



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

revderprivado@uexternado.edu.co

Universidad Externado de Colombia

Colombia

Monje Mayorca, Diego Fernando

La búsqueda del espíritu traslativo de la compraventa consensual: un antiguo instrumento
en la cultura jurídica latinoamericana para el fomento del comercio común

Revista de Derecho Privado, núm. 28, enero-junio, 2015, pp. 153-187

Universidad Externado de Colombia

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417539919006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

La búsqueda del espíritu traslativo de la compraventa consensual: un antiguo instrumento en la cultura jurídica latinoamericana para el fomento del comercio común*

► DIEGO FERNANDO MONJE MAYORCA**

RESUMEN: Este trabajo pretende develar históricamente la característica consensual del contrato de compraventa y su influjo en la forma de concebir teóricamente el fenómeno de la transferencia de la propiedad en el ámbito de la cultura jurídica occidental, con el fin práctico de promocionar la unificación de la técnica del ‘*solo consensu*’ y la teoría romanista del *título* y el *modo*, situación factible que a la postre contribuirá ostensiblemente al mejoramiento de las relaciones comerciales de aquellos países que hoy comparten un ancestral parentesco derivado del derecho romano.

PALABRAS CLAVE: transferencia de la propiedad, compraventa consensual, comercio común.

* Fecha de recepción: 4 de septiembre de 2014. Fecha de aceptación: 2 de marzo de 2015.
Para citar el artículo: D. F. 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”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015, pp. 153-187.

** Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho comercial de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y abogado de la Universidad Católica de Colombia. Profesor de Derecho de las Obligaciones y de los Contratos en los cursos de posgrado de la Universidad del Rosario de Bogotá y de la Universidad Católica de Colombia, Colombia. Contacto: dfmonje@gmail.com

***The search of transfer spirit of consensual sale and purchase:
An ancient instrument in Latin American legal culture for promoting
the common trade***

ABSTRACT: This article develops an historical investigation that aims to reveal the consensual characteristic of the sale and purchase contract and its influence in the way we theoretically conceive the phenomenon of the transfer of property in the western legal culture sphere, in order to promote unification between ‘*solo consensu*’ technique and ‘title and mode’ system. Situation that ultimately will contribute to the improvement of the trade relations of countries that share an ancestral kinship derived from Roman law.

KEYWORDS: transfer of property, consensual sale and purchase.

SUMARIO: Introducción. i. El origen consensual de la compraventa. ii. La prehistoria de la compraventa, el traspaso de la propiedad para suplir necesidades de supervivencia. iii. El desarrollo progresivo de la compraventa en el derecho romano. iv. La polémica obligación de trasladar el dominio en la compraventa y su antecedente histórico-jurídico. v. De la ‘*mancipatio*’ a la ‘tradición’: el paso de la transmisión de cosas a la transferencia de derechos en la compraventa. vi. Transmisión de la propiedad, ‘tradición’ y entrega, partes integrales del fenómeno y proceso de la traslación del dominio, con significados diferentes. vii. La tradición como fuente para concebir la soberanía de la consensualidad en armonía con la compraventa. viii. Del significado práctico de los actos de transmisión y transferencia en el *Corpus Iuris Civilis*. ix. La transmisión y la transferencia: sus diferentes ámbitos de aplicación. x. Desenvolvimiento histórico de la transferencia de la propiedad por compraventa en Roma. xi. La segunda vida del sistema romano de la transferencia de la propiedad en la compraventa: del *Corpus Iuris Civilis* a la teoría voluntarista. xii. El cisma interpretativo de la teoría de la transferencia de la propiedad.

Introducción

Desentrañar los orígenes del acto de comprar y vender es una labor que afronta muchas vicisitudes y controversias de índole interpretativa¹, por lo que modes-

¹ Cfr., *v.gr.*, J. IGLESIAS, *Derecho Romano*, 14.^a ed., Ariel, Barcelona, 2002, pp. 259 y 260, en donde se compilan las principales hipótesis sobre el origen de la compraventa, correspondientes a MOMMSEN, PERNICE, BECHMANN, MEYLAN, BEKKER, HERING y VOIGT. En el mismo sentido cfr. C. CANNATA, *Qualche considerazione sui primordi della compravendita romana*, en *Revista Internacional de Derecho romano y tradición romanística: Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, xxii, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 13 ss.; y G. PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto romano*, Piccin, Padova, 1986, p. 612.

tamente comenzaremos por reseñar aquellos hechos históricos de connotación jurídica que demarcaron el sendero de conexidad en su naturaleza consensual creadora de obligaciones recíprocas² y su fin de procurar la transmisión del dominio³ sobre una cosa.

Intentar justificar hoy en día por vía legal, doctrinal o jurisprudencial la estrecha relación de la compraventa (título) con la tradición (modo) no ha sido una tarea fácil, porque el avance inexorable del tiempo ocasiona que se pierda o confunda en la memoria del hombre el sentido de expresiones disímiles usadas desde el derecho antiguo, como ‘obligación de dar’ y ‘obligación de transmitir’, haciéndonos dudar respecto de si las actuales legislaciones de influencia románistica, incluyendo la colombiana, interpretan fidedignamente su significado⁴, sobre todo si un mismo sistema jurídico posee una definición de compraventa consensual que convive armónicamente con una teoría del título y modo.

Estamos de acuerdo en que el derecho romano puede ser una fuente antigua y en parte superada para estudiar la compraventa moderna, pero también es cierto que nuestro contrato de compraventa comparte muchas similitudes con el derecho romano⁵; pero ante lo ilógico de nuestro derecho privado son valiosos los esfuerzos encaminados a interpretar la justificación de la finalidad traslativa de la venta, para incorporar una solución moderna, “sin rebasar los límites de lo que correctamente pueda calificarse de interpretación lógica y sistemática, sobre la base del estudio concordado del contenido de los artículos del Código civil y desechar todo aquello que conduzca al absurdo”⁶.

-
- 2 La existencia de una reciprocidad obligacional hace indispensable que tanto el comprador como el vendedor cumplan sus obligaciones simultáneamente. En las compraventas que tienen por objeto bienes fungibles, denominadas ‘manuales’, se habla de una transmisión, esto es, de un pago del precio y entrega de la cosa inmediata, pero hay que tener presente que en toda venta actual existe un lapso de tiempo, aunque sea mínimo, entre el pago del precio y la entrega. Cfr., v.gr., R. SOHM, *Instituciones de Derecho Privado Romano – Historia y Sistema*, Coyoacán, México, 1928, p. 235; y E. ÁLVAREZ CORREA, *Curso de Derecho Romano*, Pluma, Bogotá, 1979, p. 453.
- 3 “La ‘compraventa’, contrato típico de intercambio, el contrato quizás más conocido, y ciertamente el más común, tiene por objeto la transferencia de la propiedad o de otro derecho sobre una cosa”: D. BARRERO, *Sistema del Derecho Privado*, 6.^a ed., Ejea, Buenos Aires, 1967, pp. 6-7.
- 4 “La obligación de dar en el derecho romano no ha pasado con el mismo significado a los Códigos civiles que han recibido influencias del mismo”: X. CECCHINI ROSELL, *La obligación de transmitir la propiedad en el contrato de compraventa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 15.
- 5 Aunque los jurisconsultos romanos no definen el contrato, al observar el Digesto justiniano, ULPIANO (D. 2.14.1.2) nos da una definición aproximada con referencia al *pactum*, como *duorum pluriumve in idem placitum et consensus*. Cfr., entre otros, J. CARAMÉS FERRO, *Curso de Derecho romano*, 9.^a ed., Buenos Aires, Perrot, 1973, p. 148.
- 6 Cfr., v.gr., R. BADENES GASSET, El contrato de compraventa, t. i, Bosch, Barcelona, 1995, p. 60; y J. BLANCH NOGUÉS, “Pactos de vendiendo y de retrovendento”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, París, 3.^e Serie, t. xlvi, Université de Liège y Université Libre de Bruxelles, disponible en: <http://www2.ulg.ac.be/vinitori/rida/1998/NOUGUES.pdf> [consulta: julio 10 de 2010], 1998, p. 390: “Por mi parte, modestamente tengo la quizás ingenua pero cierta convicción de que el derecho romano a través sobre todo del pensamiento de la jurisprudencia romana no agota su vida en el tiempo en el que se creó y aplicó”.

I. El origen consensual de la compraventa

Aunque actualmente la compraventa es considerada esencialmente consensual⁷ por la doctrina y la ley, esto no siempre fue así; por ende, se torna interesante precisar las circunstancias que hicieron surgir la compraventa consensual, con el fin de saber sus antecedentes históricos, de tal manera que nos ayuden a intuir su estrechísimo lazo de afinidad con el modo de adquirir el dominio –la *tradición*–, sin el cual no se consumaría la causa⁸ de traspasar plenamente la propiedad⁹ contenida en la expresión polémica de ‘dar’¹⁰ de nuestro Código Civil y ‘transmitir’ del Código Comercial, como intentos de concordar el contrato de compraventa con su objetivo intrínseco¹¹ de enajenación pecuniaria.

Dos sectores de la doctrina romanista debaten el nacimiento consensual de la venta¹²; una parte lo refiere “a la realización de una doble y recíproca estipulación entre los contratantes que tendría por objeto, respectivamente, la cosa objeto de transmisión y el precio convenido”¹³; opinión que se sustenta en documentos jurídicos y literarios¹⁴, que van desde los primeros años del principado del emperador ADRIANO (126 d.C.) hasta el reinado del emperador JUSTINIANO

7 Cfr., *v.gr.*, V. ARANGIO RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, trad. de José M. Caramés Ferro, Depalma, Buenos Aires, 1952, p. 375; y G. FLORIS MARGADANT, *El derecho privado romano: como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Esfinge, México, 1960, p. 389.

8 Los romanos no se preocuparon por definir la causa, pero sí de hallar respuestas a problemas prácticos; es así como el significado de la causa en el derecho romano adquiere diversas interpretaciones prácticas que aparentemente podían aludir a la transmisión de la cosa que se vendía en calidad de entrega o como una simple obligación de efectuar la transferencia de la propiedad. Cfr. H. CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, trad. de Eugenio Tarragato, Analecta, Madrid, 2005, p. 91; y FLORIS MARGADANT, ob. cit., p. 335: “La causa es el motivo psicológico que impulsa a las partes a la celebración del negocio”.

9 Para SOHM, ob. cit., p. 240, “[l]a compraventa constituye un contrato, es decir, una fuente de obligaciones: Obliga a realizar la transmisión de una cosa, pero no la transmite directamente. No basta que se celebre el contrato –o sea que las partes convengan el precio y la cosa– para que se transfiera la propiedad de la cosa vendida, aun suponiendo, como es lo normal, que esta pertenezca al vendedor. El momento determinante de la adquisición no reside en el contrato, sino en la tradición de la cosa vendida. O, dicho en otros términos: para que se consume el traspaso de la propiedad al comprador es necesario que, además de celebrarse el contrato, se ejecute”.

10 Cfr. J. BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 17.^a ed., Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2008, p. 1: “Controversias se han presentado y, seguramente, se seguirán presentando en la interpretación del vocablo”. Por su parte, expresa L. MUÑOZ, *Derecho romano comparado con el derecho colombiano*, 5.^a ed., Bogotá, Temis, 2007, p. 247, que aunque se comete un hierro en la transcripción por parte del autor del artículo 905 del Código de Comercio colombiano, “[e]l término ‘dar’ debe interpretarse como transferencia de la propiedad”.

11 Cfr. CARAMÉS FERRO, ob. cit., p. 149.

12 Sobre el particular cfr. F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano -Appunti esegetico-critici*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 19 ss.

13 Cfr., *v.gr.*, comentarios de F. FERNÁNDEZ BUJÁN, *Sistema contractual romano*, 2.^a ed., Madrid, Dykinson, 2004, p. 149; y de ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 376.

14 Cfr. A. GELIO, *Noches áticas*, trad. de Amparo Gaos Schmidt, Akal, Madrid, 2009, pp. 185 ss.

(527 a 565 d.C.)¹⁵, y en los cuales se albergan curiosos relatos sobre costumbres y jurisprudencia de los tiempos romanos, que realzan los principios de commutatividad y bilateralidad aplicados a las primeras formas o ceremonias para la celebración¹⁶ de actos civiles, que se calificaban generalmente como contratos¹⁷ y que evolutivamente terminaron siendo referidos como los primeros y posibles negocios de venta o convenciones¹⁸, en los que adquiere preponderancia la declaración de la voluntad como la fuerza unificadora¹⁹, desplazando gradualmente a la formalidad en los actos²⁰, que hasta ese momento era el punto de cohesión de la voluntad contractual.

La otra parte de los romanistas se inclinan, de manera complementaria al anterior sector de la doctrina, por explicar que el origen de la compraventa consensual²¹ inicia cuando en Roma se comienzan a celebrar entre sí y con los llamados

¹⁵ Cfr. la opinión de R. MONIER, *Manuel élémentaire de Droit romain*, t. II, 4.^a ed., Domat Montchrestien, 1948, pp. 130 ss.

¹⁶ Entre aquellas formas primitivas hallamos la ‘*sponsio*’ y la ‘*stipulatio*’, ceremonias verbales soporadas en un procedimiento de una pregunta y su posterior respuesta, dando como resultado una obligación o contrato. Cfr., v.gr., A. E. GIFFARD, *Précis de Droit romain*, t. XII, vol. 2, Paris, Dalloz, 1938, pp. 37 ss.; MONIER, ob. cit., pp. 21 ss.; B. NICHOLAS, *Introducción al derecho romano*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 251 ss.; J. MIQUEL, *Historia del derecho romano*, Barcelona, PPU, 1990, p. 58; M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 275; y F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 61 ss.

¹⁷ Cfr. ÁLVAREZ CORREA, *Curso de derecho romano*, cit., p. 427: “Como término jurídico, *contractus* no aparece en el derecho romano antes del primer siglo antes de Cristo”. “Para otros como Gayo, *contractus* era sinónimo de *negotium contractum*, o asunto concluido, por oposición a los actos de liberalidad”. En el mismo sentido, GIFFARD, ob. cit., pp. 28-29; E. BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, t. II, 1969, p. 8: “El *contractus*-negocio obligatorio entra sin excepción en un tipo taxativamente determinado por la ley y que viene caracterizado o por una típica función económico-social, su causa, o por una forma solemne típica que puede presentarse también separada de una causa, es decir abstracta”; y G. MELILLO, *Il negozio bilaterale romano: ‘contrubere’ e ‘pacisci’ tra il primo e il terzo secolo*, 2.^a ed., Napoli, Liguori, 1986, p. 125.

¹⁸ UPLIANO D. 2.14.1.3: “Convención es una palabra general que se refiere a todo aquello en que consienten los que tratan entre sí un negocio a causa de un contrato o transacción [...]. Tan general es, en efecto, dicha denominación que, como elegantemente dice PEDIO [Sexto Pedio, jurista del siglo II d.C.], no hay ningún contrato, ninguna obligación, que no encierre en sí una convención, tanto se haga por entrega de una cosa como por palabras, pues también la estipulación, que se hace en palabras, es nula si no encierra en sí un consentimiento”. En conexión cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, 3.^a ed., Giappichelli, Torino, 1963, p. 147; CARAMÉS FERRO, ob. cit., p. 145; ARANGIO RUIZ, ob. cit., pp. 87 ss.

¹⁹ Cfr. UPLIANO D. 50.16.19. Al respecto cfr. MELILLO, ob. cit., pp. 58 ss.

²⁰ Cfr. R. ZIMMERMANN, *Estudios de derecho privado europeo*, Madrid, Civitas, 2000, p. 72: “Los inconvenientes derivados de las formalidades (orales) exigidas debieron devenir con el paso del tiempo tan engorrosos que ya en tiempos de la República empezó a concederse una acción incluso en casos en que únicamente había existido entre las partes un mero acuerdo. Así surgieron los contratos consensuales”. “La ‘*stipulatio*’ se vuelve obsoleta y toma vigor la ‘*emptio venditio*’ (compraventa)”.

²¹ Cfr., nuevamente, ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 374.

peregrinos o no ciudadanos, acuerdos verbales²² de tráfico mercantil desprovistos de todo amparo jurídico y con la sola confianza recíproca como garantía de cumplimiento²³, entendida también como la ‘*fides*’ o fidelidad al compromiso²⁴, por lo que tarde o temprano la compraventa llegó a convertirse en una institución consensual²⁵ protegida celosamente por los jurisconsultos romanos²⁶, que le terminaron reconociendo su calidad de contrato eficaz en ausencia de toda formalidad o solemnidad²⁷.

Cuando la compraventa es valorada como un contrato²⁸, su naturaleza consensual deja de ser mirada como una característica esencial²⁹ que subsiste y se magnifica singularmente en ella, y empieza a ser ubicada en el ámbito teórico del contrato. Por eso se dice que la naturaleza consensual de la compraventa moderna se debe a su condición de contrato.

En suma, el pasado antiguo de la compraventa consensual se intenta ligar con un informal intercambio mercantil de bienes, también llamado permuta, cambio o trueque³⁰ –de la cual obtuvo otros principios primordiales, como la bilateralidad, la comutatividad y la onerosidad. Características como su capaci-

²² Cfr. R. VON IHERING, *El espíritu del derecho romano*, t. III, Madrid, 1909, p. 265.

²³ Según F. SCHULZ, *Principios del derecho romano*, 2.^a ed., Madrid, Civitas, 2000, pp. 230-231, estos actos del desarrollo del derecho privado romano nacen por la “influencia de la idea de Humanidad [...] [N]o especular con las palabras y con las formas sino interpretar los negocios jurídicos según su contenido y su intención”.

²⁴ Cfr. M. KASER, *Derecho romano privado*, 2.^a ed., Madrid, Reus, trad. de la 5.^a ed. de J. Santa Cruz Teijeiro, 1982, p. 188, y NICHOLAS, ob. cit., p. 169.

²⁵ Gayo, *Institutas* 3.136: “Y decimos que por estos modos se contrae la obligación consensualmente porque no es preciso el empleo de palabras ni de escritura, sino que basta con que las partes contratantes consientan”.

²⁶ Cfr., otra vez, ZIMMERMANN, ob. cit., p. 71: “El desarrollo de los contratos consensuales constituye uno de los logros más remarcables de los juristas romanos”. La supresión de las formalidades como la ‘*stipulatio*’ fue el nacimiento de los contratos consensuales como la ‘*emptio venditio*’. En igual sentido cfr. NICHOLAS, ob. cit., p. 213, y S. MONCAYO RODRÍGUEZ, “Génesis y transformaciones en el Derecho romano”, en *Revista Letras Jurídicas*, n.º 12, Universidad Veracruzana, disponible en: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/12/moncayo12.pdf> (consultado el 28 de julio de 2012), p. 7.

²⁷ Cfr. F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ob. cit., p. 150: “Nuestro contrato consensual se separaría así, nítidamente, de la homónima compraventa griega, en la que se exigía para su perfección, o bien el pago del precio o bien la forma escrita”.

²⁸ Cfr., v.gr., A. BISCARDI, *Temas de derecho romano*, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 37-38: “los juristas romanos consideran como contrato exclusivamente las relaciones negociales obligatorias con plena validez jurídica y que producen, por ello, una obligación sancionada por el llamado *iuris civile*”. Igualmente, J. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las ‘res cotidianae’*, Fundación Seminario de Derecho Romano, Madrid, 1996, pp. 22 ss.

²⁹ Cfr. CARAMÉS FERRO, ob. cit., p. 151.

³⁰ Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in Diritto romano*, vol. I, Napoli, Jovene, 1987, pp. 4 ss.; y BONIVENTO FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 1: “Cronológicamente, la compraventa no es el primero de los contratos. Es, indiscutiblemente, la permuta, permutación o cambio”.

dad de perfeccionarse por el solo consentimiento³¹ o la obligación de trasladar la propiedad³² las adquiere en su individual desarrollo progresivo; convirtiéndose gradualmente la compraventa en aquel contrato consensual independiente del que otras formas contractuales³³, como la donación, variaciones del mutuo, la sociedad, la renta vitalicia y la transacción, asimilan dentro de sus características propias la de transferir el derecho de propiedad y el compromiso de entregar o transmitir la cosa vendida³⁴.

Concebir la aparición de la compraventa dentro de la evolución histórica romana como un hecho originario o aislado resulta de por sí inadmisible, ya que su actual definición, que denota consensualidad, es producto de un largo desarrollo de construcción e interpretación jurídica de acontecimientos socioeconómicos³⁵. Por lo tanto los romanistas modernos³⁶ coinciden en reconocer, a través de la lectura de los textos jurídicos romanos³⁷, que la permute es el punto de nacimiento de la compraventa³⁸, pero sin llegar a pretender que son dos contratos iguales.

II. La prehistoria de la compraventa, el traspaso de la propiedad para suplir necesidades de supervivencia

Habiendo evidenciado que el antepasado remoto de la compraventa es el trueque o permute, cabe advertir que en los albores de la humanidad este primitivo intercambio³⁹ de bienes era manual, o sea, que la entrega era material e inme-

31 Noción enseñada por J. DE LOS MOZOS, “La doctrina de F.C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto de 1967, pp. 98 y 99.

32 “Las fuentes utilizables no contienen una definición de propiedad y podemos, con toda seguridad, afirmar que los juristas clásicos nunca intentaron definirla. Sin embargo, creemos que la propiedad romana se puede definir así: ‘Propiedad es un derecho sobre una cosa corporal (N.B.) que confiere por principio a su titular, un pleno poder sobre la cosa, aunque este poder pueda estar sujeto a varias limitaciones’”: SCHULZ, ob. cit., p. 325.

33 Cfr., por ejemplo, M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 580, y E. PETIT, *Tratado elemental de derecho romano*, Buenos Aires, Albatros, 1958, p. 480.

34 Perspectiva expuesta, entre otros, por P. BONFANTE, *Instituciones de derecho romano*, trad. L. Bacci y A. Larrosa, Madrid, Reus, 1965, p. 490.

35 Según consideraciones de F. BETANCOURT, *Derecho romano clásico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, p. 40, y CANNATA, ob. cit., p. 14.

36 Cfr. J. MIQUEL, *Derecho privado romano*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 321, y BONFANTE, ob. cit., p. 490.

37 D. 18.1.1: “Paulo en el libro trigésimo tercero al edicto. El origen de la compra y venta está en las permutes, porque antiguamente no existía el dinero, ni se denominaba una cosa mercancía y la otra precio”.

38 Cfr., v.gr., CANNATA, ob. cit., pp. 15 y 16.

39 Cfr. los preceptos clásicos enseñados por J. DOMAT, *Las leyes civiles en su orden natural*, t. I, 2.^a ed., Barcelona, Imprenta de José Taulo, pp. 146 y 191.

diata: debido a la marcada trashumancia del hombre nómada⁴⁰, no había o no se distinguía un periodo de tiempo significativo en el intercambio de una cosa por otra, porque se buscaba satisfacer rápidamente necesidades básicas para sobrevivir; las cosas que se intercambiaban eran muebles o bienes de primera necesidad para facilitar el desplazamiento del clan familiar; asimismo no existía todavía la invención del patrón “moneda”⁴¹ que permitiera asignarles un precio cambiario a las cosas⁴². En el espontáneo acto del trueque primitivo la entrega de las cosas es casi automática, y con ello lo es la transmisión del dominio.

A medida que el ser humano se vuelve sedentario, los oficios se consolidan y el intercambio de cosas o excedentes de producción es más frecuente, se vuelve necesario instituir un mecanismo para regular el acto del trueque, por lo que nace la permuta como un contrato principal, real, no formal⁴³, bilateral, oneroso, comutativo y traslativo del dominio, “por el cual dos personas se obligan a transferirse mutuamente el dominio de una o varias cosas, que al celebrar la permuta pertenecían a cada una de ellas”⁴⁴. Pero como el apurado desarrollo del comercio requería intercambiar ágilmente las cosas, este contrato perdió prematuramente su imprescindible utilidad⁴⁵.

Cuando el hombre se vuelve totalmente sedentario⁴⁶ y encuentra una mercancía como los metales⁴⁷, fáciles de moldear y transportar, que sirve como medida para calcular y reemplazar la función de las otras mercaderías⁴⁸, a partir de

⁴⁰ Cfr. B. HOUGHTON, *El hombre prehistórico*, México, FCE, 1976, pp. 35 ss.

⁴¹ Cfr., v.gr., C. MEDELLÍN, *Lecciones de derecho romano*, 15.^a ed., Bogotá, Legis, 2009, pp. 268.

⁴² Aspecto histórico reseñado por autores como F. GIMÉNEZ BARRIOCAL, *La actividad económica en el derecho romano*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 109 ss., y G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, Cedam, 1934, p. 19: “il problema del trasferimento della proprietà per compravendita si presenta in ordine al requisito del pagamento del prezzo”.

⁴³ Cfr., una vez más, CARMES FERRO, ob. cit., p. 156.

⁴⁴ Cfr. E. WAYAR, *Compraventa y permuta*, Buenos Aires, Astrea, 1984, p. 61.

⁴⁵ Apreciación hecha por A. VINNO, *Comentario académico y forense a los Cuatro Libros de la Instituciones Imperiales de Justiniano*, t. 2, Barcelona, Establecimiento Tipográfico de D. Juan Oliveres impresor de S.M., 1847, pp. 236 ss.; y seguida actualmente, p. ej., por B. KOZOLCHYK, *La contratación comercial en el derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 39 ss. La permuta se vuelve lenta al momento de intercambiar cosas porque difícilmente encontramos una persona que quiera lo que poseemos, y por la ausencia de un procedimiento o herramienta (dinero) para presumir una equivalencia entre las cosas permutadas.

⁴⁶ “La mayoría de las comunidades domésticas son agrícolas, y es de notar que entre ellas la propiedad marcada por la costumbre con el carácter de inamovilidad corresponde con bastante exactitud a las *cosas de mancipación* del antiguo derecho romano. Es decir la tierra y los bueyes destinados al acarreo”: H. SUMMER MAINE, *El antiguo derecho y la costumbre primitiva*, Madrid, La España Moderna, 1900, p. 220.

⁴⁷ Cfr. el relato histórico de M. FINLEY, *Grecia primitiva: la edad de bronce y la era arcaica*, Buenos Aires, Eudeba, 2005, p. 94.

⁴⁸ Cfr. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*, Madrid, Reus, 1993, p. 23.

ese instante arcaico se dice que comienza el nacimiento de la compraventa en la cultura occidental⁴⁹.

Es así que para el antiguo pueblo Griego⁵⁰ en el contrato de compraventa simultáneamente se transfería el derecho de propiedad y se transmitía o entregaba la cosa⁵¹, o sea que el acto de vender, al igual que la permuta, era traslativo de la propiedad; aunque, como veremos, en la cultura romana gradualmente perdió dicho efecto real transmisor⁵² por la necesidad de flexibilizar el comercio.

III. El desarrollo progresivo de la compraventa en el derecho romano

Si bien la permuta desde tiempos inmemoriales⁵³ se ha mantenido como un contrato real que implica intercambiar una cosa por otra⁵⁴, las posteriores formas o ceremonias del ‘*ius civile*’ de la cultura romana arcaica⁵⁵ (754 a.C.-130 a.C.) que buscaban un intercambio de bienes mercantiles, tales como la ‘*mancipatio*’⁵⁶,

49 Cfr. SHAREDO, CLOSSIO, TAFELLIO Y MAYER, *D. Justiniani Institutionum Libri IV: Curso Histórico-Exegético del Derecho Romano*, trad. de P. Gómez de la Serna, Madrid, Librería de Sánchez, 1855, p. 280.

50 Al respecto comenta R. LÓPEZ MELERO, *Sobre los orígenes y el carácter de la compraventa en el mundo griego*, en *GERION. Revista de Historia Antigua*, vol. 1, Madrid, Universidad Complutense, 1983, p. 65: “En el derecho griego, al igual que en el mesopotámico, el hebreo, el egipcio y el romano primitivo, es decir el *ius civilis*, la compraventa es una venta al contado, en el sentido de que es el pago del precio –supuestamente sucesivo a la entrega de la cosa– lo que transmite la propiedad”. En igual sentido, A. BURDESE, *Miscelánea romanística*, Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano, 1994, pp. 13 ss., manifiesta que es indudable que la evolución de la compraventa parte de la permuta griega, haciéndose cuestionable la habilidad de los romanos de extrapolar y sofisticar su definición, ya que por costumbre tomaban prestados conceptos de otras culturas, convirtiéndolos en el ‘centro jurídico’ o de ‘ciencia común’ por excelencia. Por lo tanto desde un punto de vista primitivo la permuta y la compraventa es el resultado de una multicultura- lidad de los pueblos mediterráneos que tuvo su desarrollo posterior en el tráfico mercantil de los ‘peregrinos’ en el marco del derecho de ‘gentes’. Idea compartida por otros autores como F. ESCOBAR CÓRDOBA, “Del derecho romano a las tradiciones jurídicas”, en *Criterio Jurídico*, vol. 7, Pontificia Universidad Javeriana, Cali, 2007, pp. 14 ss.; y A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 7 ss.

51 Cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, New York, 1996, pp. 230 ss., y J. LLAMAS, *Estructura científica de la venta / Scientific Structure of Sales*, 2.^a ed., México, Limusa, 2004, p. 5.

52 Cfr. de nuevo ARANGIO RUIZ, ob. cit., pp. 13 ss.

53 “Come gli altri contratti, la vendita (*πράσις-ώνιν*) presuppone il consenso delle parti. Essa si perfeziona tuttavia con il pagamento del prezzo e la contestuale consegna della cosa. Infatti, a differenza del parallelo istituto romano (*emptio-venditio*’ consensuale), la compravendita in diritto greco non è solo un negozio obbligatorio, ma un atto traslativo della proprietà, il cui passaggio si verifica però esclusivamente quando il prezzo sia stato interamente pagato”: BISCARDI, ob. cit., p. 151.

54 Cfr., nuevamente, V. ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 376.

55 Cfr., por ejemplo, M.VILLEY, *El derecho romano*, México, Cruz, 1993, pp. 23, 88 y 91.

56 Noción expresada por autores franceses como G. BRY, *Principes de Droit romain*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1911, p. 263; y J. GAUDEMÉT, *Droit privé romain*, Paris, Mont-

aunque se hallan doctrinalmente contempladas como ‘compraventas reales’⁵⁷ por introducir novedosamente el uso del dinero⁵⁸, no ostentan fehacientemente el correcto significado del acto de comprar y vender, por continuar soportando elementos formales tales como su perfeccionamiento por medio de la entrega material de la cosa o la transmisión del derecho de propiedad⁵⁹, contrarios a su ya perfilado, para ese entonces, espíritu consensual⁶⁰.

En la búsqueda accidentada de los romanos de dibujar la compraventa, distinguimos que solo hasta el periodo clásico romano (130 a.C.-230 d.C.) se dilucidan con más claridad las características de consensualidad, bilateralidad, buena fe⁶¹ y obligacionalidad que identifican a la compraventa moderna, debido a un fenómeno más geoeconómico que sociojurídico⁶², que estriba en el hecho de que Roma se convierte en una potencia mundial⁶³, como consecuencia en gran parte de su victoria definitiva sobre su principal competidor, Cartago (Guerras Púnicas)⁶⁴.

Siendo Roma el centro del comercio internacional de la época (241 a.C.), esto tiene como efecto que sea el lugar propicio para que los comerciantes extranjeros o “peregrinos” intercambien bienes con los ciudadanos romanos⁶⁵ bajo

chrestien, 1998, p. 261. “La vente est réalisée d'abord à Rome sous la forme de la *mancipatio*. Mais celle-ci opère transfert immédiat de la propriété, ce qui dans bien des cas présente des inconvenients”. En conexión, cfr. también J. DE CHURRUCA, *Las Instituciones de Gayo*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1975, p. 96.

57 ARCHI, ob. cit., p. 7: “La dottrina sua così si può riassumere: originariamente e ancora all'epoca delle XII Tavole, la compravendita romana concepita come vendita reale e non ancora assunta a contratto consensuale, sia che avesse ad oggetto una 'res mancipi', per cui le parti procedevano alla *mancipatio*, sia invece che si riferisse alle 'res nec mancipi' con 'traditio', richiedeva per il trapasso della proprietà il pagamento del prezzo”. En el mismo sentido NICHOLAS, ob. cit., p. 225.

58 Sobre el tema cfr. ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 4. F. BETANCOURT, ob. cit., p. 309.; y M. TALAMANCA, ob. cit., p. 581.

59 Cfr., v.gr., MIQUEL, ob. cit., p. 304.

60 Gayo 3, 139.

61 Cfr. MONIER, ob. cit., p. 136.

62 “El intercambio de cosa por precio como categoría contractual autónoma solo vino a darse en [la] época [clásica] y seguramente por influencia del derecho de gentes, pues en época anterior a ello sólo podría acudirse a través de un juego de doble estipulación”. Idea expresada por F. ESPITIA GARZÓN, *Historia del derecho romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 182, en armonía con lo expresado por NICHOLAS, ob. cit., p. 214: “Desde luego, la sustancia de un contrato bilateral podría expresarse mediante dos estipulaciones”. D. 18.1.25.1 UPLIANO: “El que vendió, no tiene necesidad de hacer del comprador el fundo, como está obligado el que prometió el fundo al que estipula” (con esto se comprueba la diferencia entre compraventa y estipulación).

63 Cfr., entre otros, Arangio Ruiz, ob. cit., pp. 82 ss. J. MIQUEL, ob. cit., pp. 321 y 322.

64 Situación replicada por H. VALENCIA RESTREPO, *Derecho privado romano*, 6.^a ed., Medellín, Señal Editora, 2008, p. 129.

65 Cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4.^a ed., Torino, UTET, 1998, p. 451. Así mismo, A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, t. 2, Santiago, Jurídica de Chile, 2001, p. 182: “Posiblemente esto haya que conectarlo con el aparecimiento de profesionales de la compraventa,

la regulación de un derecho de “gentes”⁶⁶ que impedía que los no ciudadanos obtuvieran propiedad, razón por la cual el vendedor no era obligado a transferir la propiedad⁶⁷, comprometiéndose simplemente a garantizar la posesión pacífica y el goce al comprador de la cosa vendida⁶⁸, que se cumplía con la transmisión o entrega material.

De esta manera, aunque la compraventa a estas alturas adquiere enteramente su naturaleza de contrato consensual revestido de una bilateralidad⁶⁹ y amparado por la buena fe, no deja de ser imperfecto al no poder hacer por sí solo que el vendedor transfiera el derecho de propiedad a favor del comprador, que en sí es su causa primordial⁷⁰; se presenta la necesidad en la jurisprudencia romana de estructurar igualmente un modo convencional de adquirir la propiedad, que a la postre se logró con la llamada ‘tradición’⁷¹, que sobrevive al devenir del progreso del derecho romanístico⁷², y sobre la cual recae primordialmente la extinción o consumación de la venta, por ser la consecuencia de la celebración de esta⁷³ y por estar desprovista de toda solemnidad.

esto es, de comerciantes, que por soler ser extranjeros practicaron un comercio ambulante”. Y cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ob. cit., p. 69 ss.

66 PAULO D. 18.1.1.2: “La compra es de derecho de gentes y por ello se realiza mediante consentimiento”. F. DE MARTINO, *Diritto privato e società romana*, Roma, Riuniti, 1982, pp. 490 ss.; y L. ARU Y R. ORESTANO, *Sinopsis de derecho romano*, Madrid, Epesa, 1964, p. 6.

67 Cfr. R. MONIER, *Manuel élémentaire de Droit romain*, t. I, 6.^a ed., Paris, Domat Montchrestien, 1947, p. 366.

68 D. 19.1.30.1 AFRICANO: “el vendedor solamente se obliga a que le sea lícito al comprador tener la cosa, no también a hacerla de él”.

69 Cfr. MELILLO, ob. cit., pp. 23 ss.

70 Cfr. la noción de R. SOHM, *Instituciones de derecho privado*, trad. de W. Roces, México, 1951, p. 235.

71 En la tradición, como modo de adquirir la propiedad, se requiere que el vendedor “sea propietario o tenga poder de disposición”: M. ALONSO PÉREZ, *Estudios de derecho de obligaciones*, t. II, Madrid, La Ley, 2006, p. 408. En igual sentido, D. 41.1.20 UPLIANO: “La entrega no debe ni puede transferir al que recibe nada más que lo que hay con poder del que entrega. Si, pues, uno tuvo el dominio sobre un fundo, lo transfiere al entregarlo y si no lo tuvo, no transfiere nada al que lo recibe”.

72 Cfr. M. ORTOLÁN, *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, t. II, 5.^a ed., Madrid, 1884, pp. 295-296: “La propiedad, o al menos la posesión, solo se transmitía mediante la tradición efectuada en ejecución de la obligación nacida del contrato de compraventa seguida además del pago real e íntegro del precio”. En igual sentido, BADENES GASSET, ob. cit., p. 17, y CARMES FERRO, ob. cit., p. 285: “La primera y fundamental obligación del vendedor, de la cual derivaban todas las demás, consistía en entregar al comprador la cosa vendida (*rem praestare*). Esta entrega, no obligaba al vendedor a transferir al comprador la propiedad de la cosa, pero sí a procurarle su posesión. En otros términos, el vendedor no estaba obligado a *dare rem venditam*, sino solamente a *tradere rem in vacuam possessionem*”.

73 Entonces se puede debatir, desde un punto romanista, si la consecuencia principal de la compraventa es la transmisión de la propiedad o la entrega del bien, siendo esta última una obligación de hacer. Cfr. F. BETANCOURT, *Derecho romano clásico: una lectura crítica*, Universidad de Sevilla, 2007, pp. 639-640.

Las cualidades de consensualidad, bilateralidad e intención contractual⁷⁴, que desde un ámbito normativo e histórico terminan compartiendo al unísono la venta y la ‘tradición’⁷⁵, ratifican en gran medida que el traspaso de la propiedad sea apreciado integralmente como dos actos voluntarios⁷⁶ interdependientes, en el que las partes⁷⁷ pretenden concretar eficazmente su intención de transferir la propiedad de una cosa en la compraventa y consecuentemente la entrega o transmisión posterior que alude a una corporalidad⁷⁸, contenida en la tradición.

IV. La polémica obligación de trasladar el dominio en la compraventa y su antecedente histórico-jurídico

Habiendo examinado sucintamente el desarrollo del traspaso de la propiedad en la compra y venta, en este punto, consideramos que la discusión no reside en si la misma es consensual o no, ya que esto queda demostrado por el hecho de ser estimada integralmente como un contrato consensual⁷⁹ en donde las partes tienen una motivación; la discusión entonces se centra en la interpretación de esa motivación o causa, o la relación que mantienen la compraventa y la tradición; en otras palabras, si su fin último es la transferencia de derechos personales o de crédito, o está ligado indivisiblemente con la transmisión de la propiedad o entrega de la cosa⁸⁰.

74 “El perfeccionamiento del ‘acuerdo de las partes’ señala el nacimiento del contrato”: L. FERRI, *Lecciones sobre el contrato – Curso de derecho civil*, trad. de la 2.^a ed., Jurídica Grijley, Lima, 2004, p. 27. “En este título BELLO sigue fielmente las reglas sentadas por POTHIER”. Ambos autores, sin embargo, coinciden en señalar como primera regla la directiva que pide al intérprete atenerse a la intención común de los contratantes más que al sentido literal de las palabras”. Igualmente, E. GONZÁLEZ DE CANCINO, *Obligaciones: Derecho romano y código civil colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 100.

75 R. OCHOA CARVAJAL, *Bienes*, 6.^a ed., Bogotá, Temis, p. 97: “d) La tradición es una convención [...]. El vendedor contrae la obligación de entregar, y cuando entrega se extingue la obligación y se presenta la tradición”. Otros doctrinantes van más allá, sustentando que la ‘tradición’ es un contrato o negocio jurídico bilateral en donde están presentes las declaraciones o acuerdo de voluntades del tradiente y adquirente; apreciación que no es para nada descabellada si observamos la compatibilidad fehaciente de los artículos 740 C.C., 1495 C.C. y 864 C. de Com. que definen la tradición y el contrato colombiano. Cfr. MEDELLÍN, ob. cit., p. 117.

76 “Es consensual porque se perfecciona por el solo consentimiento o acuerdo de cada contratante”: WAYAR, ob. cit., p. 17.

77 “Estas, mediante el acto, no crean los efectos, sino sólo ponen en movimiento una norma del derecho objetivo, y es ella la que atribuye o reconoce efectos jurídicos al acto”: A. VODANOVIC H., *Manual de derecho civil*, vol. 2, 2.^a ed., Chile, Jurídica Cono Sur, 2001, p. 20.

78 “‘Traditio’ significa consegna o più genericamente messa a disposizione di una cosa corporale”: A. BURDESE, *Manuale di Diritto privato romano*, 4.^a ed., Torino, UTET, 1998, p. 306. Definición compartida, v.gr., por J. ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, 6.^a ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1954, p. 357.

79 En las Instituciones de JUSTINIANO, 3.22 y 3.23, se caracteriza a la compraventa como un contrato consensual “porque se perfeccionaba por el intercambio de consentimientos y no de cosas”, describiéndola como un acto jurídico producto del comercio.

80 Cfr. A. MOHINO MANRIQUE, *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 298.

De antemano percibimos que esta disyuntiva es originada por la cercana relación causal entre la compraventa y la tradición⁸¹, lo cual amerita una breve mirada a su pasado común, a fin de entender la interdependencia de estas dos figuras jurídicas para lograr el traslado de la propiedad, y paralelamente distinguir sus individuales cualidades jurídicas contractuales que permiten asimismo la existencia autónoma de cada una de ellas para garantizar el uso definitivo de la cosa vendida a manos del comprador. La manera eficiente en que un sistema legal logre describir dicho acontecimiento jurídico usando un lenguaje acertado, depende de la armonía de la ley con la práctica o de lo que realmente se quiso hacer frente a lo que se declara en la compraventa⁸².

V. De la ‘*mancipatio*’ a la ‘tradición’: el paso de la transmisión de cosas a la transferencia de derechos en la compraventa

En la Roma clásica la compraventa inicialmente era manual⁸³, conociéndose con el nombre de ‘*emptio venditio*’, un contrato consensual formado por dos cláusulas bilaterales diferentes: “la del vendedor de entregar la posesión⁸⁴ de una cosa y garantizarle su goce pacífico al que compra, y la del comprador de pagar a cambio un precio en dinero”⁸⁵. Debido a que este contrato, por sí solo, no era capaz de trasladar derechos reales de una persona a otra (*titulus ad acquirendum*), necesitaba de otro negocio para transmitir la propiedad (*modus acquirendi*) que primitivamente fue la ‘*mancipatio*’⁸⁶, consistente en un acto ceremonial solemne, formal, real y público⁸⁷, porque requería la presencia de las partes, cinco testigos púberes y una funcionario llamado ‘*libripens*’, que tenía como función pesar en una balanza un trozo de metal. En esta ceremonia simultáneamente se entregaba o transmitía mutuamente el dominio de la cosa y la propiedad de la pieza metálica o precio⁸⁸.

81 Cfr. TALAMANCA, ob. cit., p. 435.

82 D. 18.1.6.1: “En las compraventas hay que atenerse más a lo que realmente se quiso hacer que a lo que se declaró”.

83 Para M. KASER, ob. cit., p. 187: “celebración y ejecución de las prestaciones coinciden”.

84 Cfr., v.gr., comentarios de FLORIS MARGADANT, ob. cit., p. 392, y ÁLVAREZ CORREA, *Curso de derecho romano*, cit., pp. 309 ss.

85 “Compra (‘*emptio*’) venta (‘*venditio*’): M. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, 3.^a ed., reimpr., Madrid, Dykinson, 2000, p. 119, y ÁLVAREZ CORREA, ob. cit., p. 455; entre otros.

86 Cfr., nuevamente, KASER, ob. cit., p. 41 ss.

87 Muchos autores debaten el significado de la ‘*mancipatio*’, nosotros nos inclinamos por asumir que primero hubo una ‘*mancipatio real*’ y posteriormente una ‘*mancipatio simbólica*’ que desembocó en el nacimiento de la ‘tradición’, según perspectiva de BADENES GASSET, ob. cit., p. 13.

88 Cfr. SCHULZ, ob. cit., p. 330 ss.; MONIER, ob. cit., pp. 138 ss., y MEDELLÍN, ob. cit., p. 112.

En la ‘*emptio venditio*’⁸⁹ se pactaba la obligación unilateral de transferir el derecho de dominio y en la ‘*mancipatio*’ se concretaba dicho compromiso con la transmisión o entrega material, igualmente unilateral⁹⁰, de la cosa⁹¹. Existían dos negocios jurídicos independientes unidos por una relación causal, es decir, dos momentos que debían cumplirse consecutivamente para lograr el traspaso de la cosa garantizando su goce o disfrute definitivo: un momento de perfeccionamiento consensual del contrato (*titulus - compraventa*) y un momento de consumación (*modus - mancipatio*⁹²).

Posteriormente, de la ‘*mancipatio* real’ surge una ‘*mancipatio* imaginaria’, debido al nacimiento de la moneda⁹³, que dejó sin utilidad el pesaje del metal en la balanza, para hallar su ‘equivalencia en cada *mancipatio*’, y al reemplazar el crédito⁹⁴ a la moneda como instrumento de pago⁹⁵; la forma, la solemnidad y lo público⁹⁶ no tenían razón de ser, ya que el comprador adquiría una propiedad ‘bonitaria’⁹⁷, llamándose así al dominio transmitido por la ‘tradición’ o entrega de una cosa mancipable⁹⁸.

89 Cfr., nuevamente, ÁLVAREZ CORREA, ob. cit., p. 448: “El desarrollo del contrato de compraventa es paralelo al de la mancipación. En sus orígenes el contrato no era consensual, sino formal”.

90 Según A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, t. I, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1996, p. 526, la ‘*mancipatio*’, por ser en su inicio un modo originario real de adquirir, es considerada con fuertes reservas un acto bilateral, ya que en este “el *mancipio accipens* coge la cosa y la declara suya”, “porque lo decisivo es que en la genuina concepción arcaica y clásica, siempre hay una suerte de apoderamiento unilateral, aunque ocurra en el interior de un acto bilateral”.

91 Cfr., p. ej., P. BONFANTE, *Corsso di Diritto romano*, vol. 2, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 182 ss., y TALAMANCA, ob. cit., p. 434.

92 BURDESE, ob. cit., pp. 301 ss.

93 Cfr. A. BISCARDI, J. MURGA GENER ET AL., *Derecho romano de Obligaciones: Homenaje al profesor José Luís Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 553: “La aparición del dinero amonedado, que se cuenta y no se pesa, podría relacionarse con la consideración de la compraventa en sentido moderno, que dejaría ya de ser liberal, pero continuaría siendo, con carácter general, real o al contado, produciéndose el intercambio simultáneo de cosa y precio. Una etapa posterior, que se suele situar de forma genérica a finales de la República, se habría caracterizado por el reconocimiento de que el simple acuerdo sobre la cosa y el precio, sin necesidad de la *traditio* de la cosa ni el pago del precio, bastaría para perfeccionar el contrato, que por ello se denominaría consensual”.

94 Explica FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ob. cit., pp. 49 ss.: “Parece, pues, probable que en Roma debió existir una estrecha relación entre la aparición y el desarrollo del fenómeno crediticio, y la utilización de la moneda en sentido moderno, es decir, las piezas de metal que ya no se pesan sino que se cuentan como unidades de valor, mientras la pureza y el peso del metal es garantizado por la comunidad política”. En igual sentido, José CASTILLEJO, *Historia del derecho romano*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 249 ss.

95 Cfr. RAMÓN BADENES GASSET, ob. cit., p. 14.

96 Cfr. los argumentos de GIOVANNI PUGLIESE, *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, Jovene, 1985, pp. 4 ss., y de GIFFARD, ob. cit., p. 53.

97 Ilustra KASER, ob. cit. pp. 111-112: “Con el paso del tiempo la ‘*mancipatio*’, con visos de permuta, deja de ser por sí sola una venta manual [para venir] a ser un ‘acto transmisor’ para cumplir diversos fines como ‘la venta al contado y a plazo’”.

98 Cfr. BETANCOURT, ob. cit., p. 326: “La *traditio* o entrega es un modo del derecho de gentes (*ius*

Las formas de *mancipatio* y la ‘tradición’ siguieron conviviendo⁹⁹, hasta que en la época justiniana caen totalmente en desuso y son reemplazadas definitivamente por la ‘tradición’¹⁰⁰, un simple hecho carente de toda formalidad. JUSTINIANO unifica los diferentes tipos de bienes y regímenes jurídicos aplicables a las diferentes habitantes del territorio romano¹⁰¹, subsanándose las dudas sobre la capacidad de los sujetos para transferir el derecho de propiedad¹⁰² y surgiendo el nuevo interrogante sobre la eficacia de la compraventa para transmitir el dominio.

Con la ‘tradición’ vigente en el derecho romano posclásico¹⁰³ (230-527 d.C.), la transmisión de la propiedad quedó supeditada al cumplimiento de dos condiciones fundamentales en la ‘tradición’: “Una justa causa¹⁰⁴ y la entrega de la cosa”, que para esa época ya era considerado un “contrato abstracto y consensual”, mejor dicho, independiente de la compraventa y traslativo del dominio. Asimismo vuelven a ponerse de moda la venta manual, en donde no es suficiente que el comprador acepte el ofrecimiento del vendedor, requiriéndose la entrega inmediata de la cosa y el precio¹⁰⁵, trasladándose directamente la propiedad en el

gentium) de adquirir causalmente el dominio o propiedad civil de un bien [...] por la simple entrega material o simbólica del mismo”.

99 “[L]a *traditio* en el fondo viene a consistir en que el *trudens* deja la cosa para que el *accipiens* la coja y se la lleve. Incluso en la tradición manual o mano a mano, lo que el enajenante hace es permitir que el adquirente tome la cosa de su mano, aunque digamos que ello es ‘pasar la cosa de uno a otro’”. Cfr. GUZMÁN BRITO, ob. cit., p. 526. Igualmente cfr. CECCHINI ROSELL, ob. cit., p. 18-19. ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 379: “los romanos podían siempre recurrir –si lo querían– a sus actos solemnes, *mancipatio* y *stipulatio*, con los cuales transferían la propiedad o se comprometían a transferirla, mientras que si recurrián a la compraventa con la sucesiva *traditio* les beneficiaba la rápida adquisición de la propiedad por usucapión”. ÁLVAREZ CORREA, ob. cit., p. 457; L. ARGÜELLO, *Manual de derecho romano: Historia e instituciones*, 3.^a ed., Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 320. De igual manera expresa ARCHI, ob. cit., pp. 90 ss.: “Quello che importa avvertire è che tra ‘mancipatio’ e ‘traditio’ di quest’epoca non corre nessun rapporto, ed è errato considerarle da un punto di vista giuridico come tipi di vendita formale e non formale”.

100 KASER, ob. cit., p. 115: “Justiniano tomó de los clásicos muchos pasajes que trataban de la *mancipatio* (abstracta) y los modificó, sustituyendo, mediante interpolación, la *mancipatio* por la *traditio*”.

101 Cfr., v.gr., H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórico-dogmática*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 84, y MONIER, ob. cit., pp. 368 ss.

102 CECCHINI ROSELL, ob. cit., pp. 19 ss.

103 DE LOS MOZOS, ob. cit., p. 15.

104 Cfr. BARRY NICHOLAS, ob. cit., p. 160: “La única transferencia que perduró en el Derecho de Justiniano fue la simple entrega, o más bien la entrega basada en un motivo o ‘causa válida (*iusta causa*) para la cesión de la propiedad’. Así mismo, J. ARIAS RAMOS Y J. A. ARIAS BONET, *Derecho romano*, vol. I, 18.^a ed., Edersa, 1986, pp. 259-260: “justa causa o motivo inmediato que determine a las partes a obrar así y explique y justifique su actuación; v.gr., una compraventa, una donación”: ARCHI, ob. cit., p. 29.

105 Durante el periodo bizantino (527-565 d.C.), la actividad mercantil del tráfico de bienes se ve enormemente afectada por la inestabilidad política y las constantes guerras que trae consigo el desmoronamiento ruinoso del vasto Imperio romano, afectando el normal desarrollo de la compraventa consensual, ya que casi nadie se arriesgaba a celebrar contratos bajo el amparo de

contrato; esto trae consigo el problema de distinguir entre causa remota del título y causa inmediata del modo (tradición), por lo que separar la naturaleza de los actos obligacionales de los actos de enajenación¹⁰⁶ se volvió igualmente difícil.

VI. Transmisión de la propiedad, ‘tradición’ y entrega, partes integrales del fenómeno y proceso de la traslación del dominio, con significados diferentes

Para los romanos no era correcto hablar de una transferencia de la propiedad, pues, como lo expresa KASER¹⁰⁷, “la concepción de que un derecho puede transmitirse sin perder su identidad al pasar al adquirente es totalmente extraña. El derecho (corporal) nace *ex novo*¹⁰⁸ en la persona de su titular”; pero se admitía una transmisión cuando existía una reciproca adquisición de un derecho igual de propiedad proveniente de una necesaria entrega material o transmisión propiamente dicha (sobre la cosa vendida y su equivalente en metal), motivo por el cual y según la forma de adquisición del derecho, “los juristas romanos utilizaron la imagen de la transmisión o la transferencia (*dominum transfere, transire*)” en los negocios de adquisición derivativa¹⁰⁹ (*mancipatio* y *traditio*). Por tanto es importante situar el fenómeno de la transmisión del dominio referida al ‘*modus adquirendi*’ y la promesa de transferir al ‘*titulus ad adquirendum*’.

En síntesis, para los romanos del periodo arcaico y mediados del clásico, transmisión era sinónimo de entrega corporal porque no se admitía un despla-

la ‘buena fe’, prefiriéndose la venta al contado o manual. Estos tipos de hechos seguramente fueron los que motivaron el nacimiento del *Corpus Iuris Civilis* que a la postre otorgó una mayor seguridad jurídica a la época. Cfr. BETANCOURT, ob. cit., pp. 106 ss.

106 Debido a la similitud estructural de la tradición y la compraventa. Cfr. X. CECCHINI ROSELL, ob. cit., p. 28.

107 Cfr., nuevamente, KASER, ob. cit., p. 111.

108 Un mismo derecho no se traspasa de una persona a otra, porque el derecho que nace o emana de cada individuo es único, o sea que cada individuo ejerce derechos únicos; cuando la cosa de la cual emana el derecho era puesta en manos de otra persona nacía un nuevo derecho en la persona que actualmente lo estaba detentando. Ej.: el derecho de propiedad de Glauco no puede ser transmitido a Claudio, por lo que se le entrega la cosa material para que del uso particular que le dé Claudio nazca un nuevo derecho y este se transfiera. F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1955, p. 12: “*Si discute sotto il profilo dogmatico se possa ritenersi scientificamente attendibile la nozione di trasferimento del diritto, se cioè possa configurarsi da un punto di vista logico e razionale un trapasso di uno stesso identico diritto da un soggetto a un altro*”. Por su parte manifiesta SCHULZ, ob. cit., p. 325: “la llamada sucesión singular o particular fue desconocida para los juristas clásicos. Es dudoso que estos juristas usaran las metáforas *traslato dominii, transfere dominum, dominum transit*. Por ello ha sido afirmado, que cuando estos términos aparecen en escritos clásicos, los textos correspondientes se hallan con toda seguridad interpolados”.

109 “En la adquisición derivativa se presenta una conexión necesaria entre el derecho actual y el precedente”: HINESTROSA, ob. cit., p. 382.

zamiento del derecho de dominio propiamente dicho¹¹⁰; fue solo después del surgimiento de la ‘*mancipatio*’ y consolidación de la ‘tradición’ que se aceptó la idea de una transferencia de la propiedad como la conocemos hoy; de allí que sea correcto decir que en la compraventa existe una “obligación de transferir el dominio”¹¹¹, para aludir al justo título de venta concatenado a la intención o deber de entregar la cosa, o sea transmitir.

La ‘tradición’ como modo de adquirir la propiedad, desde Roma ha sido valorada como un negocio jurídico que se funda o depende de una justa causa¹¹² como la compraventa y de la entrega (corporal o ficta) de la cosa vendida; en otros términos, el tradente, al conferirle la disponibilidad o posesión de la cosa al adquirente¹¹³; siendo el tradente dueño de la cosa, “la tradición o entrega que de ella haga fundada en la justa causa¹¹⁴, operará la adquisición del dominio en el adquirente”¹¹⁵.

De esta forma, la ‘tradición’ es un modo de adquirir la propiedad que autónomamente solo concede una ‘propiedad desnuda’ o una ‘*vacua possessionis*’¹¹⁶, por lo que en un sistema romano no puede estar separada de la compraventa¹¹⁷ o de otro negocio jurídico si se pretende justificar la transferencia de la propiedad

¹¹⁰ Cfr. GUZMÁN BRITO, ob. cit., p. 525: “Es extraña al derecho romano clásico la idea de que el dominio de un enajenante ‘pase’ a un adquirente, como si se tratara de una entidad capaz de moverse; el adquirente, en consecuencia, obtiene un dominio nuevo, no el mismo dominio que tenía el enajenante”. Asimismo comenta M. ORTOLAN, *Compendio del derecho romano*, Buenos Aires, Heliastas, 1978, p. 141: “El derecho romano es lógico: el derecho personal no puede transferirse de una persona a otra. Es un vínculo entre el sujeto activo y el sujeto pasivo; cám-biese uno de estos elementos, y ya no se tiene el mismo derecho”.

¹¹¹ D. 18.1.67: “Cuando se hace una enajenación transferimos a otro el dominio en la misma situación que la cosa habría tenido si permaneciese en nuestro poder. Y así se considera en todo el derecho civil”.

¹¹² “La *traditio* no es, además, un negocio jurídico formal; requiere una justa causa o motivo inmediato que determine a las partes a obrar así y justifique su actuación; *v.gr.*, una compraventa, una donación”: ARIAS RAMOS, ob. cit. p. 357. Para mayor ilustración manifiesta ARGÜELLO, ob. cit., p. 240: “Se exigía también la preexistencia de una causa que justificara la tradición, llamada *iusta causa traditionis*. Se entendía por tal, el fin práctico –económico-social– que, de modo inmediato, motiva la entrega de la cosa y sirve de fundamento, según determinación de la ley, para la adquisición de la propiedad”.

¹¹³ Cfr. EMILIO BETTI, *Instituzioni di diritto romano*, vol. 1, Padova, Cedam, 1947, pp. 397-398: “*Traditio*, consiste in un trasferimento consensuale della possessione, diretto ad attuare fra le parti un rapporto idoneo a giustificare, secondo la valutazione dell’ordine giuridico, l’acquisto della proprietà”.

¹¹⁴ “[L]a venta era una *iusta causa de adquisición*”: CARAMÉS FERRO, ob. cit., p. 286.

¹¹⁵ Cfr., *v.gr.*, A. FERRETTI, *Derecho Romano patrimonial*, México, UNAM, 1992, pp. 46 ss.

¹¹⁶ Cfr. L. ARU Y R. ORESTANO, *Sinopsis de Derecho Romano*, Madrid, Epesa, 1964, p. 182. En conexión con GIFFARD, ob. cit., pp. 59 ss., y PETIT, ob. cit., p. 487.

¹¹⁷ “*La volonté de transférer et d’acquérir est donc l’élément immatériel et constitutif de la ‘tradition’: unie au ‘corpus’, elle suffit en général pour transférer la propriété. Mais l’interprétation de cette volonté arrive à modifier le principe, lorsque la juste cause qui précède la ‘tradition’ est une vente*”: BRY, ob. cit., p. 258.

u otro derecho; pues, si igualmente llega a estar separada de la ‘tradición’, bajo esta situación, sería un “contrato desnudo”¹¹⁸.

Todo parece indicar que en el sistema romano clásico no se acordaba la transferencia de la propiedad, simplemente el vendedor se obligaba a realizar el traspaso de la posesión¹¹⁹ o entregaba la cosa objeto de venta; fue solo a partir del derecho romano posclásico que el acto de transferir¹²⁰ o el traspaso de derechos se comenzó a convertir en un instrumento de la transmisión, porque implicaba un movimiento de cosas sin desplazamiento físico. La ‘tradición’ en el derecho justiniano se empezó a usar como aquel negocio jurídico entre vivos por medio del cual se transmitía la propiedad, configurándose el acto de entrega como el requisito de la ‘tradición’ y evidencia del desplazamiento real de la cosa¹²¹.

VII. La tradición como fuente para concebir la soberanía de la consensualidad en armonía con la compraventa

Ciertamente, ‘tradición’ en Roma era la acción y la consecuencia de adquirir algo material y entregarlo posteriormente a otra persona que lo acepta o lo recibe (*accipere*). Tanto así, que en su raíz lingüística latina antigua el verbo que soporta la expresión ‘trado’ era ‘*trans-dar*’, integrado por ‘dar’, y tal como señala RABINOVICH-BERKMAN, esta palabra se utilizaba en los banquetes latinos para manifestar el normal deseo de recibir la copa de vino, beber de ella y pasarl a otro comensal¹²². Ante esta anécdota, podemos deducir que para los romanos la naturaleza del acto de la ‘tradición’ revestía una esencialísima consensualidad de querer satisfacer una necesidad básica de su cotidianidad¹²³; que debido a

¹¹⁸ “De manera que la tradición es un acto jurídico, un *modo de adquirir*, que no se justifica por sí solo; no se concibe en forma autónoma, independiente o ‘nuda’ transfiriendo el dominio”: FERRETTI, ob. cit., p. 47. D. 51.1.31 PAULO: “La nuda tradición nunca transfiere el dominio, sino si hubiere precedido venta o alguna justa causa por la cual siguiese la entrega”. ÁLVAREZ CORREA, ob. cit., p. 453: “La obligación principal del vendedor era la de transferir la *posesión* de la cosa y no la de transferir la *propiedad*”. Y cfr. ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET, ob. cit., p. 262.

¹¹⁹ Diferente es el significado arcaico de la palabra romana ‘*transmissio*’ que alude a la adquisición de la posesión de los legados (*mortis causa*), y no tanto a la transmisión o entrega contractual de la tradición (acto entre vivos). Cfr., entre otros, L. SALOMÓN, ‘*Sine virtio nancisci possessionem*’: *La adquisición de la posesión de los legados en el derecho romano clásico*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 107 ss. GALLO, ob. cit., pp. 131 ss.; y F. GUTIÉRREZ-ALVIZ, *Diccionario de Derecho romano*, 4.^a ed., Madrid, Reus, 1995, p. 673.

¹²⁰ “[U]na venta típica es un convenio para transferir la propiedad de una cosa”: NICHOLAS, ob. cit., p. 226.

¹²¹ Cfr., otra vez, BETTI, ob. cit., p. 400.

¹²² Cfr. R.D. RABINOVICH-BERKMAN, *Derecho romano*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 345.

¹²³ “La *traditio* es una figura que no fue creada por la ciencia jurídica romana, sino que ésta la halló en la vida cotidiana y la convirtió en institución jurídica. La *traditio*, de acuerdo con su sentido etimológico, era en su origen el traspaso material de la cosa de manos del tradente a las del adquirente. A través de la entrega de una cosa de manos de una persona a otra, ésta última podía adquirir la mera detención, la posesión o la propiedad. El ordenamiento jurídico elevó

ello la ‘tradición’ en el mundo arcaico romano cobra un sentido práctico para el traspaso de bienes corporales¹²⁴ indispensables para el sustento diario (alimento, bebida, vestido, arado, semovientes, tierra, etc.), y que posteriormente fue el principal argumento junto con la ‘*emptio venditio*’, incluso más allá del periodo bizantino o justiniano, para teorizar sobre el modo general de realizar el traslado voluntario de la mera tenencia, posesión¹²⁵ o de la propiedad que se presenta cuando el comprador recibe la cosa entregada (‘*traditio*’) por el vendedor.

Es así que durante siglos la ‘tradición’ evoluciona, llegando a ser considerada como un acto teórico o ficticio¹²⁶ ‘producto de una vida primitiva’, por lo cual gradualmente se fue flexibilizando¹²⁷ la concepción de una relación exclusivamente material entre la persona y la cosa, hacia una aceptación de una ‘posesión inmaterial’ y por ende una ‘tradición’ simbólica a la luz de los textos romanos clásicos¹²⁸.

Otro de los múltiples usos que algunos tratadistas¹²⁹ del derecho romano le otorgan a la *traditio*, a la luz de la interpretación de los antiguos textos romanos, ha sido en la esfera del legado¹³⁰ y la herencia. Basándose en la transmisión o entrega que inicia el testador con la disposición del legado y que termina con la

este traspaso material, cuando iba acompañado de otros requisitos, a la categoría de modo de adquisición de la propiedad”: SALOMÓN, ob. cit., pp. 23-24. En concordancia con COMA FORT, ob. cit., p. 97.

¹²⁴ D. 45.1.28 PAULO: “Si estipulamos que se entregue una cosa, no entendemos que se le dé su propiedad al estipulante, sino solamente que se le entregue”.

D. 41.1.9.3 GAYO: “También se adquieren por derecho de gentes para nosotros las cosas que se hacen nuestras mediante entrega, porque nada es tan conforme a la equidad natural como que se tenga por válida la voluntad del dueño que quiere transferir á otro una cosa suya”.

D. 41.1.43.1 GAYO: “Es manifiesto que las cosas incorpóreas no admiten entrega ni usucapión”. GAYO 2.19: “En efecto, las cosas inmancipables se transmiten en propiedad plena por la simple tradición o entrega, siempre que sean corporales, y por ello susceptibles de entrega”. En relación con lo anotado cfr. ÁLVAREZ CORREA, ob. cit., p. 449.

¹²⁵ Cfr. F. SCHULZ, ob. cit., pp. 335 ss.: “*Tradere rem* equivale a transmitir la posesión de una cosa, pero esta expresión fue usada también en una acepción más restringida, para significar transmisión de propiedad por transmisión de la *possessio*”.

¹²⁶ D. 41.1.9.6 GAYO: “Asimismo, si alguno hubiere vendido las mercancías puestas en un almacén, transfiere al comprador la propiedad de los mercancías lo mismo que si le hubiere entregado al comprador las llaves del almacén”. COMA FORT, ob. cit., p. 28 ss.

¹²⁷ Cfr. E. ALBERTARIO, *CORSO DI DIRITTO ROMANO: IL POSSESSO*, Milano, Giuffrè, 1946, p. 36.

¹²⁸ En D. 41.2.3.13 Segundo Nerva Hijo, PAULO menciona que se puede poseer una cosa, que si bien no se encuentra en nuestro poder, está bajo nuestra custodia o vigilancia, siendo entonces posible una tradición simbólica. Cfr. los comentarios de NICHOLAS, ob. cit., p. 161, y ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET, ob. cit., p. 260.

¹²⁹ Cfr. C. ACCARIAS, *Précis de Droit romain*, t. 2, Paris, Librairie Cotillon, 1886, p. 556; TALAMANCA, ob. cit., pp. 739 ss.; A. PEZZANA, *Contributo allo studio del legato ‘sinendi modo’*, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 54 ss., y G. GROSSO, *I legati nel diritto romano - Parte generale*, 2.^a ed., Torino, Giappicheli, 1962, p. 84.

¹³⁰ D. 41.8.8 PAPINIANO: “*Si non traditam possessionem irigrediatur sine vitio legatarius, legatae rei usu-capio competit*” (“Si el legatario entrara sin vicio en la posesión que no se le había entregado, le compete la usucapión de la cosa legada”).

aprehensión material del bien legado por parte del legatario¹³¹, los doctrinantes usan la palabra ‘transmisión’¹³², que como hemos sostenido es sinónimo de “entrega material o *traditio*”¹³³, para describir el acontecimiento jurídico de la herencia o sucesión *mortis causa*, a fin de denotar, entre otras, el comportamiento del legatario de apropiarse materialmente de la cosa legada. De allí que la palabra ‘*traditio*’, en la sucesión de la herencia por causa de muerte, sea acuñada incorrectamente¹³⁴ como una expresión alusiva a un acto bilateral, a sabiendas de que la ‘*traditio*’ es un acto entre vivos, bilateral y consensual que alude a una transmisión o entrega antecedida por una justa causa o contrato de compraventa.

Las variadas interpretaciones, desde la perspectiva del derecho romano, que se le han dado a la palabra ‘tradición’ en contexto con las expresiones ‘transmisión’ y ‘transferencia’, nos obligan inevitablemente a examinar de manera directa el *Corpus Iuris Civilis*, para ver si hallamos de primera mano evidencias jurídicas que nos permitan constatar los diferentes usos prácticos de estas palabras e intuir su alcance de aplicación normativa en el contrato de compraventa.

VIII. Del significado práctico de los actos de transmisión y transferencia en el “*Corpus Iuris Civilis*”

Creer que durante el transcurso de los siglos la cultura romana intencionalmente estructuró un lenguaje jurídico, para dibujar por medio de la norma el acontecimiento de la transmisión de un bien o la transferencia de un derecho como el de propiedad, que confluye en el contrato de compraventa, acoplándose con la ‘tradición’ al punto de generar una interdependencia armónica, es algo difícil de aceptar. El surgimiento, uso, significado y alcance de las palabras es fruto más de una accidentalidad que de un proceso voluntario, así como lo son los hechos históricos que se agolparon para propiciar el nacimiento de una compraventa y una ‘tradición’ consensuales. Pero algo que sí pudo ser previsible fue la necesidad de precisar un lenguaje común en el derecho para hacer más fluida la comunicación de las partes en la celebración de los contratos¹³⁵, y al unísono lograr interpretar

¹³¹ Cfr., de nuevo, SALÓMON, ob. cit., p. 110.

¹³² “A partir del concepto de ‘transmisión’, o ‘entrega’, la palabra toma un significado preciso en materia jurídica: ‘entrega de una cosa’”. Cfr. L. MOISSET DE ESPANÉS, “La tradición traslativa del dominio (El Código Civil español y el sistema iberoamericano)”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, noviembre-diciembre de 2004, Edersa, pp. 771-786, p. 773.

¹³³ Cfr. ARCHI, ob. cit., p. 68.

¹³⁴ De acuerdo con ARCHI, ob. cit., pp. 68-69, en este caso, en lugar de *traditio* es correcto decir *mancipatio*: “Questo è tanto vero che, già lo si è accennato sopra, quando la ‘mancipatio’ serviva da modo di acquisto per causa diversa dalla vendita, si ricorrevava alla ‘mancipatio nummo uno’”.

¹³⁵ D. 34.5.3: “En una expresión ambigua no decimos (no nos proponemos decir) una y otra cosa, sino únicamente aquello que queremos; y así, pues, el que dice algo distinto de lo que quiere, ni dice aquello que la voz significa, porque no lo quiere, ni aquello que quiere, porque no lo expresa”. Cfr., también, V. ROPPO, *El contrato del dos mil*, Bogotá, Universidad Externado de Co-

mejor la voluntad interna¹³⁶ de las personas o el deseo de estas¹³⁷, y que en últimas es lo que termina aconteciendo en la mayoría de los casos¹³⁸.

Gracias a la obra del *Corpus Iuris Civilis* podemos constatar cuál era el uso que los romanos le dieron a las expresiones ‘transmisión’ y ‘transferencia’ en un sentido jurídico posclásico, antepasado compatible con nuestro derecho contracual colombiano, y, por qué no, latinoamericano.

IX. La transmisión y la transferencia: sus diferentes ámbitos de aplicación

Todos los modos de adquirir el dominio, sean originarios o derivativos, tienen como finalidad la aprehensión de una cosa creada por la naturaleza que nunca ha tenido dueño, o de una cosa que tuvo o tiene dueño. En esta simple abstracción se sustenta la idea de que un acto de adquisición del dominio sea considerado como unilateral o bilateral¹³⁹, identificando dentro de este segundo grupo las formas antiguas romanas de ‘traspaso’ de la propiedad como la ‘*mancipatio*’ y la ‘*traditio*’, que, como hemos intentado demostrar, en sus albores del periodo clásico eran consideradas actos no propiamente consensuales, sino más bien comportamientos unilaterales y de características ‘reales’, en los que prácticamente la cosa era tomada de la mano del enajenante por el adquirente¹⁴⁰, provocando intrínsecamente la dificultad de apreciar el ‘paso’ material o transmisión voluntaria del bien¹⁴¹, y por ende la intranscendencia de los romanos de intentar percibir la transferencia del derecho de propiedad.

lombía, 2005, p. 27: “la recepción de un lenguaje más cercano a la realidad material y social a la cual se dirige la regulación –en una palabra, un lenguaje más ‘popular’–. O también al contrario, pueden suscitar el disgusto de quienes prefieren –en las normas– módulos lingüísticos más áulicos y menos ‘cositeros’. En cualquier caso, representan, en el panorama contemporáneo de las funciones del derecho de los contratos, una novedad”.

¹³⁶ “[E]s el deseo consciente de concluir el negocio y alcanzar las finalidades que constituyen sus efectos”: ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET, ob. cit., pp. 125 ss.

¹³⁷ “El consentimiento implica el encuentro de dos mentes, la concurrencia de dos intenciones. Por tanto, la primera necesidad es determinar cuáles son esas intenciones. Al hacerlo nos encontramos con la posibilidad de una divergencia entre la intención real de un hombre y la manifestación de tal intención –entre los juristas modernos llaman a veces intención subjetiva e intención objetiva–”: NICHOLAS, ob. cit., p. 230. Cfr. ARIAS RAMOS, ob. cit., p. 117. D. 44.7.9: “También el simple consentimiento basta para la obligación, aunque ello pueda expresarse por palabras”.

¹³⁸ D. 18.1.6.1: “En las compraventas hay que atenerse más a lo que realmente se quiso hacer que a lo que se declaró”.

¹³⁹ Cfr., una vez más, NICHOLAS, ob. cit., p. 215.

¹⁴⁰ GUZMÁN BRITO, ob. cit., p. 526.

¹⁴¹ “Il concetto di trasferimento della proprietà appare tuttora al centro di vivaci dispute, sia in relazione al diritto attuale, o più in generale sotto il profilo dogmatico, come ‘species’ del ‘genus’ trasferimento del diritto, sia sul piano storico, in relazione particolare al diritto romano”: GALLO, ob. cit., p. 11.

Con la institucionalización de la teoría del “título y modo”¹⁴² en el *Corpus Iuris Civilis*, cobra importancia para los juristas el poder distinguir entre los modos originarios en los cuales existe una marcada unilateralidad material de aprehender las cosas¹⁴³, y los modos derivativos en donde sobresale su bilateralidad¹⁴⁴. Esto es ocasionado, más específicamente, por la necesidad de diferenciar: que en el modo originario no existe una transferencia de derechos, por la lógica razón de que no existen derechos antecedentes (propiedad y garantías¹⁴⁵ reales o personales) y porque la aprehensión de la cosa es unilateral¹⁴⁶; mientras que en los modos derivativos, precedidos por una justa causa (*datio*¹⁴⁷), sí existe un derecho de dominio previo que se transfiere, y/o eventuales limitaciones al dominio que eventualmente se extinguieren o igualmente se transfieran¹⁴⁸ por efecto bilateral.

Por ende, encontramos en los diferentes apartes del *Corpus Iuris Civilis*¹⁴⁹ que al hacer referencia a actos bilaterales o modos derivados, se usa la palabra ‘transferir’ para aludir a la acción de adquirir un derecho a través de un acto de venta u otro que logre, para nuestro caso, la propiedad sobre una cosa¹⁵⁰ precedida por la ‘*traditio*’¹⁵¹. Y la expresión ‘transmitir’ cuando el modo de obtener el dominio es unilateral¹⁵², esto es, cuando no lo antecede por lo menos un acto de

¹⁴² D. 44.7.55: “En todos los negocios, que transfieren el dominio, es necesario, que concurra el efecto de ambas partes contratantes; porque ya si hubo venta, ya si donación, o conducción, u otra cualquier causa, de contratar, no se puede llevar a efecto lo que se comienza, si no consintiera el ánimo de una y otra parte”.

¹⁴³ “Todos los modos naturales, con excepción de la *traditio*, son originarios”: NICHOLAS, ob. cit., pp. 175 ss.

¹⁴⁴ Cfr. M. KASER, ob. cit., p. 189. POMPONIO D. 18.1.19: “en el libro trigésimo primero a Quinto Mucio. Lo que he vendido tínicamente se hace del que lo recibe si nos ha sido pagado el precio o se nos ha dada fianza de este, o incluso nos hemos fiado del comprador sin garantía alguna”.

¹⁴⁵ Cfr., v.gr., E. ÁLVAREZ CORREA, ob. cit., p. 459.

¹⁴⁶ Cfr. M. SANSÓN RODRÍGUEZ, *La transmisión de la propiedad*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 3 y 6, y J. MIQUEL, *Compraventa y transmisión de la propiedad - Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, Madrid, 1993, pp. 89-117.

¹⁴⁷ “En esta primera etapa el contrato de compraventa se denominó *venum datio*, que literalmente significa dación en venta”. Idea manejada por MEDELLÍN, ob. cit., p. 268, la cual concuerda con las apreciaciones clásicas de autores como GIFFARD, ob. cit., p. 4, y PETIT, ob. cit., p. 488.

¹⁴⁸ D. 20.5.2 PAPINIANO. Cfr., sobre el tema, MONIER, ob. cit., p. 404.

¹⁴⁹ C. 2.3.20: “El mero acuerdo de voluntades, *pactum*, no basta para transferir el dominio (título”). D. 41.1.31: “La mera entrega tampoco basta (modo). Por lo tanto, se requiere el título y el modo para transferir la propiedad y garantiza la posesión efectiva sobre el bien”.

¹⁵⁰ “El derecho no se transfiere, es la cosa que se transmite”: GALLO, ob. cit., pp. 133 ss.

¹⁵¹ Cfr., de nuevo, ARCHI, ob. cit., p. 211: “il trasferimento della proprietà nella compravendita giustinianea avvenisse sempre nel momento della tradizione, perché ogni cosa venduta nell'età giustinianea con la tradizione si trasferisce”.

¹⁵² “En el derecho actual, como se ha dicho, el contrato se crea por el acuerdo de las partes: lo cual excluye de esta noción todos los actos propiamente unilaterales con los que una parte asume frente a otra obligación”: BETTI, ob. cit., p. 9.

dación¹⁵³. No sobra advertir que en algunas partes del *Corpus Iuris Civilis*, que se refieren al acto unilateral de sucesión o de la herencia, se habla de una ‘transferencia del derecho’ para describir la ‘*in iure cessio hereditatis*’¹⁵⁴ y no la adquisición del dominio como tal¹⁵⁵; situación que ha generado que arbitrariamente se use la palabra ‘transferir’ en las definiciones de actos unilaterales y ‘transmitir’ en las de los bilaterales¹⁵⁶.

En conclusión, vemos cómo el *Corpus Iuris Civilis* le otorga un adecuado uso normativo a la palabra ‘transmisión’, ubicando su ámbito de aplicación en los actos unilaterales (*mortis causa*) y en la aprehensión material de los bienes corporales; y la expresión ‘transferencia’ en el contexto de los actos bilaterales en los que es relevante la obtención y detentación de un derecho, como por ejemplo, cuando se traspasa el *dominium*, usándose la palabra ‘*transferre*’¹⁵⁷.

X. Desarrollo histórico de la transferencia de la propiedad por compraventa en Roma

En resumen, la venta ha pasado por cinco períodos:

En un primer periodo, muy primitivo, la compraventa romana se confunde con la antigua forma griega¹⁵⁸ de permutación de bienes, en la cual, por no existir el dinero, el intercambio o transmisión de las cosas era real¹⁵⁹. Al no concebirse la transferencia de la propiedad, la entrega material era el factor primordial para aceptar el nacimiento de un nuevo derecho cada vez que se celebraba una permuta.

En un segundo periodo, arcaico o quiritorio, con el acontecimiento gradual de ceremonias como la ‘*mancipatio*’ y ‘*traditio*’ real, en donde se cambiaba un bien por otro representado en un trozo de metal, se comienza a intuir una justa causa para la adquisición del dominio.

¹⁵³ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, ob. cit., p. 526.

¹⁵⁴ “Sólo que no debe llevar a confusión que ahí se hable de ‘transferir un derecho’, como significando que un derecho pasa de uno a otro. La *regula* en su texto original aparece referida no a la adquisición del dominio, sino a la *in iure cessio hereditatis*, cuyo objeto efectivamente es un *ius*: el *ius hereditatis*. Los compiladores la extrajeron de su contexto y le dieron carácter de general. El mismo principio se encuentra en D. 41.1.20 pr.: “La tradición ‘*mancipatio*’, nada más puede ni debe transferir al que recibe ‘adquiere en *mancipio*’, que aquello que tiene el que entrega ‘el que da en *mancipio*’” (D. 41.1.46). El texto originalmente se refería a la *mancipatio* y los compiladores sustituyeron su mención por la *traditio*”. Cfr., nuevamente, GUZMÁN BRITO, ob. cit., p. 527.

¹⁵⁵ Esencialmente porque es diferente el “derecho a la sucesión” que las cosas corpóreas susceptibles de *dominium*, las cuales conforman la herencia. Cfr., por ejemplo, Gai. 2,14: “*Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur [...] nam ipsum ius successionis [...] incorporale est*”.

¹⁵⁶ Cfr. ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 88.

¹⁵⁷ Cfr., entre otros, D. 1.19.1.1; D. 18.1.67; D. 39.3.6.4; D. 41.1.9.6-7; D. 41.1.21.1.

¹⁵⁸ Cfr., v.gr., ARCHI, ob. cit., pp. 71 ss.

¹⁵⁹ “*Dans un premier système [...] le contrat de vente aurait été d'abord à Rome un contrat se formant re, la dation de la chose faisant naître l'obligation de payer le prix, et réciprocement*”: GIFFARD, ob. cit., p. 52.

Durante un tercer periodo, clásico¹⁶⁰, Roma se convierte en epicentro del comercio mundial, se fortalece la idea del dinero y por ende el concepto del pago de la deuda¹⁶¹ dentro del marco de '*bona fides*'¹⁶²; lo cual provoca el nacimiento de una compraventa consensual, que da sus primeros pasos al permitir distinguir de forma independiente entre un 'título de adquisición' (*emptio venditio*)¹⁶³ y un 'modo para adquirir' (*mancipatio o traditio*).

En un cuarto periodo, que aproximadamente¹⁶⁴ podemos situar a finales de la República, se consolida la compraventa como contrato consensual, admitiéndose en definitiva la idea de que el vendedor se obliga a entregar la cosa y el comprador igualmente a pagarla después¹⁶⁵. En esta etapa de auge mercantil, los modos derivativos de adquirir la propiedad cobran importancia y con ello se abstracta la posibilidad de transferir el derecho de propiedad de una persona a otra.

Por último, se tiene una época posclásica, en la que la teoría del 'título y modo' impera¹⁶⁶, y en definitiva se aplica la transferencia de la propiedad para los actos bilaterales (modos derivativos) y la transmisión de cosas para los actos unilaterales (modos originarios).

XI. La segunda vida del sistema romano de la transferencia de la propiedad en la compraventa: del "Corpus Iuris Civilis" a la teoría voluntarista

Hacia finales del siglo X e inicios del XI, un grupo de juristas italianos, inspirados en el derecho justiniano¹⁶⁷, inician la escuela de los Glosadores, que alcanza su máximo desarrollo en el siglo XVII con los posglosadores¹⁶⁸. Esta corriente académica, liderada por la recién creada Universidad de Bolonia¹⁶⁹ (año 1088), aprovechando la novedad que causaba en Occidente el derecho romano de Oriente¹⁷⁰,

¹⁶⁰ Cfr., nuevamente, ARCHI, ob. cit., pp. 39 ss.

¹⁶¹ "La vente au comptant est toujours restée fréquente à Rome, comme de nos jours (achats au marché, dans les boutiques). Mais l'on connaissait déjà à l'époque des XII Tables, une vente comportant la prise en main de la chose ('emptio') sans paiement immédiat du prix": GIFFARD, ob. cit., pp. 51-52.

¹⁶² Idea desarrollada por PUGLIESE, ob. cit., p. 613.

¹⁶³ Cfr., p. ej., COMA FORT, ob. cit., pp. 91 ss.

¹⁶⁴ Reseñado por CARAMÉS FERRO, ob. cit., pp. 276-277.

¹⁶⁵ CANNATA, ob. cit., pp. 18 ss.

¹⁶⁶ Cfr. ARCHI, ob. cit., pp. 161 ss.

¹⁶⁷ V. PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione: i giuristi medievali*, Jovene, Napoli, 1976, pp. 10 ss.

¹⁶⁸ F. CARPINTERO, "En torno al método de los juristas medievales", en *Anuario de Historia del Derecho Español* 52, 1982, pp. 617 ss.; J. D'HONDT, *Historia universal: La alta edad media*, vol. 10, 23.^a ed., trad. de Esteban Drake, México, Siglo XXI, 2006, p. 310.

¹⁶⁹ Cfr., v.gr., E. CORTESE, *Il Rinascimento giuridico medievale*, 2.^a ed., Roma, Bulzoni, 1996, pp. 39 ss. y CASTILLEJO, ob. cit., p. 505.

¹⁷⁰ CASTILLEJO, ob. cit. pp. 497 ss., y L. ARGÜELLO, ob. cit., pp. 120 ss.

se dedica al estudio del *Corpus Iuris Civilis* y de sus figuras jurídicas, con el fin de entenderlo e implementarlo de la forma más eficiente¹⁷¹ en aquellas naciones integrantes del Sacro Imperio Romano Germánico¹⁷², y por supuesto el análisis del contrato de compraventa no fue la excepción.

Este grupo de intelectuales escolásticos centraron sus esfuerzos, respetando los textos justinianos y algunas veces alterando su traducción¹⁷³, en insertar precisiones gramaticales y de índole dialéctica atinentes al significado de las palabras empleadas en la descripción del contrato de compraventa romana, por lo que a la postre este contrato mantuvo casi intactas sus características condensadas en el *Corpus Iuris Civilis*¹⁷⁴. Pero en realidad, el notable aporte de los glosadores fue que, al redescubrir el legado de JUSTINIANO¹⁷⁵, desvelaron el sendero para que los “comentaristas”¹⁷⁶ del derecho interpretaran y, al igual que las venideras generaciones de doctrinantes, se cuestionaran sobre el significado práctico de palabras latinas¹⁷⁷ de uso cotidiano como ‘*traditio*’ (tradición), ‘*transmissio*’ (transmisión), ‘*transferre*’ (transferir) y ‘*dare*’ (dar)¹⁷⁸, que se mezclaron circunstancialmente en los varios ordenamientos y sistemas jurídicos de estirpe romanista,

171 Cfr. FLORIS MARGADANT, *La segunda vida del derecho romano*, Cap. ix, “Los Glosadores”, pp. 99 ss.

172 Cfr., sobre el particular, F. CALASSO, *Storicità del diritto*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 353. FLORIS MARGADANT, ob. cit., Cap. vi, “El derecho en los siglos más oscuros de la Edad Media”, pp. 71 ss.

173 Desde el punto de vista histórico, cfr. los comentarios de P. GROSSI, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 160 ss.; B. BRUGI, *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane*, Turín, 1921, p. 11; F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, Milán, t. I, 1954, 533-555; F. C. DE SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel Medioevo*, Turín, t. II, 1863, 235, 55; y FLORIS MARGADANT, ob. cit., p. 389, entre otros.

174 Cfr. J. URUBURU COLSA, *La vida jurídica en Madrid a fines de la Edad Media*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 31 ss.

175 Si bien la elaboración del *Corpus Iuris Civilis* es atribuible a JUSTINIANO, las transcripciones legiblemente organizadas y breves reseñas aclaratorias del significado de cada pasaje del texto justiniano que hoy podemos leer son producto de los “Glosadores”. F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, 4.^a ed., 9.^a reimpr., Madrid, Tecnos, 1983, 2001, citado en TOMÁS Y VALIENTE, *Historia*, cit., p. 183. Así mismo, F. CARPINTERO, *En torno al método de los juristas medievales*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (AHDE) 52, 1982, p. 623.

176 “A partir del XIV y en la misma universidad de Bolonia, la escuela de los Glosadores va a ser superada por una nueva orientación metodología más libre y flexible de interpretación y argumentación”: BETANCOURT, ob. cit., p. 130. En el mismo sentido, P. GROSSI, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 59 ss., y CASTILLEJO, ob. cit., p. 500.

177 Cfr. C. JARAMILLO J., *Aproximación histórica a las escuelas de los Glosadores, canonistas y ‘post-glosadores’ – o comentaristas’*: *Revelación del pensamiento jurídico de origen medieval que le dio una nueva dimensión al estudio del Derecho romano clásico y que contribuyó a la formación de un Derecho común (siglos XI a XV d.C.)*, Colección de Ensayos n.º 3, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1996, pp. 288 ss.: “El comentario a diferencia de la glosa, fue entonces más allá del análisis semántico o lexicográfico del ‘corpus iuris’; su cometido, más que circunscrito al rastreo gramatical de las fuentes justinianas con propósitos explicativos, se orientó a la búsqueda del sentido, a auscultar la entrañas del texto o textos”.

178 GALLO, ob. cit., p. 31.

pasados y presentes, al intentar describir el fenómeno de la transferencia de la propiedad en el derecho de cada nación.

XII. El cisma interpretativo de la teoría de la transferencia de la propiedad

Uno de los sistemas de interpretación jurídica que marcó un hito en el estudio de la transferencia de la propiedad fue el planteado por la teoría ‘moderna’ del imperio de la voluntad¹⁷⁹, en la cual el consentimiento como elemento de validez contractual es suficiente para transmitir el dominio¹⁸⁰, y con mayor énfasis, cuando la entrega puede ser ficticia o simbólica¹⁸¹.

Tanto fue el impacto de la anterior teoría filosófica, que fue acogida por la mayoría de juristas modernos¹⁸² (1600 a 1900 d.C.), siendo ejemplo destacable de ello el Código Napoleónico y, a la postre, con mayor eficiencia, el Código italiano¹⁸³; sistemas en los cuales no se distingue el título del modo¹⁸⁴. Pero no todos los países siguieron este pensamiento, por eso hoy coexisten tres diferentes sistemas jurídicos contemporáneos que asumen la tarea de regular individualmente el acontecimiento de la traslación del dominio en la compraventa: 1. El del *Code* francés, precursor de una gran cantidad de códigos, entre los que se destacan el de Italia (1865 y 1942) y el de Bélgica, en donde la transmisión del dominio se adquiere por el mismo negocio causal de compraventa; 2. El de la transmisión causal, implementado por Holanda, Austria, España y la mayoría de

¹⁷⁹ Cfr., v.gr., L. DÍEZ PICAZO Y P. DE LEÓN, “Autonomía privada y derechos reales”, en *Libro Homenaje a Ramón M.ª Roca Sastre*, vol. II, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1976, pp. 299 ss.; H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórico-dogmática*, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 63-64; y BETTI, ob. cit., p. 9: “En cuanto a la eficacia obligatoria del actual contrato-acuerdo, hay que rechazar el dogma que atribuye al solo consentimiento en sí mismo considerado –cualquiera que sea su objeto– la eficacia de crear la obligación en el plano jurídico”. “Es una fanfarronada socialmente absurda la afirmación [...] de tal desmesurado y autosuficiente poder de los contratantes en la realidad social de una comunidad”.

¹⁸⁰ KOZOLCHYK, ob. cit., p. 81: “la idea de la revisión y consolidación del derecho pre-existente en forma resumida o sintética es ya aparente en el siglo XVI con el llamado ‘humanismo jurídico’. Uno de los propósitos de este fenómeno intelectual era el de revisar el *Corpus Iuris Civilis* y los escritos de los glosadores y comentaristas medievales para adaptarlos a las circunstancias de la Europa renacentista”.

¹⁸¹ D. 41.1.9.5. Cfr. ARIAS RAMOS, ob. cit., p. 358.

¹⁸² GROCIO, ROUSSEAU, MONTESQUIEU, SCHOPENHAUER Y TÖNNIES, entre otros muchos.

¹⁸³ Cfr. ZIMMERMANN, ob. cit., pp. 68 ss.

¹⁸⁴ Cfr., de nuevo, KOZOLCHYK, ob. cit., p. 83: “Grocio distinguió entre lo que era natural y lo temporal o accidental en el derecho romano. Con esta distinción Grocio intentaba justificar la inaplicabilidad de formalidades rituales obsoletas tales como las de la *traditio* en los contratos reales. El principio inmanente del derecho de los contratos subyace a la *traditio*, según Grocio no era su formalidad sino la transmisión de bienes por medio de un acto voluntario, es decir, por el ejercicio de la voluntad de contratar. Este principio se llegó a conocer como el principio del consentimiento, que para Grocio era la principal fuente de la obligación contractual”.

naciones latinoamericanas; y, 3. El sistema alemán de la transmisión abstracta que admite la compraventa y la tradición como dos negocios independientes pero complementarios¹⁸⁵.

Entonces se concluye que desde el transcurrir de las diferentes épocas romanas hasta nuestros días, de los tres sistemas jurídicos, se distinguen principalmente dos grandes tendencias jurídicas de apreciación de la traslación del dominio en la compraventa: una tendencia que intenta individualizar el momento consensual del nacimiento del derecho crediticio u obligación personal y bilateral en el negocio jurídico contractual (título), con un instante posterior, igualmente consensual, de transmisión o entrega de la cosa contenida en otro negocio jurídico llamado ‘tradición’ (modo); y, contrapuesta, una tendencia que condensa en la misma venta estos dos instantes. Desde otro punto de vista: de una parte, una doctrina moderada que procura garantizar el perfeccionamiento consensual y cumplimiento obligacional recíproco del contrato, relacionándolo o encausándolo jurídicamente con un medio voluntario transmisor del dominio, que a la postre termina, también, salvaguardando derechos de terceras personas; y, de otra, una corriente de pensamiento liberal que sobrevalora la buena fe y la fuerza de la voluntad declarada de los contratantes, sacrificando una cierta seguridad jurídica al desprenderse de la formalidad.

Bibliografía

ACCARIAS, C. *Précis de droit romain*, París, Librairie Cotillon, t. II, 1886.

ALBERTARIO, E. *Corso di diritto romano: il possesso*, Milano, Giuffrè, 1946.

ÁLVAREZ CORREA, E. *Curso de Derecho Romano*, Bogotá, Pluma, 1979.

ARANGIO RUIZ, V. *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, Depalma, trad. José M. Caramés Ferro, de la 10.^a ed. italiana, 1952.

ARANGIO-RUIZ, V. *La compravendita in diritto romano*, Napoli, Jovene, vol. I, 1987.

ARCHI, G. *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, Cedam, vol. XV, 1934.

ARGÜELLO, L. R. *Manual de derecho romano: historia e instituciones*, Buenos Aires, Astrea, 3.^a ed., 1993.

¹⁸⁵ Cfr. KASER, “Compraventa y transmisión de la propiedad en el derecho romano y en la dogmática moderna”, trad. de Juan Miguel, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XIII, Madrid, Seminarios de Derecho de la Universidad de Valladolid y Reus, 1962, p. 43.

- ARIAS RAMOS, J. y J.A. ARIAS BONET, *Derecho romano*, Edersa, 18.^a ed., vol. I, 1986.
- ARIAS RAMOS, J. *Derecho romano*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 6.^a ed., 1954.
- ARU, L. y R. ORESTANO, *Sinopsis de derecho romano*, Madrid, Epasa, 1964.
- AULO GELIO, *Noches áticas*, trad. de Amparo Gaos Schmidt, Madrid, Akal, 2009.
- BADENES GASSET, R. *El contrato de compraventa*, Barcelona, Bosch, t. I, 1995.
- BARRERO, D. *Sistema del derecho privado*, Buenos Aires, Ejea, 6.^a ed., 1967.
- BETANCOURT, F. *Derecho romano clásico*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001.
- BETANCOURT, F. *Derecho romano clásico: una lectura crítica*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 3.^a ed., 2007.
- BETTI, E. *Instituzioni di Diritto Romano*, Padova, Cedam, vol. I, 1947.
- BETTI, E. *Teoría General de la Obligaciones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, t. II, 1969.
- BISCARDI, A. *Diritto greco antico*, Milano, Giuffrè, 1982.
- BISCARDI, A., J. L. MURGA GENER ET AL., *Derecho romano de Obligaciones*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- BISCARDI, A. *Temas de Derecho Romano*, Barcelona, Bosch, 1987.
- BLANCH NOUGUÉS, J.M. *Pactos de vendendo y de retrovendendo*, en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, París, 3.^a Serie, t. XLV, Université de Liège y Université Libre de Bruxelles, 1998.
- BONFANTE, P. *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Reus, 1965.
- BONFANTE, P. *Corso di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, vol. II, 1968.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, J.A. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 17.^a ed., 2008.
- BRUGI, B. *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane*, Turín, 1921.

- BRY, G. *Principies de Droit romain*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1911.
- BURDESE, A. *Manuale di Diritto Privato Romano*, Torino, UTET, 4.^a ed., 1998.
- BURDESE, A. *MisCELÁNEA romanística*, Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano, 1994.
- CALASSO, F. *Medioevo del diritto*, Milán, 1954.
- CALASSO, F. *Storicità del diritto*, Milano, Giuffrè, 1966.
- CANCELLI, F. *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano*, Milano, 1963.
- CANNATA, C. A. *Qualche considerazione sui primordi della compravendita romana*, en *Revista Internacional de Derecho Romano y Tradición Romanística*, xxii, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- CAPITANT, H. *De la causa de las Obligaciones*, Analecta, 2005.
- CARAMES FERRO, J. M. *Curso de Derecho Romano*, Buenos Aires, Perrot, 9.^a ed., 1973.
- CARPINTERO, F. *En torno al método de los juristas medievales*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* n.^o 52, 1982.
- CASTILLEJO, J. *Historia del Derecho Romano*, Madrid, Dykinson, 2004.
- CECCHINI ROSELL, X. *La obligación de transmitir la propiedad en el contrato de compraventa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- COMA FORT, J. M. *El Derecho de las Obligaciones en las Res cottidianaes*, España, Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez, 1996.
- CORTESE, E. *Il Rinascimento giuridico medievale*, Roma, Bulzoni, 2.^a ed., 1996.
- DE CHURRUCA, J. *Las Instituciones de Gayo en San Isidro de Sevilla*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1975.
- DE LOS MOZOS, J. L. *La doctrina de F.C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto de 1967.

DE MARTINO, F. *Diritto Privato e Società Romana*, Roma, Riuniti, 1982.

D'HONDT, J. *Historia universal: La alta edad media*, México, trad. de Esteban Drake, Siglo XXI, 23.^a ed., vol. 10, 2006.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Autonomía privada y derechos reales*, en *Libro Homenaje a Ramón M.ª Roca Sastre*, vol. 3, Madrid, 1976.

DIGESTO, LIBRO xviii (*Sobre la compraventa*), México, Universidad Autónoma de México, trad. de Jorge Adame Goddard, 1993.

DOMAT, J. *Las leyes civiles en su orden natural*, Barcelona, Imprenta de José Taulo, 2.^a ed., t. I, 1844.

DOMINGO, R. *Textos de Derecho Romano*, Navarra, Aranzadi, 2002.

ESCOBAR CÓRDOBA, F. *Del Derecho Romano a las tradiciones jurídicas*, en *Criterio Jurídico*, vol. 7, Santiago de Cali, Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

ESPITIA GARZÓN, F. *Historia del Derecho Romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

FERNÁNDEZ BUJAN, F. *Sistema contractual romano*, Madrid, Dykinson, 2.^a ed., 2004.

FERNÁNDEZ DE BUJAN, A. *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*, Madrid, Reus, 1993.

FERRI, L. *Lecciones sobre el contrato – Curso de derecho civil*, Lima, Grijley, 2.^a ed. y 1.^a en castellano, 2004.

FINLEY, M. I. *Grecia primitiva: La edad de bronce y la era arcaica*, Buenos Aires, Eudeba, 2005.

GALLO, F. *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1955.

GARCÍA GARRIDO, M. J. *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, Dykinson, 3.^a ed., reimpr., 2000.

GAUDEMEL, J. *Droit Privé Romain*, Paris, Montchrestien, 1998.

GIFFARD, A. E. *Précis de Droit Romain*, Paris, Dalloz, t. XII, vol. 2, 1938.

- GIMÉNEZ BARRIOCAL, F. *La actividad económica en el Derecho romano*, Madrid, Dykinson, 2003.
- GONZÁLEZ DE CANCINO, E. *Obligaciones: Derecho Romano y Código Civil colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- GROSSI, P. *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- GROSSO, G. *I legati nel diritto romano - Parte generale*, Torino, Giappicheli, 2.^a ed., 1962.
- GROSSO, G. *Il sistema romano dei contratti*, Torino, Giappichelli, 3.^a ed., 1963.
- GUTIÉRREZ, ALVIZ y ARMARIO, *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, Reus, 4.^a ed., 1995.
- GUZMÁN BRITO, A. *Derecho Privado Romano*, Barcelona, Jurídica de Chile, t. II, 2001.
- GUZMÁN BRITO, A. *Derecho Privado Romano*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, t. I, 1996.
- HATTENHAUER, H. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil. Introducción histórico-dogmática*, Barcelona, Ariel, 1987.
- HINESTROSA, F. *Tratado de las obligaciones, concepto estructura vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, t. I, 2002.
- HOUGHTON, B. A. *El hombre prehistórico*, México, FCE, 1976.
- IGLESIAS, J. *Derecho Romano*, Barcelona, Ariel, 14.^a ed., 2002.
- IHERING, R. von. *El espíritu del derecho romano*, Madrid, t. III, 1909.
- JARAMILLO J., C. I. *Aproximación histórica a las escuelas de los glosadores, canonistas y 'post-glosadores' -o comentaristas-*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1996.
- KASER, M. *Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la dogmática moderna*, Seminarios de Derecho de la Universidad de Valladolid, trad. de Juan Miguel, Madrid, Anales de la Academia Matritense del Notariado, t. 13, Reus, 1962.

- KASER, M. *Derecho Romano Privado*, Madrid, Reus, 2.^a ed., 1982.
- KOZOLCHYK, B. *La contratación comercial en el Derecho Comparado*, Madrid, Dykinson, 2006.
- LLAMAS, J. M. *Estructura científica de la venta / Scientific Structure of Sales*, México, Limusa, 2.^a ed., 2004.
- LÓPEZ MELERO, R. *Sobre los orígenes y el carácter de la compraventa en el mundo griego*, en *GERION. Revista de Historia Antigua*, Madrid, Universidad Complutense, vol. 1, 1983.
- MARGADANT, G. F. *La segunda vida del Derecho romano*, México, Porrúa, 1986.
- MARGADANT, G. F. *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, México, Esfinge, 1960.
- MEDELLÍN, C. *Lecciones de Derecho Romano*, Bogotá, Legis, 15.^a ed., 2009.
- MELILLO, G. *Il negozio bilaterale romano: contrahere e pacisci tra il primo e il terzo secolo*, Liguori, 2.^a ed., 1986.
- MIQUEL, J. *Compraventa y transmisión de la propiedad*, Seminarios Complutenses de Derecho Romano, n.^o 5, Madrid, 1993.
- MIQUEL, J. *Derecho Privado Romano*, Madrid, Marcial Pons, 1992.
- MIQUEL, J. *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, PPU, 1990.
- MOHINO MANRIQUE, A. *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, Madrid, Dykinson, 2006.
- MOISSET DE SPANÉS, L. *La tradición traslativa del dominio (El Código Civil español y el Sistema Iberoamericano)*, en *Revista de Derecho Privado*, n.^o 11, noviembre-diciembre, Edersa, 2004.
- MONCAYO RODRIGUEZ, S. *Génesis y transformaciones en el Derecho romano*, *Revista Letras Jurídicas*, n.^o 12, julio, Universidad Veracruzana, 2005. Disponible en: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/15/moncayo15.pdf> Consultado el 28 de julio de 2012.

- MONIER, R. *Manuel élémentaire de Droit Romain*, Domat Montchrestien, 6.^a ed., t. I, 1947.
- MONIER, R. *Manuel élémentaire de Droit Romain*, Domat Montchrestien, 4.^a ed., t. II, 1948.
- MUÑOZ, L. A. *Derecho Romano Comparado con el Derecho Colombiano*, Bogotá, Temis, 5.^a ed., 2007.
- NICHOLAS, B. *Introducción al Derecho Romano*, Madrid, Civitas, 1987.
- OCHOA CARVAJAL, R. H. *Bienes*, Bogotá, Temis, 6.^a ed., 2006.
- ORTOLÁN, M. *Compendio del Derecho Romano*, Buenos Aires, Heliasta, 1978.
- ORTOLÁN, M. *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, Madrid, Libr. de Leocadio López, 5.^a ed., trad. de Francisco Pérez de Anaya, t. II, 1884.
- ORTOLÁN, M. *Instituciones de Justiniano*, Bogotá, Facultad de Derecho, 2006.
- OURLIAC, P. y J. DE MALAFOSSE, *Derecho Romano y Francés Histórico: Derecho de Obligaciones*, Barcelona, Bosch, t. I, trad. de Manuel Fairén, 1960.
- PÉREZ, M.A. *Estudios de derecho de obligaciones*, Madrid, t. II, La Ley, 2006.
- PETIT, E. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Buenos Aires, Albatros, 1958.
- PEZZANA, A. *Contributo allo studio del legato ‘sinendi modo’*, Milano, Giuffrè, 1958.
- PIANO MORTARI, V. *Dogmatica e interpretazione: i giuristi medievali*, Napoli, Jovene, 1976.
- PUGLIESE, G. *Istituzioni di Diritto Romano*, Italia, Piccin, 1986.
- PUGLIESE, G. *Scritti giuridici scelti*, Napoli, Jovene, vol. I, 1985.
- RABINOVICH-BERKMAN, R. D. *Derecho romano*, Buenos Aires, Astrea, 2001.
- ROPO, V. *El contrato del dos mil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

- L. SALOMÓN, L. *Sine vitio nancisci possessionem: La adquisición de la posesión de los legados en el derecho romano clásico*, Madrid, Dykinson, 2003.
- SANSÓN RODRÍGUEZ, M. V. *La transmisión de la propiedad*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- SAVIGNY, F.C. von. *Storia del Diritto romano nel Medioevo*, Turín, 1863.
- SCHULZ, F. *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, Bosch, 1960.
- SCHULZ, F. *Principios del Derecho Romano*, Madrid, Civitas, 2.^a ed., 2000.
- SHAREDO, CLOSSIO, TAFELLIO y MAYER. *Justiniani Institutinum Libri IV; Curso Histórico - Exegético del Derecho Romano*, Madrid, trad. de Pedro Gómez de la Serna, Librería de Sánchez, 1855.
- SOHM, R. *Instituciones de Derecho Privado Romano*, México, Coyoacán, 1928.
- SOHM, R. *Instituciones de Derecho Privado*, México, Gráfica Panamericana, 1951.
- SUMMER MAINE, H. *El antiguo Derecho y la costumbre primitiva*, Madrid, La España Moderna, 1900.
- TALAMANCA, M. *Elementi di Diritto Privato Romano*, Milano, Giuffrè, 2001.
- TALAMANCA, M. *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Milano, Giuffrè, 1990.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, Tecnos, 4.^a ed., 9.^a reimpr., 2001.
- TOPASIO FERRETI, A. *Derecho Romano Patrimonial*, México, Unam, 1992.
- URUBURU COLSA, J. M. *La vida jurídica en Madrid a fines de la Edad Media*, Madrid, Dykinson, 2006.
- VALENCIA RESTREPO, H. *Derecho Privado Romano*, Medellín, Señal Editora, 5.^a ed., 2005.
- VALENCIA RESTREPO, H. *Derecho Privado Romano*, Medellín, Señal Editora, 6.^a ed., 2008.
- VILLEY, M. *El Derecho Romano*, México, Publicaciones Cruz, 1993.

VINNIO, A. *Comentario académico y forense a los Cuatro Libros de las Instituciones Imperiales de Justiniano*, Barcelona, Establecimiento Tipográfico de D. Juan Oliveres impresor de S. M., t. II, 1847.

VODANOVIC H., A. *Manual de derecho civil*, Santiago, Jurídica Cono Sur, 2.^a ed., vol. II, 2001.

WAYAR, E.C. *Compraventa y permuta*, Buenos Aires, Astrea, 1984.

ZIMMERMAN, R. *Estudios de Derecho privado europeo*, Madrid, Civitas, 2000.

ZIMMERMAN, R. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York, Oxford University Press, 1996.