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos". Así como también por el Artículo 922 C. de Com. colombiano: "La tradición del dominio de los bienes raíces requerirá además de la inscripción del título en la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, la entrega material de la cosa. PARÁGRAFO. De la misma manera se realizará la tradición del dominio de los vehículos automotores" y el Artículo 1427 C. de Com. colombiano: la tradición de naves y aeronaves "se efectuará mediante dicha inscripción acompañada de la entrega material". Esta situación es descrita por Bianca como "el rigor máximo de la regla causal que se ve en los negocios traslativos de derechos reales sobre inmuebles". Bianca, *Derecho Civil: el contrato*, 490.

120 Aspecto regulado por el Artículo 740 C. C. colombiano: "[...] habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio".

•La esencia de la traslación de la propiedad en el sistema legal colombiano.

previo de venta,¹²¹ concede como máximo el derecho de posesión y carece de una fuerza probatoria contundente, como ocurre en la venta de cosa ajena.¹²²

En el fondo, la conexidad entre el título y el modo se centra en cuatro puntos clave:

- a. Los dos negocios jurídicos (compraventa y tradición) comparten una característica consensual en su perfeccionamiento, lo que hace que los dos se complementen a la hora de trasladar el dominio de una cosa.¹²³ El título “suficiente” de compraventa como un antecedente y la tradición como el modo tienen como efecto el acto voluntario de entrega y recepción material del bien vendido.
- b. El objeto de la compraventa es una obligación bilateral, lo cual representa que la obligación del vendedor de procurar la entrega de la cosa es recíproca a la obligación del comprador de cancelar el precio o viceversa. De ello se deduce que el objeto del contrato son dos obligaciones, cuyo objeto mutuo es la cosa¹²⁴ y la cantidad de dinero. Por otra parte, en el negocio de la tradición, el objeto consiste en una doble entrega material y efectiva, esto es, transmitir simultáneamente dos derechos personales o de crédito, que se convierten en derechos reales por efecto de tradición, o

.....
 121 “Si a una persona se le entrega un inmueble sin contrato previo (posesión), es evidente la ocurrencia de la transmisión, siendo necesaria la transferencia posterior, sea por ratificación escrita del verdadero dueño o sentencia judicial que permita el registro. En este caso, ‘La transmisión tiene por efecto la transferencia de la propiedad de la finca [...]’. Enneccerus, *Tratado de Derecho Civil*, 396.

122 Al respecto, enseña Von Ihering: “[...] no la tienen para sí, sino para aquel de quien recibieran la cosa; su relación en este supuesto no implica otra cosa, en derecho, que el ejercicio de la posesión ajena [...]. El que *no tiene derecho*, es decir el supuesto propietario, contempla desdeñoso a los que *simplemente* ejercen derechos sobre cosa ajena”. Rudolf Von Ihering, *La posesión*. 2a ed. (Madrid: Reus, 1926), 360 y 475. Por su parte, el autor colombiano Valencia Zea comenta: “Si bien es verdad que quien no es dueño de la cosa en el momento de la tradición no transfiere el dominio, no obstante los derechos de posesión sí se transfieren (C.C., Art. 753). De aquí que sea necesario diferenciar la obligación del vendedor de transferir la propiedad, de la obligación de transferir la posesión. El vendedor debe transferir una posesión que corresponda al dominio”. Arturo Valencia Zea, *De los contratos* (Bogotá: Editorial Temis, Ed. 4ª, T. IV, 1975), 62.

123 José Luis Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales*. Vol. I. 2a ed. (Madrid: Dykinson, 2003), 169.

124 El significado de cosa comprende jurídicamente los derechos emanados de esta, los bienes corporales e incorporeales, los presentes y futuros; en general, todo aquello que sea susceptible de ser valorado en dinero y pueda ser parte del patrimonio de una persona. Para mayor ilustración, puede verse Rodríguez Fonnegra, *Del contrato de compraventa y materias aledañas*, 227 y ss.; Fernando Vélez. *Estudio sobre el Derecho colombiano* (París: Editorial Paris-America, Ed. 2ª, T. VII, 1926), 177.

sea, el vendedor cumple su obligación al entregar la cosa y el comprador, al pagar el precio en dinero.

Lo que conecta al título con el modo es que lo entregado debe corresponder con el objeto obligacional recíproco acordado en la compraventa.¹²⁵

Las obligaciones y los derechos personales o crediticios que se transfieren con la venta deben verse materializados o realizados¹²⁶ con la entrega en la tradición.

- c. El título y el modo mantienen una relación de causalidad. Ambos comparten como causa general alcanzar la traslación y transformación de derechos (un derecho personal se convierte en real),¹²⁷ pero cada uno tiene una causa específica complementaria para lograr dicho objetivo: una “causa remota” en la compraventa y una “causa fuente o inmediata” en la tradición.

La causa o motivación del vendedor y del comprador en la compraventa es transferir y adquirir el dominio respectivamente, mediante el modo derivativo de la “tradición”; así adquiere el apelativo de “causa remota”. Debido a ello, la “tradición” alberga una “causa-fuente-inmediata”, nombrada así porque, como dijéramos, es en el modo y no en el título en donde sucede la ficción de la transferencia del derecho de propiedad de manera bilateral junto con la entrega o transmisión de la cosa.¹²⁸

- d. En la práctica, la causa de la compraventa es la intención del comprador de adquirir un título probatorio, en el que conste la obligación del

125 “La cosa a entregarse es la que ha sido y es, precisamente, objeto de la compraventa, en cuanto sea cierta o individualizada, y no otra: no podrá el vendedor pretender liberarse ofreciendo otra, aunque sea de igual o mayor valor”. Garo, *Derecho Comercial: compraventas*, 183.

126 En conexión, comenta Wayar: “[...] para que una cosa sea susceptible de venta debe tener existencia real, actual o futura, y debe ser posible, material y jurídicamente”. Wayar, *Compraventa y permuta*, 187.

127 Explica De Castro y Bravo que “la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan la o las declaraciones negociales”. Vista la causa desde el ángulo subjetivo (supuesto de hecho) será “lo que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera (no se ha querido excluir) el amparo jurídico”. Desde el ángulo objetivo o de la norma jurídica, la causa servirá como “el metro o metros con los que se mide el resultado real buscado con la regla negocial establecida por la voluntad privada” y conforme al que se determinará la validez o invalidez del negocio y el tipo de eficacia que le corresponda”. Federico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico* (Madrid: Civitas, 1985), 204.

128 Mariano Alonso Pérez, *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Tomo II (Madrid: La Ley, 2006), 408 y ss. En el mismo sentido, ver Lacruz Berdejo, et al., *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales*. Vol. I. 2a ed. (Madrid: Dykinson, 2008), 183 y ss.

•La esencia de la traslación de la propiedad en el sistema legal colombiano•

vendedor de “traditir” la cosa vendida (adquiere derechos personales); a su vez, la intención del vendedor es obtener una ganancia o acrecentar su liquidez de activo medida en dinero y respaldada por un derecho de crédito debido por el comprador. No es de extrañar que en las últimas décadas haya tomado fuerza la tesis doctrinal de igualar la tradición al pago, en respuesta a la necesidad de describir el complejo proceso de transferir la propiedad en los actos derivativos.¹²⁹

En conclusión, la teoría del título y modo permite que la conexión del contrato de compraventa con la tradición sea funcional, motivada por la compatibilidad que debe existir entre la causa¹³⁰ y “los bienes a los que las partes refieren derechos y obligaciones”.¹³¹ La prestación se concibe en la mente de los contratantes “como lo que se debe”,¹³² por lo que en la venta el bien es *ex profeso*, o sea, abstraído por el conjunto de sus cualidades lícitas, identificadas bilateralmente por los sujetos contractuales y no por una sola percepción material que adquiere preeminencia al momento del acto de “tradición”. En otras palabras, la compraventa y la tradición son actos bilaterales complementarios; en el primero, la percepción de las partes recae en las cualidades que emanan de la cosa, sean derechos u

129 Al respecto, comenta Díez-Picazo que “[...] toda tradición, esto es, toda transmisión derivativa de la propiedad viene siempre a ejecutarse como consecuencia de un negocio anterior y sería, según esta idea, un acto de cumplimiento, un acto solutorio o un pago”. Luis Díez-Picazo, *La tradición y los acuerdos traslativos en el derecho español*. Tomo III (Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1966), 555 y ss. En igual sentido opina Puig Brutau: “Nadie transmite por puro azar y, por tanto, la tradición ha de ser esencialmente un acto causal, o, mejor dicho, ha de manifestarse como una consecuencia de la voluntad acerca de una transferencia. Por tanto responderá al concepto de pago en sentido amplio, como *solutio* de una obligación preexistente o asumida de manera coetánea con el acto que ejecuta la tradición”. José Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III, Vol. 1. 2a ed. (Barcelona: Bosch, 1971), 340. Puede verse también Pablo Beltrán de Heredia, “La tradición como modo de adquirir la propiedad”, *Revista de Derecho Privado* tomo LI, núm. 2 (1967): 103 y ss.

130 “La insistencia en la causalidad no sólo afecta a la flexibilidad de los negocios jurídicos tradicionales sino que también puede afectar la viabilidad de negocios jurídicos contemporáneos de gran utilidad pero aún son un asidero conceptual firme en el ordenamiento jurídico. Ello, debido a que la existencia de cualquier contrato requiere de causa propia y adecuada y que la transmisión de la propiedad se produce por consecuencia sólo de ciertos contratos (los que tienen tal naturaleza traslativa del dominio), mediante la tradición”. Boris Kozolchyk, *La contratación comercial en el Derecho comparado* (Madrid: Dykinson, 2006), 100.

131 En cuanto al significado de prestación u objeto contractual, puede verse, entre otros, Bianca, *Derecho Civil: el contrato*, 343.

132 Algunos autores colombianos como José J. Gómez aceptan que: “PRESTACIÓN es voz genérica que comprende todo, no sólo el objeto de dar, sino también el de hacer y el de no hacer. En la venta (contrato) las hay de dar y hacer; el vendedor debe entregar la cosa y el comprador el precio (de dar) y el primero debe salir al saneamiento (DE HACER, Y DE DAR si la evicción se decreta). José J. Gómez, *Derecho Civil. Curso II: bienes* (Universidad Externado de Colombia, 1962), 68.

obligaciones, mientras en el segundo, centran sus sentidos en la posibilidad de gozar de esos beneficios, como pueden ser el dominio y la posesión, sin que esto signifique en exclusiva un deseo material o de aprehensión material de la cosa.¹³³

La vigencia de la “tradición” como modo para transferir derechos y transmitir cosas y su presencia en la definición de la compraventa

En este punto cabe preguntarnos ¿cuál es el verdadero papel que desempeña la “tradición” en el sistema de traspaso de la propiedad en Colombia? y ¿sigue siendo preponderante su relación con el contrato de compraventa? Desde la óptica del sistema de la teoría del título y del modo implementado en nuestro país, es indispensable la presencia del acto de traditir para dar una cierta seguridad probatoria a los actos de venta en cuanto a la entrega se refiere,¹³⁴ pero lo que en verdad mantiene vigente a la “tradición”, sea real, ficta o instrumental,¹³⁵ es la necesidad de diferenciar fehacientemente los límites de influencia del contrato y los límites de influencia de la “tradición”, es decir, identificar los efectos que se desprenden del momento de perfeccionamiento del contrato y los efectos que emanan del instante de consumación de la tradición.

Cuando se perfecciona el contrato de compraventa con la aceptación recíproca de las voluntades, palpable en la firma del contrato y en la manifestación verbal, se dice que nace la obligación bilateral del vendedor (de entregar la cosa) y del comprador (pagar el precio como una retribución semejante al derecho transferido),¹³⁶ pero requiere la tradición para la transmisión real o entrega mate-

133 Bonnecase, *Tratado elemental de Derecho Civil*, 475 y ss.

134 La tradición, al igual que como era en Roma, es una herramienta para probar la posesión y, eventualmente, la propiedad. Sobre el particular, pueden verse, por ejemplo, Sergio Gaete Rojas, “La tradición en el Derecho Romano y en el Derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho* 19, núm. 1 (1992): 67 y ss.; Margarita Fuenteseca Degenefee, *La concepción romana del concepto de propiedad (dominium, proprietas y causa possessionis)* (Madrid: Dikynson, 2004), 181 y ss.

135 Garo, *Derecho Comercial: compraventas*, 137. En conexión, expresa Trabuchi: “La obligación de dar tiene, en ocasiones, un contenido especial cuando tiene la transferencia de un derecho real, como sucede, por ejemplo, en los casos en los que la compraventa no tenga eficacia real inmediata. Significa otras veces la obligación de entregar, el solo transmitir la posesión, en cuanto que el derecho de propiedad había pasado ya a la esfera jurídica del comprador [...]. En tal sentido se debe hacer mención a la tradición ficta”. Alberto Trabuchi, *Instituciones de Derecho Civil* (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967), 15-16.

136 En torno a esta situación enseñan Aubry y Rau: “A côté des conditions requises pour tous les contrats en général, chaque contrat en particulier exige, d’après sa notion même et la fin qu’il est destiné à réaliser, certains éléments, en l’absence desquels il est impossible d’en concevoir l’existence. C’est ainsi que le contrat de vente,

•La esencia de la traslación de la propiedad en el sistema legal colombiano.

rial.¹³⁷ Al intentar normatizar este fenómeno de mutación del derecho, la mayoría de Códigos opta por otorgar al contrato facultades dispositivas¹³⁸ de la propiedad, aunque olvida conectar en secuencia la transferencia del derecho personal surgido de la venta¹³⁹ que pretende transferirse en la tradición para cumplir con la obligación, dentro de una definición legal de contrato de compraventa.

En la compraventa aparece una obligación, pero así como emerge un deber, también lo hace un derecho,¹⁴⁰ sobre todo cuando dicha relación es bilateral y conmutativa; entonces, si la obligación del vendedor es transferir la propiedad, ¿cuál es el derecho que el comprador adquiere en virtud de la venta? En nuestro ordenamiento, en función de las definiciones de compraventa, tradición y de un sistema de traspaso de derechos reales objeto de debate,¹⁴¹ se ha aceptado que los derechos que obtiene el comprador son de esencia personal o crediticia y, con el

par exemple, requiert, pour son existence comme tel, non seulement le consentement des parties et une chose qui en forme l'objet, mais encore un prix déterminé en argent, et l'intention réciproque des parties de transférer et d'acquérir la propriété de cette chose". Charles Aubry y Charles Rau, *Cours de Droit Civil francais*. Tomo 4 (París: Librairie Joseph Gibert, 1902), 475-476; Rubino, *La compravendita*, 297 y ss.; asimismo, "El precio es el equivalente dinerario de la prestación traslativa". Bianca, *Derecho Civil: el contrato*, 457.

137 "La tradición consiste en la entrega del bien que el deudor se obligó a dar. La entrega es la forma ostensible, objetiva, el revestimiento material de la transferencia". Gómez, *Derecho Civil. Curso II: bienes*, 133.

138 En Francia se otorga al contrato la facultad de trasladar por sí solo el derecho, por lo cual en la venta directamente se adquiere un derecho real. Por consiguiente, en el ordenamiento jurídico francés, el derecho personal no nace del contrato. Jossierand, *Derecho Civil: obligaciones y contratos*, 21 y ss.

139 Para Ochoa Carvajal, "los derechos personales tienen su origen en una de las fuentes de las obligaciones. Precisamente porque es un derecho personal, que en la definición del artículo 666 es sinónimo de crédito, viene a ser el contrato portada de la obligación. De tal manera que el derecho personal, de conformidad con la clasificación tradicional y clásica de las fuentes de la obligaciones, acogida por el Código Civil en el artículo 1494, surge de un contrato". Raúl Humberto Ochoa Carvajal, *Bienes*. 6a. ed. (Bogotá: Temis, 2006), 65.

140 "El derecho estricto puede también representarse como la posibilidad de una obligación mutua [...]. Así pues, cuando se dice: un acreedor tiene el derecho de exigir de su deudor el pago de su deuda, no se quiere decir que pueda persuadirle a que su propia razón le obligue a esta devolución, sino que el forzarle a esta devolución, fuerza que se extiende a todos, puede subsistir con la libertad general; por consiguiente, hasta con la del mismo deudor [...]". Immanuel Kant, *Principios metafísicos del Derecho* (Madrid: Espuela de Plata, 2004), 48 y ss.

141 La corriente clásica manifiesta que el derecho real "es la relación y poderío directo e inmediato que sostiene la persona con la cosa"; la corriente negadora de la distinción argumenta la sola existencia de relaciones de personas y no entre cosas, por lo que solo hay lugar a derechos personales u obligaciones (Savigny) y la corriente ecléctica opta por conciliar las dos posturas anteriores, bajo la premisa de que el derecho real posee una connotación interna y externa: poder directo sobre la cosa y la obligación de los terceros de respetar esa relación jurídica. Arturo Valencia Zea, *De los contratos* (Bogotá: Editorial Temis, Ed. 4ª, T. IV, 1975), 241 y ss.; José Manuel Martín Bernal, *Nociones de Derecho Civil patrimonial* (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003), 179 y ss.

acaecimiento de la “tradicón”, ese derecho personal se convierte en un derecho real.¹⁴²

Al analizar la definición del Código Civil sobre la tradición —“consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo”—, interpretamos que la tradición es un acto autónomo que logra subsistir jurídicamente sin la compraventa y que puede transferir derechos por sí solo (por ejemplo, la posesión como derecho real provisional),¹⁴³ mas en lo que al traspaso eficaz de la propiedad se refiere, está atado a la preexistencia de este contrato. El derecho personal que viene trascendiendo del contrato de venta ingresa a los terrenos de la tradición bajo dicha calidad para después adquirir su nueva

142 Legislativamente no existe una definición de derecho real, por lo que la doctrina elabora una según sus caracteres y lo configura como parte de la formación del concepto de derecho personal; establece, en palabras de Martín Bernal, que “se trata de un poder concedido, directo e inmediato por el ordenamiento jurídico al sujeto sobre la cosa, que confiere al titular un señorío, bien pleno (propiedad) o bien parcialmente (derecho real en cosa ajena) sobre aquella”. Martín Bernal, *Nociones de Derecho Civil patrimonial*, 177 y ss. Un derecho de crédito o subjetivo se vuelve real “en función de exigencias prácticas, que se relacionan con la protección que tal derecho se le quiera conceder”, de acuerdo con Bonnecase, *Tratado elemental de Derecho Civil*, 469 y ss. Por su parte, según Alessandri, Somarriva y Vodanovic, “El derecho real es una relación de un derecho en virtud de la cual una cosa se encuentra de una manera inmediata y exclusiva, en todo o en parte, sometida al poder de apropiación de una persona. El derecho de crédito es por el contrario, una relación de derecho por virtud de la cual la actividad económica o meramente social de una persona, es puesta a disposición de otra, en la forma positiva de una prestación por proporcionarse, o en la forma negativa de una abstención”. Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Tratado de los derechos reales: bienes*. Tomo I. 5a ed. (Santiago: Jurídica de Chile, 1993), 14. Esta perspectiva es compartida por Gómez: “Aun cuando de ficción se trata, tiene ésta en el caso del derecho real un fundamento claro. La conexión entre el titular del derecho real y la cosa sobre la cual lo ejerce, es directa. Por decirlo así, la naturaleza del derecho participa de la naturaleza de la cosa”. Gómez, *Derecho Civil. Curso II: bienes*, 20 y ss.

143 “La posesión constituye una situación durable y continua, de la que nace el derecho a seguir teniendo y defenderlo por vía judicial, incluso frente a quien despoje al poseedor, por más que el despojante pueda tener razón en lo que toca a su ‘*ius possidendi*’ (v. gr., el vendedor de la motocicleta que se irrita porque el comprador no le paga el precio). Algo que comienza siendo un mero hecho termina reclamando para sí unas consecuencias jurídicas que son precisamente las propias de los derechos subjetivos. Y no de cualquier derecho subjetivo sino precisamente de los derechos subjetivos reales: en el ‘*ius possessionis*’ se dan cita las notas características de los derechos reales: inmediatividad y eficacia absoluta o *erga omnes*. La posesión, eso sí, es un derecho real provisional o claudicante, en la medida en la que ha de ceder el paso a quien demuestre un derecho a poseer (*‘ius possidendi’*) derivado de su condición de titular de un derecho de propiedad, usufructo, etc. Ello, salvo que suceda que el titular del derecho no lo ejercite, pues entonces la posesión podrá convertirse en propiedad o el derecho real de que se trate a través de la usucapión”. Mariano Yzquierdo Tolsada, *Lecciones sobre posesión y usucapión: con anexos jurisprudenciales adaptada a la nueva L.E.C.* (Madrid: Dykinson, 2002), 14. En concordancia, pueden verse Luis F. Borja, *Estudios sobre el Código Civil chileno*. Vol. 2 (París: A. Roger y F. Chernoviz, 1901), 288; Vanessa García Herrera, *La usucapión a favor de la herencia yacente* (Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2008), 221. Es importante señalar que en los Artículos 97, numeral 6 y 579 del Código Civil colombiano se hace alusión a la posesión provisoria. “[...] no siempre la transferencia de la posesión lleva consigo la de la propiedad, porque en ciertas ocasiones [...] el vendedor puede efectuar la primera reteniendo el dominio de la cosa hasta su completo pago”. Garo, *Derecho Comercial: compraventas*; puede verse también Bonnecase, *Tratado elemental de Derecho Civil*, 476.

•La esencia de la traslación de la propiedad en el sistema legal colombiano.

esencia de derecho real, pero solo en el instante de la entrega contenido en la “tradicición”;¹⁴⁴ esto se entiende como una transmisión.¹⁴⁵ Así pues, la tradición alberga dos etapas para obtener el traspaso verdadero de la propiedad: una, de

144 Es importante mencionar la mutación espontánea que sufre un derecho personal para convertirse en un derecho real dentro del contexto del “título y del modo”, porque, en los modos originarios de adquirir la propiedad, la transmisión u obtención de este derecho es unilateral, lo cual hace irrelevante la necesidad, por parte de la persona que detenta la cosa, de conocer sobre la preexistencia de un derecho de propiedad en cabeza de otra persona; debido que la obtención del derecho real es por una aprehensión de hecho o de plano, no existe una justa causa precedente (compraventa). Algo parecido sucede en la adquisición de la propiedad por causa de muerte, por la que el heredero o legatario dentro de una sucesión obtiene el dominio sobre un bien, sin importar el pasado del derecho o el estado de la cosa, ya que no tiene el derecho para exigir al anterior dueño o causante de la sucesión la debida entrega de la cosa o la obligación de saneamiento. “[...] el adquirente sucede al derecho especial de su autor, con las ventajas y las restricciones que ello implica. Dicha idea se aplicará sin dificultad en los casos de constitución de derechos reales, accesorios del derecho transmitido o que gravan tal derecho”. Gaudemet, *Las fuentes de las obligaciones*, 256. “El Código Civil colombiano sigue la concepción romana en su última etapa, ya que dispone que el heredero recibe bienes y además queda obligado en las mismas condiciones que el causante”. Valencia, *Derecho Civil: sucesiones*, 13 y ss. “Si bien el heredero sigue considerándose como continuador de la personalidad jurídica del causante y en tal sentido está llamado a recibir la totalidad o una cuota parte de las relaciones patrimoniales del causante, con sus beneficios y cargas, es evidente que se trata de una persona distinta. Pero además las leyes contemplan diversos modos de aceptar la herencia, y claro, de repudiarla, con lo cual se reafirma en el derecho contemporáneo que la continuación de las relaciones supone personas distintas y voluntad para admitirla, por lo que real y verdaderamente se trata de una transferencia [...]. Es indiferente para la transmisión de un crédito por causa de muerte que el llamamiento o título sucesorio sea el testamento o las disposiciones legales sobre sucesión intestada. Tampoco importa que se trate de asignatario a título universal (heredero) o título singular (legatario): el sucesor recibe el crédito en las mismas condiciones y circunstancias en que lo tenía el causante, con los mismo privilegios, con iguales garantías, con sus frutos y accesorios, con sus defectos, con la prescripción corrida, etc.”. Jorge Cubides Camacho, *Obligaciones*. 5a ed. (Bogotá: Universidad Javeriana, 2005), 396-397.

145 “En cambio, cuando la transferencia de la propiedad se da por un modo derivativo bilateral y por acto entre vivos como la tradición, se torna consecuente el conocimiento de un derecho anterior, sobre todo si es antecedido por un contrato de compraventa, en donde el vendedor no solo se obliga previamente a transferir el derecho, sino que también debe entregar la cosa y garantizar el saneamiento. Aquí la adquisición del derecho de dominio no es comprendido como una aprehensión plena o de hecho, sino contextualizado por etapas en la relación del título y el modo [...]. Podemos concluir, entonces, que el derecho personal surge de las fuentes de las obligaciones en tanto que el derecho real surge de la unión del título y el modo, y pasa a ser el modo la causa próxima del derecho real (por estar más cerca del derecho real) y el título la causa remota del derecho real [...]. Podemos deducir fácilmente que el título es una primera etapa para la adquisición del derecho real. El título se confunde con la fuente de la obligación y también con el derecho personal. Desde el punto de vista del derecho real, el título va a posibilitar la existencia o el nacimiento de este, si se le une el modo. Por eso se ha definido el título como el hecho que posibilita el surgimiento del derecho real (acompañado del modo) o la sola ley; el modo sería, desde el punto de vista, la forma como se concreta el título en un derecho real”. Cubides Camacho, *Obligaciones*, 397. En conexión, Ochoa Carvajal, *Bienes*, 66-67. “Debe, además, el vendedor entregar la cosa inmune de vicios aparentes u ocultos, o de defectos que disminuyan su valor, eficacia, o la hagan impropias para el uso para que fue adquirida”. Alejandro Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*. Tomo I (Santiago: Jurídica de Chile, 1996), 524 y ss.; Garo, *Derecho Comercial: compraventas*, 189. “Así como los derechos de crédito nacen inmediatamente de un contrato, en cambio para que se entienda constituido y adquirido un derecho real hace falta que al contrato se añada un elemento especial, que es la tradición o entrega de la cosa, es decir, el traspaso de la posesión de la cosa sobre la cual el derecho recae”. Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial* (Madrid: Editorial Civitas, Ed. 5ª, T. I, 1996), 59.

transferencia inmaterial del derecho personal o crediticio¹⁴⁶ y otra, de entrega o transmisión de un derecho real inmerso en esta.

Para comprender mejor lo mencionado, decimos que por ser bilateral, consensual y obligacional, el contrato de compraventa da origen a la obligación de transferir un derecho de propiedad, que basa su existencia en la detentación particular y personal de la cosa por parte del vendedor, lo cual faculta al comprador a exigir la entrega o transmisión de dicha cosa por medio de otro acto bilateral, consensual¹⁴⁷ y real llamado “tradición”. La entrega se convierte en el efecto consumatorio de la tradición¹⁴⁸ y sirve a la vez de prueba irrefutable de la preexistencia de una obligación de transferir. Esto evidencia que, al ser la entrega el efecto de la tradición, el efecto u objeto principal del acto de entregar realizado por el vendedor, que ahora se llama tradente, es el nacimiento del derecho real de propiedad a partir de la verificación de la entrega o extinción de la obligación.¹⁴⁹

Entonces, la idea de transferir, que parte de la celebración del acto obligacional¹⁵⁰ inmerso en el contrato de compraventa, no alude a una transmisión o entrega unilateral y material de la cosa, sino que implica ser valorada como el traslado de un derecho que se concibe en un acto bilateral y se concluye por otro acto bilateral, ya que es en la tradición en donde el derecho que se pretende trasladar

146 Al respecto, expresa Gómez: “Derecho personal, crédito y obligación, son voces que tienen un mismo significado”. Gómez, *Derecho Civil. Curso II: bienes*, 67.

147 “La tradición es un acto de voluntad, el de entregar y el de recibir”. Gómez, *Derecho Civil. Curso II: bienes*, 165.

148 “La entrega en términos generales, es el traspaso material de una cosa [...]. En la tradición, al efectuarse la entrega, existe de parte del tradente y del adquirente la *intención de adquirir* el dominio, respectivamente. En cambio, en la entrega propiamente tal no existe dicha intención [...]. En la tradición, la persona pasa a ser dueño, en la simple entrega únicamente mero tenedor”. Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *Tratado de los derechos reales: bienes*, 195-196. En conexión, opina Arias García: “El artículo 740 del C.C. determina que: ‘La tradición es [...] Dos comentarios ameritan la presente definición: El primero, que no siempre existe coincidencia entre los conceptos de entrega y tradición’. Fernando Arias García, *Bienes civiles y mercantiles* (Bogotá: Ibáñez, 2008), 259-260. De otra parte, Gómez comenta: “La tradición es un modo de adquirir; la entrega es únicamente un elemento de la tradición: su exteriorización, el hecho material de pasar de una mano a otra un derecho. De aquí que toda tradición implique una entrega, mas no toda entrega implica una tradición [...] cuando la entrega es desarrollo de un título generador de la transferencia del derecho real, es tradición, y simple entrega en caso contrario. El título se proyecta, por tanto, sobre la entrega, especificándola, animándola con espíritu capaz de sacar el derecho de un patrimonio para ponerlo en otro, o dejándola en su elemental valor material”. Gómez, *Derecho Civil. Curso II: bienes*, 141.

149 Badenes Gasset, *El contrato de compraventa*, 437.

150 “[...] el *patrimonio* se halla constituido por el conjunto de los derechos civiles de una persona y de sus obligaciones sobre objetos que constituyen bienes; y que, por lo tanto, componen el patrimonio los derechos reales y los derechos personales o créditos, llamados también *obligaciones* y que forman parte de él activa o pasivamente [...]. Todo derecho personal o crédito supone una obligación correlativa”. Claros Solar, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, 4.

•La esencia de la traslación de la propiedad en el sistema legal colombiano.

debe recaer sobre la cosa que se vendió para poder ser detentada a plenitud por el comprador o adquirente,¹⁵¹ lo que significa, en últimas, el suceso de la mutación de un derecho personal a un derecho real.¹⁵² Con esto, la exigencia práctica que demanda la teoría del título y modo es la de amparar legalmente frente a terceros¹⁵³ el señorío sobre la cosa vendida. En otras palabras, la transferencia es la expresión que debe aludir a la obligación o al traslado del derecho mediante un acto bilateral, sea pactado en el contrato o consumado en la tradición mediante la entrega;¹⁵⁴ por ello, la transmisión hace referencia al acto unilateral de entregar la cosa que, si bien acontece en la tradición, no congenia con la palabra

151 Al respecto, el tratadista Arturo Valencia Zea considera que la transmisión (o traslación) de la propiedad es igual al acto de "tradición", porque implica la constitución del derecho por medio de la entrega física del bien; sin embargo, es importante destacar que la tradición es el convenio, mientras la traslación (del derecho), transferencia o transmisión es la consecuencia de un acto entre vivos (tradición) o por causa de muerte. Si bien en un contrato de compraventa el objeto puede ser una cosa material o un derecho, estos son dos negocios jurídicos con estructuras similares, pero con consecuencias diferentes; por ejemplo, si se vende un derecho que no está contenido previamente en un título, sino que se constituye por el mismo contrato, no será necesaria una tradición o entrega. Hecho muy distinto cuando se vende un bien corporal sobre el cual recae el derecho, pues deberá haber un acto de tradición. Valencia Zea, *Derecho Civil*, 280-281.

152 "La expresión 'derecho real', en principio, designa una relación entre un deudor y un acreedor. El deudor tiene que realizar un comportamiento y el acreedor tiene la facultad de exigírselo (Art. 666 C.C.). En caso de incumplimiento del obligado, el acreedor puede solicitar el equivalente en dinero de la prestación *in natura*. Por su parte, la expresión 'derecho real' no designa una relación entre dos personas, sino un verdadero haz de poderes de distinta índole". Francisco Ternera Barrios y Fabricio Mantilla Espinosa, "El concepto de derechos reales", *Revista de Derecho Privado* 18, núm. 36 (2006): 119.

153 Bianca explica: "Los contratos de enajenación, como se vio, tienen por objeto una adquisición derivativa, es decir, una adquisición que presupone la titularidad anterior del derecho, o de una posición jurídica más amplia, en cabeza de un sujeto determinado. Si el presupuesto no resulta efectivo, o desaparece el título del enajenante, la adquisición del adquirente entra en conflicto con la posición del tercero titular [...]. Terceros titulares son ante todo: a. Los titulares anteriores que no han transmitido el derecho ni al enajenante ni a su causante [...] b. Los titulares anteriores que transmitieron el derecho al enajenante o a uno de sus causantes con un título inválido, ineficaz o resuelto [...] c. Aquellos que adquirieron el derecho a título originario en perjuicio del enajenante o de sus causantes". Bianca, *Derecho Civil: el contrato*, 596. Punto de vista que comparte, entre otros, Michel Grimaldi, "El contrato y los terceros" en *El contrato: problemas actuales, evolución, cambios*, ed. Association Henri Capitant les amis de la culture juridique française y Universidad Externado de Colombia (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 106. De igual modo, Díez-Picazo, al expresar que "puede hablarse de una eficacia refleja del contrato en la esfera de los terceros cuando un contrato repercute en la órbita ajena en virtud de un fenómeno de conexión entre diversas relaciones jurídicas" (por ejemplo, el nuevo dueño frente al actual arrendatario o frente al mero tenedor) en Luis Díez Picazo, *La tradición y los acuerdos traslativos en el derecho español*. Tomo III (Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1966), 427.

154 "La entrega comprende la cosa principal con sus accesorios pactados, o los que así deban considerarse en el día del contrato, aunque no se mencionen expresamente en él, o hayan sido separados momentáneamente de la cosa". Garo, *Derecho Comercial: compraventas*, 184.

“transmitir”, por su naturaleza bilateral, debido a que la obligación de entregar debe estar correspondida con un deber de recibir y con el pago de un precio¹⁵⁵.

Concluimos que transferir indica el acuerdo bilateral de desplazar un derecho de una persona a otra por medio de un contrato como la venta y transmitir es la entrega o el transporte físico de la cosa en la que recae un derecho,¹⁵⁶ de forma unilateral. Prueba de esto son los Artículos 832 del C. C.: “La *nuda* propiedad puede transferirse por acto entre vivos, y transmitirse por causa de muerte” (cur-sivas propias); el Artículo 1014 del C. C.:

Si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, trasmite a sus herederos el derecho de aceptar dicha herencia o legado o repudiarlos, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido. No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo trasmite.

El Artículo 1019 del C. C.: “Para ser capaz de suceder es necesario existir naturalmente al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión” y el Artículo 1633 del C. C.:

El pago en que se debe transferir la propiedad, no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada o la paga con el consentimiento del dueño. Tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad, sino en cuanto el que paga tiene facultad de enajenar.

Dar, transferir o transmitir: tres expresiones para describir la obligación de trasladar la propiedad en la teoría causalista del título y del modo

La compraventa es un contrato consensual, porque el derecho de propiedad que el vendedor posee sobre una cosa se transfiere obligatoriamente hacia el comprador necesitado de adquirir el dominio de ese mismo bien, por el simple acuerdo de sus voluntades. Esta característica causa que, además, la venta sea estimada como

155 Artículo 741 C. C. colombiano: “[...] adquirente la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre”; Artículo 1928 C. C.: “La principal obligación del comprador es la de pagar el precio convenido”; Artículo 943 C. de Com.: “El comprador estará obligado a recibir la cosa en el lugar y el tiempo estipulados” y Artículo 947 C. de Com.: “El comprador deberá pagar el precio en el plazo estipulado”.

156 Esto implica que cuando se entrega una cosa, sin una justa causa *traditionis*, también se traslada el derecho que recae en esta, que no es la propiedad. Cuando esto ocurre, termina siendo la usucapión el medio por el cual se adquiere el dominio.

•La esencia de la traslación de la propiedad en el sistema legal colombiano•

dispositiva y creadora de obligaciones, ya que la transmisión de la propiedad se hace por la “tradicción” o entrega, posterior a la celebración del contrato; así, la intención de transferir la propiedad en la compraventa y la entrega o transmisión por “tradicción” son producto de una declaración o un acuerdo de voluntades, lo que permite que estos dos negocios jurídicos se enlacen integralmente en virtud de la teoría del título y del modo admitida en la ley colombiana.¹⁵⁷

Las palabras dar, transmitir o transferir en la definición de compraventa,¹⁵⁸ que procuran describir el acto consensual de traslación del derecho de propiedad, pueden asumir diferentes significados, más aún si el modo convencional de trasladar el dominio, como es la tradición, es valorado como un negocio jurídico consecencial o yuxtapuesto en el campo de acción del contrato.¹⁵⁹ Ello propicia que al intentar definir la compraventa mediante el uso indistinto de estas expresiones, se obtengan significados heterogéneos de comportamiento obligacional que pueden interpretarse como hacer la entrega material o transmisión de una cosa, transferir un derecho o, entregar la cosa vendida y transferir el derecho, sea mediante un acto bilateral o unilateral y causa la incompatibilidad esencial de los verbos transferir y transmitir.

La transferencia y la transmisión, dos criterios de calificación para los actos de compraventa y tradición

Antes de poder relacionar causalmente la compraventa creadora de obligaciones y la tradición¹⁶⁰ extintora de obligaciones y creadora de derechos reales,¹⁶¹ se debe tener en cuenta que juntos son actos producto de la manifestación de la

157 “La finalidad perseguida por el sistema del título y modo es, en síntesis, la de *distinguir lo más nitidamente posible el ámbito obligacional o contractual, del ámbito jurídico-real*. Se persigue, en definitiva separar conceptualmente el ‘momento’ contractual (generación de obligaciones) del momento jurídico-real (transmisión del derecho real, ingreso de un bien o derecho en un patrimonio)”. Miguel Pasquau Liaño, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2008), 379.

158 “[...] que el vendedor se obliga a transferir el dominio y no a transmitirlo”. Rojina Villegas, *Compendio de Derecho Civil*, 58.

159 Concepto que desarrolla Wolfgang Friedmann, *El Derecho en una sociedad en transformación* (México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1996), 106 y 118.

160 Al respecto, reseña Vargas Valois: “*La tradición*. Según los textos romanos: nada hay conforme con la equidad natural como ratificar la voluntad del propietario de transferir su cosa a otro”. Rafael Vargas Valois, *Exégesis del Derecho Romano*. Vol. 1. 3a ed. (Bogotá: Cosmos, 1979), 356.

161 Puede verse Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *Tratado de los derechos reales: bienes*, 136.

voluntad, en los cuales surge la intención recíproca de obligar y obligarse a transferir la propiedad y la posesión de la cosa vendida respectivamente, como una acción del consentimiento contractual.¹⁶²

Por lo anterior, la compraventa se califica como un acto convencional bilateral, en el cual se fragua la obligación de transferir el derecho de propiedad por medio de un acuerdo de voluntades. Cuando decimos que la compraventa es un acto convencional de naturaleza contractual, aducimos que la intención de cada uno de los contratantes es la obtención de un mayor beneficio o lucro individual representado en alcanzar propiedad: por parte del comprador, propiedad sobre la cosa vendida y por parte del vendedor, propiedad del dinero (equiparada esta relación con el objeto y la causa en la venta de manera recíproca).¹⁶³ Con esto se pretende, en últimas, que el derecho de dominio se desplace del vendedor hacia el comprador, como un claro ejemplo de su función jurídico-económica¹⁶⁴ y evi-

162 "Existen principios comunes a todos y cada uno de los contratos en cuanto cada figura de contrato en concreto, aun teniendo su contenido peculiar, participa de una común naturaleza y estructura, a las que corresponden siempre las mismas normas, y este es el aspecto por el cual todo contrato resulta de elementos formales constantes, si bien puede ser distinta, en cada caso, la sustancia de cada una de las figuras singulares". Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato*. Tomo I, trad. Rodolfo Fontanarrosa, (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952), 1.

163 La cosa que se vende significa para el vendedor el objeto del contrato y para el comprador, es la causa o motivo para celebrarla; por consiguiente, el "precio en dinero" simboliza para el vendedor la causa del contrato y para el comprador la cosa vendida. Esta situación liga los requisitos para obligarse en todo acto declarativo de la voluntad, incluida la tradición, a los requisitos esenciales de la compraventa. Tal noción es compartida, entre otros, por Arturo Alessandri, *De la compra-venta i de la promesa de venta*. Tomo 1 (Santiago: Sociedad Imprenta-Litografía Barcelona, 1917), 16; Tamayo Lombana, *El contrato de compraventa su régimen civil y comercial*, 21. Por su parte, Rodríguez Fonnegra manifiesta que el vendedor debe poder disponer, en principio, del bien objeto de venta, al ser de su propiedad u ostentar un poder o mandato conferido por el dueño, a fin de evitar una eventual evicción; el comprador debe tener la facultad de disponer del dinero con el cual pretende cumplir con su obligación. "(a) Que la obligación del vendedor es para con el comprador mismo y la de este para con el primero". Rodríguez Fonnegra, *Del contrato de compraventa y materias aledañas*, 1. Esta idea es complementada por Alessandri: "En efecto el contrato de compraventa da origen a dos obligaciones recíprocas, que consisten, una en dar una cosa y la otra en pagar su valor en dinero. Es esencial, por lo tanto, para que este contrato exista jurídicamente que una de las partes se obligue a dar una cosa, desprendiéndose del dominio que sobre ella tenga y que la otra se obligue a entregar por esa cosa, cierta cantidad de dinero [...]. Así, la obligación de saneamiento que tiene el vendedor es la consecuencia forzosa de su obligación de entregar la cosa vendida, porque de nada le servirá al comprador adquirirla, si posteriormente se viera privado de ella total o parcialmente". Alessandri, *De la compra-venta i de la promesa de venta*, 9-10.

164 "El contrato de compraventa es indiscutible el que tiene mayor importancia entre los de su clase, en primer lugar porque se trata del contrato tipo de los traslativos de dominio y, además, porque constituye la principal forma moderna de adquisición de riqueza; es decir, tanto en su función jurídica como económica". La función y la importancia la comparte con el contrato o, mejor, la adquiere; "en el derecho moderno es la forma principal de adquirir el dominio". Ello implica que, en el mundo moderno, la noción de contrato tiende más hacia una concepción y funcionalidad económica que moralista. Rojina Villegas, *Compendio de Derecho Civil*, 50. Este aspecto se evidencia en los comentarios de Tauffret-Spinosi: "En efecto, el derecho comunitario es, en esencia, un derecho de inspiración económica". Camille Tauffret-Spinosi, "L'influence du droit communautaire et européen sur le droit des contrats" en

•La esencia de la traslación de la propiedad en el sistema legal colombiano.

dencia irrefutable de que, antes de celebrar un contrato de compraventa, se debe cumplir con los requisitos generales para ser capaz de obligarse,¹⁶⁵ en este caso, ser idóneo para transferir la propiedad.

Por su parte, al igual que la compraventa, la tradición es calificada, como un acto consensual y bilateral,¹⁶⁶ pero antagónicamente convencional, real y gratuito, aunque algunos autores consideren lo contrario.¹⁶⁷ Así que, al calificar el modo derivativo de la tradición como un acto convencional, estamos aceptando que las partes comparten intereses y necesidades, por lo que el tradente y adquirente hacen aportes comunes sin la intención de conseguir un mayor beneficio o lucro individual, hecho que no ocurre en la compraventa por ser un contrato, en el que siempre está presente un lucro económico.¹⁶⁸ De este modo, podemos afirmar que, desde la perspectiva del título y del modo, la obligación de transferir la propiedad se origina y trasciende en el contrato de venta como medio que justifica causalmente la obtención de riqueza entre vivos y la tradición como aquel

El contrato: problemas actuales, evolución, cambios (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 35 y ss. Asimismo, en las explicaciones de José Alpiniano García Muñoz, *Derecho económico de los contratos* (Bogotá: Librería del Profesional, 2001), 190 y ss.

165 Artículo 1502 C. C. colombiano: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz. 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) que tenga una causa lícita. Díez-Picazo explica que la capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra: "La 'capacidad' no es un presupuesto de la existencia del consentimiento, sino un presupuesto de la validez y de la eficacia del negocio. Por ello más que de capacidad para prestar el consentimiento, debe hablarse pura y simple de 'capacidad para contratar". Cfr. Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial* (Madrid: Editorial Civitas, Ed. 5ª, T. I, 1996), 144.

166 "La tradición es un acto bilateral, porque para formarse requiere la concurrencia de dos partes". Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *Tratado de los derechos reales: bienes*, 193.

167 "[...] a nuestro juicio, la tradición debe ser considerada un verdadero *contrato*; en tanto constituye un acto jurídico *bilateral patrimonial*". Wayar, *Compraventa y permuta*, 324.

168 Sobre este aspecto, comenta Alterini que "habrá contrato cuando dos o más personas acordaren entre sí alguna obligación u obligaciones recíprocas, a que correspondan derechos creditorios; o la modificación de tales obligaciones [...] si acordaren entre sí la extinción de tales obligaciones, u obligaciones a que no correspondan derechos creditorios, que pueden sin embargo ser judicialmente demandadas, habrá una convención jurídica, pero convención que no es contrato". Atilio Aníbal Alterini, Óscar José Ameal y Roberto M. López Cabana, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995), 652 y ss. Tal planteamiento es compartido por Raymundo Fernández, *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial*. Vol. III. 2a ed. (Buenos Aires: Depalma, 1986), 2 y ss.

acuerdo convencional en donde se efectúa o concreta la transferencia del dominio mediante la entrega de la cosa.¹⁶⁹

En cambio, si apreciamos la tradición como un acto convencional —esto es, alejada del vínculo justificante que sostiene con la compraventa—, los aportes de las partes en la tradición son encausados materialmente hacia la obtención de un beneficio común sin el necesario interés de adquirir el derecho de propiedad o de que este se desplace por completo hacia el adquirente, por lo que se vuelve intrascendente diferenciar entre la transferencia del derecho y la entrega o transmisión de la cosa, porque los dos sucesos pueden acaecer en el solo acto convencional.

Dificultades para calificar el contrato de compraventa como fuente de la obligación de transferir el derecho de propiedad y la tradición como acto convencional que concreta dicha traslación

Hemos sostenido que la compraventa es un contrato bilateral, y este es el principal argumento para concebir su facultad de crear la obligación de transferir el derecho de propiedad y que la tradición es un acuerdo convencional en el cual se concreta el traslado del dominio con la entrega o transmisión que efectúa el tradente al adquirente, a fin de extinguir la obligación. Sin embargo, al examinar nuestra definición civil de contrato y el más reciente concepto mercantil, emerge un aspecto importante, a la luz de los Artículos 1495 y 864 de nuestros Códigos Civil¹⁷⁰ y Comercial¹⁷¹ respectivamente, que nos hace dudar de una total armonía legal frente a la compraventa como un contrato y la tradición como una convención, que puede dificultar la apreciación de la transferencia como una obligación y principal razón para determinar la función socioeconómica de la

169 “[...] representa un estadio de capital valor en el desenvolvimiento histórico de la compraventa”. Badenes Gasset, *El contrato de compraventa*, 15.

170 El Artículo 1495 C. C. colombiano preceptúa: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.

171 A su vez, el Artículo 864 C. de Com. colombiano estipula: “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta”.

•La esencia de la traslación de la propiedad en el sistema legal colombiano.

compraventa;¹⁷² ello afecta que la tradición sea estimada como un acto patrimonial del que se obtiene riqueza.

Al preceptuar las anteriores normas que la convención y el contrato son lo mismo, provoca, en buena parte, vacilaciones a la hora de otorgar en exclusiva efectos obligacionales a la compraventa y efectos patrimoniales a la tradición; en otras palabras, la transferencia y la transmisión son dos términos distintos. Intentemos explicar esto.

Ante todo, hay que aclarar que la convención es el género y el contrato la especie,¹⁷³ por lo cual decimos que en las convenciones las partes comparten intereses y necesidades, sin el ánimo exclusivo de obtener una ganancia individual, o sea, no se persigue una traslación de la propiedad, sino una entrega (transmisión) o posesión de cosas, en algunos casos de forma unilateral;¹⁷⁴ en cambio, en un contrato bilateral¹⁷⁵ como la compraventa, el lucro sí es prioritario y recíproco, al igual que la transferencia de la propiedad.

172 "Quienes celebran un contrato de compraventa desean recíprocamente enajenar (el vendedor) y adquirir (el comprador) la propiedad de alguna cosa, sea bien mueble o inmueble. Éste es el fin económico-social que se pretende con tal contrato". Seco Caro, *El contrato mercantil de compraventa*, 155.

173 Para Giorgi, "El contrato es una especie de convenio [...] sólo hay contrato cuando el convenio tiene por objeto *constituir una obligación*. Entendámonos: una obligación en el sentido del Derecho Civil. Por consiguiente, el convenio es el género, el contrato la especie, y se le puede definir como un *convenio jurídicamente eficaz para crear la obligación civil*". Jorge Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno: fuentes de las obligaciones. Contratos*. Vol. 3. 2a ed. (Madrid: Reus, 1978), 21-22. Por su parte, Claros Solar manifiesta que "en realidad, la expresión *convención* tiene un significado más amplio [...]. La convención que tiene por objeto la formación de una obligación, es la que se denomina más especialmente *contrato*. La convención es el *género*, el contrato es la *especie*". Claros Solar, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, 556-557. Noción que se asemeja bastante a las desarrolladas por autores clásicos como Aubry, Charles y Charles Rau. *Cours de Droit Civil français*. Tomo 5. (París: Librairie Joseph Gibert, 1902), 466-467; Marcel Planiol y Georges Ripert, *Tratado elemental de Derecho Civil, de los bienes*. Tomo II (México D. F.: Cárdenas, 1983), 487 y ss.

174 Noción ancestral que la encontramos descrita en Domat: "Dominio es el derecho de disponer de una cosa según nuestro arbitrio sino lo impide la ley, la voluntad del testador, o alguna convención". Domat, *Las leyes civiles en su orden natural*, 110 y ss. Asimismo, en las enseñanzas de Louis Josserand: "Recordamos que el *acto jurídico es el realizado con ánimo de producir efectos jurídicos* [...]. Este acto puede ser, bien un acuerdo de varias voluntades, una *convención*, bien, más raramente, un *acto unilateral*, más exactamente un *acto de formación unilateral*, un compromiso tomado aisladamente, fuera de la voluntad del acreedor y aun ignorándolo éste". Josserand, *Derecho Civil: obligaciones y contratos*, 13.

175 "Se puede aplicar la idea de contrato para designar a todos los negocios jurídicos bilaterales de Derecho Privado y comprende tanto a los negocios jurídicos del Derecho Patrimonial (Compraventa, arrendamiento) [...]. En un sentido más restringido ha tratado de agrupar sólo aquellos fenómenos que pueden ser sometidos a un régimen jurídico de carácter unitario. La doctrina civilista aplica el concepto de contrato exclusivamente respecto de aquellos negocios jurídicos bilaterales que inciden sobre relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial." Vid., v.gr., Luis Diez-PICAZO, *ob. cit.*, Págs. 122-123.

En segunda medida, en un sentido estricto a los contratos se les atribuye, la capacidad de crear obligaciones y transferir derechos, mientras a los convenios se les asigna de forma precisa la facultad contraria de extinguir o modificar esas obligaciones y esos derechos.¹⁷⁶ Si se sostiene que todo contrato es una convención, se estaría asignando impropriamente efectos reales a la compraventa, esto es, a la vez que crea, extingue la obligación de transferir el derecho de propiedad; además, si se considera que toda convención es también un contrato,¹⁷⁷ se le otorgaría a la tradición la posibilidad de existir de manera abstracta o independiente de la compraventa, en contravía a un sistema causalista de título y modo, por la razón de concederle a la tradición la aptitud conjunta de crear la obligación y entregar la cosa.¹⁷⁸ En resumen, la compraventa es un contrato creador de obligaciones y de derechos personales y la tradición una convención modificadora o extintora de derechos y obligaciones, bajo el esquema de una sistema causalista; son dos actos contractuales en el marco de un régimen abstracto o, son dos convencionales, cada uno con la facultad de crear, modificar y extinguir obligaciones por cuenta propia lo que imposibilita la distinción de una causa obligacional (compraventa) y una consecuencia real (tradición) que consiguen, de manera yuxtapuesta, la transferencia de la propiedad.

176 "La convención puede tener, por lo mismo, por fin u objeto la formación de una obligación, su modificación o su extinción [...]. La convención puede tener también por objeto la traslación del dominio o de otro derecho de una persona a otra, como ocurre en la tradición". Claros Solar, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, 567. Por su parte, Alessandri, Somarriva y Vodanovic comentan: "[...] por ejemplo, la compraventa es un contrato porque crea la obligación para el vendedor de dar una cosa y para el comprador la obligación de pagarla en dinero. Pero la tradición de la cosa y el pago del precio son convenciones, porque extinguen las respectivas obligaciones creadas por el contrato de compraventa". Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Tratado de Derecho Civil*. Tomo 2 (Santiago: Jurídica de Chile, 1998), 176. Ello se reafirma con el caso que expone Louis Josserand: "Es así como una *remisión de deuda* es una convención, porque se resuelve en un acuerdo de voluntades; pero no es un contrato, es precisamente todo lo contrario, porque tiende, no a crear, sino a extinguir obligaciones". Josserand, *Derecho Civil: obligaciones y contratos*, 13.

177 Cf., comentarios clásicos de Aubry, Charles y Charles Rau. *Cours de Droit Civil francais*. Tomo 5 (París: Librairie Joseph Gibert, 1902), 477 y ss.

178 De allí que los franceses e italianos llaman contrato a lo que la gran mayoría de los doctrinantes colombianos y chilenos denominan convención. Expresan que "el contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, modificar o extinguir una obligación, o en términos más generales, una relación jurídica". Esto hace que las definiciones civil y mercantil de contrato colombiano sean incompatibles con un sistema causalista de transferencia de la propiedad en Colombia. Vid. Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Tratado de Derecho Civil* (Santiago: Jurídica de Chile, 1998), 176; En igual sentido, "El Código francés definió, por eso, el contrato: 'una convención por la cual una o muchas personas se obligan, para con una o muchas otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa'. Claros Solar, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, 567-568.