

LA OBLIGACIÓN DE TRANSFERIR LA PROPIEDAD: ¿UN EFECTO CARACTERÍSTICO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA EN COLOMBIA?

Diego Fernando Monje Mayorca

Introducción

Al examinar el art. 1495 del Código Civil (CC) colombiano, encontramos cierta dificultad para apreciar el contrato de compraventa como una fuente inmediata de la obligación de transferir la propiedad y el modo de la *tradición* como aquel acto convencional¹ con el que efectivamente se produce dicha transferencia. Es decir, que al parecer en la mencionada norma no se diferencian con claridad los efectos propios del contrato: la transferencia de la propiedad como el efecto contractual y la ejecución de la prestación —entregar, hacer o no hacer aquello a lo que se obligó— a manera de consecuencia obligacional.²

1 Cf. Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Tratado de los derechos reales*. 5.^a ed., t. I. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993), 201. “La tradición es un acto jurídico bilateral o convencional, [...]”.

2 Al respecto Ricardo Cardilli, “Contrato y obligación: importancia de su vínculo en la tradición del derecho civil”. (*Revista de Derecho Privado*, 15, 2008), 42 y ss. Considera que “la obligación”, como efecto característico del contrato es una de las expresiones más elevadas del saber jurídico y su desestimación revela una decadencia en la ciencia del derecho. Por su parte, Arturo Alessandri, *De los Contratos*, (Santiago: Zamorano y Caperan, 1976), 6, expone: “Entre el contrato y la obligación hay la misma diferencia que entre la madre y el hijo, que entre el efecto y la causa; los contratos generan obligaciones; pero no toda obligación nace necesariamente del contrato [...]”.

En efecto, al consultar el título I, del Libro IV del Código Civil colombiano, donde específicamente se postulan los efectos de las obligaciones, resulta complejo distinguir la finalidad intrínseca del contrato de generar obligaciones con el mismísimo propósito de la obligación de crear un vínculo jurídico que se traduce en el deber del deudor de dar, hacer o no hacer una cosa, otorgándole al acreedor los medios de conseguir el cumplimiento de esta prestación.³

Esta perspectiva legal eventualmente puede causar que de manera inexacta se le otorgue al contrato de compraventa una eficacia real y no consensual⁴, ya que la norma civil insinúa que la transferencia de la propiedad es un efecto inmediato del contrato de compraventa y no un efecto posterior que se presenta en la *tradición*. Escenario que resulta contrario al modelo clásico del *título* y el *modo* aplicado en Colombia, donde se yuxtaponen la obligación de transferir la propiedad —derivada del contrato— y la entrega —como efecto obligacional— acaecida causalmente en la *tradición*.⁵

En conexión, el Código Mercantil colombiano plantea una definición de contrato⁶ que, a diferencia de la normativa civil, permite distinguir con mayor claridad la facultad de la *convención* de extinguir obligaciones y la obligación como

3 Cfr. Luis Claro del Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado: De las obligaciones y los contratos*, t. 11, vol. 2, (Santiago: Imprenta Nascimento, 1936), 467: “Este es un defecto que viene del Código francés”. Autores como Domat y Pothier diferenciaban perfectamente estas dos clases de efectos. “Si los redactores del Código incurrieron en la confusión debióse tal vez a que, siendo la obligación el efecto del contrato, y habiéndose propuesto tratar de las obligaciones convencionales (contractuales) y no, en general, de las obligaciones, estimaron que en el efecto de las obligaciones se comprendía también el efecto de los contratos”.

4 Aquí cabe advertir que dicha consideración consecuentemente también provoca que el riesgo se traslade al comprador desde el momento mismo de la celebración del contrato y no, como debe ser en un sistema causalista, desde el momento de la entrega por tradición. Confundir el contrato con la obligación a la postre ocasiona que desaparezca el vínculo causal entre la obligación de transferir la propiedad suscitada a raíz del contrato y la extinción de esta con la ejecución de la prestación. *Vid., v.gr.*, Enrique Seco Caro, *El contrato mercantil de compraventa*, (Madrid: Marcial Pons, 2009), 159 y ss.

5 Para Cardilli, “*Contrato y obligación*”, 54 y ss. “Pudiera evidenciarse como una tendencia contraria esta, la relativa a los actuales procesos de unificación del derecho, coherentes por la fuerza de la globalización. Estos procesos parecen mostrar una tensión que pudiese desembocar en la extenuación del estrecho vínculo existente entre obligación y contrato, haciendo del contrato un acto jurídico de eficacia variable, pero acentuando de esta última solo la vinculación entre las partes. El *pacta sunt servanda* prevalece por encima de la característica de la obligación nacida del contrato y sobre la autonomía que ésta tendrá respecto del contrato mismo. [...] Por lo tanto el contrato, que en el modelo iusnaturalista (el que ha penetrado ampliamente en los procesos de codificación) se limita a poner en relieve el acuerdo entre sus elementos y tiende a restar valor a la *causa*, puede comprobarse con los más variados contenidos que deben ser cumplidos aun y cuando representen formas de sujeción. De esta manera se está frente una muy probable desnaturalización de la verdadera función del contrato”.

6 Cf. Artículo 864 del Código de Comercio colombiano: “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

•La obligación de transferir la propiedad•

un efecto contractual, con lo cual se logra mostrar que el traspaso del derecho de propiedad es producto del contrato de compraventa que luego se extingue en el ámbito del modo por *tradición*.

En este sentido, la norma mercantil consigue acercarse más a una descripción fehaciente de la transferencia de la propiedad, al permitir concebirlo como un acto obligacional surgido del contrato de compraventa.

La anterior paradoja legal revela que esta puede ser la posible causa de la interpretación incorrecta de que el efecto contractual de obligarse a transferir la propiedad es igual al efecto obligacional de entregar materialmente la cosa vendida o de pagar lo debido. Apreciación que contradice la regla consagrada por el Código Civil que la entrega de la cosa es posterior a la celebración de la venta (art. 1882 del CC Col.).

En consecuencia, cuando se hace referencia a la obligación de transferir la propiedad, es importante tener en cuenta que originalmente las expresiones legales de convención, contrato y obligación son diferentes⁷, no solo en teoría sino también en la práctica. Por lo tanto, resulta esencial una modulación e interpretación adecuada de estas expresiones para evitar confusiones al momento de estudiar la naturaleza del sistema causalista de traspaso de la propiedad instituido en el ordenamiento jurídico colombiano, y que armoniza con el paradigma vernáculo de una compraventa con efecto obligacional instituido en la mayoría de códigos civiles latinoamericanos.

El procedimiento consensual para transferir derechos y transmitir cosas

La gran controversia, al examinar el fenómeno de la traslación de la propiedad que ha generado graves disputas, ha sido determinar el instante preciso en que tiene lugar la transferencia del dominio en el contrato de compraventa a la par de su procedimiento; desde Roma hasta nuestros días son variados y contradictorios los textos que intentan interpretar este acontecimiento. Tomando como base la compraventa romana, profundamente diferente en su estructura a la compraventa moderna, las apreciaciones doctrinales, especialmente las de los romanistas, van

entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta".

7 Consúltense, entre otros, Del Solar, "Explicaciones de derecho", 671 y ss.

desde ubicar el momento de la transferencia de la propiedad en la “tradición” o entrega, independientemente del pago del precio; exigir, por el contrario, el pago previo del precio o en su defecto garantizarlo para que proceda la transferencia del dominio; hasta, en últimas, admitir que la propiedad se transfiere al hacer la “tradición” cuando “el vendedor *fidem emptoris secutus est o fidem habuit emptori*”.⁸

Estas apreciaciones contradictorias tienen su origen a partir de los mismos textos romanos clásicos y posclásicos⁹ que han influido en las diferentes formas de comprender el fenómeno de la transferencia de la propiedad, a lo largo de la evolución histórica romana, en las últimas generaciones de tratadistas.

Por ejemplo, Enneccerus¹⁰ en Alemania y Longo¹¹ en Italia, le atribuyen al “Corpus Iuris Civile” de Justiniano la institucionalización legal de la transferencia de la propiedad en la compraventa independientemente del pago o de una garantía, esto, gracias a la confianza u honestidad que el comprador le irradia al vendedor. Al contrario, la mayoría de los romanistas como Bonfante¹², Archi¹³, Miquel¹⁴ y Arangio Ruiz¹⁵, entre otros, sostienen que, en la etapa clásica del derecho romano, la transferencia de la propiedad ocurre por efecto de la tradición de la cosa vendida, “y por eso se declara interpolados a todos los textos de las instituciones justinianeas y de las Pandectas, que establecen como condición de

8 Cf. Francisco Degni, *La compraventa*, (Madrid: Revista de Derecho privado, 1957), 2 y ss.

9 Cf. Institutas de Gayo: 2, 18, 20. Instituciones de Justiniano: Libro 2, Título 1, 41.

10 Cf. Ludwing Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, (Marbur: 1889), 250 y ss.: “[...] la seguridad del tráfico no alcanza ya hoy a justificar el principio de abstracción, puesto que el derecho alemán, a diferencia del romano, reconoce la adquisición de buena fe hecha de un no titular”. Para mayor ilustración véase también Ludwing Enneccerus, *Tratado de derecho civil. T. II: Derecho de las obligaciones*, (Barcelona: Bosch, 1971), 19 y ss.

11 Cf. Carlo Longo, *Storia del diritto romano: Costituzione e fonti del diritto*, ristampa inalterata della prima edizione, (Milano: Giuffrè, 1970), 271 y ss., y en conexión consúltese Carlo Longo, *Corso di diritto romano: La compravendita*, vol. 4, (Milano: Giuffrè, 1937), 450 y ss.

12 Confróntese, por ejemplo, Pietro Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, traduc. Luis Bacci y Andrés Larrosa, (Madrid: Reus, 1965), 489 y ss.; y Pietro Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, vol. 2, (Milano: Giuffrè, 1968), 185 y ss.

13 Gian Gualberto Archi, *il Trasferimento Della Proprietà Nella Compravendita Romana*, vol. XV, (Padova: Cedam, 1934), 8 y ss.

14 Joan Miquel, *Derecho privado romano*, (Madrid: Marcial Pons, 1992), 319.

15 Vincenzo Arangio Ruiz, *Instituciones de derecho Romano*, Trad. José M. Caramés Ferro, 10ª ed. Italiana. (Buenos Aires: Depalma, , 1952), 374 y ss.

•La obligación de transferir la propiedad.

esta transferencia el pago del precio o una concreta *satisfactio*, o el *habere fidem emptori*.¹⁶ El doctrinante Albertario¹⁷, eclécticamente sustenta que la transferencia de la propiedad en la compraventa es particularmente diferente en cada una de las etapas clásica y posclásica romanas; en la primera etapa, la traslación de la propiedad se hacía según el tipo de cosa: las *res Mancipi* por *mancipatio* o las *res nec Mancipi* por la *traditio*¹⁸; mientras que en la segunda etapa la transferencia era uniforme, porque con el “*Corpus Iuris Civile*” desaparece la distinción de las cosas, prevaleciendo la *traditio*.¹⁹

El método actual para transferir la propiedad en la compraventa

El Código Civil colombiano que ejemplarmente sigue la estructura de la compraventa justinianea o medieval²⁰, como hemos analizado, configura el momento de la transferencia del derecho de propiedad en el instante mismo de la “tradición” o más exactamente en la entrega la cosa vendida, independientemente de que se pague o se garantice primero el precio²¹; exigiéndose para ello simplemente la voluntad de entregar y la voluntad para recibir. Pero nuestro Código Civil omite especificar un procedimiento mediante el cual las partes concuerdan sus voluntades sobre lo que se vende y el precio que se da a cambio.

No obstante, el Código de Comercio colombiano, realzando la innata característica de la consensualidad de la compraventa y su fin económico-social en el

16 Cf. Degni, “La compraventa”, 3-4.

17 Al respecto ver comentarios de Vincenzo Arangio-Ruiz y Giuseppe Lavaggi, *Studi in memoria di Emilio Albertario*, vol. 1, (Milano: Giuffrè, 1953), 167 y ss; y para mayor ilustración al mismo Emilio Albertario, *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano*, (Milano: Giuffrè, 1963), 21 y ss.

18 En conexión véase Arturo Valencia Zea, *Origen, desarrollo y crítica de la propiedad privada*, (Bogotá: Temis, 1982), 211 y 212.

19 Cfr., *nuevamente*, Degni, “La compraventa”, 5. Asimismo, consúltese a nivel histórico, Diego Fernando Monje Mayorca, “La búsqueda del espíritu traslativo de la compraventa consensual: Un antiguo instrumento en la cultura jurídica latinoamericana para el fomento del comercio común. Cultura Latinoamericana”. *Revista de Estudios Interculturales*, 2, 16, (2012), 63-67.

20 Perspectiva recogida por José J. Gómez, *Conferencias de derecho civil bienes*, (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1960), 105: “La venta no produce sino obligaciones, de conformidad con nuestro derecho que, en este punto, sigue la doctrina romana”. “Podemos OBLIGARNOS a transferir lo que no tenemos; si no la transferimos es cosa que no incumbe a la ejecución de la venta y no a su perfeccionamiento”.

21 Cf. Seco, “El contrato”, 127 y ss: “La contraprestación de la entrega de la cosa en la compraventa es el precio”. “Precio expresado en dinero quiere decir que se fije una determinada cantidad de unidades monetarias como contraprestación del comprador”.

que el compromiso de transferir la propiedad hace parte de su contenido contractual, nos brinda un método para transferir la propiedad con el que las partes, al manifestar su consentimiento, logran ponerse de acuerdo sobre la cosa y el precio, para, en últimas, lograr no solo la entrega de la cosa vendida, sino también la transferencia de la propiedad²² por efecto causal.²³

Al exponer tal concepción no significa que un código sea más completo que el otro, sino que sencillamente se complementan mutuamente. El Código Civil aporta primariamente el requisito declarativo de las voluntades para el nacimiento de la obligación de transferir la propiedad, y el Código Mercantil, por su parte, dicta para que proceda la transferencia de la propiedad que las partes bilateralmente deben hacer concordar sus voluntades: el vendedor inicialmente debe ofertar el bien y el comprador aceptar dicha oferta; o viceversa: el vendedor aceptar el precio y el comprador aceptar el objeto. Así, al lograr el perfeccionamiento del contrato lo que queda es esperar su efecto y consecuencia, esto es, el nacimiento de la obligación de transferir el dominio para después realizar la entrega por tradición.²⁴

La transferencia de la propiedad se muestra entonces como un acontecimiento producto de un proceso de acuerdo consensual que germina en el contrato y que ve culminado su ciclo en la “tradición”, y como aquel punto de cohesión entre las definiciones de contrato de compraventa civil y comercial.²⁵

.....
22 Sobre el particular, enseña Massimo Bianca, *Derecho civil: El contrato*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 337 y ss: “En sentido formal, el contenido del contrato indica el texto del contrato, es decir el conjunto de declaraciones que comprende el acuerdo contractual. Del texto contractual hacen parte las declaraciones dispositivas y las declaraciones de naturaleza diferente (motivaciones personales, expresión de sentimientos, confesiones, etc.)”. “El contenido, en sentido sustancial, es el conjunto de disposiciones contractuales, es decir, el conjunto de las disposiciones mediante las cuales los contratantes determinan la relación contractual. El contenido indica, justamente aquello que las partes establecen”. “El contenido del contrato comprende lo que las partes establecen con miras, bien a los resultados materiales, bien a los efectos jurídicos”.

23 Cf., v.gr., José Luis De Los Mozos, *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, 1ª ed. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2001), 249: “La causa del contrato es, se exija o no como requisito para su validez, por encima de todo, *aquello por lo que es juez no nos niega la acción* para hacer efectivas las obligaciones que del mismo derivan. Esta causa, en aquellos sistemas que todavía siguen fieles a la doctrina del *título y el modo* (austriaco, holandés, chileno, argentino, español, suizo, brasileño, etc.), es sustancialmente la misma que sirve de base a la transmisión de la propiedad o a la adquisición de los derechos reales (*causa traditionis*) [...]”.

24 Para mayor ilustración véase Diego Fernando Monje Mayorca, *El contrato de compraventa consensual. Vicisitudes de la fisionomía*, (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 29-33.

25 Cf. Seco, “*El contrato*”, 155: “No cabe duda que en la compraventa mercantil el fin traslativo es esencial lo mismo que en la compraventa civil”.

•La obligación de transferir la propiedad.

La pertinencia de la definición de compraventa comercial y su armonía con el procedimiento declarativo de la voluntad para transferir la propiedad en el Código Mercantil

Como es sabido, cada Código: comercial y civil, intenta definir al contrato, aunque en nuestro concepto el Estatuto mercantil logra dar un significado contractual más conveniente en relación a la obligación y en cuanto a la transferencia del derecho de propiedad. En nuestra opinión, la definición de contrato comercial, al permitir diferenciarlo con la convención, también logra estimar la obligación de transferir el dominio como el efecto contractual.

Igualmente, al conceder el Código de Comercio una definición de compraventa que se equipara al concepto civil, representa que el contrato de venta en nuestro derecho privado es considerado indiscutiblemente como un acto naturalmente consensual que busca concretar la traslación de la propiedad por medio de la tradición. Es irrefutable que, al celebrar, las partes de una compraventa mercantil desean recíprocamente enajenar (el vendedor) y adquirir (el comprador) el dominio de un bien (mueble o inmueble). Lo cual hace que en la compraventa comercial se realce más fuerte el fin económico-social, ocasionando que este contrato sea caracterizado como un negocio jurídico.²⁶

Con lo anterior, no pretendemos generalizar abruptamente que todos los contratos son mercantiles, sencillamente consideramos que la definición comercial de contrato es más armónica respecto a la indiscutible naturaleza económica-patrimonial de la venta. Sin olvidar, que, aunque la “tradición” es regulada por el Código Civil, sus varias funciones²⁷ revisten una aplicación patrimonial.

De esta manera, desde una perspectiva legal mercantil, despejar la confusión conceptual entre obligación y contrato venida de nuestro Código Civil hace que la discusión jurídica concerniente al evento de la traslación de la propiedad se

.....
26 Cf. Renato Scognamiglio, *Teoría general del contrato*, (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1996), 13: “La doctrina moderna distingue en razón de su importancia la figura del negocio jurídico, en la que envuelve todos los actos de autonomía privada relevantes para el derecho como tales, de la del contrato”.

27 En este sentido explica Jaime Rodríguez Fonnegra, *Del contrato de compraventa y materias aledañas* (Bogotá: Lerner, 1960), 588 y ss, que son algunas funciones y características de la tradición: 1) Transferir la posesión. 2) Es parte fundamental para la transferencia de derechos reales, como el dominio. 3) Es útil para cumplir con las obligaciones derivadas del dar (transferencia del uso y la tenencia de los bienes). Comentario compatible con lo expuesto, por ejemplo, por Seco, “*El contrato*”, 155: “El modo es la tradición o entrega de la cosa que debe hacer el vendedor al comprador, en cualquiera de sus modalidades”.

acentúe en la definición misma de la venta, por ser el contrato traslativo por excelencia, y porque actualmente convivimos con dos definiciones de compraventa coincidentes frente a los principios generales (consensualidad, traslatividad, obligacional, etc.), pero diferentes en sus verbos rectores: dar (civil) y transmitir (comercial).

Entonces, ¿cuál definición de compraventa, civil o mercantil, es la más precisa para describir la transferencia de la propiedad y encausar su procedimiento? Ante este cuestionamiento nos inclinamos a sostener que el concepto mercantil de compraventa intenta ser más preciso debido a su mayor precisión al instante de armonizar la función jurídico-económica de la venta con un procedimiento mercantil declarativo para la formación del negocio jurídico (oferta y aceptación)²⁸, el cual demuestra tener como propósito esencial el traslado del derecho de propiedad al emplear la palabra “transmitir”. Como se ha intentado demostrar en las páginas anteriores, esta expresión no resulta ser tan adecuada como sí lo puede ser el término “transferir” a la hora de ser implementada en un acto bilateral u obligacional que pretende la traslación del derecho de dominio (la compraventa), y que necesita para ello de un modo convencional e igualmente bilateral (la tradición). Por su parte la expresión “dar”, usada por el Código Civil, como también se ha expresado en el capítulo anterior, peca en ser muy general en su significado o de ser una palabra que preponderantemente denota una entrega material de la cosa²⁹, esto es, que le termina concediendo a la compraventa un efecto obligacional que no necesariamente busca la transferencia del derecho de propiedad, sino que también puede perseguir primordialmente la traslación de otro derecho (posesión).

En conclusión, al admitir con mayor exactitud nuestro Estatuto de Comercio que en la compraventa nace la obligación de “transmitir” el derecho de

28 Artículos 845 al 863 del Código de Comercio colombiano. A fin de obtener una visión más amplia, consúltese, v.gr., a Gabriel Escobar Sanin, *Negocios civiles y comerciales*, (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1994), 457 y ss; Luis Díez, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 5ª ed., t. I. (Madrid: Civitas, 1996), 284; y Seco, “*El contrato*”, 139: “[...] la oferta y la aceptación serán los pasos a seguir para llegar a la perfección del contrato. En la compraventa como negocio jurídico con las obligaciones y prestaciones recíprocas la oferta se hará por ambos contratantes y la aceptación recíproca también debe producirse para ambos: el vendedor oferta el objeto y acepta el precio; el comprador acepta el objeto y oferta el precio”.

29 Cf. Real Academia de la Lengua Española, “Dar”, (En *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, 2009, consultado marzo 21 de 2016. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=dar).

•La obligación de transferir la propiedad•

propiedad, que por lo tanto no basta para ello el solo contrato sino que se requiere posteriormente la entrega de la cosa vendida por medio de la tradición; y en suma, reglamentando los actos de la “oferta y la aceptación” como la herramienta procedimental para la formación del negocio jurídico o contrato de compraventa³⁰, la ley mercantil nos enseña que antes de vislumbrarse en las mentes de los posibles contratantes una obligación de transferir el dominio y entregar la cosa sobre la cual recae este derecho, el vendedor y el comprador, cada uno individualmente, tienen que concebir en sus mentes o en su fuero interno que más que desear entregar y adquirir una cosa, es pretender transferir y que se le transfiera el derecho pleno de la propiedad. Cuando estos dos fueros internos coinciden al ser exteriorizados podemos afirmar que se concreta el contrato de compraventa.

La estructura teórica de la transferencia de la propiedad como un acontecimiento materializado en el negocio jurídico de la compraventa

Las reglas generales para la formación del consentimiento se encuentran establecidas primordialmente en el Libro IV, capítulo III de nuestro Código de Comercio, que nos indica que la oferta es aquel acto verbal o escrito de la manifestación unilateral de la voluntad, mediante la cual se le comunica a otra persona determinada o indeterminada el proyecto del negocio jurídico, esto es, las condiciones del contrato que deben cumplir con los elementos esenciales del negocio³¹. Acto seguido, es necesaria la aceptación de la oferta por parte del destinatario que exterioriza su total conformidad con esta para constituir un acuerdo de voluntades.

En el negocio jurídico de compraventa el acuerdo de voluntades se compone de la voluntad declarada de “querer vender” una cosa (oferta) y la voluntad declarada de “querer comprar” dicha cosa (aceptación)³²; cuando las dos voluntades

30 Cf., *entre otros*, Atilio Alterini, *Contratos civiles –comerciales– de consumo*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998), 268 y ss.

31 Al respecto consúltese nuevamente a Seco, “*El contrato*”, 105 y ss.

32 Algunos autores precisan más diciendo argumentando que: “Hay que observar, sin embargo, que la exteriorización de la voluntad de negocio (el acto de la declaración) no es solo una manifestación sobre la voluntad interna del declarante, es decir, un medio de suyo indiferente de comunicar una voluntad, sino que es al mismo tiempo *ejecución de la voluntad*. Por tanto, la base de las consecuencias jurídicas no es una voluntad interior (“quiero comprar”), como afirma la teoría de la *voluntad*, no tampoco el supuesto de hecho de confianza creado por una declaración, como sostiene la teoría de la *declaración*, sino la voluntad que se *actualiza* en la compra aquí y ahora. Con ello no se limita a exponer una voluntad meramente interna, sino que le confiere una validez inmediata (teoría de la *validez*)”. Cf., Enneccerus, “*Tratado*”, 67 y 68.

coinciden nace la voluntad negocial de las partes dirigida a producir unos efectos jurídicos³³, en este caso obligacionales, o en palabras de Flume, “dirigida a producir determinadas consecuencias jurídicas mediante la declaración, voluntad de efectos jurídicos, o como la intención dirigida a un determinado resultado económico garantizado por el Derecho, o como voluntad de producir un resultado económico”³⁴; a este instante de acuerdo de voluntades se le llama “momento volitivo”, porque consiste en la manifestación exteriorizada de la voluntad o comportamiento.

Así mismo, cada voluntad declarada de los contratantes se conforma individualmente de dos voluntades denominada “momento decisivo (el convencimiento en el fuero interno del sujeto de que se quiere actuar de determinada manera)”: a) “Una voluntad de acto externo, ‘que es propiamente la voluntad de realizar la conducta en que consiste la propia declaración de voluntad’. Como ejemplo tendríamos el querer firmar el contrato de compraventa; y b) “El conocimiento del valor declaratorio de la conducta en que consiste la propia declaración de voluntad, esto es, ‘el conocimiento de que a través de una determinada conducta se está declarando una voluntad’. Ejemplo: saber que firmando el contrato me estoy vinculando jurídicamente”³⁵.

Por lo anterior, se hace fácil comprender que antes del perfeccionamiento de la venta los contratantes, por regla general, tienen que poseer un motivo recíproco de celebrar un contrato, y que una vez firmado, crearán entre sí un vínculo jurídico causal con efectos obligacionales. Vendedor y comprador deberán tener claridad sobre el “contenido” de sus respectivas declaraciones voluntad, o sea, ¡exactamente! “querer comprar” o “querer vender”, despejando cualquier duda que conlleve a suponer una “transmisión”, la cual acaecerá en un momento posterior a la celebración de la venta e inmersa en el negocio jurídico de la “tradición”.

Ya dentro del contexto de la compraventa, el comprador específicamente, debe contemplar que al pretender o celebrar el contrato ha adquirido, en teoría, simultáneamente un derecho y un deber crediticio (exigir la entrega de la cosa vendida y pagar el precio), y no, un derecho u obligación real. Esto también se

33 Son las obligaciones del vendedor y comprador mencionadas en los artículos 1880 y 1928 del CC colombiano.

34 Cf., v.gr., Werner Flume, *El negocio jurídico*, (Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998), 75.

35 Cf. Juan Espinoza Espinoza, “La manifestación y la declaración de la voluntad”. *Revista Justicia y Derecho*, 1, enero (2008). Consultado agosto 31, 2016. <http://justiciayderecho.org.pe/revista1/articulos/manifestacion.pdf>.

•La obligación de transferir la propiedad•

asimila idénticamente para el vendedor, que tendrá el derecho de recibir un pago y la obligación de procurar la entrega del bien vendido posteriormente.

En la declaración y acuerdo de voluntades, los contratantes sometidos a la teoría del título y el modo, deben no solamente, identificar plenamente las cualidades y sustancia de la prestación, sino también, tener claridad sobre la causa³⁶, so pena de incurrir en un “error sobre el contenido de la declaración³⁷” que afecta el buen desempeño en la formación del consentimiento, ya que la declaración termina siendo defectuosa o inadecuada; teniendo en ello, una gran complicidad la ley colombiana por mantener básicamente una divergencia de expresiones lingüísticas³⁸ imprecisas (dar y transmitir) para referirse a la traslación en la compraventa.

La obligación de transferir la propiedad: ¿nace de la declaración de las voluntades de las partes contractuales o se origina del innato fuero interno de cada uno de los negociantes?

Lo primero que hay que considerar, al intentar desentramar sobre ¿qué versa en la voluntad de cada una de las partes al momento de celebrar una compraventa? o, en otras palabras, ¿qué es lo que buscan obtener el comprador y el vendedor, al obligarse bilateral y conmutativamente? Nuestros dos códigos nos hacen intuir de modo diferente la noción de la consensualidad al emplear, cada uno de ellos, expresiones diversas como consentimiento, voluntad, acuerdo de voluntades, declaración de voluntad, negocio jurídico, intentando describir el encuentro de voluntades.

El múltiple uso de términos legales que tratan de explicar la esencia de la manifestación de la voluntad de las partes encaminada a declarar su conformidad

36 En conexión consúltese a Federico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, (Madrid: Civitas, 1985), 192: “Es decir, que para calibrar la causa de cada negocio, se deberá atender a su objeto y a su contenido. Mas esto no significa que los conceptos de objeto y de contenido se identifican con el de causa y lo hacen superfluo. Sus diferencias son evidentes. El objeto es la materia social sobre la que recaerá el vínculo creado, que por ello no se confunde con la causa. Esta se refiere también a algo distinto y que está fuera del contenido del negocio; se trata del por qué y para qué del negocio”.

37 Sobre la noción del error de declaración comenta De Castro y Bravo, *ibid.*, 121, que desde la antigüedad “hubo ocasión de notar lo diferente del error que consiste en equivocarse, al decir una palabra por otra (disenso oculto), o firmar un documento por otro y el que resulta de haber creído era de oro la cosa que resulta ser de latón”.

38 Para Díez, “*Fundamentos*”, 149: “El medio normal de realizar una declaración expresa de voluntad es obviamente el lenguaje, tanto verbal como escrito, [...]”.

sobre el contenido de un contrato, repercute al interior mismo del sistema de la compraventa al impedir notar una adecuada conexidad del interés³⁹ del vendedor y del comprador.

En nuestro caso, el interés de las partes en la compraventa tiene mucho que ver con la calidad e integridad del consentimiento.⁴⁰ El primer paso para que las voluntades coincidan en la compraventa, es que cada uno de los contratantes debe tener claridad en los elementos esenciales del contrato, y esto se empieza a conseguir con una buena información sobre el objeto o la causa⁴¹; si el vendedor y comprador no tienen claro que el fin inmediato de la compraventa es el nacimiento de un derecho crediticio u obligación recíproca⁴² de transferir el dominio que recae sobre una cosa pagando un precio, terminarán creyendo que por el solo contrato se transfiere automáticamente la propiedad y no por el modo de la “tradicón” posterior. Incluso hay que comprender que una vez aceptada la oferta, el precio, teóricamente hace parte del patrimonio del vendedor en calidad de crédito, por ser consensual la compraventa.⁴³

Poseer una concepción normativa previa acerca de la integridad del consentimiento proporciona una lucidez para comprender la causa u objeto y sus efectos, como también poder separar el momento de la manifestación de la voluntad y el cumplimiento de la obligación de entregar.⁴⁴

39 Cf., v. gr., Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, t. 1, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999), 63: “La noción de ‘interés’ ha sido enfocada de modos diversos. Cuando se lo identifica con el dominio es la relación de disfrute con la cosa y el titular del interés es el propietario”. “El interés es el centro de unión; es el ‘cemento’ que une a los distintos contratos”.

40 Charles Aubry y Charles Rau, *Cours de Droit civil français*, t. 4, (París: Librairie Joseph Gibert, 1902), 474 y ss.

41 Cf. Boris Kozolchyk, *La contratación comercial en el derecho comparado*, (Madrid: Dykinson, 2006), 97: “La causa, sin embargo, puede ser tan concreta como una prestación de dinero o de servicios y tan etérea como la motivación final o psicológica de la contratación”. Asimismo, consúltese, Yves Lequette, Yves-Marie y Serinet Grégoire Loiseau, “Validez del contrato. Consentimiento”, (En *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés*, libro III, títulos III y XX, Trad. Fernando Hinestrosa. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006), 55 y ss.

42 Sobre el particular comenta Fernando J. López de Zavallía, *Teoría de los contratos*, Ed. 3ª ed., Tt. 2, (Buenos Aires: Zavallía, 2000), 9: “Todo acreedor está obligado a recibir la prestación, y por lo tanto no solo el comprador está obligado a recibir la cosa, sino que también el vendedor está ‘obligado’ a recibir el precio”.

43 Cf., entre otros, Ramón Badenes Gasset, *El contrato de compraventa*, t. I. (Barcelona: José María Bosh, 1995), 259.

44 Según Ernesto Wayar, *Compraventa y permuta*, (Buenos Aires: Astrea, 1987), 4: “En toda compraventa existe un momento que separa la manifestación del consentimiento con la entrega, aun cuando esta sea automática, como ocurre en la venta de muebles”.

•La obligación de transferir la propiedad.

La disyuntiva de intuir la obligación de transferir el dominio

Bajo el amparo de la naturaleza consensual del contrato es evidente que la traslación del derecho de propiedad, en la compraventa, es un acto de la manifestación de la voluntad progenitora de obligaciones⁴⁵, aunque el hecho que nuestro Código Civil asemeje “consentimiento” y “voluntad” con las frases “declaración de voluntad” o “consentimiento mutuo”, ocasiona una aparente carencia de impulso de voluntad externa⁴⁶ al concebir la compraventa como un contrato o negocio jurídico estrictamente declarativo creador de obligaciones, es decir, que “consentimiento y voluntad”, tienen significados con efectos prácticos dispares ante enunciados como “declaración de voluntad” o “consentimiento mutuo” que intentan ser más precisos para poner en evidencia que en el negocio jurídico de compraventa las partes necesariamente exteriorizan su consentimiento; en otros términos, poder identificar la transferencia como la causa jurídica instaurada en el contrato de compraventa producto de la exteriorización de la voluntad de los contratantes.

La anterior disyuntiva o dilema parte desde los dos ejes normativos interrelacionados, que permean originalmente nuestro Código Civil:

A) El francés, en el que el consentimiento revela una coincidencia de voluntades en la formación del acto jurídico, cobrando la palabra “acto” dos postulados heterogéneos concebidos como: una “operación jurídica”, que se asimila a la voz latina “negotium”, u otorgándole a una actividad jurídica cualidades documentales con efectos probatorios que se admite como “instrumentum”; por ejemplo, una compraventa, que puede tener una materialización documental privada o notarial.⁴⁷

Al proponer la teoría del consentimiento francesa que el acuerdo de voluntades sirve para la formación del contrato, sin describir un procedimiento para que

45 Cf., una vez más, Fernando J. López de Zavala, “Teoría”, 13: “[...] a cargo del vendedor la de transferir la propiedad de una cosa, y a cargo del comprador la de pagar el precio”.

46 En este punto comenta Enneccerus, “Tratado”, 7, que “no solo son hechos la oferta y la aceptación, sino también el contrato que se compone de ambas”. “Los hechos jurídicos son de una variedad extraordinaria. Los más importantes son los actos humanos, que se componen de hechos de la vida del espíritu y de hechos externos (por ejemplo, de la voluntad y de la declaración de esta voluntad)”.

47 Cf., por ejemplo, Marcel Planiol y Georges Ripert, *Tratado elemental de derecho civil, de los bienes*, 1ª ed., t. II, (México: Cárdenas, 1983), 139 y 141.

esto suceda, le insinúa a las partes una gran libertad contractual, haciendo que estas no vean necesario precisar sobre la realidad de transferir el dominio⁴⁸; tanto así, que por ley en Francia la compraventa transfiere por sí misma, y en ausencia total de la “tradicción”, el derecho de propiedad⁴⁹, siendo irrelevante distinguir entre el momento de la “perfección y la consumación de la compraventa” porque en la misma manifestación del consentimiento de cada una de las partes se intuye al unísono la creación de la obligación y su inmediata extinción provocada por la concepción individual del comprador y vendedor de que en el acto contractual procede efectivamente la entrega de la cosa vendida.⁵⁰

En Colombia, en cambio, por requerirse la coexistencia del título y el modo, se vuelve indispensable que el consentimiento recaiga coherentemente en el objeto y la causa de la venta. La intención del comprador no es convertirse en propietario al firmar el contrato, es adquirir la calidad de acreedor⁵¹, para después exigir la entrega de la cosa de parte del vendedor, que no más que el objeto recíproco de la compraventa, esto es, una obligación de hacer.⁵²

B) En Alemania se asume doctrinalmente el acto de la declaración privada de la voluntad encaminada a producir resultados jurídicos bajo la teoría del negocio jurídico en un sentido abstracto⁵³, en el cual la voluntad es exteriorizada y

48 Comenta Álvaro Pérez Vives, *Compraventa y permuta en derecho colombiano*, (Bogotá: Temis, 1953), 16, que “[...] en Colombia es necesaria la efectividad de la intención de transferir el dominio, no para la existencia del contrato, sino —y es muy diferente— para el cabal cumplimiento de las obligaciones del vendedor. Para que el contrato exista basta que haya la intención de transferir y de adquirir el dominio, en lo que a ella se refiere y es necesaria su concurrencia para la formación del contrato”.

49 En este sentido expresa Jorge Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno: Fuentes de las obligaciones. Obligaciones nacidas de la ley, continuación y fin, transmisión de las obligaciones*, 2ª reimpresión, vol. 6, (Madrid: Reus, 1978), 73 y ss: Esto es ocasionado porque en la compraventa al entregar o “dar” la cosa vendida se transfiere la propiedad por efecto del mismo contrato, y porque además al evidenciar los precedentes evolutivos del derecho romano sobre la transmisión de las obligaciones “los compiladores del Código de Napoleón y del italiano, no dudaron en reconocer la transmisibilidad de los créditos y en disciplinar la cesión a título de venta”. Véase también comentarios de Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *Tratado de derecho* Ed. 5ª, T. II, , 188-189: “En Francia e Italia los contratos tienen eficacia real [...]”.

50 Consúltense nuevamente a Badenes, *“El contrato”*, 258.

51 Para mayor ilustración confróntese Fernando Vélez, *Estudio sobre el derecho civil colombiano* (París: París-América, 1926), 184: “En suma, de acuerdo con el Código francés, el comprador es dueño en virtud del contrato; de acuerdo con el colombiano, es acreedor, porque el vendedor solo se obliga a dar”.

52 *Ibid.*, 182.

53 En conexión consúltense Flume, *“El negocio”*, 48-49: “No existe negocio jurídico en sí, sino solamente tipos concretos de actos reconocidos por el ordenamiento jurídico, y existen gracias al mismo, como compraventa, cesión de créditos, transmisión de la propiedad, esponsales, matrimonio, testamento, etc.”. “El concepto de negocio

•La obligación de transferir la propiedad•

dirigida a lograr un resultado con una consecuencia jurídica o de eficacia: efecto de creación, extinción o adaptación de una relación jurídica; por lo que en la mayoría de los casos la expresión de negocio jurídico se entiende como declaración de la voluntad, lo que sucede cuando el negocio jurídico se compone de una sola voluntad.

En la teoría del negocio jurídico, para que nazca un contrato como la compraventa, deben unirse las voluntades del comprador y del vendedor. Aquí, negocio jurídico alude al acuerdo de voluntades, y declaración de voluntad, al acto de “autodeterminación” individual, valga la redundancia, de cada una de los contratantes; juntos destinados a someter dicho contrato al ordenamiento jurídico vigente.

Así la “declaración” de la voluntad del negocio es el resultado último a la “ejecución de la voluntad” o capacidad de obrar⁵⁴, que se puede entender desde la perspectiva del comprador, cuando decide comunicar su intención de “comprar aquí y ahora”, siendo la fuente primaria una “voluntad de obrar”, que puede exteriorizar cualquier persona desde su ser interior e individual⁵⁵ en busca de satisfacer una necesidad, como puede ser adquirir el dominio de una cosa.

Deteniéndonos a comparar la compraventa en Colombia, muy similar a la alemana, encontramos que el acontecimiento de la transferencia de la propiedad no forma parte de la compraventa, como algunos creen, sino que es un negocio jurídico autónomo⁵⁶ en el que transmitente y adquirente acuerdan sus voluntades para el traslado de la propiedad y el “acontecimiento fáctico” o “acto real de entrega”⁵⁷ que se materializa posteriormente en la “tradición”. A lo anterior, se agrega que la

jurídico es la abstracción de todos los tipos de actos estructurados en el ordenamiento jurídico, [...] están dirigidos, mediante la instauración de una reglamentación, a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica en uso de la autodeterminación del individuo [...]”.

54 Ibid., 227: “El concepto de capacidad de obrar, [...], está referido a la actuación negocial”. “[...] es la capacidad de celebrar con eficacia negocios jurídicos”.

55 Enneccerus, “*Tratado*”, 67-68.

56 Cf., entre otros, Arturo Valencia, *Derecho civil*, Ed. 4ª ed., Tt. IV, (Bogotá: Temis, 1975), 61-62: “La transmisión del dominio por negocio jurídico entre vivos recibe el nombre *tradición*”.

57 En conexión, Flume, “*El negocio*”, 52: “[...] el negocio jurídico de la transmisión de la propiedad”. En el mismo sentido, cf., Enneccerus, “*Tratado*”, 19: “La transmisión inmediata de la propiedad o del derecho vendido, el C. c. la enlaza primero con el contrato real y abstracto o en su caso, con el negocio abstracto de disposición combinado con un acto real de ejecución (entrega)”.

transmisión de la propiedad en los inmuebles se logra por acuerdo de voluntades con la ayuda de una autoridad (registro en la Oficina de Instrumentos públicos).⁵⁸

El negocio de compraventa en Alemania está totalmente separado del “acuerdo traslativo”⁵⁹; la “tradición” se concibe como un negocio jurídico claramente independiente de la venta (título), la cual solamente crea obligaciones, mientras que el “acuerdo traslativo o tradición” (modo) adquiere una calidad de contrato real porque es donde inmediatamente se traslada el derecho.

En nuestro país, aunque se adopta la teoría *del título y el modo*, los autores no han optado por seguir fielmente la doctrina alemana, tal vez por un excesivo respeto de fidelidad al espíritu del Código Civil o por la reciente inclusión expresa en nuestro sistema legal comercial de la idea moderna del negocio jurídico. La teoría de la compraventa civil colombiana, aunque reconoce que esta únicamente crea obligaciones, por culpa de una definición normativa imprecisa o más bien general al utilizar la expresión “dar”⁶⁰, intenta ligar el momento de transferencia del dominio a la misma compraventa; es decir, asume la transmisión o entrega como un efecto inmediato a la celebración del contrato, y no como la finalidad traslativa propia de la “tradición”.

Resumiendo, observamos que en Francia se entiende “consentimiento” como acuerdo de voluntades⁶¹ y para los alemanes la expresión acuerdo de voluntades

58 Consúltense una vez más a Flume, *“El negocio”*, 52: “La cooperación de una autoridad en un negocio jurídico puede ser del tipo en que la autoridad directamente colabore en el acto de autonomía privada [...]”.

59 Explica Wayar, *“Compraventa”*, 52-53, que “los autores alemanes enfatizan el carácter “abstracto” del acuerdo traslativo; con ello quieren poner de relieve que su concertación, validez y eficacia es completamente independiente del contrato de compraventa que le sirve de base”.

60 Autores como Alberto Tamayo Lombana, *El contrato de compraventa su régimen civil y comercial*, (Bogotá: Doctrina y Ley, 2004), 34 y 35, siguiendo las enseñanzas de Vélez, *“Estudio sobre el derecho”*, 200, y de Arturo Valencia Zea, *“Derecho civil”*, 61-62, hacen una exposición de la palabra “dar” y reconocen que tiene como significado en la compraventa la transferencia de la propiedad, pero a la vez dejan un manto de duda al asimilar que transferir es igual a transmitir. “La obligación de dar consiste en transferir el dominio [...]”. “Nos parece que el Código de Comercio de 1972 acabó de despejar cualquier duda en relación con la verdadera obligación del vendedor, al disponer en el artículo 905: La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a *transmitir* [...]”. Entendiéndose “La transmisión del dominio por negocio jurídico entre vivos [...]”. En el caso de Valencia Zea también se confunde y sitúa mal el alcance de la expresión transmitir que como hemos reiterado encaja más en el “dar” o entregar a nivel material. Por su parte, Mario Castillo, *El bien material del contrato de compraventa: Estudio del capítulo segundo del contrato de compraventa en el Código Civil* (Lima: Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2.ª ed., 1995), 295-296, precisa que “la palabra ‘dar’ debe tomarse en el sentido del latín ‘dare’ que significa hacer la entrega de una cosa que se debe, y no está tomada del sentido vulgar de donar o de hacer una liberalidad, concepto que es diverso y que proviene de la palabra latina ‘donare”.

61 Cf. Louis Josserand, *Derecho civil: Obligaciones y contratos*, t. I, (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1984), 39: “Consentimiento no es otra cosa, aquí, que el *acuerdo de voluntades* con ánimo de crear obligaciones [...]”.

•La obligación de transferir la propiedad•

es equivalente a negocio jurídico, dando a entender que todo contrato es un negocio jurídico compuesto por dos o más declaraciones de voluntad. Coinciden también los dos pensamientos jurídicos⁶² en que la palabra “voluntad” sugiere una “voluntad única” o un sentir interno⁶³ de la persona, y nunca un contrato. Pero la diferencia entre la teoría del consentimiento francesa y la teoría del negocio jurídico alemán radica en la connotada precisión de esta última al declarar que “es un acto jurídico consistente en una voluntad dirigida a una consecuencia jurídica, que ha sido exteriorizada mediante su declaración”, permitiendo diferenciar el momento del perfeccionamiento de la compraventa y su instante de “consumación”. En efecto, si apreciamos la venta como un negocio jurídico contractual y no solamente como un contrato, podremos considerar más exactamente que, en contexto, el vendedor simplemente no está obligado a la entrega de la cosa vendida, como escuetamente lo establece nuestro Código Civil (art. 1880), sino que más explícitamente, “el vendedor está obligado a proporcionar al comprador la “propiedad de la cosa vendida o el derecho vendido” mediante la entrega de la cosa vendida, es decir, procurar⁶⁴ como mínimo la posesión inmediata corporal.⁶⁵ En otros términos, “la compraventa solamente *declara* el derecho del comprador a exigir la transmisión dominial; es decir, impone al vendedor la obligación de transferir la propiedad; no transmite este derecho directamente”.⁶⁶

62 Comenta, Juan M. Farina, *Contratos comerciales modernos*, (Buenos Aires: Astrea, 1999), 172 y ss, la importancia de entender el consentimiento como aquel “acuerdo de voluntades”, ya que tanto franceses como alemanes convergen en la aplicación de este concepto dentro del marco contractual o del negocio jurídico.

63 Algunas disposiciones del derecho alemán conducen a suponer que una sola voluntad crea efectos obligatorios. En Francia una sola o única voluntad origina un acto pero no obligaciones. “[...] yo no puedo por mi sola voluntad transferir a ese o a aquel un derecho a mis bienes, si su voluntad no concurre para adquirirlos [...]”. Para una mayor ilustración *cf.*, *v.gr.*, Joseph Pothier, *Tratado de las obligaciones*, (México: Tribunal Superior del Distrito Federal, 2003), 17; Marcel Planiol y Georges Ripert, “*Tratado elemental*”, 141: “En estos ejemplos la voluntad solo es aparente, o temporal”.

64 *Cf.* Enneccerus, “*Tratado*”, 70: “Conforme a la intención de las partes, el vendedor tiene que entregar la cosa vendida no solo para un uso temporal, como en el arrendamiento, sino transmitirla definitivamente, o sea, colocandolo al comprador en la situación jurídica de poder quedarse definitivamente con la cosa”.

65 *Ibid.*, 45: “La transmisión inmediata de la propiedad o del derecho vendido, el CC la enlaza primero con el contrato real y abstracto o, en su caso, con el negocio abstracto de disposición combinado con un acto real de ejecución (entrega)”.

66 Wayar, “*Compraventa*”, 55.

El instante de la transferencia de la propiedad en la compraventa

La compraventa es un negocio jurídico mercantil por antonomasia, el cual logra perfeccionarse en el sistema legal colombiano con el simple acuerdo consensual de las partes⁶⁷ y obtiene su eficacia o se consuma con un acuerdo traslativo llamado “tradicición”, razón por la cual estos dos momentos: compraventa y tradición, como hemos explicado antes, involucran una necesarísima exteriorización de la voluntad de los contratantes. Nos queda entonces por precisar ¿en qué momento queda la compraventa perfeccionada y cuándo se consuma la obligación de transferir la propiedad?

En primer lugar, hay que considerar que dado que la compraventa es un negocio jurídico, por regla general se dice que esta se perfecciona cuando el vendedor y el comprador, al declarar sus voluntades, se obligan bilateral y conmutativamente a cumplir con el objeto recíproco: la cosa y el precio.⁶⁸ Al respecto, nuestro Código de Comercio⁶⁹ estipula más específicamente, supliendo el vacío del Código Civil, que ante todo y sin perjuicio de la liberalidad de las partes de acordar el momento y el lugar de su celebración (cuando las partes no acuerdan el lugar, la ley indica, la residencia del proponente) que el momento exacto en que se inicia el perfeccionamiento depende de la forma en que es captada la exteriorización de la voluntad de las partes: a) En caso expreso, si la oferta fuese verbal o por cualquier otro medio de escucha (teléfono o Internet), se supone aceptada al instante de oír la oferta; al ser escrita la oferta, se empezarán a contar seis (6) días a partir de realizada para presumirse su aceptación, si el comprador reside en el mismo lugar del vendedor, de lo contrario, se sumarán a los días antes mencionados el de la distancia, que se obtiene calculando el medio de información usado por el vendedor; b) Tácita o cuando se inicia la ejecución de la compraventa, cuando el comprador le indica al vendedor la fecha de inicio del contrato o la entrega de la cosa.

67 La mayoría de los doctrinantes modernos coinciden en que el elemento consensual no es un requisito indispensable de la compraventa, es una parte fundamental e intrínseca de todo contrato, y desde ese punto de vista debe estudiarse. *Vid.*, por ejemplo, Díez, “Fundamentos”, 148.

68 Explica Ramón Badenes, “El contrato”, 259: “Desde el momento de la perfección, el contrato es obligatorio para las dos partes, y pueden, por lo tanto, compelerse recíprocamente a su cumplimiento”.

69 Confróntese lo dispuesto en los artículos 864, 850, 851, 852, 853 y 864 del Código de Comercio colombiano.

•La obligación de transferir la propiedad.

Fuera de sentar la base de la disimilitud entre el momento del acuerdo traslativo o de ejecución (transmisión) y el suceso de concertación en la compraventa (perfeccionamiento, transferencia)⁷⁰, existen varias razones que justifican saber el preciso instante del perfeccionamiento o concertación de la venta, algunas de nuestro interés son:

1. La cosa que se va a vender debe existir al tiempo de perfeccionarse el contrato (CC, art. 1870; C. de Co., art. 918). 4. Al momento del perfeccionamiento es cuando podrá determinarse si la venta es conmutativa o aleatoria (CC, arts. 1498 y 1876; C. de Co., art. 918). 9. El vendedor es obligado a entregar la cosa a la época prefijada en la venta o, si nada se estipuló, inmediatamente después del contrato dentro de las 24 horas siguientes a su perfeccionamiento y la deberá entregar con todos sus accesorios y en las mismas condiciones que tenía al momento de perfeccionarse la venta (CC, arts. 1860, 1873, 1882, inc. 1º, y 1947, inc. 2º; C. Co., arts. 912, inc. 3; 924 y 928).⁷¹

En segundo lugar, y de manera complementaria, la consumación acontece cuando las partes transmiten, cada una, no necesariamente de manera simultánea⁷², el dominio del dinero (comprador) y de la cosa (vendedor). Con la entrega material, contenida en la tradición, del bien vendido, se cumple con la obligación de procurar o garantizar la transmisión del dominio, produciendo en últimas la extinción del contrato de compraventa.⁷³

Respecto a la compraventa de inmuebles, el momento de la perfección se suscita con la firma ante notario de la escritura pública⁷⁴, de lo contrario el contrato no tendrá validez. Aunque hemos mencionado que la venta es reconocida como

70 Cf., entre otros, Fernando J. López de Zavallía, *Teoría de los contratos. Parte general*, 4ª ed., t. I., (Buenos Aires: Zavallía, 1997), 410: Desde otro punto de vista se busca acentuar la diferencia del "título" con el "modo", o sea, la compraventa como un contrato "creditorio consensual" (compraventa) o "causa fuente"; y la tradición que se valora como una "causa fuente inmediata" o de traslación instantánea. La compraventa (título), por sí sola, no transmite el derecho real, requiere el suceso posterior de la tradición (modo) para ello.

71 Cf. Hernán Valencia Restrepo, *Teoría general de la compraventa*, (Bogotá: Temis, 1983), 7-8.

72 Resulta evidente que siempre va existir un lapso de tiempo, aunque sea mínimo o casi imperceptible, entre el pago del precio y la entrega de la cosa, o viceversa; igual si la compraventa es manual o de inmueble. Fenómeno que varios autores han estudiado como, por ejemplo: Alterini, "*Contratos civiles*", 179; y Ricardo Luis, "*Tratado*", 187 (ver también nota de pie 30 de este capítulo).

73 Cumpliéndose con la obligación de entregar, propia del negocio jurídico de tradición, acontece la transmisión, de allí, que la tradición para muchos autores sea sinónimo de tradición. "Entrega y tradición son dos conceptos jurídicos muy diferentes [...]".

74 Artículos 1857 del CC.

consensual, doctrinal y legalmente, puede resultar contradictorio que la misma ley le imponga una formalidad; pero entendamos que esto se justifica en la “regla principal” que la compraventa es “libre de forma”, es decir, que las partes pueden optar por el medio oral o escrito para declarar su voluntad de negocio orientada a: un fin probatorio, instrumentar la transmisión⁷⁵ o individualizar las cosas inmuebles respecto a las muebles.⁷⁶

Con el contrato de venta de inmuebles o “título suficiente”⁷⁷, para que proceda el negocio de tradición es ineludible la inscripción de la escritura pública en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos respectiva⁷⁸, solo quedando pendiente la entrega y el recibimiento voluntarios del inmueble mediante actos materiales del tradente y adquirente, lográndose la efectiva transmisión y por ende la consumación de la compraventa. El hecho de que se pueda cumplir el acto de entrega material, antes o después del registro, prueba que “tradición” y “entrega” son acontecimientos diferentes.⁷⁹

En conclusión, “el contrato de compraventa queda perfeccionado cuando los contratantes, de común acuerdo, se han comprometido a cumplir las obligaciones que del mismo derivan; y se dice consumado cuando ambas partes han cumplido dichas obligaciones”.⁸⁰

Error sobre el contenido de la declaración en el negocio jurídico de la compraventa

Subestimar la distinción técnica de expresiones jurídicas como transferir, transmitir y dar, acarrea dificultades de naturaleza práctica en la identificación de la causa y del contenido en la declaración en la compraventa, más aún, cuando

75 Cf. Wayar, “*Compraventa*”, 297-298.

76 Véanse los comentarios de Badenes, “*El contrato*”, 260.

77 Sobre el particular explica Adelaida Rocco, *Boleto de compraventa*, 1ª reimpresión, (Buenos Aires: Astrea, 1989), 150: “Es el acto previo a la transmisión o constitución de un derecho real, y para ello debe reunir los requisitos legales de fondo (capacidad y legitimación de las partes) y de forma (tratándose de inmuebles escritura pública [...])”.

78 Cf. Enneccerus, “*Tratado*”, 393-394: “La transmisión debe preceder a la inscripción. O sea, que la solicitud y el consentimiento a la inscripción no basta para dar lugar a la inscripción, sino que la oficina del registro debe cerciorarse de que la propiedad ha sido transmitida”. “La transmisión solo produce el tránsito de la propiedad en unión con la inscripción”.

79 Perspectiva básica expuesta por Tamayo, “*El contrato*”, 123.

80 Consúltese nuevamente a Badenes, “*El contrato*”, 258.

•La obligación de transferir la propiedad•

nuestro sistema de traslación de la propiedad se rige por los cánones de la teoría del título y el modo, o, como se dijo, en la distinción de los momentos de perfeccionamiento y la consumación en la compraventa, base del negocio.⁸¹

Como también se ha expresado, el momento del perfeccionamiento de la venta o declaración de voluntad del negocio es cuando la declaración de la voluntad del vendedor se une con la del comprador, generando efectos de obligaciones. Y la consumación, que es el instante en el que la venta es eficaz, extinguiéndose las obligaciones o culminando la compraventa.

Confundir o aplicar indistintamente los términos técnico-jurídicos de transmisión (entrega en la tradición) y transferencia (traspaso de derechos personales o de crédito que facultan al comprador a exigir la transmisión del dominio) en la definición de compraventa, propicia la “discrepancia entre la voluntad real”⁸² (acto de apropiación en la entrega) “y la declarada” (obligaciones adquiridas en la compraventa), dándose un error sobre el contenido de la declaración⁸³, provocando que esta sea defectuosa o imprecisa.⁸⁴

El simple hecho de tener dos normas jurídicas que indican paralelamente que el vendedor se “obliga a dar una cosa” (Código Civil), o, que se “obliga

81 Cf., Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, (Granada: Comares, Ed. Colección Crítica del Derecho, 2002), 5: “Ha de entenderse por base del negocio: ‘La representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en la que se basa la voluntad negocial’”.

82 Al respecto enseña Enneccerus, “*Tratado*”, 68, que la voluntad real o actuaciones de voluntad, “dan realidad a una voluntad que, sin tener un fin de manifestación, *dan realidad* a una voluntad de negocio como, por ejemplo, la apropiación, el abandono de la propiedad, [...]”. La palabra “apropiar” a la luz interpretativa del § 958 del BGB alude al acto de tomar para sí una cosa con ánimo de señor y dueño, por lo que se aplica sin problemas al contexto de la tradición.

83 En conexión consúltese una vez más a Enneccerus, “*Tratado*”, 388: “Semejante error en la expresión puede incurrir sobre todo cuando se emplea una lengua extranjera o términos técnicos, incluso los de índole jurídica”.

84 Cf. De Castro y Bravo, “*El negocio*”, 123: “*Declaración defectuosa o inadecuada*. Este tipo de error respecto a la declaración, es el de mayor interés práctico y el que ofrece más dificultades, por las discrepancias entre los autores y falta de regulación legal. Ha de advertirse, ante todo, que la disconformidad entre lo declarado y lo que se ha querido manifestar, es la discrepancia no conocida y no querida, y que, por lo tanto, no se incluye en ella la reserva mental, la simulación y la declaración falsa, figuras que tienen otro y especial significado. El supuesto aquí tratado es el de haberse querido hacer una declaración, y con significado negocial; pero que, para ella, no se hubieran debido utilizar los signos empleados (‘error in verbis’) o que se les usó con otro sentido que aquél con el que se les entienden (‘error in sensu’). Estas declaraciones defectuosas pueden ser consideradas desde diversos puntos de vista, y su complejidad aconseja se les enumere, teniendo en cuenta: en cual elemento de la declaración se encuentra el error, la materia respecto a la que se incurre en error, las personas causantes del error y la importancia de ese error”.

a transmitir la propiedad de una cosa” (Código Comercial) en la compraventa, trae consigo que aquellas personas en su “voluntad de acto externo” que deseen hacer parte o quieran celebrar un contrato de compraventa (firmar el contrato), se enfrenten no solo a la compleja tarea de interpretar o entender el alcance práctico y real de la voluntad declarada de la contraparte; sino que también, cada contratante que no sea un jurista entienda plenamente que con la manifestación de su voluntad en el contrato de compraventa no está adquiriendo inmediatamente la propiedad sobre la cosa vendida, y que por lo tanto simplemente está obteniendo un derecho obligacional o crediticio.⁸⁵

Recapitulando, si las partes deciden poner en el contrato que el vendedor se “obliga a *dar* una cosa”, siguiendo el precepto civil, la declaración de la voluntad sería defectuosa o imperfecta, por dos razones: 1) Como ya se mencionó, la expresión “dar” es de práctica o de uso adecuado de la corriente legal francesa, porque si bien “dar” es una palabra con sentido muy amplio, es causante de una constante polémica interpretativa doctrinal y jurisprudencial en nuestro país⁸⁶ para poder especificar el momento del traspaso de la propiedad en la compraventa. Esta discusión es intrascendente en el país galo, por cuanto allá no se adopta plenamente la teoría del título y el modo, es decir, basta el solo contrato o título⁸⁷ de compraventa para transmitir la propiedad, no se distingue un lapso de tiempo entre el perfeccionamiento y la consumación del contrato⁸⁸; hecho que en cambio no acontece en Colombia, donde resulta indispensable precisar con un lenguaje jurídico pertinente, no solo el instante exacto de la transmisión o entrega, sino, también, qué tipo de derecho objetivamente se está desplazando en la

85 “Se estaría más cerca de la verdad diciendo que la venta es un contrato en virtud del cual, una de las partes, el vendedor, se obliga a transferir y garantizar al comprador una propiedad corporal o incorporal, mediante un precio en dinero que este se compromete a pagarle”. “Pero esta segunda definición, a pesar de su amplitud, no convendría tampoco a todo lo definido, porque hay ventas que no tienden en modo alguno a desplazar una propiedad, corporal o incorporal: venta de un crédito o de un usufructo; vale más, pues, generalizar aún y decir que *la venta es un contrato por el cual el vendedor se compromete a ceder al comprador y a garantizarle una cosa o un derecho preexistente, mediante el pago de un precio en dinero*”. En el mismo sentido consúltese a Louis Josserand, “*Derecho civil*”, t. II. (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1984), 3-4.

86 Cf., v.gr., Cesar Gómez Estrada, *De los principales contratos civiles*, (Medellín: Diké, 1983), 63-64.

87 Cf. Adelaida Rocco, “*Boleto*”, 60: “El Código Civil francés, apartándose del principio romano según el cual: ‘No por el nudo pacto, sino por la tradición y la usucapción se adquiere el dominio de las cosas’. (Traditionibus et ucuca-pionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur), consagra el principio que la propiedad se transmite por el solo contrato, sin ser necesaria la tradición [...]”.

88 Tamayo, “*El contrato*”, 26 y ss.

•La obligación de transferir la propiedad.

venta: personal, de crédito o real, propiedad o posesión. 2) Complemento de lo anterior es que al emplear la expresión “dar” en un contrato de compraventa, así se pretendan instituir conceptos doctrinales y jurisprudenciales⁸⁹, no armonizará adecuadamente con los lineamientos de la “tradición” como modo de transmitir la propiedad, provocando una distorsión en la aptitud de los contratantes de percibir o diferenciar realmente “entre el título para adquirir y el modo de adquirir, entre la idea o el hecho, entre la causa y el efecto”.⁹⁰

Asimismo, utilizar la palabra “transmitir” de nuestro Código Comercial en la compraventa, que no obstante intenta ser más precisa para describir el momento de la traslación en el contrato, posee vínculos jurídicos muy estrechos con la expresión “dar” que nos hacen cuestionar su uso adecuado en una definición. La mayoría de doctrinantes consideran, ciertamente, que el acto de “transmitir” se sujeta a la obligación de entregar⁹¹, siendo difícil su admisión como elemento inherente a la compraventa.⁹² Es así como la transmisión se contextualiza más apropiadamente en un sistema legal francés donde: “La obligación de dar comprenderá la de entregar la cosa”⁹³ y la transmisión del dominio se perfecciona por el solo consentimiento de las partes en el contrato de compraventa.⁹⁴

Aplicar y percibir erradamente, por disposición legal, que en la compraventa la causa y el efecto esencial es el transmitir o entregar materialmente una cosa, y no la transferencia de un derecho personal o la obligación de procurar el dominio por medio de la tradición posterior, constituye modernamente un error

89 Cf. Alejandro Bonivento, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 17ª ed., (Bogotá: Ediciones del Profesional, 2008), 1 y ss.

90 Cf., otra vez, Adelaida Rocco, “Boleto”, 62-63.

91 Interpretando la sentencia de 2 de septiembre de 1970 de la Corte Suprema de Justicia, Bonivento, “*Los principales contratos*”, 3, expone: “b) La que sostiene que dar es sinónimo de entregar o sea que el vendedor cumple su obligación haciendo entrega de la cosa y garantizando, luego, la posesión pacífica de la cosa. Personalmente nos inclinamos por esta corriente [...]”.

92 Consúltense explicaciones de Rafael Rojina Villegas, *Compendio de derecho civil. Contratos*, t. IV, (México: Porrúa, 1994), 55.

93 Cf. Artículo 1136 del Código Civil francés.

94 En este punto relata Marcel Planiol y Georges Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, traducción de Mario Díaz Cruz, t. 10, (La Habana: Editorial Cultural, 1954), 8, “Los redactores del Código Civil son quienes modificaron la noción histórica de la compraventa, al decidir implícitamente que esta supone la transmisión al adquirente de la propiedad de la cosa vendida. Al final del antiguo derecho, Pothier afirmaba todavía que la transmisión de la propiedad no era elemento de la venta, ya que esta solamente hacía nacer obligaciones recíprocas a cargo de las partes”.

de derecho⁹⁵ que afecta el contenido de la declaración, volviéndola consecuentemente defectuosa o inadecuada, porque las partes terminan desconociendo o errando la existencia o el alcance de las definiciones normativas de compraventa civil y comercial.

En últimas, este suceso de error ocasiona en la teoría del título y el modo una grave confusión al intentar distinguir el instante de la eficacia o perfeccionamiento en la compraventa, implicando confundir transferir con transmitir, o, en otras palabras, no se separa la tradición del contrato de compraventa. En la práctica, crea discusión en: 1) El momento de poder exigir el saneamiento por evicción, antes o después de la entrega material. 2) En la venta de cosa ajena, decidir si alegar una invalidez o inexistencia. 3) En cuanto a la ratificación para que valga la venta de cosa ajena (arts. 1752 al 1756 del CC), no se explica porqué la ley exige que el verdadero dueño ratifique la venta en favor del comprador para que adquiera los derechos, si la misma ley dice que es válida la venta de cosa ajena, se ata indivisiblemente la venta con la tradición⁹⁶. 4) Continuar dudando si en Colombia procede o no implementar una compraventa con efectos reales.

Conclusión

Lo expresado hasta este punto confirma que, a pesar de la existencia de algunos pasajes poco explícitos del Código Civil colombiano, el paradigma de una compraventa estrictamente obligacional pervive en nuestro derecho privado en el marco de la técnica causalista *del título y modo*. Por ende, es importante expresar que la noción de un contrato eficazmente obligacional debe conservarse en el ordenamiento jurídico colombiano porque es el que mejor se adapta a las necesidades prácticas del comercio, en unidad con el requisito del modo traslativo de la *tradición*.

95 Vid. Díez, "Fundamentos", 180, "La doctrina tradicional, con base en la norma según la cual 'la ignorancia de las leyes no es excusa de su cumplimiento', sostenía la irrelevancia del error *iuris*. La doctrina moderna entiende, con mayor acierto, que la ignorancia de la ley como excusa del cumplimiento de la misma y el error o la ignorancia sobre la ley como motivo de irregularidades de un contrato, se mueven en orbitas distintas. Si el error se alega como excusa del cumplimiento de lo que ordena una disposición legal, tal error no puede ser tenido en cuenta y la disposición legal debe cumplirse".

96 Para Vélez, "Estudio sobre el derecho", 191: "Esta dificultad puede desaparecer distinguiendo la venta de la tradición que debe ser consecuencia de ella. La venta no requiere ratificación, puesto que vale, pero como la ley no ha dicho que valga la tradición que una persona haga de cosa ajena (art. 742), la ratificación del dueño de la cosa a lo que se refiere es a la tradición, o es esta la que ratifica el dueño de la cosa".

•La obligación de transferir la propiedad•

Se trata, en resumidas cuentas, de usar la sencilla regla aplicada por los juristas de antaño: “[...] en los casos que había muchos pasajes [...] contradictorios [...] ha puesto como regla para todos los demás lo que parecía tener más recto sentido [...]” (*Instituciones - Digesto: 1ª -2ª- 3ª Parte*).⁹⁷

.....
⁹⁷ Cf. David Fabio Esborraz, *El efecto obligacional: Otra 'diferencia específica' de la noción de contrato del sistema jurídico latinoamericano. Memoria del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano*, (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2011), 407 y ss.