

DIEGO FERNANDO MONJE MAYORCA

Doctor en Derecho

# EL “SOLO CONSENSU” Y LA TEORÍA DEL “TÍTULO” Y EL “MODO”

UN ESTUDIO SOBRE SU PARENTESCO Y AFINIDAD  
PRÁCTICA PARA SUPERAR LAS DIFERENCIAS TEÓRICAS



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia

2014

# ÍNDICE GENERAL

## INTRODUCCIÓN

### LA TRANSFERENCIA DEL DOMINIO, PIEDRA ANGULAR DEL DERECHO CONTRACTUAL

	PÁG.
1. Antecedentes .....	1
2. Delimitación del campo de estudio.....	3
3. Finalidad .....	4
4. Fundamento teórico .....	5
5. Estructura .....	6

## CAPÍTULO I

### EL PRINCIPIO DE TRASFERENCIA DE LA PROPIEDAD “SOLO CONSENSU”

#### **Sección I.**—*El origen de una “novedosa” técnica traslativa*

1. La cuestión en el derecho francés .....	9
2. Una nación dividida por sus costumbres .....	11
3. El período del Antiguo Régimen: entre el derecho consuetudinario y el de- recho escrito .....	14
4. Principios del derecho romano en el antiguo derecho francés .....	17
5. La tradición simbólica, el legado que encauzó la aproximación de los dos derechos en Francia desde la perspectiva romana .....	24

#### **Sección II.**—*Primicias espiritualistas*

6. La cláusula “dessaisine-saisine”, fundamento autóctono de la técnica fran- cesa para transferir la propiedad .....	28
7. La necesidad de imprimirle publicidad a los actos de enajenación: la “nan- tissement” .....	32
8. El aporte germánico en las formas de apropiación feudales francesas .....	34

#### **Sección III.**—*El nuevo régimen francés*

9. La decisión de los codificadores para otorgar seguridad jurídica a los actos de transferencia de la propiedad .....	37
10. La regla de la “posesión vale título” en la compraventa de bienes muebles....	40

**Sección IV.**—*La Escuela del derecho natural racionalista, cimiento ideológico de la teoría “consensualista” francesa*

	PÁG.
11. Fundamento de la escuela del derecho natural racionalista .....	44
12. El derecho de propiedad en el racionalismo: la voluntad como herramienta de transferencia.....	47
13. El derecho natural racionalista en el pensamiento ilustrado de los filósofos franceses .....	50

**Sección V.**—*El paradigma del sistema consensualista*

14. El artilingo jurídico de los codificadores franceses que permitió asumir el sistema del “solo consensu” .....	54
15. El contenido del contrato de venta, ¿una discusión finiquitada en Francia? ....	58
16. La obligación de “dar”: ¿sinónimo de entrega o de transferencia de la propiedad en la venta? .....	61
17. El papel de la “tradicón” en el derecho francés.....	63

CAPÍTULO II

EL SISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO Y EL MÉTODO  
CONSENSUALISTA: ANTECEDENTES Y TRATAMIENTO

**Sección VI.**—*El panorama de la transferencia de la propiedad antes de la codificación civil latinoamericana*

18. La cuestión en el derecho iberoamericano .....	67
19. La traslación de la propiedad en los códigos medievales castellanos .....	70
20. La influencia de la escuela glosadora y de las “Siete Partidas” en la asimilación de un sistema causal de transferencia de la propiedad en el derecho español .....	78
21. La herencia ibérico-castellana en el derecho indiano .....	81
22. Principales vicisitudes sobre el sistema de transferencia de la propiedad asumido en el período independentista latinoamericano (siglos XVIII y XIX) .....	83
23. La idea de la codificación civil, factor determinante para configurar un método autóctono latinoamericano traslativo de la propiedad .....	87

**Sección VII.**—*El sistema de transferencia asumido por Bello*

24. La filosofía jurídica de BELLO, factor fundamental para la concepción de un sistema traslativo de la propiedad en el Código Civil de Chile.....	90
25. La coexistencia del “ius naturalismo” y del “historicismo” en el Código Civil chileno, evidencia de una armonización filosófica-jurídica sobre la transferencia del dominio .....	97
26. El aporte de DOMAT y de POTHIER en la perspectiva de ANDRÉS BELLO de adoptar la teoría del “título y modo” .....	99

	PÁG.
27. La trascendental contribución del método axiomático de J. G. HEINECCIUS ....	101
28. Las formas de efectuar la tradición en el Código Civil chileno y su influjo en la legislación colombiana.....	105
<b>Sección VIII.—La técnica traslativa de la propiedad de Andrés Bello: patrón codificador para Latinoamérica</b>	
29. El tratamiento conferido a la transferencia de la propiedad por AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS .....	110
A) La jurisprudencia romana supérstite en el Derecho ibero-lusitano, origen del sistema traslativo brasileño.....	112
B) Entre el pensamiento “iusnaturalista” y las ideas historicistas alemanas ....	116
C) La forma de trasferir el dominio en el derecho brasileño .....	120
30. La senda seguida por la legislación civil argentina .....	124
A) El escenario ideológico de la Argentina del siglo XIX .....	127
B) La técnica de transferencia adoptada por VÉLEZ SARSFIELD .....	130
C) El debate sobre la transferencia de la propiedad inmobiliaria .....	133
31. El modelo de compraventa en el ámbito latinoamericano.....	136
A) Los códigos que siguieron el camino trazado por BELLO, TEIXEIRA DE FREITAS y VÉLEZ SARSFIELD .....	137
B) Los códigos civiles latinoamericanos que asumen un modelo de compraventa eficazmente real .....	144
32. La tendencia adoptada en la comunidad internacional sobre el sistema para la circulación de bienes.....	151

### CAPÍTULO III

#### FISONOMÍA ACTUAL Y APARENTES DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA CONSENSUALISTA Y LA TEORÍA DEL TÍTULO Y MODO

##### **Sección IX.—El influjo de la sinalagmaticidad en la compraventa: el riesgo**

33. La sinalagmaticidad: característica fundamental para establecer el momento de formación y de los riesgos en la venta.....	160
34. La cuestión de los riesgos en la venta, entre una regla general y una excepcional .....	162
35. El dilema para los Codificadores: ¿los riesgos soportados por el comprador o la interpretación iusnaturalista del “res perit domino”? .....	169
36. El “res perit domino” en la compraventa supeditada a una condición .....	175
37. La convergencia entre el Código de BELLO y el “Code” en materia del riesgo por pérdida de la cosa debida .....	178
38. El tratamiento del riesgo por pérdida de la cosa debida en el derecho actual, evidencia de una proximidad entre los dos sistemas traslaticios de la propiedad.....	182

	PÁG.
A) Ejemplos legislativos en los que convive una compraventa eficazmente real con el principio del riesgo a cargo el comprador (“periculum emptoris” o “res perit creditori”).....	183
a) La fórmula italiana de imputar el riesgo desde una perspectiva contractual .....	183
b) El enfoque del derecho mexicano .....	186
c) El método acogido por Venezuela .....	186
d) Otros regímenes en los que se evidencia la imputación del riesgo en función del ámbito contractual.....	187
B) El riesgo transferido al vendedor (periculum venditoris) dentro del contexto de una compraventa sin efecto traslativo de la propiedad.....	187
a) El momento de la “tradición”, factor fundamental para imputar el riesgo en el Código Civil alemán .....	188
b) El esquema proyectado por el codificador argentino .....	193
c) La postura del Código civil brasileño .....	194
C) El riesgo transferido al comprador (“periculum emptoris” o “res perit creditori”) dentro del contexto de una compraventa sin efecto traslativo de la propiedad.....	195
D) Los casos peculiares del derecho peruano y del derecho colombiano ....	195
a) El caso de Perú.....	195
b) La situación del derecho privado colombiano .....	197
39. La imputación del riesgo en el derecho privado internacional.....	206
40. El método de transferir el riesgo acogido en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía (CEC) y por el “Draft Common Frame of Reference del Study Group on European Civil Code” (DCFR) ....	211
41. El anteproyecto de reforma al Código Civil francés y la Propuesta de modernización del Código Civil español .....	213

**Sección X.**—*El tratamiento de la venta de cosa ajena, una relación inmediata con la obligación de transferir la propiedad*

42. Los motivos que encauzaron la nulidad de la venta de cosa ajena en Francia en divergencia con el principio romano de la validez .....	219
43. Posibles explicaciones por las que se decreta la nulidad de la venta de cosa ajena en Francia; un sendero trazado por la doctrina .....	222
44. El porqué de los jurisprudencias franceses de establecer el efecto de la nulidad relativa en la venta de cosa ajena .....	224
45. El efecto práctico de la venta de cosa ajena en el “Code” .....	226
46. La decisión mesurada de ANDRÉS BELLO frente al manejo de la venta de cosas ajenas .....	231
47. Panorama de la venta de cosa ajena en el derecho comparado .....	233
A) El sistema de nulidad planteado por el Código Civil francés en el contexto de la técnica del “solo consensus” .....	234
a) La tendencia de revivir la “venta romana” por medio del principio de nulidad relativa o de anulabilidad de la venta de cosa ajena .....	234

	PÁG.
b) La fórmula dicotómica italiana de la compraventa para el tratamiento del fenómeno de la venta de cosa ajena .....	235
c) El influjo del sistema jurídico italiano en materia de venta de cosa ajena .....	240
d) La conservación del principio de la nulidad absoluta en la venta de cosa ajena .....	242
B) El sistema de nulidad relativa en interacción con la teoría de título y modo....	246
C) La corriente clásica romanista .....	250
D) La particular tesis peruana de una promesa de contrato de venta de cosa ajena .....	257
48. El tratamiento de venta de bienes ajenos en la Convención de Viena, en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía CEC y en el “Draft Common Frame of Reference” (DCFR) .....	260
 <b>Sección XI.</b> — <i>La publicidad como mecanismo para mitigar el impacto del consensualismo y darle mayor seguridad a la venta en cualquier sistema traslativo de la propiedad</i> 	
49. Los posibles motivos por los que el derecho civil francés decidió introducir el principio de la formalidad.....	268
50. Evidencias de una venta formal y solemne en Francia: una tendencia que mitiga la eficacia real del contrato en el sistema “consensualista” que se aproxima al esquema traslativo configurado por ANDRÉS BELLO .....	270
51. Breve idea del desarrollo del sistema registral francés: hacia una inscripción obligatoria .....	273
52. Particularidades del actual sistema de registro inmobiliario francés: otra evidencia de aproximación con el sistema del “título” y el “modo” adoptado por ANDRÉS BELLO .....	276
53. La tendencia reformista del Código Civil francés en materia publicitaria seguida por algunos códigos civiles que acogieron la técnica consensualista....	285
54. Perspectiva del origen del sistema de registro germánico: principal nutriente del método registral adoptado originalmente en la teoría del “título y modo” y fermento de la reforma del genuino sistema de inscripción francés .....	287
55. El influjo del modelo romano-germánico en materia de una compraventa excepcionalmente formal y solemne .....	295
56. La libertad de forma contractual y la ausencia de la solemnidad del registro en el derecho internacional privado .....	297
Conclusiones .....	299
Bibliografía .....	313
Índice de autores .....	349

1536) en su *Methodica dialectis ratio ad iurisprudentiam adcommodata* (1527, Núremberg), fue quien al parecer formuló originalmente la teoría del *título y el modo*, al distinguir el *titulus* y *modus* en paralelo a la *causa* y la *traditio*, aunque se limitó a analizar ciertos casos adquisitivos de la propiedad; estudio que siglos más tarde sería divulgado por el jurista HEINECCIO en su texto *Recitaciones del derecho civil, según el ordenamiento de las Institutas* (1825), el cual ejerció fuerte influencia primero en los países germánicos y décadas más tarde en la codificación latinoamericana<sup>258</sup>.

En suma, es viable afirmar que durante el colonialismo español (siglos XVI-XIX), se mantuvo casi invariable, por lo menos oficialmente, desde California hasta la Patagonia un sistema traslaticio de la propiedad medieval castellano nutrido de los principios del derecho romano común, en el que se requería la confluencia del *título* (compraventa y donación) y la *tradición*. Siendo posiblemente una de las causas más preponderantes que ayudaron a que esto sucediera, el régimen absolutista ejercido por España que censuraba cualquier tipo de glosa que se hiciese no oficialmente sobre las leyes aplicadas en sus colonias americanas.

## 22. PRINCIPALES VICISITUDES SOBRE EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD ASUMIDO EN EL PERÍODO INDEPENDENTISTA LATINOAMERICANO (SIGLOS XVIII Y XIX)

Antes de entrar a desarrollar la etapa de la codificación del derecho civil para averiguar las razones que condujeron a la adopción del actual sistema de transferencia de la propiedad vigente en la mayor parte de nuestro continente, consideramos importante hacer alusión previa a algunos de los más importantes antecedentes histórico-jurídicos del período independentista latinoamericano, que por lo visto eventualmente pudieron definir o, en un momento dado, alterar el curso que tomó el código elaborado por ANDRÉS BELLO frente al tema que nos interesa.

---

a las disciplinas jurídicas, concretamente las categorías aristotélicas de posibilidad y efectividad a la adquisición del dominio, consideraron que el acuerdo sobre la transmisión representa la posibilidad de la misma [*sic*], es, por tanto, la causa remota y la denominaron título, y la entrega de la cosa, que hace efectiva la transmisión, es la causa próxima y la denominaron modo. De esta forma, la formulación del dogma del título y el modo supuso la explicación de un fenómeno jurídico sin que se produjera modificación alguna del mismo [...]”.

<sup>258</sup> DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, *La transmisión de los derechos reales en el Código Civil español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1945, pág. 349 (citado por JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS y GABRIEL GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral: los derechos reales en general, el dominio, la posesión*, 14<sup>a</sup> ed., vol. 1, Madrid, Edt. Reus, 1992, págs. 340 y ss.). Cfr. JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO *Derechos reales*, vol. 1, parte 3, Posesión y propiedad, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, Dykinson, 2003, págs. 183 y ss.); *Vid*, otra vez, PÉREZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 224.

Desde el punto de vista histórico-jurídico, la chispa que encendió la llama de la independencia fue un conjunto de sucesos que se dieron de manera vertiginosa y que finalmente trazaron el camino de la codificación latinoamericana y con ello el panorama incierto del sistema traslativo que terminaría aplicándose en nuestro continente. El primer factor que comenzó a trazar este rumbo fueron las ideas del "iusnaturalismo laico o racionalismo jurídico", que además de haber inspirado en gran medida la Revolución francesa, fue la ideología que definió el Código napoleónico<sup>259</sup> y el sistema del *solo consensu*, fruto de la armonización de las formas medievales de tradición simbólica en paralelo con los principios del derecho romano común<sup>260</sup>.

Tales acontecimientos unidos al hecho de que el monarca español Fernando VII se encontraba cautivo por Napoleón (1808), fueron la causa de que muchos de los territorios indianos sucesivamente empezaran a promulgar reglamentos tendentes a regular el orden político que por ese entonces se hallaba, de cierta manera en un momento de ingobernabilidad, pero que poco a poco fue adquiriendo fuertes matices separatistas e independentistas inspirados en los ideales revolucionarios

<sup>259</sup> Considera en particular MAURICIO TAPIA R. (*Código Civil 1855-2005, Evolución y perspectivas*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 40) que "el Código de Napoleón intentó sistematizar la legislación civil siguiendo un *orden natural*. En efecto, los tres proyectos de CAMBACERES y el proyecto consular que sería el futuro Código Napoleón, intentaron sistematizar la legislación civil siguiendo este *orden natural* (la alusión a la obra de DOMAT parece evidente). Este orden supone una exposición racional de las normas como lo sostuvo la *escuela del derecho natural moderno*, aunque es también el producto de una larga evolución del pensamiento occidental que codujo a la primacía del derecho escrito como símbolo de rigor intelectual y claridad, particularmente gracias al legado de la *Ilustración*".

<sup>260</sup> *Vid.*, entre otros, WIEACKER, *op. cit.*, págs. 247 y 248, y GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, pág. 166. Sobre este aspecto sintetiza ESBORRAZ (*op. cit.*, pág. 315) diciendo que "todo ello condujo a que algunos autores hayan llegado a sostener que es desde esta época que [*sic*] poco a poco se fue abriendo camino la línea que desembocara luego en la consagración del «principio del efecto traslativo del consentimiento» en el CCfr/1804 (*vid. infra* § 2), como consecuencia de una paulatina intensificación de la «espiritualización» de la *traditio*. Sin embargo, la moderna historiografía se ha encargado de precisar que las reelaboraciones medievales llevadas a cabo en esta materia, tanto en el ámbito del derecho doctoral como en el de la práctica notarial, no significaron en realidad una ruptura con la tradición del derecho romano clásico y justinianeo, en atención a que las referidas derogaciones al principio del efecto obligacional del contrato tenían un ámbito de aplicación bien delimitado que no lograban afectar la vigencia del principio-base. Lo mismo puede decirse de los modos especiales de tradición (*traditio longa manu* y *brevi manu*) ya individualizados en la etapa de formación del sistema jurídico romanista (*vid. supra* § II.1 y 3) y que a partir de este período serán calificados como supuestos de *traditio ficta*, ya que se trataba por lo general de *fattispecie* en las cuales por la naturaleza de las cosas objeto del contrato se atenuaba el acto de aprehensión del *accipiens*, no obstante lo cual subsistía sustancialmente el requisito de la tradición".

franceses<sup>261</sup>. Esto en fin de cuentas implicó el surgimiento progresivo de un nuevo derecho público latinoamericano que se debatió inicialmente entre asumir un régimen constitucional monárquico o un orden republicano, que en últimas fue el que terminó aprobándose<sup>262</sup>.

Pero los anteriores sucesos que canalizaron el proceso independentista, entre los muchos que pudieron propiciarlo, también provocaron que las múltiples provincias seccionadas por la Corona española durante la colonia, lideradas cada una por una ciudad capital donde se habían formado juntas de gobierno presididas por aristócratas criollos, decidieran disgregarse para integrar cada una de ellas gobiernos autónomos que recíprocamente desconocían la primacía de una provincia frente las otras, lo cual condujo a “la fragmentación política de las antiguas Indias en una pluralidad de Estados soberanos”<sup>263</sup> y consigo su antigua unidad jurídica.

Este proceso histórico de disgregación, por consecuencia, pudo producir que estos nuevos Estados soberanos pronto se dieran a la tarea individual de buscar un modelo propio de derecho privado bajo el principal argumento de que el derecho indiano de estructura feudo-medieval, resultaba obsoleto y contrario frente a los nuevos ideales de la ilustración francesa<sup>264</sup>.

En efecto, los promotores de esta tendencia codificadora, conscientes de que al pretender abandonar un derecho indiano tan enraizado en la cultura jurídica americana eventualmente provocarían un rechazo del pueblo por los profundos cambios sociales y políticos que dicha decisión acarrearía, previeron la urgente necesidad de fraguar argumentos que justificasen la difícil tarea de gestar la elaboración de un nuevo derecho inspirado en los principios revolucionarios franceses. Entre los argumentos que se destacan estaban: la multiplicidad y disgregación de las leyes de Indias provocaban que la interpretación del derecho fuera confuso, contradictorio e incapaz de asegurar o proteger la propiedad de los ciudadanos de

<sup>261</sup> Reseña BERNARDINO BRAVO LIRA (*Difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués*, Caracas, La Casa de Bello, Congreso Internacional: Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano, 1987, págs. 344): “Diversos factores confluyen a esta renovación del derecho. Entre ellos los más destacados son la afirmación del llamado derecho patrio o nacional, la crítica a la legislación vigente y el auge de lo que se conoce como *prácticos del derecho* en la literatura jurídica”. Cfr. CARLO GHISALBERTI, *Il codice di Andrés Bello, Codice Latinoamericano*, Caracas, La Casa de Bello, Congreso Internacional: Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano, 1987, págs. 306 y 307.

<sup>262</sup> Acerca de este período, *vid.*, GUZMÁN BRITO (*op. cit.*, pág. 179): “En algunos casos las dudas persistieron después de las respectivas declaraciones formales de independencia e incluso por constituciones escritas, en seguimiento de los modelos disponibles, a saber respectivamente: la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, la francesa de 1791 y la española de 1812 llamada de Cádiz”.

<sup>263</sup> *Vid.*, GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, pág. 180.

<sup>264</sup> *Vid.*, una vez más, GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, pág. 181.