

LA BÚSQUEDA DEL ESPÍRITU TRASLATIVO DE LA COMPRAVENTA CONSENSUAL: UN INSTRUMENTO CARACTERÍSTICO DE LA CULTURA JURÍDICA LATINOMERICANA PARTE I

Diego Fernando Monje Mayorca¹
Universidad Católica de Colombia

Fecha de recepción 3 de septiembre de 2012; fecha de aceptación 5 de noviembre de 2012. El artículo es fruto de un proyecto de investigación desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Resumen

Este documento es el producto de una investigación que 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.

Desentrañar los orígenes del acto de comprar y vender es una labor que afronta muchas vicisitudes y controversias de índole interpretativa,² por lo que modestamente comenzaremos a reseñar

1. Doctor en Derecho de 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 postgrados de la facultad de Derecho de la Universidad del Rosario de Bogotá y de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: dfmonje@gmail.com

2. *Cfr.*, v.gr., J. Iglesias, *Derecho Romano*, Edt. Ariel, Barcelona, 2002, 14^o Edición, pp. 259 y 260. En donde se compilan las seis hipótesis principales sobre el origen de la compraventa de escritores



aquellos hechos históricos de connotación jurídica que demarcaron el sendero de conexidad en su naturaleza consensual, creadora de obligaciones recíprocas³ y su fin de procurar la transmisión del dominio⁴ 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 si las actuales legislaciones de influencia romanística, incluyendo la Colombiana, interpretan fidedignamente su significado,⁵ 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 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 romano;⁶ pero ante lo ilógico de nuestro derecho privado son valiosos los esfuerzos encaminados a interpretar la justificación de la finalidad traslativa de la venta, que en nuestro sistema se debate en como incorporar una solución moderna, “sin rebasar los límites de lo que correctamente pueda calificarse de

como Momsen, Pernice, Bechmann, Meylan, Bekker, Ihering y Voigt. En el mismo sentido consúltese C. Cannata, *Qualche considerazione sui primordi della compravendita romana*, en *Revista Internacional de Derecho romano y tradición Romanística: Seminarios Complutenses de Derecho romano*, Num. XXII, Edt. Marcial Pons, Madrid, Año 2009, pp. 13 y s.s.; y G. Pugliese, *Istituzioni di Diritto romano*, Edt. Piccin, Padova, 1986, Ed. 1ª, p. 612.

3. 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. *Vid., v.gr.*, R. Sohm, *Instituciones de Derecho Privado Romano—Historia y Sistema*, Edt. Ediciones Coyoacán, México, 1928, p. 235; y E. Álvarez Correa, *Curso de Derecho Romano*, Edt. Pluma, Bogotá, 1979, p. 453.

4. La “compraventa”, contrato típico de intercambio, el contrato quizá más conocido, y ciertamente el más común, tiene por objeto la transferencia de la propiedad o de otro derecho sobre una cosa...> Según definición de D. Barrero, *Sistema del Derecho Privado*, Trad. de la obra *Sistema del diritto privato italiano*, Edt. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, Ed. 6ª, pp. 6-7.

5. “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.” *Vid. X. Cecchini Rosell, La obligación de transmitir la propiedad en el contrato de compraventa*, Edt. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 15.

6. Aunque los jurisconsultos romanos no definen el contrato, al observar el Digesto justinianeo ULPIANO (D. 2, 14,7) nos da una aproximada definición. *Cf.*, entre otros, J. Caramés Ferro, *Curso de Derecho romano*, Edt. Perrot, Buenos Aires, 1973, Ed. 9ª, p. 148.



interpretación lógica y sistemática, sobre la base del estudio concordado del contenido de los artículos del Código Civil y desechando todo aquello que conduzca al absurdo”.⁷

Palabras clave

Transferencia de la propiedad, compraventa consensual.

Abstract

This article develops an historical investigation that aims to reveal the consensual characteristic of contract of sale and purchase, and the way to understand 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.

Unravel the origins of the act of buying and selling is a controversial task of interpretative nature, so this study begins outlining the historical facts of legal importance, which traced the route that connects its consensual nature creator of mutual obligations and the purpose of transferring domain about thing.

Today, try to justify legal, doctrinal or jurisprudential way, the close relationship of the contract of sale and purchase (title) with tradition (mode); it has not been an easy task, because the passage of time causes to be lost or confused in the memory of the man the meaning of different expressions used from the old law as “obligation to give” and “obligation to transmit”, questioning if the current laws of Roman influence, including the Colombian, faithfully interpret their meaning, specially if a single legal system has a definition of consensual sale which coexists harmoniously with “title and mode” theory.

Is a fact that Roman law can be ancient source to study the modern sales, but it is also true that it shares many similarities with Roman law; but in front of the illogic of our private law, efforts are valuable to interpret the justification of the translational purpose of sale, that our system is discussed how to incorporate a modern solution “without exceeding the limits of what property can be described as systematic

7. Cf., v.gr., R. Badenes Gasset, *El contrato de compraventa*, Edt. José María Bosh S.A., Barcelona, T. I, 1995, p. 60; y J. Blanch Nougues, *Pactos de vendendo y de retrovendendo – Revue Internationale des Droits De L'antiquité*, París, 3^a Serie – T. XLV, Université de Liège y Université Libre de Bruxelles, [En línea texto completo] < <http://www2.ulg.ac.be/vinitor/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.”



and logical interpretation on the basis of the harmonious study of the content of the articles of the civil code and discarding everything that leads to the absurd”.

Keywords

Transfer of property, consensual sale and purchase.

1. El origen consensual de la compraventa

Aunque en la actualidad la doctrina y la ley coinciden en afirmar que la compraventa es un contrato esencialmente consensual,⁸ esto no siempre fue así. Por esta razón se torna interesante señalar algunas de las posibles circunstancias que hicieron que la compraventa paulatinamente adquiriera su rasgo característico de perfeccionarse por el simple acuerdo de las voluntades.

Ello a fin de poder intuir su estrecho lazo de proximidad con el modo de adquirir el dominio de *la tradición*, sin el cual no se consumaría la causa⁹ de transferir plenamente la propiedad,¹⁰ contenida en la expresión polémica de “*dar*”¹¹ consagrada por la gran mayoría de códigos civiles de América, *v.gr.*, Chile (Art. 1548), Colombia (Art. 1605), Argentina (Art. 574), México D.F. (Art. 2011), Brasil (Art. 233) y Venezuela (Art. 1265).

8. *Vid.*, *v.gr.*, V. Arangio Ruiz, *Instituciones de Derecho romano*, Trad. José M. Caramés Ferro, Edt. Depalma, Buenos Aires, 1952, Ed. 10ª – Italiana, p. 375; y G. Floris Margadant, *El Derecho privado romano: como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, Edt. Esfinge, México, 1960. Ed. 1ª, p. 389.

9. Los romanos no se preocuparon por definir la causa, pero si de hallar respuestas a problemas prácticos, es así como la causa debe referirse sinónimamente a “fuente” o a “hecho generador de la obligación”; o sea que la compraventa es la causa de la obligación de transferir la propiedad y la “tradición” su efecto. *Cf.* H. Capitant, *De la causa de las obligaciones*, Trad. Eugenio Tarragato y Contreras, Edt. Analecta, Madrid, 2005, p. 91; y G. Floris Margadant, *ob. cit.*, p. 335: “La causa es el motivo psicológico que impulsa a las partes a la celebración del negocio”.

10. Para R. Sohm, *ob. cit.*, p. 240, “La 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”.

11. *Vid.* J. Bonivento Fernández, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, Ed. Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá D.C., 2008, Ed. 17ª, 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*, Ed. Temis, Bogotá, 2007, Ed. 5ª, p. 247, que aunque se comete un error en la transcripción por parte del autor del artículo 905 del Código de Comercio colombiano: “El término ‘dar’ debe interpretarse como transferencia de la propiedad...”.



Dos sectores de la doctrina romanista debaten el nacimiento consensual de la venta;¹² una parte lo referencia “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 literarios,¹⁴ que van desde los primeros años del principado del emperador Adriano (126 d.C.) hasta el reinado del emperador Justiniano (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 conmutatividad 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 convenciones,¹⁸ en los que adquiere preponderancia la declaración de la voluntad como la fuerza unificadora,¹⁹ desplazando

12. Sobre el particular consúltese a F. Cancelli, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano – Appunti esegetico-critici*, Edt. Giuffrè, Milano, 1963, pp. 19 y s.s.

13. *Id.*, v.gr., comentarios de F. Fernández Bujan, *Sistema contractual romano*, Edt. Dykinson, Madrid, 2004, Ed. 2ª, p. 149; y de V. Arangio Ruiz, *ob. cit.*, p. 376.

14. Cf. A. Gelio, *Noches áticas*, Versión de Amparo Gaos Schmidt, Edt. Akal, Madrid, 2009, pp. 185 y s.s.

15. Véase opinión de R. Monier, *Manuel élémentaire de Droit romain*, Edt. Domat Montchrestien, 1948, Ed. 4ª, T. II, pp. 130 y s.s.

16. Entre aquellas formas primitivas hallamos “la *sponsio*” y “la *stipulatio*”, ceremonias verbales soportadas en un procedimiento de una pregunta y su posterior respuesta, dando como resultado una obligación o contrato. *Id.*, v.gr., A. E. Giffard, *Précis de Droit romain*, Edt. Librairie Dalloz, Paris, T. XII, Vol. 2, 1938. pp. 37 y s.s.; R. Monier, *ob. cit.*, Págs. 21 y s.s.; B. Nicholas, *Introducción al Derecho romano*, Edt. Civitas, Madrid, 1987, pp. 251 y s.s.; J. Miquel, *Historia del Derecho romano*, Edt. PPU S.A., Barcelona, 1990, p. 58; M. Talamanca, *Elementi di Diritto privato romano*, Edt. Giuffrè, Milano, 2001, p. 275; y F. Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones – concepto estructura vicisitudes*, Edt. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, T. I, 2002, Ed. 1ª. pp. 61 y s.s.

17. Cf. E. Álvarez Correa, *Curso de Derecho romano*, Edt. Pluma, Bogotá, 1979, p. 427: “Como término jurídico, *contractus* no aparece en el derecho romano antes del primer siglo 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, A. E. Giffard, *ob. cit.*, Págs. 28-29; E. Betti, *Teoría general de la obligaciones*, Edt. Revista de Derecho privado, Madrid, 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: contrabere e pacisci tra il primo e il terzo secolo*, Edt. Liguori, Napoli, 1986, Ed. 2ª, p. 125.

18. Ulpiano D. 2, 14, 1, 3. “Convención es una palabra general que se refiere a todo aquello en que consisten 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 (jurista Sexto Pedio 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 sino encierra en sí un consentimiento”. En conexión consúltese a G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, Edt. G. Giappichelli, Torino, 1963, Ed. 3ª. p. 147; J. Caramés Ferro, *ob. cit.*, p. 145; V. Arangio Ruiz, *ob. cit.*, pp. 87 y s.s.

19. Ulpiano D. 50, 16, 19: “*En el libro undécimo al edicto. Labeón, en el libro primero <al edicto>*



gradualmente a la formalidad en los actos,²⁰ 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, en explicar que el origen de la compraventa consensual²¹ inicia cuando en Roma se comienzan a celebrar entre sí y con los llamados peregrinos o no ciudadanos, acuerdos verbales²² de tráfico mercantil desprovistos de todo amparo jurídico y con la sola confianza recíproca como garantía de cumplimiento,²³ entendida también como la “*fides*” o fidelidad al compromiso,²⁴ por lo que tarde o temprano, la compraventa llegó a convertirse en una institución consensual²⁵ protegida celosamente por los jurisconsultos romanos,²⁶ que le terminaron reconociendo su calidad de contrato eficaz en ausencia de toda formalidad o solemnidad.²⁷

del pretor urbano, define... Un “contrato” es la obligación recíproca entre uno y otra personas, lo que los griegos llaman “synállagma”, como por ejemplo, la compraventa.” Al respecto ver comentarios de G. Melillo, *ob. cit.*, pp. 58 y s.s.

20. Cfr. R. Zimmermann, *Estudios de Derecho privado europeo*, Edt. Civitas, Madrid, 2000, Ed. 1ª, 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. *Id.*, nuevamente, explicaciones de V. Arangio Ruiz, *ob. cit.*, p. 374.

22. Cfr. R. von Ihering, *El espíritu del Derecho romano*, Madrid, T. III, 1909, p. 265.

23. Según F. Schulz, *Principios del Derecho romano*, Edt. Civitas, Madrid, 2000, Ed. 2ª, pp. 230-231, estos actos del desarrollo del derecho privado romano nacen por la “influencia de la idea de Humanidad. ...no especular con las palabras y con las formas sino interpretar los negocios jurídicos según su contenido y su intención”.

24. Comenta M. Kaser, *Derecho romano privado*, Versión directa de la 5ª edición Alemana por José Santa Cruz Teijeiro, Edt. Reus S.A., Madrid, 1982, Ed. 2ª, p. 188, que “el truke manual mengua y el precio puede ser aplazado. ...y el aseguramiento de tal entrega por negocio creativo de responsabilidad.” “Con el tiempo, y con fases intermedias no conocidas, también la entrega de la mercancía se separa de la celebración del contrato.” Asimismo léase a B. Nicholas, *ob. cit.*, p. 169.

25. Institutas de Gayo 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. *Id.*, otra vez, comentarios de R. 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 opiniones de B. Nicholas, *ob. cit.*, p. 213; y S. Moncayo Rodríguez, “*Génesis y transformaciones en el Derecho romano*”, en *Revista Letras Jurídicas* - Número 12, Universidad Veracruzana, [En línea texto completo] <<http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/12/moncayo12.pdf>> [consulta julio 28 de 2012], p. 7.

27. Cf. F. Fernández Bujan, *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”.



Cuando la compraventa es valorada como un contrato,²⁸ su naturaleza consensual deja de ser mirada como una característica esencial²⁹ que subsiste y se magnifica singularmente en ella, y empieza a ser ubicada, la consensualidad, 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, aunque el pasado antiguo de la compraventa consensual se intenta ligar con un informal intercambio mercantil de bienes, también llamado permuta, cambio o trueque;³⁰ de la cual obtuvo otros principios primordiales como la bilateralidad, conmutatividad y onerosidad; no obstante su capacidad de perfeccionarse por el solo consentimiento³¹ junto con su obligación de trasladar la propiedad,³² es indiscutible que las adquiere en su individual desarrollo progresivo; convirtiéndose gradualmente la compraventa en aquel contrato consensual independiente, en el 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 vendida.³⁴

Concebir la aparición de la compraventa dentro de la evolución histórica romana como un hecho originario o aislado, resulta de por sí inadmisibles, ya que su actual definición que denota consensualidad es producto de un largo desarrollo de construcción e interpretación jurídica de

28. *Vid.*, v. gr., A. Biscardi, *Temas de Derecho romano*, Edt. 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 *ius civile*". Igualmente, J. Coma Fort, *El Derecho de obligaciones en las res cotidianae*, Edt. Fundación Seminario de Derecho romano, Madrid, 1996, pp. 22 y s.s.

29. *Cfr.* J. Caramés Ferro, *ob. cit.*, p. 151.

30. *Vid.* V. Arangio Ruiz, *La Compra vendita in Diritto Romano*, Edt. Casa Editrice Dott. Napoli, Eugenio Jovene, 1987, Vol. 1, pp. 4 y s.s. y J. Bonivento Fernández, *ob. cit.*, p. 1. "Cronológicamente, la compraventa no es el primero de los contratos. Es, indiscutiblemente, la permuta, permutación o cambio..."

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 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.' *Cf.* F. Schulz, *ob. cit.*, p. 325.

33. *Vid.*, por ejemplo, M. Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Edt. Giuffrè, Milano, 1990, p. 580. y E. Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Edt. Albatros, Buenos Aires, 1958. p. 480.

34. Perspectiva expuesta, entre otros, por P. Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, traduc. de Luis Bacci y Andrés Larrosa, Edt. Reus, Madrid, 1965, p. 490.



acontecimientos socioeconómicos.³⁵ Por lo tanto los romanistas modernos³⁶ coinciden en reconocer, a través de la lectura de los textos jurídicos romanos,³⁷ que la permuta es el punto de nacimiento de la compraventa,³⁸ pero sin llegar a pretender que son dos contratos iguales.

2. La prehistoria de la compraventa, el traspaso de la propiedad para suplir necesidades de sobrevivencia

Habiendo evidenciado que el antepasado remoto de la compraventa es el trueque o permuta; cabe advertir que en los albores de la humanidad este primitivo intercambio³⁹ de bienes era manual, es decir, que la entrega era material e inmediata por la marcada trashumancia del hombre nómada,⁴⁰ no había o 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 asignarle un precio cambiario a las cosas.⁴² En el espontáneo acto del trueque primitivo la entrega de las cosas es casi automática y con ello la transmisión del dominio.

A medida que el ser humano se vuelve sedentario, las profesiones 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

35. Según consideraciones de F. Betancourt, *Derecho Romano Clásico*, Edt. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, p. 40.; y C. Cannata, *ob. cit.*, p. 14.

36. Cf. J. Miquel, *Derecho Privado Romano*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 321.; y P. Bonfante, *ob. cit.*, Págs. 490.

37. D. 18,1,1: “Paulo en el libro trigésimo tercero al edicto. El origen de la compra y venta está en las permutas, porque antiguamente no existía el dinero, ni se denominaba una cosa mercancía y la otra precio...”.

38. *Vid., v.gr.*, C. Cannata, *ob. cit.*, pp. 15 y 16.

39. Consúltense preceptos clásicos enseñados por J. Domat, *Las leyes civiles en su orden natural*, Ed. Imprenta de José Tauro, Barcelona, Tomo I, Ed. 2ª, pp. 146 y 191.

40. *Vid.* B. Houghton, *El hombre prehistórico*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, Serie Breviarios Vol. 107, 1976, pp. 35 y s.s.

41. *Cfr., v.gr.*, C. Medellín, *Lecciones de Derecho Romano*, Edt. Legis, Colombia, 2009. Ed. 15a. pp. 268.

42. Aspecto histórico reseñado por autores como F. Gimenez Barriocal, *La actividad económica en el Derecho romano*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 109 y s.s.; y G. Archi, *il Trasferimento Della Proprietà Nella Compravendita Romana*, Edt. Cedam, Padova, Vol. XV, 1934, p. 19. “...il problema del trasferimento della proprietà per compravendita si presenta in ordine al requisito del pagamento del prezzo”.



principal, real, no formal,⁴³ bilateral, oneroso, conmutativo 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 utilidad.⁴⁵

Cuando el hombre se vuelve totalmente sedentario⁴⁶ y encuentra una mercancía como los metales,⁴⁷ fáciles de moldear y transportar, que sirve como medida para calcular y reemplazar la función de las otras mercaderías;⁴⁸ a partir de ese instante arcaico se dice que comienza el nacimiento de la compraventa en la cultura occidental.⁴⁹

Es así, que para el antiguo pueblo Griego⁵⁰ en el contrato de compraventa simultáneamente se transfería el derecho de propiedad

43. Consúltese una vez más a J. Carames Ferro, *ob. cit.*, p. 156.

44. *Vid.* E. Wayar, *Compraventa y Permuta*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 61.

45. Apreciación hecha por A. Vinno, *Comentario Académico y Forense a los Cuatro Libros de las Instituciones Imperiales de Justiniano*, Ed. Establecimiento Tipográfico de D. Juan Oliveres impresor de S. M., Barcelona, 1847, tomo 2, pp. 236 y s.s.; y seguida actualmente por, *v.gr.*, B. Kozolchik, *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 39 y s.s. La permuta se vuelve lenta al momento de intercambiar cosas porque difícilmente encontramos una persona que quiera lo que poseemos y 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”. *Cf.* H. Summer Maine, *El antiguo Derecho y la costumbre primitiva*, Edt. España Moderna, Madrid, 1900, p. 220.

47. Véase relato histórico de M. Finley, *Grecia primitiva: La edad de bronce y la era arcaica*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2005, p. 94.

48. *Cfr.* A. Fernández De Bujan, *El precio como elemento comercial en la compraventa Romana*, Ed. Reus, Madrid, 1993, p. 23.

49. *Vid.* Sharedo, Clossio, Tafellio et Mayer, *D. Justiniani Institutionum Libri IV:Curso Histórico - Exegetico del Derecho Romano*, trad. Don Pedro Gómez de la Serna, Edt. Librería de Sánchez, Madrid, 1855, p. 280.

50. Al respecto comenta R. López Melero, “Sobre los orígenes y el carácter de la compraventa en el mundo griego”, *GERION Revista de Historia Antigua*, Vol. 1, 1983, Edt. Universidad Complutense, Madrid, p. 65, que: “En el derecho griego, al igual que en el mesopotámico, el hebreo, el egipcio y el romano primitivo, es decir el *ius civile*, 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*, Ed. Fundación seminario de Derecho Romano, Madrid, 1994, pp. 13 y s.s., 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 multiculturalidad 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”, *Revista Criterio Jurídico*, Vol. 07, Edt. Pontificia Universidad Javeriana, Santiago de Cali - Colombia, 2007, pp. 14 y s.s.; y A. Biscardi, *Diritto greco antico*, Edt. Giuffè, Varese, 1982, pp. 7 y s.s.



y se transmitía o entregaba la cosa,⁵¹ o sea que el acto de vender, al igual que la permuta, era traslativa de la propiedad; aunque como veremos, en la cultura romana gradualmente perdió dicho efecto real transmisor⁵² por la necesidad de flexibilizar el comercio.

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

Si bien desde tiempos inmemoriales griegos⁵³ la permuta se ha mantenido hasta nuestros días como un contrato real, que implica intercambiar una cosa por otra,⁵⁴ 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 *mancipati*,⁵⁶ aunque se hallan doctrinalmente contempladas como “compraventas reales”⁵⁷ por introducir novedosamente el uso del dinero,⁵⁸ no ostentan fehacientemente el correcto significado del acto de comprar y vender, por continuar sopor-tando elementos formales tales como su perfeccionamiento por medio de la entrega material de la cosa o la transmisión del derecho de propiedad,⁵⁹ contrarios a su ya perfilado, para ese entonces, espíritu consensual.⁶⁰

51. Vid. R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations Of The Civilian Tradition*, Ed. Oxford University Press, New York, 1996, pp. 230 y s.s.; y J. LLAMAS, *Estructura científica de la venta / Scientific Structure of Sales*, Edt. Limusa, México, 2004, Ed. 2ª, p. 5.

52. Consúltese otra vez a V. Arangio Ruiz, *ob. cit.*, p. 13 y s.s.

53. “Come gli altri contratti, la vendita (πρ οίς- νή) presuppone il consenso delle parti. Essa si perfeziona tuttavia con il pagamento dl prezzo e la contestuale consegna della cosa. Infatti, a differenza del parallelo istituto romano (emptio-venditio consensuale), la compraventa 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”. Así lo relata A. Biscardi, *ob. cit.*, p. 151.

54. Vid., nuevamente, V. Arangio Ruiz, *ob. cit.*, p. 376.

55. Cf., por ejemplo, M. Villey, *El Derecho Romano*, trad. Publicaciones Cruz, Ed. Publicaciones Cruz, México, 1993, pp. 23, 88 y 91.

56. Noción expresada por autores franceses como G. Bry, *Principes de Droit Romain*, Ed. Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1911, p. 263.; y J. Gaudemet, *Droit Privé Romain*, Edt. Montchrestien, Paris, 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 inconvénients”. En conexión también consúltese J. De Churruca, *Las Instituciones de Gayo en San Isidro de Sevilla*, Edt. Universidad de Deusto, Bilbao, 1975, p. 96.

57. G. Archi, *ob. cit.*, p. 7.: “La doctrina sua così 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 pamento del prezzo”. En el mismo sentido B. Nicholas, *ob. cit.*, p. 225.

58. Sobre el tema ver apreciaciones de V. Arangio Ruiz, *ob. cit.*, Pág. 4. F. Betancourt, *ob. cit.*, p. 309.; y M. Talamanca, *ob. cit.*, p. 581.

59. Cf., v.gr., J. Miquel, *ob. cit.*, p. 304.

60. Gayo 3, 139.



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 de obligacionalidad que identifican a la compraventa moderna, debido a un fenómeno más geoeconómico que sociojurídico,⁶² que estriba en el hecho de que Roma se convierte en una potencia mundial,⁶³ causado en gran parte por su victoria definitiva sobre su principal competidor Cartago (guerras Púnicas).⁶⁴

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

61. Vid. R. 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*, Edt. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D. C., 2004, p. 182. en armonía con lo expresado por B. Nicholas, *ob. cit.*, p. 214.: “Desde luego, la sustancia de un contrato bilateral podría expresarse mediante dos estipulaciones”. D. 18, 1,25,1 ULPiano: “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, V. Arangio Ruiz, *ob. cit.*, pp. 82 y s.s. J. Miquel, *ob. cit.*, pp. 321 y 322.

64. Situación replicada por H. Valencia Restrepo, *Derecho Privado Romano*, Edt. Señal Editora, Medellín, 2008, Ed. 6a, p. 129.

65. Vid. A. Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, Edt. UTET, Torino, 1998, Ed. 4a, p. 451. Así mismo, A. Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, Edt. Jurídica de Chile, Barcelona, 2001, t. 2, p. 182. “Posiblemente esto haya que conectarlo con el apareamiento de profesionales de la compraventa, esto es, de comerciantes, que por soler ser extranjeros practicaron un comercio ambulante.”; y A. Fernández De Bujan, *ob. cit.*, p. 69 y s.s.

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 Societa' Romana*, Edt. Riuniti, Roma, 1982, pp. 490 y s.s.; y L. ARU y R. ORESTANO, *Sinopsis de Derecho Romano*, Edt. Epesa, Madrid, 1964. Ed. 1a. p. 6.

67. *Cf.* R. Monier, *Manuel Elementaire de Droit Romain*, Edt. Domat Montchrestien, Tomo I, 1947, Ed. 6ª, p. 366.

68. D. 19, 1,30,1 Aficano:... “el vendedor solamente se obliga a que le sea lícito al comprador tener la cosa, no también a hacerla de él.”

69. Vid. G. Melillo, *ob. cit.*, pp. 23 y s.s.



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 primordial,⁷⁰ 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 romanístico,⁷² y sobre la cual recae primordialmente la extinción o consumación de la venta, por ser la consecuencia a la celebración de esta⁷³ y por estar desprovista de toda solemnidad.

Las cualidades de consensualidad, bilateralidad e intención contractual,⁷⁴ 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

70. Consúltese noción de R. Sohm, *Instituciones de Derecho Privado*, traduc. 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”. Vid. M. Alonso Pérez, *Estudios de derecho de obligaciones bomenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Edt. La Ley, Madrid 2006, T. II, p. 408. D. 41, 1,20 ULPiano: “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. Vid. M. Ortolan, *Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, traduc. de Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas, novísima quinta edición, Madrid, 1884, T. II, pp. 295 y 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, R. Badenes Gasset, *ob. cit.*, p. 17.; y J. Carames 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 paestre). 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 vacuum 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. Cf. F. Betancourt, *Derecho Romano Clásico: Una Lectura Crítica*, Universidad de Sevilla, 2007, Ed. 1ª, pp. 639 y 640.

74. <El perfeccionamiento del “acuerdo de las partes” señala el nacimiento del contrato...> L. Ferri, *Lecciones sobre EL CONTRATO – Curso de derecho Civil, Título original: Lezioni sul contratto – Corso di diritto civile*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, Ed. 2ª y 1ª edición en Castellano, 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 interprete 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*, Edt. Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 100.

75. R. Ochoa Carvajal, *Bienes*, Edt. Temis S.A., Bogotá D.C., Ed. 6ª, p. 97.: “d) La tradición es una convención... El vendedor contrae la obligación 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 esta presente las declaraciones o acuerdo de Voluntades del tradente 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. Cf. C. Medellín, *ob. cit.*, p. 117.



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 corporalidad,⁷⁸ contenida en la tradición.

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

Habiendo examinado brevemente el desarrollo del traspaso de la propiedad en la compra y venta, en este punto, consideramos que la discusión no residen en que si esta es o no consensual, ya que dicha cualidad queda demostrada por el hecho de ser valorada intrínsecamente como un contrato consensual⁷⁹ en donde las partes tienen una motivación. La discusión 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 cosa.⁸⁰

De antemano percibimos que esta disyuntiva es originada por la cercana relación causal entre la compraventa y la *tradición*,⁸¹ 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

76. “Es consensual porque se perfecciona por el solo consentimiento o acuerdo de cada contratante.” E. 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*. Edt. Editorial Jurídica Cono Sur, Chile, 2001, Segunda Edición. Vol. 2., p. 20.

78. “Traditio significa consegna o più genericamente messa a disposizione di una cosa corporeale...” A. Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, Edt. UTET, Torino, 1998, Ed. 4a, p. 306. Definición compartida, *v.gr.*, por J. Arias Ramos, *Derecho Romano*, Edt. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, Ed. 6a, 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 promesas 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*, Edt. Dykinson, Madrid, 2006, p. 298.

81. *Vid.* M. Talamanca, *ob. cit.*, p. 435.



sistema legal logre describir dicho acontecimiento jurídico usando un lenguaje acertado, depende la armonía de la ley con la práctica o lo que realmente se quiso hacer frente a lo que se declara en la compraventa.⁸²

5. De la mancipación a la tradición, evolución histórico-jurídica de la transmisión de cosas a la transferencia de derechos en la compraventa

En la roma clásica la compraventa inicialmente era manual,⁸³ 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 público,⁸⁷ porque requería la presencia de las partes, cinco testigos púberes y un 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 precio.⁸⁸

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

82. Pomponio 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. *Vid.*, v.gr., comentarios de G. Floris Margadant, *ob. cit.*, p. 392.; y E. Álvarez Correa, *Curso de Derecho Romano*, Edt. Pluma, Bogotá, 1979, pp. 309 y s.s.

85. “Compra (*emptio*) Venta (*venditio*)”. M. García Garrido, *Diccionario de Jurisprudencia romana*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, Ed. 3ra, reimpresión. p. 119.; y E. Álvarez Correa, *ob. cit.*, p. 455, entre otros.

86. *Cf.*, nuevamente, M. Kaser, *ob. cit.*, p. 41 y s.s.

87. Muchos autores debaten el significado de la “mancipatio”, nosotros nos inclinamos en asumir que primero hubo una “mancipatio real” y posteriormente una “mancipatio simbólica” que desembocó en el nacimiento de la “tradición”. Según perspectiva de R. Badenes Gasset, *ob. cit.*, p. 13.

88. *Vid.*, explicaciones de F. Schulz, *ob. cit.*, p. 330 y s.s. R. Monier, *ob. cit.*, pp. 138 y s.s. C. Medellín, *ob. cit.*, p. 112.

89. *Cfr.*, nuevamente, E. 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...”.



unilateral,⁹⁰ de la cosa.⁹¹ 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 (*títulos-compraventa*) y un momento de consumación (*modus-mancipatio*).⁹²

Después de la *mancipatio real* surge una *mancipatio imaginaria*, debido al nacimiento de la moneda,⁹³ 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 pago;⁹⁵ la forma, la solemnidad y lo público⁹⁶ no tenían razón de ser, ya que el comprador adquiriría una propiedad *bonitaria*,⁹⁷ llamada así, al dominio transmitido por la *tradición* o entrega.⁹⁸

90. Según A. Guzman Brito, *Derecho Privado Romano*, Edt. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, T. 1, 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. *Vid.*, por ejemplo, P. Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, Edt. Giuffrè Editore, Milano, 1968, Vol. 2, pp. 182 y s.s. y M. Talamanca, *ob. cit.*, p. 434.

92. A. Burdese, *ob. cit.*, p. 301 y s.s.

93. Consúltese, A. Biscardi, J. Murga Gener y otros, *Derecho romano de Obligaciones: Homenaje al profesor José Luís Murga Gener*, Edt. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 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 A. Fernández De Buján, *ob. cit.*, Págs. 49 y s.s., que: “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*, Edt. Dykinson, Madrid, 2004, pp. 249 y s.s.

95. *Cf.* Ramón Badenes Gasset, *ob. cit.*, p. 14.

96. Ver argumentos de Giovanni Pugliese, *Scritti Giuridici Scelti*, Edt. Jovene, Napoli, 1985. Vol. 1, pp. 4 y s.s. y de A. E. Giffard, *ob. cit.*, p. 53.

97. Ilustra M. Kaser, *ob. cit.* pp. 111 y 112. que “Con el paso del tiempo la “mancipatio”, con visos de permuta, deja de ser por sí sola una venta manual a ser un “acto transmisivo” para cumplir diversos fines como “la venta al contado y a plazo”.

98. *Vid.* F. Betancourt, *ob. cit.*, p. 326: “La *traditio* o entrega es un modo del derecho de gentes (*ius gentium*) de adquirir causalmente el dominio o propiedad civil de un bien...por la simple entrega material o simbólica del mismo”.



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 ausente de toda formalidad. Justiniano unifica los diferentes tipos de bienes y regímenes jurídicos aplicables a las diferentes habitantes del territorio romano,¹⁰¹ 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 postclásico¹⁰³ (230 al 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. Así mismo, 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 precio,¹⁰⁵ trasla-

99. “...la traditio en el fondo viene a consistir en que le tradens deje 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. A. Guzmán Brito, *ob. cit.*, p. 526. Igualmente comentarios de X. Cecchini Rosell, *ob. cit.*, p. 18-19; V. 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 recurrían a la compraventa con la sucesiva traditio les beneficiaba la rápida adquisición de la propiedad por usucapión”. E. Álvarez Correa, *ob. cit.*, p. 457. L. Argüello, *Manual de Derecho Romano: Historia e Instituciones*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993. Ed. 3a. p. 320. G. Archi, *ob. cit.*, pp. 90 y s.s.: “*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 como tipi di *vendita formale* e non *formale**”.

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

101. H. Hattenhauer, *Conceptos fundamentales del Derecho Civil. Introducción histórico-dogmática*, Ed. Ariel, Barcelona, 1987, p. 84. R. Monier, *ob. cit.*, p. 368 y s.s.

102. X. Cecchini Rosell, *ob. cit.*, p. 19 y s.s.

103. J. De Los Mozos, *ob. cit.*, p. 15.

104. Cf., otra vez, 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*, Ed. Edersa, 1986. Ed. 18a. V. 1. pp. 259 y 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,...”. G. Archi, *ob. cit.*, p. 29.

105. Durante el período de la cultura bizantina (527 d. C. - 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 la “buena fe”, prefiriéndose la venta al contado o manual. Estos tipo de hechos seguramente fueron los que motivaron el nacimiento del “*Corpus Iuris Civilis*” que a la postre otorgo



dándose directamente la propiedad en el contrato; esto trae consigo el problema de distinguir entre causa remota del *título* y la causa inmediata del *modo* (tradicción). Por lo tanto, separar la naturaleza de los actos obligacionales de los actos de enajenación¹⁰⁶ se volvió igualmente difícil.

6. Transmisión de la propiedad –tradicción y entrega– partes integrales del fenómeno y proceso de la translación 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 (subjetivo) nace *ex novo*¹⁰⁸ en la persona de su titular”; pero se admitía una transmisión cuando existía una recíproca 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, transiere*)” en los negocios de adquisición derivativa¹⁰⁹ (*mancipatio* y *traditio*). Por consiguiente es importante situar el fenómeno de la transmisión del dominio referida al *modus acquirendi* y la promesa de transferir al *titulos ad acquirendum*.

una mayor seguridad jurídica a la época. F. Betancourt, *ob. cit.*, pp. 106 y s.s.

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

107. *Cf.*, nuevamente, M. KASER, *ob. cit.*, p. 111.

108. Un mismo derecho no se traspassa 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 de Claudio nazca un nuevo derecho y este se transfiera. F. Gallo, *Studi sul Trasferimento della proprietà in diritto romano*, Edt. G. Giappichelli, Torino, 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 traspasso di uno stesso identico diritto da un soggetto a un altro”. Por su parte manifiesta F. Schulz, *ob. cit.*, p. 325, que: “...el concepto de la llamada sucesión singular o particular, fue desconocida de los juristas clásicos. Es dudoso que estos juristas usaran las metáforas *traslatio dominii, transferre 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”. F. Hinestrosa, *ob. cit.*, p. 382.



En síntesis, para los romanos del periodo arcaico y mediados del clásico, transmisión era sinónimo de entrega corporal porque no se admitía un desplazamiento del derecho de dominio propiamente dicho;¹¹⁰ 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*,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 adquirente;¹¹³ siendo el *tradente* dueño de la cosa, “la tradición o entrega que de ella haga fundada en la justa causa,¹¹⁴ 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

110. Vid. A. 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*, Edt. Heliastás, Buenos Aires, 1978. p. 141 que: “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; cámbiase uno de estos elementos, y ya no se tiene el mismo derecho”.

111. Pomponio 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...” Comentario hecho por J. Arias Ramos, *ob. cit.* p. 357. Para mayor ilustración manifiesta L. Argüello, *ob. cit.* p. 240, que: “Se exigía también la preexistencia de una causa que justificara la tradición, llamada *iusta causa traditiois*. 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. Cf. Emilio Betti, *Instituzioni di Diritto Romano*, Edt. Cedam: Casa Editrice DOTT, Padova, 1947, Vol. 1, pp. 397 y 398. “...Traditio, consiste in un trasferimento consensuale della possessio, diretto ad attuare fra le parti un rapporto idoneo a giustificare, secondo la valutazione dell' ordine giuridico, l' acquisto della proprietà”.

114. “...la venta era una *iusta causa de adquisición*.” J. Caramés Ferro, *ob. cit.*, p. 286.

115. Vid., v. gr., A. Ferretti, *Derecho Romano patrimonial*, Edt. Universidad Autónoma de México, México, 1992. Ed. 1ª, pp. 46 y s.s.

116. Cfr. Luigi Aru y Riccardo Orestano, *Sinopsis de Derecho Romano*, Edt. Epesa, Madrid, 1964. Ed. 1a. p. 182. En conexión con A. E. Giffard, *ob. cit.*, pp. 59 y s.s.; y E. 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”. G. Bry,



pretende justificar la transferencia de la propiedad u otro derecho; pues, si igualmente llega a estar separada de la “tradicción”, bajo esta situación, sería un “contrato desnudo”.¹¹⁸

Actualmente podemos decir que, en el sistema romano-clásico los derechos no se transferían, simplemente se transmitía¹¹⁹ o se entregaba la cosa objeto de venta; fue solo a partir del derecho romano-post-clásico 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 *tradicción* 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 *tradicción* y evidencia del desplazamiento real de la cosa.¹²¹

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

Ciertamente, *tradicción* en Roma era la acción y la consecuencia de adquirir algo material y entregarla posteriormente a otra persona. Tanto así, que en su raíz lingüística latina antigua el verbo que soporta la expresión “trado” era “trans-dar”, conformado de “dar”, y tal como nos lo cuenta 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 pasarla a otro comensal.¹²² Ante esta anécdota, podemos deducir que para los romanos la naturaleza del acto de la *tradicción* revestía una esencialísima consensualidad de querer

ob. cit., p. 258.

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”. A. 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 siguiere la entrega”. E. 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 J. Arias Ramos y J. Arias Bonet, *ob. cit.*, p. 262.

119. Diferente es el significado arcaico de la palabra romana “*transmissio*” que alude más a la adquisición de la posesión de los legados (mortis causa), que con la transmisión o entrega contractual de la tradición (acto entre vivos). *Vid.*, entre otros, L. Salomón, *Sine vitio nancisci possessionem: La adquisición de la posesión de los legados en el derecho romano clásico*, Edt. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 107 y s.s. F. Gallo, *ob. cit.*, pp. 131 y s.s.; y F. Gutiérrez-Alviz y Armario, *Diccionario de Derecho romano*, Ed. Reus, Madrid, 1995, Ed. 4ª, p. 673.

120. “...una venta típica es un convenio para transferir la propiedad de una cosa...” B. Nicholas, *ob. cit.*, p. 226.

121. *Vid.*, otra vez, E. Betti, *ob. cit.*, p. 400.

122. Cf. R. D. Rabinovich-Berkman, *Derecho romano*, Edt. Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 345.



satisfacer una necesidad básica de su cotidianidad;¹²³ que debido a 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, el arado, semovientes, la 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, a una aceptación de una *posesión inmaterial* y por ende una *tradición* simbólica a la luz de los textos romanos clásicos.¹²⁸

Otro de los múltiples usos que algunos tratadistas¹²⁹ del derecho romano le otorgan a la *traditio*, a la luz de la interpretación de los

123. “La *traditio*, es una figura que no fue creada por la ciencia jurídica romana, sino que está 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 detentación, la posesión o la propiedad. El ordenamiento jurídico elevó este traspaso material, cuando iba acompañado de otros requisitos, a la categoría de modo de adquisición de la propiedad”. L. Salomón, *ob. cit.*, pp. 23-24. En concordancia con J. 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 a otro una cosa suya.

D. 41, 1,43,1 Gayo: Es manifiesto que las cosas incorpóreas no admiten entrega ni usucapción. Institutas de 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 consúltese a E. Álvarez Correa, *ob. cit.*, p. 449.

125. *Vid.* F. Schulz, *ob. cit.*, pp. 335 y s.s.: “*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: “Así mismo, si alguno hubiere vendido las mercancías puestas en un almacén, transfiera al comprador la propiedad de los mercancías lo mismo que si le hubiere entregado al comprador las llaves del almacén.” J. Coma Fort, *ob. cit.*, pp. 28 y s.s.

127. *Cfr.* E. Albertario, *Corso di diritto romano: Il possesso*, Edt, Giuffrè, Milano, 1946, p. 36.

128. En el D. 41, 2,3,13 Paulo, en palabras de Nerva Hijo menciona, que se puede poseer una cosa, que si bien no se encuentre en nuestro poder, esta bajo nuestra custodia o vigilancia, siendo entonces posible una tradición simbólica. Véanse comentarios de B. Nicholas, *ob. cit.*, p. 161; y J. Arias Ramos y J. Arias Bonet, *ob. cit.*, p. 260.

129. *Vid.* C. Accarias, *Précis de Droit Romain*, Edt. Libraire Cotillon, París, 1886, T. 2, p. 556; M. Talamanca, *ob. cit.*, pp. 739 y s.s.; A. Pezzana, *Contributo allo studio del legado “sinendi modo”*, Edt. Giuffrè, Milano, 1958, pp. 54 y s.s., y G. Grosso, *I legati nel diritto romano - Parte generale*, Edt. G. Giappicheli, Torino, 1962, Ed. 2a, p. 84.



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 aprehensión material del bien legado por parte del legatario,¹³¹ 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 por “*mortis causa*”, a fin de denotar, entre otras, el comportamiento del legatario de apropiarse materialmente de la cosa legada. De ahí que, la palabra *tradição*, en la sucesión de la herencia por causa de muerte, sea acuñada incorrectamente¹³⁴ como una expresión alusiva a un acto bilateral, ha sabiendas que la *tradição* es un acto entre vivos, bilateral y consensual que alude a una transmisión o entrega antecedida por una justa causa o contrato de compraventa.

Debido a las variadas interpretaciones –desde la perspectiva del derecho romano– que se le han dado a la palabra *tradição* en contexto con las expresiones *transmisión* y *transferencia*, nos obliga inevitablemente a examinar de manera directa el CORPUS IURIS CIVILE, para ver si hallamos de primera mano evidencias jurídicas que nos permitan constatar los diferentes usos prácticos a estas palabras e intuir su alcance de aplicación normativa en el contrato de compraventa.

8. Del significado práctico de los actos de transmisión y transferencia en el CORPUS IURIS CIVILE

Crear que durante el transcurrir 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 compraventa, acoplándose con la *tradição* al punto de generar una interdependencia armónica, es algo difícil de aceptar.

130. D. 41, 8,8 Pampiniano: Si non traditam possessionem irigrediatu sine vitio legatarius, legatae rei usucapio competit. (Si el legatario entrara sin vicio en la posesión que no se le había entregado, le compete la usucapión de la cosa legada.)

131. Cf., de nuevo, L. 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’.” Vid. L. Moisset De Espanés, “*La Tradição Traslativa del Dominio (El Código Civil español y el sistema Iberoamericano)*”, *Revista de Derecho Privado*, Número 11, Noviembre - Diciembre 2004, Edt. Edersa, pp. 771 – 786. p. 773.

133. Vid. G. Archi, *ob. cit.*, p. 68.

134. De acuerdo con G. 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 accenato sopra, quando la *mancipatio* serviva da modo di acquisto per causa diversa dalla vendita, si ricorreva alla *mancipatio nummo uno*.”



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 si 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 contratos,¹³⁵ y al unísono lograr interpretar mejor la voluntad interna¹³⁶ de las personas o lo que estas desean,¹³⁷ y que en últimas es lo que termina aconteciendo en la mayoría de los casos.¹³⁸

Gracias a la obra del CORPUS IURIS CIVILE, podemos constatar cual era el uso que los romanos le dieron a las expresiones transmisión y transferencia en un sentido jurídico postclásico; antepasado compatible con nuestro derecho contractual colombiano, y porque no latinoamericano.

9. La transmisión y 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. De esta simple abstracción se sustenta la idea de que un acto de adquisición del dominio sea considerado como unilateral o bilateral,¹³⁹ identificando dentro de este segundo grupo las formas an-

135. D. 34, 5, 3 Paulo: “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 a V. Roppo, *El contrato del dos mil*, Edt. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 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. “...es el deseo consciente de concluir el negocio y alcanzar las finalidades que constituyen sus efectos.” J. Arias Ramos y J. Arias Bonet, *ob. cit.*, pp. 125 y s.s.

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-. B. Nicholas, *ob. cit.*, p. 230; y J. Arias Ramos, *ob. cit.*, p. 117. -D. 44, 7, 9 Modestino: “También el simple consentimiento basta para la obligación, aunque ello pueda expresarse por palabras.”

138. Pomponio 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. *Vid.*, una vez más, B. Nicholas, *ob. cit.*, p. 215.



tiguas 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 adquirente;¹⁴⁰ provocando intrínsecamente la dificultad de apreciar el “paso” material o transmisión voluntaria del bien,¹⁴¹ y por ende la intrascendencia de los romanos de intentar percibir la transferencia del derecho de propiedad.

Con la institucionalización de la teoría del *título y modo*¹⁴² en el CORPUS IURIS CIVILE, cobra importancia para los juristas poder distinguir entre modos originarios en los cuales existe una marcada unilateralidad material de aprehender las cosas,¹⁴³ y los modos derivativos en donde sobresale su bilateralidad.¹⁴⁴ 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–, si existe un derecho de dominio previo que se transfiere y/o eventuales limitaciones al dominio que eventualmente se extinguen o igualmente se transfieren¹⁴⁸ por efecto bilateral.

140. A. Guzmán Brito, *ob. cit.*, p. 526.

141. “Il concreto di trasferimento della proprietà appare tuttora al centro di vivace 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”. F. Gallo, *ob. cit.*, p. 11.

142. D. 44, 7,55 Javoleno: 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, sino consistiera el ánimo de una y otra parte”.

143. “Todos los modos naturales, con excepción de la *traditio*, son originarios.” B. Nicholas, *ob. cit.*, pp. 175 y s.s.

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 únicamente 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. *Vid.*, *v.gr.*, E. Álvarez Correa, *ob. cit.*, p. 459.

146. M. Sansón Rodríguez, *La transmisión de la Propiedad*, Edt. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 3 y 6. J. Miquel, *Compraventa y Transmisión de la propiedad - Seminarios complutenses de Derecho romano*, Madrid, V, 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 C. Medellín, *ob. cit.*, p. 268, la cual concuerda con las apreciaciones clásicas de autores como A. E. Giffard, *ob. cit.*, p. 4; y E. Petit, *ob. cit.*, p. 488.

148. D. 20, 5,2 Papiniano. *Vid.*, sobre el tema a R. Monier, *ob. cit.*, p. 404.



Por ende, encontramos en los diferentes apartes del CORPUS IURIS CIVILE,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 unilateral,¹⁵² esto es, cuando no lo antecede por lo menos un acto de dación.¹⁵³

En el mismo sentido no sobra advertir que, en algunas partes del CORPUS IURIS CIVILE, que se refieren al acto unilateral de sucesión o de la herencia, se hable de una *transferencia del derecho* para describir la *in iure cessio hereditatis*¹⁵⁴ y no la adquisición del dominio como tal; situación que ha generado que arbitrariamente se use la palabra transferir en las definiciones de actos unilaterales y transmitir en los bilaterales.¹⁵⁵

En conclusión, vemos como el CORPUS IURIS CIVILE 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 detención de un derecho.

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 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." F. Gallo, *ob. cit.*, p. 133 y s.s.

151. Cf., de nuevo a G. Archi, *ob. cit.*, p. 211: "...il trasferimento della proprietà nella compravendita giustiniana avvenisse sempre nel momento della tradizione, perchè ogni cosa venduta nell'età giustiniana 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". E. Betti, *ob. cit.*, p. 9.

153. Cf. A. Guzmán Brito, *ob. cit.*, p. 526.

154. "Solo que no se 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*>, que aquello que tiene el que entrega <el que da en *mancipio*>'. El texto originalmente se refería a la *mancipatio* y los compiladores sustituyeron su mención por la *traditio*" Vid., nuevamente, A. Guzmán Brito, *ob. cit.*, p. 527.

155. Cf. V. Arangio Ruíz, *ob. cit.*, p. 88.



10. Desenvolvimiento histórico de la transferencia de la propiedad por compraventa en Roma

En resumen la venta ha pasado por cinco períodos:

En un primer período muy primitivo la compraventa romana se confunde con la antigua forma Griega¹⁵⁶ de permutación de bienes, en la cual por no existir el dinero, el intercambio o transmisión de las cosas era real.¹⁵⁷ Al no concebirse la transferencia del derecho de propiedad, la entrega material es el factor primordial para aceptar el nacimiento de un nuevo derecho cada vez que se celebraba una permuta.

En un segundo período arcaico o quiritarario, con el acontecimiento gradual de ceremonias unilaterales 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.

Durante un tercer período clásico¹⁵⁸ en donde Roma se convierte en epicentro del comercio mundial, se fortalece la idea del dinero y por ende el concepto del crédito¹⁵⁹ dentro del marco de *bona fides*,¹⁶⁰ 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)*¹⁶¹ y *modo para adquirir (mancipatio o traditio)*.

Un cuarto período que aproximadamente¹⁶² podemos situar a finales de la República, en donde 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 después.¹⁶³ En esta etapa de auge mercantil, los modos derivativos de adquirir la propiedad cobran importancia y con ello se abstrae la posibilidad de transferir el derecho de propiedad de una persona a otra.

156. *Vid., v.gr.*, G. Archi, *ob. cit.*, pp. 71 y s.s.

157. “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 réciproquement”. A. E. Giffard, *ob. cit.*, p. 52.

158. *Vid.*, nuevamente, G. Archi, *ob. cit.*, pp. 39 y s.s.

159. “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”. A. E. Giffard, *ob. cit.*, pp. 51-52.

160. Idea desarrollada por G. Pugliese, *ob. cit.*, p. 613.

161. *Cfr.*, por ejemplo, J. Coma Fort, *ob. cit.*, pp. 91 y s.s.

162. Reseñado por J. Caramés Ferro, *ob. cit.*, pp. 276–277.

163. C. Cannata, *ob. cit.*, pp. 18 y s.s.



Por último, una época postclásica en la que la teoría del *título y del modo* impera,¹⁶⁴ 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).

11. La segunda vida del sistema romano de la transferencia de la propiedad en la compraventa: del CORPUS IURIS CIVILE a la teoría voluntarista

Hacia finales del siglo X e inicios del XI un grupo de juristas italianos inspirados en el derecho justinianeo,¹⁶⁵ inician la escuela de los glosadores que alcanza su máximo desarrollo en el Siglo XVIII con los postglosadores.¹⁶⁶ Esta corriente académica, liderada por la recién creada Universidad de Boloña¹⁶⁷ (año 1088), aprovechando la novedad que causaba en occidente el derecho romano de oriente,¹⁶⁸ se dedican al estudio del CORPUS IURIS CIVILE y de sus figuras jurídicas, con el fin de entenderlo e implementarlo de la forma más eficiente¹⁶⁹ en aquellas naciones integrantes del “sacro imperio romano germánico”,¹⁷⁰ 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 traducción,¹⁷¹ 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

164. Cf. G. Archi, *ob. cit.*, pp. 161 y s.s.

165. V. Piano Mortari, *Dogmatica e Interpretazione: i Giuristi Medievali*, Edt. Casa Editrice Jovene, Napoli, 1976. pp. 10 y s.s.

166. F. Carpintero, “En torno al método de los juristas medievales”, en: *Anuario de Historia del Derecho Español*, (AHDE) 52, 1982, pp. 617 y s.s.; J. Dhondt, *Historia Universal: La alta edad media*, Trad. Esteban Drake, Edt. siglo XXI, México, 2006, Ed. 23, Vol. 10, p. 310.

167. *Vid., v.gr.*, E. Cortese, *il Rinascimento Giuridico Medievale*, Edt. Bulzoni, Roma, 1996, Ed. 2 riveduta, pp. 39 y s.s. y J. Castillejo, *ob. cit.* p. 505.

168. J. Castillejo, *ob. cit.* pp. 497 y s.s. L. Argüello, *ob. cit.* pp. 120 y s.s.

169. *Cfr.* G. Floris Margadant, *La segunda vida del Derecho romano*, Edt. Miguel Ángel Porrúa, México, 1986, Ed. 1ª, Capítulo IX – Los Glosadores, pp. 99 y s.s.

170. *Vid.*, sobre el particular, F. Calasso, *Storicità del diritto*, Edt. Giuffrè, Milano, 1966, p. 353. G. Floris Margadant, *ob. cit.* Capítulo VI – El derecho en los siglos más oscuros de la Edad Media, pp. 71 y s.s.

171. Desde el punto de vista histórico, ver comentarios de autores como Paolo Grossi, *El orden Jurídico Medieval*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 160 y s.s. B. Brugi, *Per la Storia della giurisprudenza e delle università italiane*, Turín, 1921, p. 11; F. Calasso, *Medioevo del Diritto*, Milán, 1954, T. I, 533 55.; F. C. De Savigny, *Storia del Diritto romano nel Medioevo*, Turín, 1863, T. II, 235, 55. y G. Floris Margadant, *ob. cit.*, p. 389.



CORPUS IURIS CIVILES.¹⁷² Pero en realidad, el notable aporte de los glosadores fue que al redescubrir el legado de Justiniano,¹⁷³ desvelaron el sendero para que los “comentaristas”¹⁷⁴ del derecho interpretaran y, al igual que las venideras generaciones de doctrinantes, se cuestionaran sobre el significado práctico de palabras latinas¹⁷⁵ de uso cotidiano como: *traditio* (tradición), *transmissio* (transmisión), *transfere* (transferir) y *dare* (dar);¹⁷⁶ que se mezclaron circunstancialmente en los varios ordenamientos y sistemas jurídicos de estirpe romanista, pasados y presentes, que han intentado describir el fenómeno de la transferencia de la propiedad en el derecho de cada nación.

12. 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 del imperio de la voluntad*,¹⁷⁷ en la cual el consentimiento como elemento de validez contractual es suficiente para transmitir el

172. Cf. J. Uruburu Colsa, *La vida Jurídica en Madrid a fines de la edad Media*, Edt. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 31 y s.s.

173. Si bien la elaboración del “Corpus Iuris Civile” es atribuible a Justiniano, las transcripciones legiblemente organizadas y breves reseñadas 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*, Edt. Tecnos, Madrid, 1983, Ed. 4a, 9a reimpresión, 2001, Cit.: Tomás - Valiente, *Historia*, 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.

174. “A partir del XIV y en la misma universidad de Bolonia, la escuela de los Glosadores va a ser superada por una nueva orientación metodológica más libre y flexible de interpretación y argumentación.” F. Betancourt, *ob. cit.*, p. 130. En el mismo sentido, P. Grossi, *El orden Jurídico Medieval*, Edt. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 59 y s.s. y J. Castillejo, *ob. cit.* p. 500.

175. Cf. 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 No. 3*, Edt. Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá D. C., 1996, Ed. 1a, pp. 288 y s.s. “El comentario a diferencia de la glosa, que entonces más allá del análisis semántico o lexicográfico del ‘corpus iuris’; su cometido, más que circunscrito al rastreo gramatical del las fuentes justinianeas con propósitos explicativos, se orientó a la búsqueda del sentido, a auscultar la entrañas del texto o textos...”.

176. F. Gallo, *ob. cit.*, p. 31.

177. *Vid., v.gr.*, L. Díez Picazo y P. De León: “Autonomía privada y derechos reales”, en *Libro Homenaje a Ramón M^a Roca Sastre*, Edt. Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, 1976, Volumen II, pp. 299 y s.s.; H. Hattenhauer, *Conceptos fundamentales del Derecho Civil. Introducción histórico-dogmática*, Edt. Ariel, Barcelona, 1987, pp. 63 y 64.; y E. 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”.



dominio,¹⁷⁸ y con mayor énfasis, cuando la entrega puede ser ficticia o simbólica.¹⁷⁹

Tanto fue el impacto de la anterior teoría filosófica, que fue acogida por la mayoría de juristas modernos¹⁸⁰ (1.600 al 1.900 d. C.), siendo ejemplo destacable de ello, el Código napoleónico y, a la postre, con mayor eficiencia el Código italiano;¹⁸¹ sistemas en los cuales no se distingue el *título* del *modo*.¹⁸²

Pero no todos los países siguieron el anterior pensamiento, por eso hoy sobresalen dos sistemas jurídicos contemporáneos que asumen la tarea de regular individualmente el acontecimiento de la traslación del dominio en la compraventa: *a)* un acrisolado sistema de transferencia causal, supérstite en la mayoría de codificaciones civiles latinoamericanas por efecto de la imposición y gradual adaptación del Derecho romano-castellano; y *b)* otro ideado por el codificador francés, en donde la transferencia de la propiedad se da por la sola celebración del contrato o negocio causal de compraventa que eventualmente fue acogido por algunos países del continente americano.

13. A modo de conclusión

La existencia de una compraventa consensual es el producto de un extenso proceso evolutivo que al parecer se remonta a tiempos arcaicos romanos, en los que originalmente se practicaban primitivas formas de transferencia de la propiedad de carácter real que poco a poca fueron perfeccionándose hasta consolidar el método traslativo del *título* y el *modo* en el que la propiedad se transfiere en un instante posterior, esto es, en la entrega de la cosa vendida.

178. B. Kozolchik, *La Contratación Comercial en el Derecho Comparado*, Edt. Dykinson, Madrid, 2006, 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 al Corpus Iuris Civilis y los escritos de los glosadores y comentaristas medievales para adaptarlos a las circunstancias de la Europa renacentista".

179. D. 41, 1,9,5. En relación ver explicaciones de J. Arias Ramos, *ob. cit.*, p. 358.

180. Hugo Grocio, Rousseau, Montesquiev, Arthur Schopenhauer y Ferdinand Tönnies entre otros muchos.

181. *Cfr.* R. Zimmermann, *ob. cit.*, pp. 68 y s.s.

182. Véase de nuevo, B. Kozolchik, *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 los 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".



Por otra parte, la presencia en el mundo jurídico actual de una compraventa dotada de eficacia real –capaz de traspasar por si sola la propiedad–, resulta ser el producto de una particular interpretación de ancestrales procedimientos jurisprudenciales romanos en los que el acto de comprar y vender reviste un acentuado materialismo (Ej. la *mancipatio*, la *in jure cessio* y la *traditio*). Percepción que casualmente acabó instituyéndose en el Código civil de Francia bajo el esquema del *solo consensu*, técnica consensualista de transferencia de la propiedad que –bien o mal– acabó permeando la estructura de varias codificaciones americanas gracias a la amplia difusión que tuvo el *Code* en todo este continente, especialmente durante los siglos XIX y XX.