

Concepto de enajenación a través del Código Civil Colombiano

Bernardo ECHEVERRI

Origen y dificultad de la cuestión

La enajenación, concepto medular en el derecho civil, transita a todo lo largo de la legislación como punto de referencia de todos los derechos. Refiriéndose al de propiedad, piedra cimental del derecho privado, participa de su importancia como tema de estudio. Es, por otra parte, imposible de tratar a base de expositores nacionales y extranjeros desde el punto de vista del derecho colombiano, porque el criterio de los expositores colombianos está influido por los tratadistas extranjeros, especialmente franceses, quienes estudian la cuestión sobre una teoría conceptual absolutamente diversa de la del derecho colombiano.

El fenómeno es éste: la ley civil colombiana tiene origen en la de Chile, tomada a su vez de la francesa de filiación romanance. Lo que equivale a decir que el derecho civil así colombiano como chileno tienen un origen remoto en el derecho romano, y son por lo tanto legislaciones afines de la francesa. Pero mientras el Código de Napoleón se apartó de las teorías romanas contractuales haciendo que en virtud de los contratos y por sólo efecto suyo se modifique la situación jurídica de los bienes sin necesidad de actos posteriores, las legislaciones chilena y colombiana regresaron a la teoría latina de que los contratos sólo crean obligaciones entre las partes, con lo cual abandonaron en punto sustancial la legislación francesa, su modelo.

No obstante el cambio de frente teórico que la regresión a la fuente significaba, los expositores americanos y especialmente los nuestros siguieron nutriéndose intelectualmente de la doctrina y la jurisprudencia

dencia francesas que insensiblemente fueron formando escuela y que no permitieron que en aquéllos puntos en que nuestro derecho tenía fisonomía propia se desarrollaran una doctrina y una jurisprudencia propias también. Así fué como vino a generalizarse la opinión, equivocada a todas luces frente a nuestra teoría contractual, de que la enajenación es un concepto genérico del cual son especies la venta, la permuta, la donación, etc.

En el libro, en la cátedra, en la literatura judicial, esa teoría ha llegado a alcanzar la firmeza del dogma. Ese concepto es rigurosamente exacto en el derecho francés en el cual la venta, por ejemplo, traspasa el dominio, es decir, constituye una enajenación, pero no puede ser exacto ante el derecho colombiano, en el cual vendedor y comprador contraen sólo obligaciones personales y adquieren créditos. La influencia de los expositores franceses desvió el criterio de nuestros tratadistas en un punto en que era preciso desentenderse de la teoría legal francesa y de su desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia.

Al hacer un ensayo sobre este tema, estoy muy lejos de pretender ser original. Las fuentes de la originalidad están exhaustas. Nada de lo que aquí se dice será nuevo. Muchos lo habrán pensado con más claridad y dicho con más propiedad y belleza de estilo. Ni siquiera el criterio general que lo inspira me pertenece. Sólo que "la importancia de una verdad no disminuye porque otros la hayan descubierto".

Así en el estudio teórico del derecho como en los menesteres de la práctica forense se tropieza una y otra vez con la grave dificultad de la falta de precisión en los conceptos jurídicos y de la falta de lógica en el desarrollo de los sistemas que en el derecho escrito regulan determinadas materias. Tratando de indagar las causas principales de este fenómeno que no es exclusivo de las ciencias jurídicas, se ve que son ellas innumerables y de muy diverso orden. Las hay generales y especiales. Las primeras comprenden todas las ciencias y tienen su origen en la naturaleza misma de las cosas: el intelecto humano es limitado y su limitación afecta las proporciones de perfección de las obras que son producto suyo. Las causas especiales dicen relación al carácter mismo de las ciencias jurídicas que tienen por objeto el derecho que, si bien es inmutable y eterno como "ordenación racional de la voluntad" y norma de justicia, es variable y multiforme en sus aplicaciones a cada caso y circunstancia.

En la formación de la ley, por medio de la cual el derecho se concreta y puntualiza, entra un número tan considerable de factores morales, sociales, temporales, geográficos, étnicos, políticos, cívicos, familiares, individuales, psíquicos, temperamentales, que el principio teórico de la unidad en la ley resulta a cada paso sacrificado a las exigencias más o menos urgentes de uno o varios de esos factores, de donde surgen

obstáculos graves para el desarrollo lógico del pensamiento jurídico. Otro es el hecho del tránsito de legislaciones y la aplicación o adaptación de sistemas legales extraños. La copia directa o la interpretación más o menos adecuada traen forzosamente la necesidad de variar normas y conceptos, no siendo siempre fácil y sí muy difícil introducir modificaciones en el cuerpo de un sistema legal sin que esas modificaciones trasciendan a las bases profundas del sistema, provocando en él alteraciones esenciales.

No menor importancia tiene en este orden de ideas la consideración de que el legislador, uno y permanente por ficción legal de necesario método jurídico, es en realidad variable y discontinuo en su actuación, lo cual afecta de manera apreciable la unidad de pensamiento que debe inspirar la ley. Agrégase a esto la falta de tecnicismo en el lenguaje jurídico que es causa y efecto a la vez de la dificultad referida y que tiene un remoto origen en los factores determinantes de las variaciones filológicas y sociológicas.

Existen entidades jurídicas cuya gran complejidad hace muy difícil obtener sobre su alcance un acuerdo común ni en las distintas legislaciones, ni en la doctrina de los tratadistas, ni en la jurisprudencia de los tribunales. Me parece que habrá siempre algo que opinar sobre temas como el de los derechos adquiridos o sobre el verdadero alcance social del derecho de propiedad. La discusión sobre la responsabilidad criminal apenas empieza, y así de muchos temas que, o permanecen inexplorados, o lo han sido apenas en forma deficiente.

Términos de relación - Sujetos y cosas - quién puede enajenar - Qué cosas son susceptibles de enajenación.

Lo primero en que se piensa al hablar de enajenación es que es una relación triple, esto es, que en ella intervienen tres elementos: uno activo, uno pasivo y otro inerte. Los dos primeros son personas y el otro una cosa, tomando estas expresiones en el más amplio sentido jurídico. Hay pues, una persona que enajena, otra en cuyo favor o provecho se hace la enajenación y una cosa que es materia de ella.

Según se tome como punto de estudio uno de los tres términos de la relación surgen estas cuestiones: 1ª.— Quién puede enajenar; 2ª.— A quién se puede hacer una enajenación; y 3ª.— Qué cosas pueden ser materia de una enajenación.

En el sujeto activo de una enajenación deben reunirse, en primer lugar, las cuatro condiciones que toda persona requiere para obligarse legalmente: a) Ser capaz; b) Que consienta sin que su consentimiento

to adolezca de vicio; c) Que la enajenación recaiga sobre un objeto lícito; y d) Que tenga una causa lícita.

Siguiendo la regla general de que es capaz todo aquel a quien la ley no ha declarado incapaz se llega por exclusión a establecer quienes pueden enajenar.

Son incapaces los impúberes, dementes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Su incapacidad es absoluta y afecta con nulidad de la misma especie los actos y contratos en que intervienen. Los menores adultos no habilitados de edad, los disipadores en interdicción, las mujeres casadas hasta la vigencia de la ley 28 de 32 y ciertas personas jurídicas cuya incapacidad no es absoluta pueden enajenar, pero las enajenaciones en que ellos intervengan adolecen de una nulidad relativa.

Las incapacidades provenientes de las prohibiciones legales son específicas y obedecen a causas propias distintas de las que el legislador ha tenido para establecer la incapacidad de carácter general.

Dice el art. 182 del C. C. que la mujer no puede, sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir, ni remitir una deuda, ni aceptar, ni repudiar una donación, herencia o legado, ni adquirir a título alguno oneroso o lucrativo, ni enajenar, hipotecar o empeñar. Es éste uno de los muchos artículos del Código en que se establece la incapacidad de la mujer. En él se le prohíbe "celebrar contrato alguno" y se le prohíbe "enajenar", hipotecar o empeñar"; más adelante veremos cómo, según el sistema del Código, al prohibirle celebrar contratos le prohíbe enajenar, lo cual quiere decir, o que el artículo 182 es pleonástico, o que en él se aparta el Código de su sistema general, en el cual se confunde el acto jurídico de enajenar con algunos contratos. El artículo 189 dice que "ni la mujer, ni el marido, ni ambos juntos pueden *enajenar* o *hipotecar* los bienes raíces de la mujer, sino en los casos y con las formalidades." Disposición tutelar de los intereses de la mujer en la cual se toma el verbo enajenar como todo acto o contrato que saque bienes raíces del patrimonio de la mujer sin entrar a distinguir si ese fenómeno se verifica por el sólo y exclusivo efecto de los contratos, o se requieren otros fenómenos jurídicos concurrentes o aislados y en el cual se establece una diferencia entre la enajenación y la hipoteca, lo que es constante a través del Código sin que haya para esa distinción ninguna razón, porque la hipoteca como derecho real constituido tiene todos los caracteres de una enajenación, parcial como limitación del dominio y total en cuanto al derecho mismo de hipoteca.

Según el artículo 204, la mujer separada de bienes no necesita de la autorización del marido *para enajenar a cualquier título* los bienes que separadamente administra. También aquí se toma la palabra enaje-

nar en el sentido de acto jurídico, de disposición por el cual un bien deja de estar en el patrimonio de la mujer para pasar a otro. Se agrega "a cualquier título", y debe entenderse uno de los títulos que la ley denomina traslaticios de dominio aunque podría ocurrir que un simple hecho u omisión de la mujer llegara a constituir una verdadera enajenación sin que ese hecho u omisión constituyera título. Si la mujer, por no alegar sus derechos, deja que por otro prescriba un bien suyo, prácticamente hay una enajenación, y sin embargo, el título del que prescribe, ni es traslaticio de dominio ni proviene de la mujer.

Lo que no es claro es qué valor dá la ley al título con respecto a la enajenación. La expresión "enajenar a cualquier título" es oscura y lo mismo puede decir que el título, en el sentido en que la venta lo es, basta para que la enajenación se realice como fenómeno jurídico, como puede decir que el título es el medio o vehículo para llegar a la enajenación. Relacionando esa expresión con las que se le parecen en el Código y con los textos en que se habla de la enajenación como fenómeno coexistente con la perfección de algunos contratos, parece significar lo primero. Esto, que es poco jurídico, por lo menos es lógico en el sistema.

Por el artículo 303 se prohíbe al padre "*enajenar ni hipotecar*" en ningún caso los bienes raíces del hijo, y en el 304 se le prohíbe *hacer donación*. Si, como es obvio, por medio de la donación se puede llegar a verificar la enajenación con todas sus consecuencias jurídicas, no se ve el objeto de la prohibición de hacer donaciones después de la de enajenar, a menos que se establezca entre enajenar y donar una diferencia que llevada a sus consecuencias lógicas vendría en apoyo de nuestra tesis sobre la diferencia sustancial que existe entre la enajenación y los contratos en que tiene origen.

Por el artículo 345 del C. C. se prohíbe al menor habilitado "*enajenar e hipotecar*" bienes raíces sin autorización del Juez. Se observa la misma diferencia anotada que el legislador hace entre la enajenación y la hipotecación. Agrega el mismo artículo que *la enajenación* de dichos bienes autorizada por el Juez se hará en pública subasta. La subasta por su naturaleza misma sólo puede practicarse cuando se trata de la venta. No se vé cómo pueda llegarse a enajenar un bien por donación o permuta en subasta. Es ésta una de las muchas disposiciones en que el Código confunde la enajenación con la venta. Tratándose de conseguir dinero para el pupilo o menor mediante hipotecación de bienes suyos, podría en algunos casos llegarse a obtener en subasta o remate, en el cual sería mejor postor quien proporcionalmente a la cantidad ofrecida, exigiera hipotecas por menos valor. Aparte de que la oferta de dinero en préstamo sólo alcanza a ser abundante en determinados y cortos perio-

dos económicos, no hay noticia de que el procedimiento se haya practicado sino en los Estados Unidos y eso para empréstitos públicos.

El artículo 483 prohíbe al tutor o curador *enajenar* o *gravar con hipoteca* los bienes raíces del pupilo y *enajenar* o *empeñar* los muebles preciosos. Se equipara el gravamen prendario al hipotecario y se establece entre ellos y la enajenación la diferencia de que se ha hablado. En el artículo 484 se dispone que la *venta* de los bienes del pupilo se hará en pública subasta. Todo hace creer que este artículo es absolutamente equivalente en el ánimo del legislador al inciso 2º. del artículo 345 en el cual, como se dijo, se confunde la venta con la enajenación.

Cuando los frutos de los bienes de un pupilo no alcanzan para su moderada sustentación y educación, el artículo 521 autoriza al tutor para "enajenar o gravar" alguna parte de los bienes pupilares.

Al curador de bienes se le prohíbe, especialmente por el artículo 576, alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos y enajenar aún los bienes muebles no corruptibles a no ser que esta enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del ausente o que el pago de las deudas lo requiera. Seguramente el legislador autoriza las enajenaciones lucrativas cuando pertenecen al giro de los negocios del ausente o se destinan a satisfacer sus deudas y al hablar de las enajenaciones tuvo en mente los contratos comunes en la vida del tráfico comercial, tales como ventas y permutas, y quizá hipotecaciones o gravámenes cuyo producto en valores está destinado a la extinción de deudas del ausente. La palabra enajenación tiene en ese artículo el sentido general de contrato como medio de sacar bienes del patrimonio del ausente.

Puede ser sujeto pasivo de una enajenación todo el que según la ley puede obligarse. Las mismas incapacidades legales que afectan a las personas para enajenar, las afectan para ser sujetos pasivos de una enajenación. Entre marido y mujer toda enajenación resultante de un contrato que no sea un mandato general o especial, es nula como el contrato mismo con relación a ambos cónyuges.

No pueden ser sujetos pasivos de la enajenación los empleados que en su carácter de tales intervienen en ella activamente. Prohibición análoga existe para los comisionistas aunque la ley al referirse expresamente a unos y otros habla de contratos que les están prohibidos y no de enajenaciones.

El artículo 81 de la ley 153 de 1887 dice: "En Colombia los gobiernos extranjeros no tienen representación jurídica para adquirir bienes raíces". Conviene ver a este respecto el artículo único de la ley 2ª. de 1886 y el art. único de la ley 39 de 1918.

Qué cosas se pueden enajenar. - Diversidad de criterios en la ley.

No habrá en Colombia bienes, que no sean de libre enajenación, dice el art. 37 de la Constitución.

Ese principio absoluto encuentra su desarrollo restringido en la ley. Hay una primera restricción que es fundamental y que dice relación a la propiedad de la cosa. Sólo puede enajenar una cosa el que es dueño de ella y con relación a la cosa sólo puede ser enajenada por su dueño, por sí, o representado en forma legítima. Si enajenar es trasladar una cosa de un patrimonio a otro, sólo el dueño de la cosa puede verificarlo. Todo acto jurídico que se realice por mí sobre cosa que no me pertenece, deja a salvo los derechos del dueño de la cosa.

Yo puedo venderla, arrendarla, donarla, hipotecarla, etc., pero hay algo que yo no puedo hacer con ella y es trasladarla jurídicamente del patrimonio del dueño a otro sin el consentimiento del dueño. Es la esencia del derecho de propiedad la que se opone a que se enajene una cosa por el que jurídicamente no es su dueño ni lo representa.

Pero la venta de cosa ajena vale, se dirá. Sí, y en algún caso puede ser válida la hipoteca de cosa ajena, y la donación y el usufructo sobre cosa ajena pueden ser también válidos: pero ni la venta, ni la hipotecación ni la donación son por sí solas enajenaciones.

Vendo una cosa ajena. La venta perfeccionada es válida, yo soy vendedor y el otro contratante será comprador, uno y otro habremos adquirido los derechos y obligaciones inherentes a nuestras respectivas calidades. Pero, podrá decirse que ha habido una enajenación? De ninguna manera. La cosa que yo he vendido continúa formando parte del patrimonio de su dueño como antes del contrato. Según lo dicho sólo pueden enajenarse las cosas que se poseen en propiedad o más precisamente dicho, las cosas de que se es dueño.

La constitución al establecer la prescripción de que se ha hablado quiso evitar la formación de grandes patrimonios inmobiliarios, hechos a base de sustracción de bienes del comercio humano por las compañías religiosas, cuyo patrimonio de manos muertas constituía en el tiempo en que su formación estaba garantizada por la ley, un estancamiento estéril de la riqueza pública.

La disposición constitucional copiada tiene más bien un carácter económico y político y no es propiamente un principio que tenga equivalente en la legislación civil. Esta por su parte no dice qué clase de bienes son enajenables. Analizando las distintas clases de bienes que reconoce el Código Civil podría llegarse a saber cuáles de ellos pueden ser materia de enajenación y cuáles nó.

Los bienes son cosas corporales o incorpóreas. Las primeras tie-

nen una entidad real y pueden ser percibidas por los sentidos. Las incorporeales son meros derechos. Los derechos, a su vez, son personales o reales según puedan reclamarse sólo de ciertas personas o se tengan sobre una cosa sin respecto a persona determinada. Los primeros reciben también el nombre de créditos. Hay bienes de la República que se dividen en bienes de la República, propiamente dichos, y bienes de uso público. Los bienes de la República pueden ser de cualquiera de las clases anteriormente enumeradas.

En principio todas las cosas corporales pueden ser materia de enajenaciones. Hay sin embargo excepciones como la que se establece en el artículo 1521 que dice: "hay un objeto ilícito en la enajenación: 1°. De las cosas que no están en el comercio. . . . 3°. De las cosas embargadas por decreto judicial; 4°. De especies cuya propiedad se litiga".

No están en el comercio los bienes de uso público, como plazas, calles, puentes, caminos, ríos, lagos, etc. Tampoco los de uso común inapropiable como la luz, el aire, etc.

Se cree generalmente que es lo mismo bien embargado que bien fuera del comercio, lo cual no es exacto. El bien embargado no está fuera del comercio. El tráfico comercial lo constituyen operaciones como la venta y compra, permutas, locaciones, etc. El bien embargado no es enajenable, es decir, que debido al embargo no puede hacerse la mutación o traspaso de la propiedad del bien embargado, pero el bien embargado es vendible, permutable, susceptible de ser dado y tomado en arrendamiento, etc. La prueba de que la ley distingue entre bien embargado y bien fuera del comercio, está en el artículo 1521 que habla de los primeros en el numeral primero, y de los segundos en el numeral cuarto.

La confusión entre los dos conceptos que sólo estaba en la mente de los expositores de nuestro derecho y en el cajón de rebrujos que es el cerebro de algunos jueces, ha sido ya trasladada a la legislación en una forma, si se quiere tímida, que tiende a hacer resaltar esa confusión. La ley 105 de 1931 al hablar de los juicios de deslinde y amojonamiento y en los de servidumbre, refiriéndose a la inscripción de la demanda, dice: artículo 865: "este registro no pone los bienes fuera del comercio". Quiere advertir la ley que la inscripción de esas demandas no retira los bienes del comercio, como si hubiera otra clase de demandas cuyo registro tuviera por efecto sacar los bienes del comercio. En la mente del legislador estuvo seguramente el referirse al artículo 42 de la ley 57 de 1887 que ordena el registro de demandas civiles y a su correspondiente en el Código Judicial que lo es el 740, pensando que el registro de las demandas civiles, sobre dominio de inmuebles, produce el efecto de retirar los bienes del comercio, cuando en realidad el efecto es otro, según lo declara el mismo artículo 42 citado que dice: "Verificada la inscripción por el

registrador, se considerará en litigio la cosa para los efectos del artículo 1521 del C. C.". Es decir, que los efectos del embargo registrado son los de hacer ilícita la enajenación de los bienes embargados por estar en litigio. El embargo tiene por objeto paralizar el tránsito de la propiedad de un patrimonio a otro mientras se decide a qué patrimonio pertenece el bien embargado o para que, si se trata de un embargo para hacer efectiva una obligación, no se haga inútil la acción.

Es el traspaso de la propiedad lo que con el embargo se impide, no la facultad de contratar sobre los bienes. Por eso dice el artículo 43 de la ley 57 de 1887: "el registrador de instrumentos públicos no registrará escritura de enajenación, ni anotará escritura en que se constituya hipoteca cuando en el libro de registros de autos de embargo o en el de registro de demandas civiles, aparezca registrado bien el auto de embargo de la finca que se quiere enajenar, o hipotecar, o bien la demanda civil de que se ha hablado".

Si se va a registrar la escritura de venta de un inmueble embargado es porque la venta ya está hecha, luego el inmueble ha sido materia de un contrato y para serlo ha estado en el comercio. Lo cual quiere decir que, ni el embargo, ni el registro de demanda civil sacan los bienes del comercio.

El embargo, pues, no impide la contratación sobre los inmuebles a que se refiere, sino la enajenación de los mismos, o sea el traspaso de su propiedad de uno a otro patrimonio.

El artículo 43 citado usa la expresión "que se quiere enajenar o hipotecar". Es ésta una de las pocas veces en que el texto legal se ciñe estrictamente al concepto que envuelve el registro como medio de tradición de derechos sobre inmuebles. Un bien vendido no se ha enajenado todavía; quien quiera enajenarlo deberá registrar la venta, es decir, hacer la tradición de la cosa. Muy distinto es que una cosa esté vendida y que una cosa esté enajenada. Los romanos decían para la primera "rei vendite", y para la segunda "rei vendite et tradite". El que vende un inmueble por escritura pública celebra un contrato, si quiere cumplir su obligación de vendedor, "si quiere enajenar", debe registrar o permitir el registro del contrato, tiene que hacer la tradición, mientras no lo haga, ha vendido, pero no enajenado, luego vender no es enajenar ni viceversa.

El legislador no ha sido consecuente con el sistema adoptado por él. La palabra enajenación es usada en el texto legal indistintamente como término genérico que encierra todas las especies de contratos en virtud de los cuales la propiedad de un bien o derecho se transfiere y como el único medio por el cual se opera el tránsito o mutación de la propiedad. En el estudio atento de los artículos anteriores se tiene ya la idea

del criterio vario del legislador al apreciar el alcance de la enajenación y de la falta de precisión en los términos que emplea. Conviene, no obstante, ver algunos otros.

Art. 749.— Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se trasfiere el dominio sin ellas. Seguramente se refiere este artículo, tanto a las solemnidades de los contratos como a las del registro. No se sabe si es el contrato o el registro lo que constituye la enajenación.

Art. 766.— No es justo título el que adolece de un vicio de nulidad como la enajenación que debiendo ser autorizada no lo fué. Se confunde la enajenación con el título cuando el título, (venta, donación, etc.), es apenas un medio para realizar la enajenación, la cual para efectuarse requiere también el modo.

Art. 955.— “La acción de dominio tiene lugar contra el que enajenó la cosa. . . . si la enajenó a sabiendas de que era ajena”. Nadie puede enajenar lo ajeno. Enajenar es traspasar el dominio y nadie puede dar lo que no tiene. En este artículo, enajenación es contrato. Si se pudieran enajenar cosas ajenas no existiría la reivindicación o acción de dominio contra el comprador de cosa ajena.

Art. 1866.— Se pueden vender todas las cosas cuya enajenación no esté prohibida por la ley. Ese artículo no quiere decir que la prohibición de enajenar implica la de vender. Nadie puede, por prescripciones legales, enajenar lo ajeno, y sin embargo, la venta de cosa ajena vale (art. 1871). La venta de bienes futuros vale y su enajenación no es posible mientras sean futuros.

En otros artículos el criterio es opuesto: según el art. 709. Enajenada la cosa se mirará como irrevocablemente perdida para el dueño. Se refiere el artículo a los casos de enajenación de bienes vacantes o mostrencos. Ahora bien, cuándo se consideran enajenados los bienes? Seguramente no es cuando se han vendido, sino cuando se han vendido, y además, se ha verificado la tradición. Si el dueño del bien vacante o mostrenco vendido aparece antes de que la tradición se haya verificado, sus derechos no están irrevocablemente perdidos, porque como la venta no transfiere dominio, él lo conserva y puede hacerlo valer. En el artículo citado hay que entender por enajenación el acto en virtud del cual el adjudicatario del bien vacante o mostrenco adquiere el dominio, acto que no es otro que el de la tradición.

Art. 750.— La tradición puede transferir el dominio bajo condición. Expresión elíptica que encierra el concepto de que la tradición transfiere el dominio.

Verificada la tradición, “se trasfiere el dominio”, aunque no se haya pagado el precio. Se reconoce aquí que lo que trasfiere el

dominio, que es lo que constituye propiamente la enajenación, se verifica, nó en virtud del contrato que es el título sino en virtud de la tradición, que es el modo de trasferirlo.

Art. 2577.— “Deberán pasar por ante Notario los actos o contratos *relativos a la enajenación o mutación de la propiedad* de bienes inmuebles”. Si el contrato sometido a registro es relativo a la enajenación, es porque no es la enajenación misma.

Art. 3º.— Ley 84 de 1.925. “Los Notarios no pueden autorizar la inscripción de instrumentos *relativos a la trasmisión de la propiedad.....*” Si se armonizan los dos artículos últimamente transcritos, resulta que el contrato está, con respecto a la enajenación, en la misma relación que el instrumento público en que consta; ambos son *relativos a la enajenación*, pero accidentales en cuanto a la esencia misma de ella que está en la tradición.

Art. 2637. —El registro o inscripción tiene los siguientes objetos: 1º.— Servir de *medio* de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituídos sobre ellos....”

Art. 2641.— El registrador llevará: 1º. El libro de Registro Nº 1º., para inscribir los títulos que *trasladen, modifiquen, graven, o limiten* el derecho de dominio de los inmuebles..... No es cierto que los títulos *trasladen, modifiquen, graven o limiten* el derecho de dominio por sí solos, ni considerados en sí mismos, ni en la objetividad de los instrumentos en que constan.

Art. 2652.— Están sujetos a inscripción: 1º. Los contratos y actos entre vivos que *causen mutación o traslación* de la propiedad de bienes raíces como donación, venta, permuta, transacción; 2º. Las sentencias que *causen traslación o mutación* en la propiedad de bienes raíces.

Se dá en este artículo el verdadero valor al título con respecto a la enajenación. El contrato, o título (venta, donación, permuta, etc.), apenas es *causa* de la enajenación, casi sería más propio decir que es antecedente mas bien que causa. Lo que sí no pueden ser la venta, la donación, etc., es enajenaciones. Enajenar no es término genérico que comprenda los actos y contratos traslaticios de dominio como especies.

Para no transcribir todos los artículos en que conviene distinguir lo que el legislador entiende en cada caso por enajenación o que tienen alguna importancia para ilustrar el criterio con que debe apreciarse la cuestión, los citaré por sus números: arts. 28, 29, 103, 109, 182, 189, 204, 303, 345, 483, 484, 521, 576, 708, 709, 713, 714, 742, 745, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 758, 759, 760, 761, 764, 766, 768, 779, 785, 789, 791, 810, 816, 819, 878, art. 9º. L. 95 de 1890, 939, 940, 955, 1184, 1193, 1203, 1457, 1474 1489, 1494, 1496, 1500, 1521, 1523, 1547, 1548, 1605, 1607, 1611, art. 89 L. 153, de 1887, 1633, 1675, 1711,

1729, 1844, 1849, 1853, 1855, 1856, 1857, 1858, 1860, 1866, 1871, 1874, 1875, 1880, 1887, 1977, 2079, 2108, 2109, 2122, 2127, 2222, 2237, 2238, 2409, 2412, 2415, 2434, 2435, 2438, 2439, 2440, 2443, 2460, 2461, 2670, 2515, 2534, 2577, art. 3º. L. 84 de 1.925, 2637, 2641, 2652, 2673, 2674.

Requisitos para la validez de la enajenación. - Estudio del Art. 1521 del C. C. - Bienes embargados, bienes en litigio y bienes fuera del comercio

Se ha hablado de la capacidad para enajenar en cuanto a la primera condición exigida a toda persona para obligarse. La segunda consiste en que consienta y que su consentimiento no adolezca de vicio. Quien enajena debe consentir en la enajenación, es decir, en el traspaso de la propiedad que sobre un bien o derecho tiene a otro patrimonio distinto del suyo. Que haya facultad e intención de transferir el dominio, es la expresión legal. Ese consentimiento no debe estar viciado ni por error, ni por fuerza, ni por dolo. Si, por ejemplo, el que entrega una cosa la entrega pensando que la ha dado en tenencia por arrendamiento y lo que ha celebrado es una venta, habrá error y por lo tanto no habrá consentimiento y no valdrá la enajenación. Si es forzado moral o materialmente a verificar una enajenación como si se le hace firmar una escritura de venta y luego se le fuerza a entregar lo vendido, ni la venta, ni la enajenación valdrán por falta de consentimiento.

La tercera condición requerida para la validez de la enajenación como acto o declaración de voluntad, es que recaiga sobre objeto lícito. Tratando de esta materia se tropieza nuevamente con el artículo 1521, cuyos antecedentes no se encuentran en el código francés y que presenta algunas complicaciones. Dice el artículo citado que "hay objeto ilícito en la enajenación: 1º. De las cosas que no están en el comercio 2º. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; 3º. De las cosas embargadas por decreto judicial a menos que el Juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello; 4º. De especies cuya propiedad se litiga sin permiso del Juez que conoce del litigio".

Los dos primeros numerales del artículo no admiten reparo, sea cualquiera la significación que se de a la palabra enajenación. Las cosas que no están en el comercio y los derechos y privilegios intrasmisibles no pueden ser materia de contratos, ni objeto de enajenaciones. Si yo vendo el aire que se respira en un lugar determinado, hago una venta nula por ilicitud en el objeto, lo mismo si vendo una plaza pública. Si vendo un derecho de habitación, del cual soy beneficiario, la venta es nula como contrato y si por tratarse de un derecho real sobre inmueble inscribo la venta en el registro, lo que constituye enajenación, ésta es nula por ilicitud en el objeto. Pero los numerales tercero y cuarto del artículo no

pueden interpretarse así. Un contrato de venta celebrado sobre un bien embargado no es nulo por ilicitud en el objeto, sea que lo celebre una de las partes en el juicio en que el embargo se ha practicado o cuyas resultas se quieren garantizar con él, o que lo celebre un tercero. El embargo tiene por objeto impedir que el bien sobre que recae salga del patrimonio del deudor o demandado a fin de que a la terminación del juicio ese bien garantice la eficacia de la acción. Si demando el dominio de un bien o demando una obligación, en el primer caso la ley se interesa en que el demandado no pueda traspasar el dominio del bien que se demanda o el de los bienes que yo denuncié como de propiedad del demandado para garantía de la acción. Eso lo logra la ley por medio del embargo. Embargado el bien se fija su estado jurídico, se estabiliza en el patrimonio de quien es su dueño al tiempo del embargo o de quien lo posea en calidad de dueño, mientras esté vigente el embargo no será posible traspasar el dominio del bien. Así el embargo logra su objeto, pero como la venta sola, ni ningún contrato por sí traspasa dominio, la venta no se opone a los efectos del embargo. Si vendo un bien embargado mío o ajeno, en nada perjudico los derechos de quien lo ha embargado, mientras el bien no pase a otro patrimonio y como la venta sola no tiene esa virtud, no hay razón para que esté prohibida. Al vender me obligo a transferir el dominio, si no cumplo mi obligación porque el embargo me lo impide, el contrato podrá resolverse con indemnización de perjuicios, pero no es nulo por ilicitud en el objeto.

Tampoco hay ilicitud en el objeto en contratos sobre bienes cuya propiedad se litiga, sea que el contrato lo verifique uno de los litigantes o un tercero. Lo que la ley no quiere es que se verifiquen mutaciones o traspasos de la propiedad de bienes cuya propiedad no se sabe a quién pertenece. Mientras se decide a quién corresponde ese derecho la ley no permite que haya quien pueda traspasar el dominio que se discute. Pero no prohíbe que sobre las cosas a que el litigio se contrae, se hagan contratos.

Puedo comprar una cosa cuya propiedad se litiga. El contrato que celebre en virtud del cual me obligo a pagar un precio y el vendedor a entregarme la cosa, es válido. Lo que no puede hacerse por el vendedor es transferir el dominio de la cosa mientras no se sepa si le pertenece. Habría ilicitud en el objeto de la enajenación, no en el del contrato.

La venta de cosa ajena vale. Se puede vender una cosa sobre la cual no se tiene ningún derecho. Por qué no va a poderse vender una sobre la cual se tiene un derecho eventual sometido al resultado incierto de la litis? Si puede vender válidamente el que no es dueño también puede vender el que no es, pero puede llegar a serlo. Lo que no puede hacer el que no es dueño o aquél cuya calidad de dueño se discute en li-

tigio es enajenar, esto es, traspasar el dominio del bien. Y qué es vender un derecho litigioso sobre un bien, sino vender el bien mismo, quedando sometido el traspaso de la propiedad al éxito del litigio?

Vendo un derecho litigioso de dominio sobre un inmueble. El derecho que vendo no es el derecho de litigio sino el derecho en litigio. El derecho de dominio en litigio.

La sentencia en que se me declara dueño es la que viene a fijar el derecho de mi comprador que en virtud de ella y mediante su registro viene a ser dueño de la casa. Si la sentencia no me favorece, él no podrá llegar a ser dueño en virtud de la venta que yo le hice del derecho en litigio, precisamente porque la sentencia *desconoce* mi calidad de dueño.

La enajenabilidad, distintivo esencial de la propiedad privada. Los modos de enajenar.

El desarrollo histórico del derecho de propiedad es estudio de vastas proporciones y de resultados prácticos evidentes pero, de ser completo, rebasaría en mucho los límites del presente trabajo.

Tres formas principales ha asumido la propiedad en relación con las personas y son: la propiedad colectiva, la de familia y la individual.

En el régimen primitivo de la propiedad colectiva, el hombre no se apropiaba nada para sí con exclusión de los demás. La tierra sobre la cual se fijaba una tribu, así como los frutos de esa tierra no tenía dueños determinados y permanecía en una especie de uso público a disposición general de los miembros de la tribu. La tribu cultivaba las tierras en común y los frutos eran repartidos entre todos sin más criterio que el de la equidad natural y la conveniencia recíproca.

En este régimen de la propiedad podía ocurrir que a determinados grupos o familias se les asignara temporalmente una porción de tierras para su uso y provecho exclusivo pero sin que pudieran esos grupos o familias considerarse como dueños de lo que en principio pertenecía a la tribu y sin que hubiera por parte de ellos un derecho de enajenación o transmisión de la propiedad.

En el régimen familiar de la propiedad cada familia es indefinidamente dueña de lo que se le ha asignado o de lo que ha ocupado. Sin interrupción la propiedad pasa de padres a hijos sin que haya propiamente enajenaciones de la propiedad que sólo cambia de dueño por herencia.

La propiedad familias es inenajenable, como la propiedad colectiva, pero es hereditaria, siendo ese su carácter distintivo.

En el régimen de la propiedad individual aparece como elemen-

to esencial de ese derecho la libre disposición por parte del dueño de las cosas. El puede enajenarla entre vivos, y trasmitirla por causa de muerte. La propiedad viene a ser el derecho de gozar, usar y abusar de una cosa con las solas restricciones impuestas por la ley. "Jus utenti, fruedi abutendi re sua quatenus juris ratio patitur", lo definieron los romanos con una exagerada amplitud inadmisibile hoy dadas las restricciones a que está sometido el derecho de propiedad, propias unas del derecho privado y otras del derecho público.

El jus abutendi que en el derecho romano comprendía todo acto de disposición, inclusive la destrucción de la cosa, tiene en el derecho moderno límites racionales pero conserva intacto el derecho de enajenación, o sea, una disposición tan total de la cosa que permite a su dueño sacarla de su patrimonio y llevarla a otro gratuita o lucrativamente, tanto entre vivos como por causa de muerte.

El fenómeno de la enajenación se verifica en virtud de dos actos jurídicos cuya relación no es de causalidad, pero sí de inmediata dependencia.

El uno es el contrato a cuyo título se hace la enajenación, venta, donación, permuta; el otro es el modo cómo la enajenación se hace. Como en virtud de la enajenación las cosas cambian de dueño, es decir, que el dominio que sobre ellas se ejerce cambia de sujeto, los modos de adquirir y perder el dominio serán los modos como la enajenación puede verificarse. Los medios de adquirir y perder la propiedad son primitivos unos y derivados los otros. No todos causan enajenación, como vamos a verlo.

La ocupación, en virtud de la cual se adquieren las cosas que no pertenecen a nadie, es un modo de adquirir la propiedad, pero no es un modo de perderla, y por lo tanto, en virtud de ella no se verifica enajenación alguna, puesto que, enajenar supone dos patrimonios de dos dueños distintos y un cambio o traspaso del uno al otro. Por la ocupación se apropia pero no se enajena.

Por la accesión, como modo de adquirir el dominio de lo que las cosas producen, o que a ellas se junta, no siempre se verifica una enajenación y cuando ella ocurre es en virtud de la ley. La accesión de los frutos no es más que un efecto inmediato del derecho de propiedad sobre la cosa que los produce. En la accesión de lo que a las cosas se junta por aluvión, adjunción, especificación, etc., se verifican, bajo ciertas condiciones impuestas por la ley, verdaderas enajenaciones o cambios en el dominio de las cosas. En estricto derecho esto no debiera ocurrir. El dominio de las cosas no debiera perderse por las solas variaciones de forma y lugar que en ellas ocurran circunstancialmente, ello obedece, empero, a una necesidad del régimen de la propiedad que requiere se-

guridad y estabilidad, pero no es una consecuencia lógica del derecho de propiedad. La ley quiere que las cosas tengan dueño y en lo posible que se sepa quién es. A eso tienden prescripciones comunes sobre adquisición.

La tradición como modo de enajenar. - Evolución histórica del concepto de tradición. - Teorías contractuales.

En la tradición encontramos el modo principal y casi único como la enajenación se verifica.

En el derecho romano existían tres modos de adquirir y perder el dominio: la *manicatio*, la *in jure cessio* y la *traditio*. Estos tres modos eran convencionales o contractuales.

Los dos primeros eran modos solemnes consagrados por el derecho civil. La tradición que, en un principio no era aplicable sino a las cosas corporales, *nec mancipi*, era un modo no solemne del derecho de gentes. Lo que el derecho romano consagró como tradición era primitivamente la entrega material de una cosa corporal que una persona hacía a otra, habiendo por una parte voluntad y capacidad de transferir la propiedad, y por la otra facultad y capacidad para adquirirla. En el derecho romano los contratos no creaban más que obligaciones. Así, la venta no transfería el derecho de propiedad y no constituía enajenación, para la cual se requería el "*modus acquirendi*", que podía ser uno cualquiera de los tres enunciados. El elemento intelectual del contrato o acuerdo de voluntades no era suficiente en el derecho romano para la transferencia de la propiedad. Ese elemento intelectual que era el acuerdo de voluntades, debía complementarse con un acto solemne o nó, en virtud del cual tomaba forma la convención. El vendedor continuaba siendo propietario de la cosa hasta la tradición, que era el *modus acquirendi*.

Ya se ha dicho cómo la tradición en el primitivo derecho romano era la entrega material de cosas corporales, en la cual no había ninguna ficción. En tiempo de Justiniano se desvirtuó apreciablemente el carácter de la tradición. Este emperador, sin descartar completamente la necesidad de la tradición material de la cosa como medio de adquirir y perder el dominio, dió a la declaración escrita el valor de una tradición real. Con esta disposición quiso Justiniano conciliar los principios del derecho romano con la costumbre de los griegos entre los cuales la transmisión de la propiedad resultaba de un acto escrito y registrado. Ese es quizá el origen de la disposición de nuestro derecho que establece que la tradición del dominio sobre bienes raíces se efectúa por la inscripción del *título* en la oficina de registro de instrumentos públicos.

En el derecho romano anteclásico la sola voluntad manifestada

por las partes, no era suficiente para la creación del vínculo jurídico, tampoco la voluntad expresa y concordante creaba obligaciones. La relación inmaterial de las voluntades de las partes no rompía su libertad jurídica, era preciso recurrir a la expresión objetiva de esa voluntad concordante por medio de formalidades que exteriorizaran esa voluntad concordante y se crearon las formas solemnes y no solemnes por medio de las cuales la relación inmaterial de acuerdo entre las voluntades asumía la realidad objetiva del contrato. La *stipulatio*, la *mancipatio*, la *in jure cessio*, la *traditio*, eran las principales formas que daban realidad jurídica y legal al *consensus* o acuerdo de voluntades. Correspondiente a este estado de desarrollo de la teoría contractual es la fórmula "*ex nudo pacto obligationes non nascitur*".

En la época clásica, cuando la ciencia jurídica hubo progresado considerablemente, se dió a la manifestación de la voluntad la autonomía de que había estado privada por el formulismo del derecho y se reconoció que es la voluntad libremente manifestada, la que da origen a las obligaciones, como que es la única que en principio puede romper la libertad de que el hombre goza para obligarse. Si está en mi voluntad obligarme o no y si para obligarme es forzoso que yo lo quiera, es la voluntad en su manifestación de libre arbitrio la que da origen a la obligación. Pero la libertad por sí sola como facultad en ejercicio, aislada de toda relación extraña no es suficiente para crear estados jurídicos que son términos de relación. Se requiere el acuerdo con otra entidad del mismo orden, la relación de una a otra voluntad, el *consensus*, obtenida esa relación de concordancia surge de manera espontánea el fenómeno jurídico, nace la obligación. La fórmula "*solus consensus obligat*" vino a reemplazar la primitiva de "*ex nudo pacto obligationes non nascitur*".

La palabra "*consensus*" es de una precisión admirable para expresar el pensamiento jurídico que encierra la fórmula romana. "*Consensus*" no es sólo voluntad manifestada y recíprocamente concordante. Cuando dos voluntades se manifiestan recíprocamente acordes, cuando hay "*consensus*", el fenómeno jurídico del pacto o convención aparece, se ha roto la libertad jurídica de las partes, han nacido las obligaciones, hay contrato. "*Solus consensus obligat*".

Creo, contra la opinión más generalizada, que la teoría contractual había llegado a su más perfecto desarrollo en el momento en que la fórmula "*solus consensus obligat*" constituía un axioma jurídico. No entraré en el estudio del contrato *litteris*, del cual, por otra parte, no se conoce un cuerpo de doctrina auténtico, sino para decir que era una de las más complicadas y artificiosas formas de contrato que puede concebirse. Sus formalidades eran innumerables.

En cuanto a la forma escrita de los contratos, ya he dicho cuál

fué su origen. Justiniano, con el objeto de armonizar la teoría del derecho romano con la práctica de los griegos, introdujo la forma escrita como equivalente a la forma contractual de la tradición. La forma escrita no era el contrato sino el modo de hacerlo adoptar una realidad objetiva.

En teoría el contrato era siempre el "consensus", pero la tradición no había desaparecido como formalidad del contrato. La forma escrita reemplazaba la tradición.

Ese era su verdadero valor en el derecho. Pero entre los griegos la forma escrita tenía una finalidad distinta.

Con la forma escrita fijaban los términos de la convención para establecer por ellos el alcance de las obligaciones. Era una necesidad originaria de la mala fe presunta. La forma escrita tenía más un carácter de prueba que de formalidad necesaria para el nacimiento de las obligaciones. Con la forma escrita se aseguraba la permanencia del "consensus" y se ponía un límite a la posible tergiversación o desconocimiento de los términos del contrato. Es preciso tener en cuenta la índole del pueblo griego para apreciar mejor el significado de la forma escrita en los contratos. A diferencia de los romanos, los griegos constituían un pueblo de costumbres licenciosas, relajada moralidad y disciplinas espirituales inspiradas en una filosofía y en una moral religiosa poco austeras. El respeto a la palabra empeñada no tenía la majestad de un rito religioso de riguroso cumplimiento. Los griegos habían heredado de los fenicios y de los habitantes del Asia Menor un espíritu de traficantes, sin escrúpulos y siempre fueron temibles por su falta de corrección en el cumplimiento de sus compromisos, así públicos como privados. La mala fe de los mercaderes fenicios se incrustó en el alma griega y trascendió a la legislación. La forma escrita de los contratos obedecía a la necesidad de dar fijeza y estabilidad a las convenciones. Era preciso dejar constancia de los actos de voluntad para poder exigir la obligación a que habían dado origen. Era tan importante la formalidad de la escritura o registro de los contratos, que sin ella no se reconocía la existencia de las obligaciones del contrato. Por esto tenía un carácter sustantivo de fuente de las obligaciones. Al trasladarse a la legislación romana la forma escrita como un equivalente de la tradición jurídica se le dió ese mismo carácter sustantivo que tenía la antigua tradición, que ya carecía del valor esencial que había tenido antes de que la fórmula del "solus consensus obligat" tuviera aceptación y aplicación generales.

En el derecho romano cuya teoría contractual reposaba íntegramente sobre una presunción de buena fe, no era necesaria, al menos teóricamente, la forma escrita ad probationem y mucho menos era necesario sancionar la falta de la forma escrita con la declaración de inexistencia de la obligación, y como, por otra parte, la *traditio*, que era la forma

romana cuya equivalencia se estableció con la forma escrita, iba perdiendo importancia como formalidad necesaria de los contratos, llegó un momento en que la forma escrita no correspondió a ninguna necesidad teórica y conservaba el carácter adjetivo del formulismo legal. Pero ya la experiencia de una mayor eficacia en las obligaciones escritas había hecho notoria la conveniencia de la forma escrita y se conservó para los contratos más importantes como formalidad conveniente y posteriormente necesaria ad probationem.

Ciertas obligaciones para ser exigibles, no para existir como tales, debían constar por escrito. Lo que antes era un formulismo artificial y extraño al espíritu de la legislación pasa a ser algo conforme con la naturaleza de las cosas y acorde con las necesidades del desenvolvimiento armónico del derecho. Pero al sancionar esa formalidad se fue al fondo sustantivo del derecho mismo, puesto que lo hizo ineficaz si no asumía en su constitución la forma escrita. Establecer que ciertas obligaciones no son exigibles si el contrato origen no consta por escrito, es hacer ineficaz lo sustantivo del derecho en beneficio de la adjetividad de la fórmula. No desconoce el legislador que las obligaciones nazcan del "consensus", pero les niega efectividad si no se observan determinadas formalidades. No es, pues, la forma escrita un progreso del pensamiento jurídico en lo relativo a la teoría contractual. El contrato es el "consensus", la voluntad recíprocamente acorde de las partes, el nudo pacto. De él nacen las obligaciones. Lo demás no es contrato, es formalidad del mismo. El contrato escrito es contrato formalizado. "Solus consensus obligat".

La teoría contractual no se mejoró especulativamente con la forma escrita de los contratos que en el fondo, siguen siendo todos consensuales. En el desarrollo legal de la teoría jurídica de los contratos se obtuvo un progreso asegurando la eficacia de las obligaciones aunque con perjuicio de la teoría pura.

Verdadero valor jurídico del registro. - Entrega y tradición. - Equivalencia legal e inequivalencia jurídica de estos conceptos.

La disposición legal que da a la inscripción el valor de una tradición, quita su verdadero carácter a la tradición y la convierte en un medio de seguridad y publicidad del estado jurídico de la propiedad inmueble. Eso dió origen en nuestra práctica judicial a una anomalía extraña. Se compraba un bien inmueble y el vendedor cumplía con su principal obligación de entregar permitiendo el registro del título, lo que equivale a tradición o entrega de la cosa. Pero si se negaba a entregarla materialmente, el comprador no podía pedir la resolución del contrato por in-

cumplimiento del vendedor y para hacerse entregar la cosa le era preciso recurrir a procedimientos no reglamentados por el Código Judicial y como la jurisprudencia había negado la eficacia de la acción posesoria *ad acquirendi*, el comprador muchas veces estaba sometido al capricho de su vendedor y sus derechos a la arbitrariedad de los jueces que a falta de disposiciones precisas resolvían los casos concretos según los criterios más diversos.

El Código Judicial vigente establece en su artículo 887 una acción especial para el comprador a quien no se le ha entregado materialmente la cosa inmueble comprada. La disposición es conveniente como que da a los jueces una norma para hacer que los derechos del comprador sean respetados, pero es equivocada en el criterio con que aprecia la situación jurídica del comprador y el alcance de las obligaciones del vendedor.

En virtud del contrato de compraventa, el vendedor se obliga a dar una cosa. La obligación de dar comprende la de entregar (art. 1605 C. C.). La noción de entregar es más amplia que la noción de tradición. En el Código existe una confusión cuando se habla de entrega o tradición. Toda dificultad quedaría resuelta en este punto si en vez de decir "entrega o tradición" (art. 1880), se dijera "entrega y tradición", al tratarse de inmuebles.

Si tratándose de cosas muebles, la entrega se confunde con la tradición, con lo cual se da el verdadero alcance a la tradición del derecho romano, no ocurre lo mismo cuando de inmuebles se trata. La tradición de inmuebles se verifica entre nosotros por la inscripción, pero la inscripción no implica entrega.

Dice el artículo 1387 del C. C. Si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro; si se ha hecho la entrega a los dos, aquel a quien se haya hecho primero será preferido, si no se ha entregado a ninguno el título más antiguo prevalecerá. Puede ocurrir un caso que, según lo que se entienda por entrega, habrá de resolverse de distintos modos: una cosa inmueble se vende sucesivamente a dos personas, a la primera se le hace la entrega material, y el título de la segunda se registra. Si el registro equivale a la entrega, el dueño del inmueble es el segundo comprador. Que el registro no equivale a la entrega se prueba porque después de verificado el registro puede el vendedor continuar en posesión del inmueble y tiene el comprador contra él una acción para que la cosa le sea entregada. Yendo al origen mismo de la tradición se ve que el dueño del inmueble, en el caso propuesto, es o debe ser el que recibió materialmente la cosa antes del registro. La tradición, modo no solemne de transferir la propiedad de las cosas corporales en el derecho romano, de donde tomó nuestro derecho esta noción, era un acto mate-

rial de aprehensión de la cosa (*tradere de manu in manum*). En ninguna de las formas que asumió a través del derecho escrito llegó a despojarse completamente de ese carácter y cuando Justiniano quiso conciliar el sistema griego de la inscripción con el de la tradición, no estableció entre ellas una equivalencia perfecta y aún en el caso de que la hubiera establecido, lo más que eso quería decir sería que en nuestro caso el comprador que ha recibido la cosa por entrega material antes del registro es el dueño de la cosa. Al dar la ley a la inscripción el valor de la tradición confundiéndola con la entrega, quitó a la tradición su carácter esencial y dió a la inscripción un alcance que no corresponde a su naturaleza. Lo lógico y razonable sería que, tratándose de inmuebles, la inscripción fuera una formalidad distinta a la de la entrega o tradición. Con la inscripción se lograrían los efectos de publicidad y garantía, de autenticidad y seguridad en los actos sometidos a registro. Por la entrega material o tradición se obtendrían los efectos a que está, naturalmente destinada esa formalidad, es a saber: la de servir de modo de adquirir el dominio. Ocurre frecuentemente que el registro o inscripción no es un acto del vendedor o tradente, sino que se realiza por el comprador a quien realmente interesa, lo cual es contrario a la naturaleza de la tradición que debe ser hecha por el actual poseedor. En el estado actual de la teoría de la tradición por inscripción, hay que recurrir a una ficción de presunción para sostener que la inscripción hecha por el comprador lleva implícita la aceptación del traspaso, lo cual no es propio de la tradición en el sentido jurídico que tiene en nuestro derecho. Dar a la inscripción el valor de tradición es crear una ficción legal poco espontánea y lógica. No ocurre lo mismo en la tradición de bienes muebles, en los cuales la entrega con ánimo y capacidad de transferir dominio es tradición legal y formal y por no estar sometidos al registro no dan márgen a confusión.

En la teoría contractual del derecho romano los contratos eran actos inmateriales de simple relación intelectual indirecta con las cosas sobre que versaban. Quienes celebraban un contrato de venta convenían en la cosa, y en el precio, y el simple acuerdo de voluntades creaba los vínculos jurídicos entre las personas del comprador y del vendedor. El uno era acreedor del precio y el otro acreedor de la cosa. Uno y otro podían exigirse la realización o efectividad del contrato que venía a tener relación directa con la cosa en el momento en que se verificaban actos jurídicos propios para que esa relación se estableciera. La *mancipatio*, la *in jure cessio* y la *traditio*, eran los modos usuales para ello. Mientras existía el simple acuerdo de voluntades, no había cambiado la situación jurídica de las cosas sobre las cuales se habían contratado. Venía luego la formalidad de la *mancipatio*, la *in jure cessio* y la tra-

ditio a dar forma al contrato. Las tres formas mencionadas eran verdaderos actos de enajenación. Los contratos creaban obligaciones.

El Código francés se separó de la teoría romana y estableció que los contratos no son simples fuentes de obligaciones sino que son las obligaciones mismas.

El contrato, dice el artículo 1101 del C. C. fr., es una convención por la cual una o varias personas se obligan para con otra u otras a dar, hacer, o no hacer alguna cosa. El desarrollo lógico de este principio llevaría a la conclusión de que la venta, por ejemplo, no crearía sino obligaciones recíprocas entre el comprador y el vendedor. Sin embargo, no es así. El artículo 1582 del código define la venta diciendo que es una convención por la cual uno se obliga a dar una cosa y el otro a pagarla. Si en el derecho francés la tradición tuviera el efecto de la tradición romana, el contrato de venta no modificaría, por sí solo, la situación jurídica de la cosa vendida. Pero el derecho francés establece (art. 1583), que la propiedad se adquiere de derecho por el comprador *con respecto al vendedor* desde que ambos han convenido en la cosa y en el precio aunque la cosa no haya sido entregada ni el precio pagado. La obligación de entregar la cosa, dice el artículo 1138 del C. francés, es perfecta por el sólo consentimiento de las partes contratantes. Ella hace al comprador propietario de la cosa y la pone bajo su riesgo desde el momento en que debió ser entregada aunque la tradición no se haya verificado todavía. En el derecho romano no ocurría lo propio; para que el comprador fuera dueño se requería la tradición. Las obligaciones del vendedor eran las mismas, entregar la cosa (*tradere de manu in manum*) y garantizar la cosa vendida. Pero mientras en el derecho romano sólo pasaba la cosa a ser propiedad del comprador en virtud de la tradición o entrega, en el francés es la venta por sí sola la que hace cambiar de dueño a la cosa. La entrega de la cosa en el derecho francés no tiene el efecto jurídico de la tradición. Según el art. 1604 del C. C. francés la entrega es el traspaso (*transport*) de la cosa vendida al poder y posesión del comprador y la obligación de entregar los inmuebles se reemplaza por parte del vendedor por la entrega de las llaves si se trata de un edificio o por la entrega de los títulos de propiedad. (art. 1605). La entrega de efectos muebles se opera por la tradición real, por la entrega de las llaves del edificio que los contiene o por el sólo consentimiento de las partes, si el traspaso no puede hacerse al momento de la venta, o si el comprador las tiene ya en su poder por otro título (art. 1606). En el derecho francés no puede ser válida la venta de cosa ajena porque la venta traspasa el dominio y no puede traspasar el dominio de una cosa el que no lo tiene. (*Neminem ad alio transferre potest quod ipse non habet*). En el derecho romano la venta no constituía enajenación y po-

dían venderse cosas ajenas. En el derecho francés, la inscripción de los contratos sobre inmuebles no tendría el alcance de tradición y estaría destinada a dar publicidad, seguridad y autenticidad a las operaciones sobre inmuebles que es el verdadero objeto de esta formalidad.

El Código colombiano no siguió la teoría francesa de que los contratos modifican al mismo tiempo -que el estado jurídico de las personas-, el de los bienes y regresó al sistema romano, según el cual los contratos son fuentes de obligaciones entre las partes, pero no modifican por sí solos la situación jurídica de las cosas. La legislación suiza acogió la teoría contractual romana en toda su pureza y le dió un desarrollo más sencillo y más lógico que la nuestra.

Validez del contrato de venta de cosa ajena. - Por qué es válido el contrato de venta de cosa ajena.

La disposición de nuestro derecho que permite la venta de cosa ajena carece de objeto. Sin necesidad de que el código lo exprese ha de ser, dentro del sistema legal, válido el contrato de venta de cosa ajena. Si por la venta sólo me obligo a entregar lo que vendo y a garantizar por evicción y vicios, poco o nada importa para la validez del contrato que yo sea o no dueño de la cosa que prometo entregar. Basta pensar en la posibilidad de que al tiempo de la entrega ella pueda verificarse para que sin necesidad de averiguar a quién corresponde el dominio de la cosa, yo cumpla mi obligación. Si, por otra parte, no estoy en condiciones de cumplir, le queda al comprador el derecho de pedir resolución del contrato e indemnización de perjuicios-. En el movimiento comercial es importante que puedan venderse cosas ajenas para lograr una mayor celeridad en las operaciones de ese género. En el régimen civil de la propiedad la venta de cosa ajena tiene importancia en lo que dice relación a la prescripción. Se compra una cosa ajena y se logra la tradición de ella. Ni por la venta, ni por la tradición, ni por las dos juntas se adquiere el dominio de la cosa ajena, pero desde el momento en que la tradición, viciada por no proceder del dueño, se verifica, empieza para el comprador a correr el término de la prescripción. Artículo 753, C. C. "La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalen, el derecho de ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho".

La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo. 1871 del C. C. Tres partes tiene el artículo transcrito y todas tres son repetición de los principios ya establecidos en el código. No tiene por qué no ser válida la venta de cosa ajena siendo que la venta no consti-

tuye al comprador dueño de la cosa comprada. La venta de cosa ajena no tiene por qué perjudicar los derechos del dueño de la cosa, porque quien no es dueño no puede trasferir la propiedad de la cosa y si por el lapso de tiempo se extinguen los derechos del dueño sobre la cosa, ello no se debe a la venta sino a la prescripción, fenómeno jurídico independiente de los contratos. La venta hecha por quien no es dueño de la cosa vendida tiene el efecto de dar origen a la prescripción ordinaria por parte del comprador, pero al perder el dueño sus derechos sobre la cosa no lo hace en virtud de la venta sino en virtud de la prescripción. (art. 753).

“La venta de cosa ajena ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta”. (art. 1874 C. C.) Más bien que ratificar la venta el dueño de la cosa lo que puede hacer es consentir en ella. Se ratifica lo que se ha hecho por sí o por otro que obra como representante, pero el que vende cosa ajena no es dueño ni lo representa, aunque manifieste obrar en ese carácter. El comprador, por otra parte, adquiere los derechos de tal desde el momento mismo en que la venta se perfecciona. El que compra cosa ajena es comprador y tiene derechos de tal aunque el dueño no consienta posteriormente en la venta.

“Vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella se miraría al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición”. Art. 1875. Vendida la cosa ajena, ella permanece en el dominio del dueño: vendida y entregada continúa siendo del dueño mientras éste no consienta en la venta o el vendedor no adquiera el dominio de la cosa, o ésta no sea prescrita por el comprador. Vendida la cosa por el que no es dueño y verificada la tradición, el comprador adquiere el dominio desde la entrega. Vendida la cosa y entregada por el que no es dueño, si éste adquiere después el dominio, el comprador se mirará como dueño desde la fecha de la tradición, no desde la fecha de la venta, porque la venta no trasfiere dominio.

Toda la doctrina de los artículos 1875 y 1877 estaba ya expuesta en el artículo 752 del C. C. que dice: si el tradente no es el verdadero dueño de lo que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los trasmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste trasferido desde el momento de la tradición. Siendo la tradición lo que real y efectivamente trasfiere el dominio de las cosas, las disposiciones sobre venta de cosa ajena carecen de efectos prácticos porque, dígallo o nó el código, la venta es válida y en nada afecta derechos del dueño de la cosa.

Validez del contrato de hipoteca de cosa ajena. - Por qué es válido el contrato y no lo es el gravámen hipotecario sobre cosa ajena

Contrastando con la disposición que permite la venta de cosa ajena están las que, según la doctrina, prohíben la hipoteca de cosa ajena. Son dos esas disposiciones: el art. 2439 y el 2443. Según el primero de esos artículos: "no podrá constituir hipoteca sobre *sus* bienes sino la persona que es capaz de enajenarlos y con los requisitos necesarios para su enajenación". De acuerdo con el segundo: "la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo, o sobre naves". De esos dos artículos deducen los expositores de derecho civil colombiano y los jueces que la hipoteca de bienes ajenos no vale.

La tesis es susceptible de algunos reparos como vamos a verlo: En primer lugar hay que distinguir entre el contrato accesorio de hipoteca o hipotecación y el derecho real de hipoteca. El primero es un contrato de garantía o caución no reglamentado en el C. C., en virtud del cual una de las partes se obliga a garantizar una obligación cualquiera suya o ajena con un inmueble que quedará en virtud del contrato específicamente afectado al cumplimiento de la obligación.

Obtengo en mutuo una cantidad de dinero y me obligo a pagarlo. Hasta ahí el contrato principal. Me obligo además a garantizar el pago con hipoteca sobre un inmueble que quedara afectado al pago como garantía específica. Ese es el contrato accesorio de hipoteca. El código colombiano no trata de la hipoteca como de un contrato aunque sí en el libro cuarto "de las obligaciones en general y de los contratos". La define así: "La hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor". Parte la ley de la base de que la convención, origen de la hipoteca, ya se ha efectuado y entra a tratar de ella como de un derecho real.

Quien celebra un contrato accesorio de hipoteca puede hacerlo sobre un bien propio o sobre un bien ajeno. Pero al constituir el gravámen hipotecario, lo cual se verifica por medio de una escritura pública debidamente registrada, no puede hacerlo sino sobre bienes propios.

Para que sea más claro lo que se dice conviene establecer si la hipoteca, como derecho real constituido sobre un inmueble, es o no, una enajenación. Ya se ha visto que el código usa siempre la expresión "enajenar, hipotecar o empeñar", o una semejante estableciendo diferencia entre enajenar e hipotecar. Sin embargo, la distinción es más aparente que real. Toda limitación en el dominio de las cosas es una enajenación. Todo gravámen a la propiedad limita el dominio y la hipoteca es un gra-

vamen sobre propiedad inmueble. En cuanto a lo que constituye la enajenación parcial que es la hipoteca, no se ve muy claramente su verdadera significación. Cuál es el derecho que en virtud de la hipoteca adquiere el acreedor? Es una garantía. Pero por ministerio de la ley todos los bienes del deudor son garantía de sus acreedores. Por lo demás, el deudor hipotecario conserva todos sus derechos de dueño sobre la cosa hipotecada. Puede gozar y disponer de ella arbitrariamente, vendiéndola, donándola, etc. Qué derechos adquiere entonces el acreedor con la hipoteca? La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido. Es, pues, un derecho de especificación y preferencia. Ese derecho formaba parte del patrimonio del deudor porque en su poder estaba preferir para hacer el pago este o aquel bien con exclusión de los demás, o en primer término con relación a ellos. Adquiere además el acreedor una seguridad de solvencia para su crédito que no ha de perjudicarse por el cambio de dueño de la cosa hipotecada que, pase a las manos que pasare, queda afecta al pago. También esa seguridad que forma parte del crédito y le sirve de base, es algo que está en el haber patrimonial del deudor, quien en virtud de la hipoteca se desprende de ella. A medida que aumentan los gravámenes hipotecarios disminuye el crédito real del deudor y lo que antes estaba en su patrimonio en forma de crédito económico pasa a sus acreedores como seguridad. El deudor que sólo ha dado garantías personales tiene todos sus bienes afectos al pago indistintamente y por igual, de manera general e indeterminada. Al constituir hipoteca sobre uno de ellos lo destina especialmente al pago, y esa destinación especial sigue afectándolo indefinidamente, sea cualquiera la suerte que corra el bien con respecto al dominio. Esa facultad de destinar especialmente al pago determinado bien sin que por otra parte desaparezcan los derechos del acreedor sobre los demás bienes del deudor, es algo que está cuantitativamente en el patrimonio del deudor y forma parte de él. Al constituir hipoteca sobre un bien determinado, el deudor o hipotecante se desprende de una parte de su patrimonio y esa parte de patrimonio ingresa en el del acreedor que mejora y valoriza su crédito con la garantía hipotecaria. Hay, pues, en la constitución de un gravamen hipotecario una verdadera enajenación, enajenación del derecho real de hipoteca que forma parte integrante del derecho de propiedad. Ahora bien: la enajenación de derechos y bienes no puede hacerse sino por el dueño de esos derechos o bienes, y por lo tanto, el gravamen hipotecario no puede constituirse sino por el dueño del bien gravado. En ese sentido sería exacta la interpretación de los artículos 2439 y 2443 si en ellos se hubiera propuesto el legislador establecer una prohibición. Pero considerada la hipoteca como un contrato, al cual le son a-

plicables todas las disposiciones generales sobre contratos, en insostenible que no puede hipotecarse cosa ajena.

Celebro un mutuo, lo garantizo con hipoteca sobre un inmueble ajeno y obtengo el registro de la escritura de hipoteca.

Si entre los contratantes ha habido acuerdo de voluntades y por otra parte, no hay en el contrato vicio de nulidad, no puede sostenerse que el contrato accesorio de hipoteca sea nulo, porque versa sobre un bien ajeno. Ocurre lo mismo que con la venta de cosa ajena: la venta como contrato es válida, como enajenación no lo es. La hipoteca como contrato es válida sin perjuicio de los derechos de tercero. La cosa hipotecada no queda afecta al pago, al cual quiso adscribirse, pero el contrato como acto jurídico en virtud del cual una parte se obliga a dar, hacer o no hacer alguna cosa, es válido. No podría pedirse su nulidad sino su resolución en caso de no poderse constituir el gravámen.

Pero supongamos que esto no es exacto y amplíemos un poco el ejemplo anterior: celebro un mutuo y lo garantizo con hipoteca de un bien ajeno. Se registra la escritura de hipoteca y posteriormente adquiero la propiedad del inmueble hipotecado. Subsistirá el gravámen hipotecario sobre ese inmueble? Si se sostiene que la hipoteca de cosa ajena no vale, el gravámen no ha existido ni puede existir posteriormente a la adquisición del inmueble por mi parte. Si se sostiene que la hipoteca de cosa ajena vale como contrato, lo cual es lógico dentro del sistema de nuestro código, esa hipoteca tendrá valor por el mero hecho de adquirir yo el inmueble hipotecado y valdrá desde la fecha del registro de la escritura de hipoteca.

Dice el artículo 1875 del C. C. "Vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición". El caso es este: se vende un inmueble ajeno el 1º de Enero de 1.930, se registra la escritura de venta el 12 de Enero del mismo año y el 23 de los mismos adquiere el vendedor el dominio del inmueble que vendió, siendo ajeno. Por ministerio de la ley el comprador que hasta el 23 de Enero no había adquirido la calidad de dueño del inmueble la adquiere ese día y retroactivamente a la fecha del registro, o sea, el 12 de Enero.

En la hipoteca no hay entrega de la cosa pero si hay tradición del derecho hipotecario, lo cual se verifica por el registro de la escritura de hipoteca y su fecha se cuenta desde la inscripción en el registro.

Hay, pues, para sostener la validez de la hipoteca de cosa ajena un argumento analógico de estricta aplicación. Ninguna prescripción legal, ni principio jurídico alguno iría contra un artículo que consagrara la validez de la hipoteca de cosa ajena en la siguiente forma: Art., "hipoteca da a otro una cosa ajena y registrada la escritura de hipoteca, si el que

hipotecó la cosa ajena adquiere después el dominio de ella, la hipoteca será válida desde la fecha de su inscripción". La analogía entre una disposición así concebida y el artículo 1875 del C. C. es perfecta. Sería también aplicable a las hipotecas el segundo inciso de lartículo citado que dice: "Por consiguiente, si el vendedor vendiere la cosa a otra persona después de adquirido el dominio, subsistirá el dominio de ella en el primer comprador". Si posteriormente a la adquisición del dominio se hipotecara nuevamente la cosa, esa hipoteca no vendría a ser preferida en la fecha a la primera que se contaría desde la fecha de su inscripción.

El artículo 756 del C. C., dice cómo se hace la tradición del derecho real de hipoteca y demás derechos reales sobre inmuebles. Sin la solemnidad especial del registro no se trasmite el derecho de hipoteca, pero el contrato de hipoteca para ser válido no necesita registro. La hipoteca para ser válida como contrato requiere sólo la formalidad de la escritura pública. La hipoteca como enajenación del derecho real de hipoteca requiere además el registro, es decir, la tradición del derecho. Si el tradente -dice el art. 752 del C. C.-, no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. Si se hace la tradición de un derecho de hipoteca que no pertenece al tradente, no se adquiere el derecho hipotecario, pero el contrato es válido como es válido el contrato de venta aunque el comprador no adquiriera el dominio de la cosa por no pertenecer este dominio al tradente.

Agrega el art. 752: "Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste trasferido desde el momento de la tradición". Mientras no se ha verificado la tradición no hay derecho real de hipoteca constituido, aunque haya contrato perfecto de hipotecación. Hecha la tradición si el tradente no es dueño del derecho de hipoteca, no se adquiere por la otra parte el derecho, pero sí posteriormente, el tradente adquiere el dominio de la cosa hipotecada, adquiere también el derecho de hipoteca que forma parte del de dominio, y por lo tanto, trasmite retroactivamente ese derecho que no pudo transmitir antes por no pertenecerle. El mismo argumento sirve para sostener la prescripción adquisitiva del derecho real de hipoteca que algunos niegan.

Sostener en forma absoluta que la hipoteca de cosa ajena no vale es olvidar el valor de la tradición en la constitución de derechos sobre las cosas, es no interpretar correctamente los artículos 752 y 756, es confundir el contrato de hipoteca con el derecho real de hipoteca, es en fin, dar a los artículos 2439 y 2443 una interpretación forzada y poco acorde con su sentido obvio y claro. En efecto: lo que el artículo 2439 establece no es una prohibición al no dueño de la cosa para hipotecarla.

Se refiere a la capacidad para hipotecar y dice: "no podrá constituir hipoteca sobre sus bienes sino la persona que es capaz de enajenarlos y con los requisitos necesarios para su enajenación". Es decir, que para hipotecar un inmueble, lo que constituye un acto de disposición, se requiere ser capaz según los principios legales sobre incapacidad. No podrá, pues, hipotecar sus bienes el impúber, el demente, el sordomudo, etc. Lo que establece ese artículo es que la hipoteca como derecho real constituído sobre inmuebles, es una enajenación, y que como tal, no puede llevarse a efecto por incapaces. Las prohibiciones de hipotecar determinados bienes están consignadas en otras partes del Código de manera especial así: el artículo 189 prohíbe a la mujer, al marido y a ambos juntos hipotecar bienes raíces de la mujer, el 483 prohíbe al tutor hipotecar bienes del pupilo, etc. El uso del posesivo *sus* en el artículo transcrito no desempeña en manera alguna un papel preponderante en el alcance jurídico de la disposición. Suprimido el pronombre, queda en todo su vigor el estatuto que está destinado a requerir la capacidad para hipotecar.

El artículo 2443 no prohíbe, como se ha creído, la hipotecación de cosa ajena. Al establecer "que la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes que se posean en propiedad, o usufructo, o sobre naves, quiere decir que de los bienes sólo se puede hipotecar la propiedad o el usufructo, cuando se tiene sobre ellos cualquiera de esos derechos, de manera que no puede hipotecarse, ni la propiedad, ni el usufructo de bienes que se tienen como usuario, como habitador, arrendatario, etc. La disposición transcrita establece qué bienes y qué derechos sobre ellos constituídos pueden ser materia de una hipoteca, y son: los inmuebles y las naves, y la propiedad, y el usufructo sobre ellos, y excluye los bienes muebles y los derechos de uso, habitación, etc., sobre inmuebles. No es que el usufructuario pueda hipotecar la propiedad del bien que tiene en usufructo. Lo que puede hipotecar es su derecho de usufructo. Conviene tener en cuenta que el usufructuario no es poseedor como parece darlo a entender el artículo 2443. El usufructuario es mero tenedor del bien cuyo usufructo posee, puesto que reconoce un dominio ajeno sobre él. Arts. 775 y 786 C. C. Todo lo que el art. 2443 quiere decir es lo siguiente: se puede hipotecar la propiedad absoluta, nuda o fiduciaria, y el usufructo, o propiedad fructuaria. Son las cuatro clases de propiedad que reconoce la ley. La primera no tiene limitación, es el *jus fruendi, utendi et abutendi*, en su concepción general; la segunda está desposeída o separada del usufructo, no tiene el *jus fruendi*; la tercera está sometida al gravámen de la restitución y la cuarta, o sea, la fructuaria, carece del derecho de disposición. Así una hipoteca de la propiedad absoluta no comporta ninguna limitación en el derecho de hipoteca, quien hipoteca la nuda propiedad no hipoteca al mismo tiempo el usufructo, la hipoteca de

la propiedad fiduciaria está sometida a la contingencia de la restitución, y la hipoteca del usufructo, (art. 2447) desaparece como gravámen en el momento de desaparecer el derecho de usufructo por cualquiera de los medios de que habla el C. C. (art. 865 y ss.) Es entendido que la hipoteca de la propiedad fiduciaria está sometida a las condiciones a que están sometidos los bienes de la persona bajo tutela o curatela (art. 816 C. C.). Al separar la propiedad del usufructo, si se hipoteca separadamente los derechos, parece a primera vista que siendo la hipoteca un derecho real no se extingue al consolidarse la propiedad con el usufructo y menos aún si la propiedad se consolida en cabeza del usufructuario, sin embargo, conviene tener en cuenta que el usufructo como derecho constituido, aparte del derecho de propiedad, está sometido en su existencia a la eventualidad de desaparecer como derecho real separado de la propiedad por cualquiera de las causas que enumera el C. C. El art. 2441 autoriza este criterio diciendo que: "El que sólo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual, limitado o rescindible, no se entiende hipotecarla sino con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho; aunque así no lo exprese".

Existe una disposición que permite la hipoteca de bienes futuros, art. 2444 C. C. Supóngase que se tiene una expectativa de derecho sobre la propiedad de un inmueble y se hipoteca ese inmueble como bien actual obteniendo después su propiedad. Qué razón habrá para que esa hipoteca no valga desde su inscripción? Y qué es la hipoteca de un bien futuro sino la hipoteca de un bien ajeno? Este artículo confirma lo que se dice antes de que la hipoteca como contrato vale aunque sea sobre bienes ajenos.

Si se hipotecan bienes futuros la hipoteca vale, pero es claro que esos bienes son ajenos en el momento de la hipotecación y la hipoteca subsiste como contrato mientras no se adquiere el bien por quien lo hipotecó; una vez adquirido por él y hecho el registro, lo que antes era válido como contrato pasa a ser válido como enajenación, como gravámen sobre el inmueble que en virtud de la adquisición y el registro se hizo jurídicamente posible.

Frecuentemente ocurre la hipotecación de bienes de que no se es dueño todavía. Se compra un inmueble a plazo y en la misma escritura de compraventa se constituye hipoteca por el precio sobre la finca que se adquiere. Cuando se constituye la hipoteca todavía no se es dueño de la cosa hipotecada, ese carácter lo adquiere el comprador en virtud de la tradición, o sea, el registro de la escritura de venta y sin embargo a nadie se le ha ocurrido negar la validez de una hipoteca así constituida. El registro de la escritura de venta e hipotecación es sucesivo, puesto que se hace en dos libros distintos, en el libro 1º. y en el de Anota-

ción de Hipotecas. En cualquier orden que se haga la inscripción es válida y sin embargo, si el registro se hace primero en el libro de hipotecas se está inscribiendo la hipoteca de una cosa ajena porque en el momento de la inscripción no es el hipotecante dueño del bien que hipoteca.

Hay un artículo del C. C. que admite la posibilidad de la hipoteca de cosa ajena. Es el artículo 1675 que dice: Los acreedores serán obligados a aceptar la cesión excepto en los siguientes casos: 1º. Si el deudor ha enajenado, *empeñado* o *hipotecado* como propios los bienes ajenos a sabiendas.

El artículo no está destinado a hacer constar esa posibilidad, pero la admite para establecer una excepción. Conviene distinguir los casos en que se hipoteca un bien ajeno como propio y los casos en que se hipoteca como ajeno. Civilmente son o pueden ser válidas ambas hipotecas como contratos, penalmente, en algunos casos, la primera podría constituir una estafa.

Un último argumento en favor de la validez de la hipoteca de cosa ajena se deduce de la definición que el código da de la hipoteca, puesta esa definición en relación con el artículo 2415 del C. C. Según la definición, el derecho de hipoteca es un derecho de prenda sobre inmuebles y según el artículo citado. "Si la prenda no pertenece al que la constituye, sino a un tercero que no ha consentido en el empeño, subsiste, sin embargo, el contrato mientras no la reclame su dueño". La analogía no es completa debido especialmente a que el contrato de prenda es real y en él la tradición es parte tan integrante que sin ella no se perfecciona, mientras que el contrato de hipoteca por el hecho de no existir entrega propiamente dicha, es consensual solemne. Ocurre que el carácter de real del contrato de prenda lo hace inseparable del gravámen o derecho que en él se establece porque al perfeccionar el contrato se establece el gravámen sobre la cosa y se adquiere el derecho de prenda sobre ella. Como tratándose de muebles hay verdadera identidad entre la entrega material y la tradición jurídica, al verificarse la entrega ocurren dos fenómenos, instantánea y simultáneamente: se perfecciona el contrato y se constituye el gravámen o derecho prendario. Esos dos fenómenos son separables en la hipoteca, en la cual no hay entrega material y el contrato es perfecto desde que el acuerdo de voluntades sobre sus términos es elevado a escritura pública y el gravámen sólo viene a constituirse cuando ese acuerdo de voluntades elevado a escritura pública se registra o inscribe debidamente.

La solemnidad de los contratos para la validez de éstos. - No comprende el registro.

Se piensa generalmente que los contratos solemnes no son per-

fectos mientras no se ha cumplido la formalidad del registro de la escritura en que deben constar, fundándose los que tal sostienen en el artículo 2673 del C. C. que dice: "ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código".

Es contrato solemne, según el mismo código, el que está sujeto a la observación de ciertas formalidades *especiales*, de manera que sin éstas no produce ningún efecto civil. Tomemos un contrato solemne cualquiera, la compraventa de inmuebles, por ejemplo: dice el artículo 1857 en su inciso segundo: la venta de bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.

La formalidad *especial* a que está sometida la venta de inmuebles es la de la escritura pública que según la define el Código, es el instrumento público otorgado ante el notario o el que haga sus veces e incorporado en el respectivo protocolo. Elevado el contrato a escritura pública es perfecto como contrato. La escritura pública para valer en juicio, no para ser escritura pública, debe ser registrada pero si no lo es no quiere decir que deje de ser escritura pública sino que como sanción se establece que no haga fe en juicio mientras no sea registrada. Si se extremaran las cosas podría llegarse al error de que la compraventa, por ejemplo, es un contrato real cuando versa sobre inmuebles, puesto que para valer como contrato tendría que constar por escritura pública a la cual se añadiera el registro que equivale a tradición, es decir, entrega. Según eso el contrato de venta de inmuebles, sería además, de solemne, real, puesto que para su perfeccionamiento se requeriría la entrega o tradición de la cosa.

Inconvenientes de la clasificación de los contratos. - Inexactitud jurídica de las clasificaciones. - No hay contratos unilaterales.

Lo que rompe la libertad jurídica de los contratantes es según unos sistemas, la voluntad expresa de ellas de obligarse, y según otras, el acuerdo de esas voluntades en obligarse.

Según el código colombiano, "las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades de dos o más personas". "Los contratos deben ejecutarse de buena fe" y "conocida claramente la intención de las partes debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras".

Según esos principios la voluntad concordante y claramente conocida de los contratantes es lo que rompe su libertad jurídica obligándolos según los términos de su voluntad que no tiene otros límites que

los fijados por la misma ley. Si en un contrato que debe ser solemne se establece un acuerdo de voluntades que al asumir la forma escrita desvirtúa el acuerdo real de las voluntades de los contratantes, se deben tener en cuenta las reglas anteriores para saber cuál de los dos acuerdos debe prevalecer: si se trata de la ejecución del contrato debe hacerse de buena fe, y será por lo tanto, el acuerdo real de voluntades el que fija las obligaciones de las partes, la expresión literal de la forma escrita carecerá de valor como acuerdo de voluntades, origen de obligaciones; si se trata de la interpretación y se conoce claramente la voluntad de las partes habrá de desecharse la expresión escrita del acuerdo para atender a la voluntad realmente acorde de las partes. Este que es el principio más generalmente establecido lleva a la conclusión de que la forma escrita de los contratos es artificial y ajena a la esencia misma de la convención.

Lo que obliga no es la palabra inscrita ni el acuerdo escrito sino la relación inmaterial de la voluntad de los contratantes. Prescindiendo de la escritura es concebible todo contrato o convención mientras haya posibilidad de acuerdo de voluntades. Originalmente todo contrato es consensual y al establecer la solemnidad de la forma escrita para algunos de ellos no se hace otra cosa que buscar una seguridad de carácter probatorio contra la mala fe que puede desconocer ese acuerdo. Pero partiendo la ley de la base de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, lo cual es una presunción legal obligada, porque no se concebiría una legislación civil a base de mala fe presunta, es arbitrario sacrificar la validez de la convención a la forma escrita, la sanción para asegurar la forma escrita no debiera ser la invalidez en juicio sino otra igualmente eficaz, pero que se compadeciera mejor con la pureza de la teoría contractual.

Igualmente artificial es la división en contratos unilaterales y bilaterales. En puridad de verdad los contratos unilaterales no existen. Contrato unilateral, según la ley, es aquel en que sólo una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna. Se consideran contratos unilaterales, el comodato, el mutuo, la prenda, etc. Lo que en la realidad ocurre en esa clase de contratos es que la obligación a cargo de una de las partes debe cumplirse primero que las obligaciones de la otra. La obligación cumplida del mutuante es la causa, el origen y la razón de ser de la obligación del mutuario. No es que para el mutuante no exista obligación alguna sino que ha de cumplirse primero que la del mutuario y la ley para lograr ese efecto establece, que el contrato no es perfecto sino cuando se cumple la obligación por el mutuante. Al establecer la ley que el contrato no se perfecciona sino por la entrega se desentiende del contrato como acuerdo real de voluntades para hacer de-

rivar las obligaciones del mutuario, del hecho de que el mutuante haya cumplido las suyas.

La ley toma el contrato unilateral para definirlo y legislar sobre él, no cuando apenas es un acuerdo de voluntades o mera convención, sino cuando esa convención ha empezado a ejecutarse, porque una de las partes ha cumplido ya las obligaciones que contrajo en virtud del acuerdo de voluntades. Cuando dos personas convienen, la una en prestar a la otra una suma de dinero y ésta en pagárselo a la primera en determinadas condiciones de plazo, interés, lugar de pago, etc., ya el contrato está perfeccionado entre ellos porque hay un acuerdo real de voluntades. La ley no atiende a eso sino que espera a que el mutuante entregue al mutuario la suma de dinero, es decir, espera a que cumpla su obligación para decir que hay contrato y lo llama contrato unilateral. El acto jurídico, en virtud del cual una persona contrae obligaciones con respecto a otra, sin que ésta, por su parte, contraiga obligación alguna no puede ser un contrato propiamente dicho, podrá ser una declaración de voluntad sin consecuencias jurídicas ningunas.

Si yo declaro voluntariamente que debo mil pesos a Juan sin que en realidad se los deba y sin que en mi declaración hayan influido el error, la fuerza o el dolo, puede quizá deducirse en mi contra la obligación de pagar los mil pesos a Juan, pero aún en este caso es preciso que Juan manifieste que acepta, aunque no sea sino dando por cierto el hecho que yo afirmo y aunque su aceptación sea tácita, como si procede al cobro de lo que yo he dicho deberle. Pero si la voluntad de Juan no coincide con la mía en el hecho de la deuda, si él no quiere que yo le deba esos mil pesos, la obligación mía, con respecto a él no habrá nacido a la vida jurídica y quedará como un bien deseo mío. Mi deseo de favorecer a Juan es un hecho lícito que no es fuente de obligaciones.

La clasificación de los contratos en el C. C. francés, en el C. C. suizo y en el C. C. colombiano. - Ventajas de la no clasificación de los contratos.

Una vez hecha por la ley la distinción poco fundamental de los contratos unilaterales, se encuentra con este fenómeno: que en algunos de ellos la obligación, en virtud de cuyo cumplimiento ella ha declarado perfeccionado el contrato, es la entrega que uno de los contratantes hace al otro de una o varias cosas para determinados fines. Al declarar perfeccionado el depósito, por ejemplo, ve que lo ha sido en virtud de una entrega y se apresura a hacer una nueva clasificación. Ese contrato, además de ser unilateral será real, porque para su perfeccionamiento es necesaria la entrega o tradición de la cosa a que se refiere.

Esas series de divisiones y subdivisiones establecidas con el propósito de aclarar y que en realidad confunden, son el sedimento espiritual de una filosofía de distingos que pesa sobre nuestra legislación como una lápida de plomo que entorpece el desarrollo del pensamiento jurídico y le quitan la diafanidad que debe caracterizarlo. Las clasificaciones legales, así como las definiciones, tienen inconvenientes demasiado serios como que casi nunca comprenden todo, y algunas veces comprenden más de lo que debieran, creando problemas que la jurisprudencia y la doctrina resuelven con criterios variados favoreciendo la edificación de monumentales artificios jurídicos, tanto más inútiles y perjudiciales cuanto más ingeniosos sean.

La manía clasificadora de nuestra legislación, que llega a formar hábito mental en los que la estudian, es uno de los obstáculos con que tropieza la labor conductora de la jurisprudencia que debe ser guía y no secuela de la legislación.

El código francés clasifica los contratos así: sinalagmáticos o bilaterales, unilaterales, conmutativos, de beneficencia y a título oneroso. Esa clasificación ni es completa ni está de acuerdo con la realidad.

El código civil suizo no clasifica los contratos. Sin embargo, su reglamentación es completa y acertada. En el artículo 1º del Código de las obligaciones se establece el principio de la declaración de la voluntad concordante en la siguiente forma: "El contrato es perfecto desde que las partes han manifestado su voluntad de una manera recíproca y concordante. (Teoría romana pura). Esta manifestación puede ser expresa o tácita". Después de desarrollar en disposiciones precisas las fuentes de las obligaciones que son, según ese código, los contratos, los actos ilícitos y el enriquecimiento ilegítimo, trata en la segunda parte "de las diversas especies de contratos" empezando por la venta. (El contrato de matrimonio es materia del Código Civil en su tratado de "la familia"). No entra el legislador suizo a clasificar los contratos sino a tratar de ellos en forma amplia y completa, lo cual es más razonable aunque menos metódico que una clasificación minuciosa que no hace más que trazar normas y carriles rígidos al pensamiento jurídico que debe ser tan móvil como variadas y diversas son las situaciones jurídicas y las modalidades que los contratos pueden asumir al influjo de la voluntad libre del hombre. Entre la clasificación legal es preciso muchas veces incrustar a presión, de manera forzada y poco armoniosa, los contratos cuyas modalidades los hacen inclasificables, sólo por la necesidad de seguir en su interpretación determinadas normas legales aplicables a los contratos clasificados. Sin recurrir a complicados ejemplos puede anotarse que el contrato de trabajo reglamentado en el código suizo no encaja con precisión en ninguna de las clases o especies de contratos que

reconocen el código francés y el colombiano, porque sus características principales obedecen a situaciones que no era posible ni siquiera concebir cuando esos códigos se dictaron. Dentro de la teoría contractual de nuestro derecho que gira al rededor de ese principio un tanto envejecido y calumniado por el moderno derecho civil que se llama la libertad de contratar y sobre la cual gravita como un símbolo más que como una realidad la llamada autonomía de la voluntad, no es concebible un contrato cuyo origen es una imposición que obliga a las partes a celebrarlo. La figura jurídica del deber de contratar no es conocida en nuestro derecho. Lo más práctico, lo más sencillo, lo menos ingenioso, y por lo tanto lo más natural y más a propósito para que la ciencia jurídica progresase buscando nuevas normas y perspectivas para el perfeccionamiento social es que los legisladores no definan ni clasifiquen y ¡ojalá! que no hagan muchas leyes.

Si nos propusiéramos clasificar los contratos reglamentados por el código suizo -de acuerdo con la clasificación de nuestro código- nos encontraríamos con algo de apariencia extraña: que no hay sino un contrato real que es el de depósito. El mutuo y el comodato que en nuestro derecho son ejemplos típicos de contratos reales se definen en el Código suizo de las O. así: art. 305: "El préstamo de uso es un contrato por el cual el *prestador* se obliga a ceder gratuitamente el uso de una cosa que el prestatario se obliga a devolverle después de haberse servido de ella". Art. 312: "El préstamo de consumo es un contrato por el cual el prestamista se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al prestatario, con cargo para este último de devolver otro tanto de la misma especie o calidad". Como se vé estos contratos son perfectos por el acuerdo de las partes sobre sus términos, no se requiere entrega de la cosa, y de ellos nacen obligaciones para ambas partes, lo cual les dá el carácter de bilaterales. Esto confirma lo que se ha dicho antes: que la clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales no obedece a una necesidad ni siquiera de método, sino que es una creación artificial, hija legítima del vicio seudofilosófico de los distingos. Que es artificial e inútil, se deduce de que al suprimirla, como se ha hecho con un buen sentido de la legislación suiza, no ha sufrido en nada la literatura jurídica ni ha perdido claridad la doctrina legal que ha ganado en elasticidad y ha permitido que los contratos asuman las mil diversas formas que puede hacer necesarias la vida de los negocios. Se dirá que eso es posible con nuestra legislación que consagra amplísimos principios sobre la libertad de contratación extraídos de las más puras fuentes del derecho natural. Si, en teoría, pero en la práctica judicial, ante los juzgados y tribunales, cuántas veces han quedado sacrificados los derechos porque un juez imbuído en el maremag-

num de nuestro derecho casuista y cuyo acervo intelectual es a la manera de una vidriera en donde se exhiben baratijas jurídicas, raras por lo viejas y por lo viejas inútiles, no ha podido clasificar un contrato o lo ha clasificado mal.

Nuestra legislación adolece de ese defecto característico de querer clasificarlo todo. Se clasifican las personas y los bienes, los contratos, los plazos, las servidumbres, los derechos, etc., y como si no fuera suficiente el cúmulo informe de distinciones, los tratadistas y profesores que se han empapado un poco de su espíritu, tratan de introducir en ella nuevas clasificaciones. De todos es conocida la pregunta que no puede faltar en un exámen de derecho civil: cuántos son los modos indirectos de heredar?, o esta obra: cuántas veces autoriza el código el acrecimiento en cuotas? Esos sistemas y esos métodos que parecen ser la máxima sabiduría son apenas el procedimiento más torpe para un buen conocimiento de la legislación. Confiar a la memoria el aprendizaje del derecho es mecanizar los conocimientos esterilizando la ciencia. Qué importa no saber cuántos son los contratos si se sabe en qué consisten? Estudiar la legislación por medio de esquemas y cuadros sinópticos es una labor tan infructuosa como la de leer la Biblia o el Quijote, con el fin de anotar cuántas veces se usa en éllas la palabra Dios.

En el código suizo ni figuran los contratos de prenda e hipotecación. Se ha visto, como no hay en él clasificación de contratos. Hay un contrato que se llama contrato de caución y que se define, art. 492 C. O. "La caución es un contrato, por el cual una persona se obliga para con el acreedor a garantizar el pago de la deuda contraída por el deudor". Este contrato que el código suizo llama de caución es propiamente un contrato de fianza.

En el código colombiano la fianza parece como una obligación nacida de una convención, de la ley, o por decreto judicial. La fianza de origen convencional es propiamente un contrato, en virtud del cual, una de las partes se obliga para con otra a garantizar con garantía personal o real una obligación propia o ajena. Si la garantía es personal será un contrato de fianza, propiamente dicha, si la garantía es real el contrato será un contrato de fianza hipotecaria o prendaria, o simplemente un contrato de hipotecación o de prenda.

El contrato suizo de caución y el contrato colombiano de fianza son en el fondo idénticos. Pero el Código suizo adopta un punto de vista más amplio y menos expuesto a confusión. No trata de la prenda y la hipoteca en el código de las obligaciones y de los contratos, sino en el código civil en su libro IV "de los derechos reales" y somete la constitución y transmisión de los derechos a las formalidades del registro dejando el régimen puramente contractual libre de toda traba y embarazo.

Así, todo contrato es posible y válido desde que las partes han manifestado acuerdo de voluntades y la vida jurídica contractual gira en un plano independiente de verdadera autonomía y libertad sin tropiezos de forma y sin más dificultades que las de un acuerdo en la voluntad de las partes.

La iniciativa privada tiene así una perspectiva amplia y un campo ilimitado de desarrollo. La ley no limita las posibilidades. Da normas generalísimas dentro de las cuales cabe toda situación creada por la voluntad del hombre.

* * *

El tema queda apenas descubierto a la curiosidad de quien, a través de las páginas anteriores, haya apreciado su caudal importancia en la teoría de nuestro derecho. En la práctica tiene también una importancia considerable.
