

COSAS FUNGIBLES⁽¹⁾

Con el ligero bagaje de un mal estudiante de Derecho, se hallaba el autor de estas líneas, a fines del pasado siglo, ante el Tribunal de la Licenciatura, en el segundo de los ejercicios, teórico y oral, entonces como ahora.

—¿Es lo mismo cosa fungible que cosa consumible?—me preguntó uno de los jueces, D. Leopoldo Alas (Clarín).

—El Código las confunde—respondí, sin duda en un momento de inspiración.

—El Código y muchos autores—replicó el insigne crítico.

Al volver hoy sobre la materia, un poco más documentado, quiero dedicar este modesto recuerdo al querido maestro que tanto ha influido sobre mis estudios y sobre mi vida espiritual.

FUNGIBILIDAD

La palabra *fungible* (del verbo *fungor*: ocuparse en algo o desempeñar un cargo) no se encuentra en el Digesto, aunque otra cosa pudiera deducirse al buscar su significado en el Diccionario Latino-Español de D. Raimundo de Miguel (2).

Un comentario de Paulo al Edicto (recogido en la ley 2.^a Digesto, *De rebus creditis*, 12, 1), parece haber dado ocasión a Ulrico Zasio para inventar la palabra, que también se encuentra en Voet.

«En el mutuo han de ser entregadas cosas que se pesen, cuen-

(1) Conferencia dada en la Universidad Central.

(2) Las expresiones no romanas *cosas fungibles*, *cosas no fungibles*... Girard: *Manuel de Droit Romain*, pág. 256, nota quinta, edición séptima.

ten o midan (*quae pondere, numero vel mensura consistunt*) porque mediante su entrega podemos hacernos acreedores, toda vez que han de sernos satisfechas de un modo genérico más bien que en especie. (*quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis quam specie*).»

Uniendo ambos pasajes, se llega a una definición que ha sobrevivido a las vivas discusiones que, sobre el concepto correspondiente, han mantenido en los últimos cien años maestros indiscutibles en la ciencia del Derecho:

Cosas fungibles son las que se pesan, cuentan o miden y pueden ser substituidas por otras de su clase.

Es lógico que su naturaleza se pusiera de relieve en el préstamo mutuo y precisamente al tratar de la devolución de cosas consumibles a que en un principio se hallaba limitado tal contrato. En él se concede, como hace notar Acursio, al deudor, la facultad de consumir lo que hace suyo y de liberarse con la entrega de otra cosa (*per solutionem alterius rei*).

Sin embargo, esta facultad de entregar una cosa por otra (*aliud pro alio*) como contrapuesta a una norma esencial del derecho de obligaciones, sólo puede admitirse, a falta de voluntad expresa, cuando entre la cosa entregada para cerrar el contrato de préstamo y la devuelta en el momento del pago existen diferencias cualitativas sin importancia y perfecta igualdad en el número, peso o medida.

Las cosas que se representan o sustituyen en la función de pago (*functionem recipiunt per solutionem*), desempeñan igual papel jurídico, son *fungibles* (*fungibles*) (1), y el deudor que haya recibido cierta cantidad de las mismas, cumple su obligación restituyendo otro tanto (*tantumdem*).

La influencia del contrato de préstamo mutuo sobre la cuestión que estudiamos y en especial los desenvolvimientos del sistema monetario, motivaron, por de pronto, la ampliación del concepto de cosas consumibles, distinguiéndose dentro del mismo el consumo natural del consumo civil, con lo cual se reputaban consumibles tanto las cosas que no pueden ser destinadas a su carac-

(1) De Miguel traduce *quae functionem recipiunt* (cosas fungibles), y envía a la palabra *fungibilis*, pero luego registra solamente el plural *fungibles*.

terístico uso sin destrucción, como las que por ci uso corriente salen del patrimonio de que forman parte.

En la primera categoría figuraban el aceite, vino, trigo, etcétera; y en la segunda, el dinero que, según frase de Justiniano, viene a extinguirse en su constante permutación.

Al ingresar en el acervo jurídico la palabra *fungible*, sufrió la atracción irresistible de esta técnica, y en una notable memoria de Thomásio, sobre las diferencias y clasificación de las cosas (1); hallamos ya un error que los Códigos europeos habían de perpetuar:

«Las cosas muebles son fungibles o no fungibles. Aquellas son las que no podemos usar sin abuso (*sine abusu*), esto es: sin disminución, transmutación, consunción, disfrute o enajenación. Las últimas son aquellas cuyo uso sin abuso es posible.»

En el Código Napoleón se encuentra la palabra al tratar de la compensación que «sólo tiene lugar entre dos deudas cuyo objeto es una suma de dinero o cierta cantidad de *chooses fungibles* de la misma especie». Pero en los demás preceptos que giran alrededor de esta clasificación, y en especial al regular el comodato y el préstamo de consumo (artículos 1.874, 1.878 y 1.892), se habla constantemente del consumo por el uso.

La confusión era tan corriente al mediar el pasado siglo, que en la Tabla Alfabética de los Códigos entonces vigentes en Bélgica se registran, como referentes a *cosas fungibles*, una porción de artículos relativos a las consumibles, y en cambio no se cita el único artículo en que se emplea la palabra *fungibles* (1291).

Del mismo modo, el Código civil austriaco se refiere a la consumibilidad de las cosas en las normas correspondientes a las fungibles (artículos 971, 983 y 1.090).

Culmina el error en el Código civil holandés (artículo 561), y en nuestro proyecto de 1851, según cuyo artículo 383: Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. A la primera especie pertenecen aquellos de que no puede hacerse el uso *conveniente* a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie pertenecen los demás.

El artículo 337 de nuestro Código civil no ha hecho más que

(1) De Miguel traduce *quae functionem recipiunt* (cosas fungibles), y en *coe*, 1773. Diss. CXXII, cit. por Lomónaco, *Della distinsione dei beni*, 19.

sustituir la palabra *conveniente* por *adecuado*, sin adelantar un paso en el camino de la rectificación fundamental, no obstante los valiosos precedentes de la ley de Partidas.

En efecto, al *definir* qué cosa es *empréstito*; decía el Rey Sabio (Ley. 6.^a, Tít. I de la Part. 5.^a) que existen dos maneras de *empréstamo*: «la una es más natural que la otra, e esta es, como quando emprestan unos a otros, algunas de las cosas que son acostumbradas a contar, pesar o medir», añadiendo que «pasa el señorío de cualquier destas cosas, al que es dada por préstamo».

Y para evitar que se dislocase el concepto, advertía Gregorio López, con razón, que no siempre constituía préstamo mutuo la entrega de una cosa al peso o por cantidad, sino que debía atenderse a la naturaleza, costumbre, aptitud y adecuación..

Esta doctrina, de pura cepa romana, hizo su camino, sobre todo en Alemania, y sirvió para rectificar el indicado error.

En el Manual de Derecho civil francés, publicado por Zachariae en 1808, se traduce *choses fongibles* por las palabras alemanas *vertretbare Sachen* (cosas representables), y de conformidad con los adelantos industriales de la época, se consignan como ejemplos los objetos no consumibles más conocidos por su indiferenciación : alfileres y agujas.

Tras Zachariae, o con él, porque la denominación parece ya de uso corriente, los pandectistas Mackeldey, Böcking y Windscheid la vulgarizan, a pesar de la oposición de Savigny, que rechaza la nueva expresión como «ininteligible si no se le añade una explicación, puesto que todas las cosas son susceptibles de representación o sustitución, en dinero», y propone el empleo de la palabra *cantidades* para designar las sumas correspondientes.

Después de haber definido las cosas genéricas y específicas, dice Mackeldey en su conocida obra, cuya primera edición apareció en 1814 (1): «Sobre esta diferencia descansa la clasificación de cosas en representables y no representables. Estos conceptos son relativos. Es representable una cosa cuando no entra en la relación jurídica como específica (individual), sino en atención a su género y cantidad, de tal modo que debe ser devuelta *in genere* o *in eadem quantitate et qualitate*. No representable es una cosa

(1) Se ha tenido a la vista la 12.^a (1842), en especial el párrafo 149.

· cuando entra en la relación jurídica como individual o específica · y débe ser pagada *in specie*» (1).

No de otro modo entiende Windscheid la distinción : «Las cosas en el comercio humano suelen considerarse según su determinación individual o según el género a que pertenecen ; estas últimas se llaman cosas *de género*, o también, puesto que en ellas cada cosa individualmente determinada que pertenece al género puede ser representada por cualquier otro individuo perteneciente al mismo, cosas *representables*. En las cosas de género (*representables*) siempre debe indicarse con precisión la cantidad de que se trata : por eso se las llama también cosas *de cantidad*. Otra designación mucho más usual es la de cosas *fungibles*» (2).

Con tales padrinos, el término técnico encontró acogida en el Código de Comercio alemán de 1861, en la ley Procesal de 1879 y en el Código civil, que da en el artículo 91 la siguiente definición :

«Cosas representables, en el sentido de la ley, son cosas muebles que, en el tráfico, se determinan ordinariamente por el número, la medida o el peso.»

II

BASES DE LA CLASIFICACIÓN

En la rápida reseña que acabamos de hacer sobre la aparición del término *fungibles* y el desenvolvimiento del concepto correlativo, hemos visto a las leyes y a los jurisconsultos apoyarse alternativamente en la consumibilidad de las cosas, en la diferencia de género y especie, o mejor, de especie a individuo, en la divisibilidad y en la figura jurídica de la representación.

Como estas ideas son perfectamente distinguibles, hemos de preguntarnos si el concepto de cosas fungibles es un fantasma que cambia de sudario a cada momento o si nos hallamos en presencia de una categoría jurídica que vive al amparo de las características indicadas, pero con independencia de las mismas.

(1) Sigue en esta clasificación a Aug. Frid. Schott: *Pr. de rebus, quae functionem recipiunt.* Lips, 1767.

(2) Pandectas, párrafo 141.

Este último supuesto es el lógico y los ejemplos que en la vida, o más bien, en el conocimiento científico se nos presentan a cada paso, nos relevan de una cumplida demostración.

A la consideración de quien trata de describir un *puñal* se ofrece, en primer término, como fundamento etimológico la propiedad de poder tenerse o emplearse con la mano cerrada (*puño*), en seguida, las características de la cuña y de la relación entre el volumen y la superficie, luego la exigencia de la dureza, tenacidad y pulimento del material, etc. Todas estas ideas influirán en la definición del arma ofensiva y en su fabricación, pero radican en sectores científicos inconfundibles.

Vamos a intentar la discriminación que nos interesa entre los conceptos de fungibilidad, consumibilidad, genericidad, divisibilidad y representación.

Consumibilidad.—La constante transformación de la materia encadena al mundo con las férreas consecuencias de dos principios: «nada se crea ni nada se pierde», «todos los cuerpos son perecederos». Desde uno y otro punto de vista, sería imposible clasificar las cosas en consumibles e inconsumentes, ya que todas desaparecen con la acción de las fuerzas naturales y ya que los elementos simples perduran a través de los siglos.

El concepto jurídico de consumibilidad se aplica, en primer lugar, a las cosas que por el uso adecuado a su destino se extinguén, trasmutan o desaparecen (*res quae usū consumuntur*).

Para precisar este concepto habría que insistir: *a)* sobre la necesidad lógica de que el uso sea instantáneo o breve, en un solo acto o en varios sucesivos inmediatamente; *b)* sobre el valor de la frase *adecuado a su destino*, entendiéndola, no en un sentido de finalidad cosmogónica, sino de aplicación a las necesidades de la vida humana, y *c)* sobre la relatividad del *consumo* que a veces se provoca por la pérdida de las características que hacen apreciable o dan valor a una cosa.

Sólo así podríamos resolver las controversias relativas a la consumibilidad de los trajes de máscara, guantes blancos, etc., y a otros mil ejemplos que la vida diaria nos presenta como casos de solución difícil frente a los paradigmas de cátedra: la vela que se acaba, el pan que se come, el pitillo que se fuma.

Ya hemos indicado que por analogía con este consumo, natu-

ral o físico, se había incluido en el concepto a las cosas por su propia esencia destinadas a ser transferidas o enajenadas.

No se extingue ni se destruye la moneda por unas cuantas transmisiones, es cierto, pero su ordinaria utilización priva al dueño de su propiedad y produce iguales efectos prácticos que la más radical extinción. En el lenguaje vulgar se equipara al dinero con las cosas que se evaporan, se le llama *espíritu puro*, y el mismo pueblo silba al avaro de Horacio, que se extasió en la contemplación de su arca (1).

Desde que una legislación principia a reconocer la validez de los contratos en que se transfiere el uso de una cosa con retención de la propiedad, la distinción de cosas consumibles y no consumibles adquiere una capital importancia. El préstamo asume la modalidad de *comodato* si la utilización ha de realizarse sin consumir la cosa, mas la figura jurídica se transforma en cuanto lo entregado son cosas consumibles, cuya restitución, si ha de conferirse alguna ventaja al prestatario, es materialmente imposible.

De aquí la triple exigencia que el mutuo pone de relieve: un acto translativo del dominio de la cosa prestada (*traditio*), paso de la propiedad al que la recibe y devolución por equivalencia..

Esta última característica sirve de diferencia específica para la clasificación de los bienes por su fungibilidad, y explica los motivos que originaron la confusión de cosas consumibles y cosas fungibles. Si el préstamo *mutuo* aparece como préstamo de *consumo* es casi lógica la asimilación impugnada.

Pero en el fondo, la consumibilidad, como dice Planiol (2), es una cualidad de hecho de ciertas cosas que les hace impropias para ser objeto de un derecho de goce temporal, a cuya terminación se han de encontrar intactas, y esta cualidad se aprecia examinando la cosa aisladamente y sin que haya necesidad de compararla con ninguna del mismo género, ni aun de saber si las hay semejantes.

De aquí se sigue, añade Bensa (3), que las relaciones jurídicas encaminadas al simple goce o disfrute de la cosa, tanto en el

(1) *Populus me sibilat; at mihi plaudo ipse domi, simul ac nummos contemplor in arca.*

(2) *Traité de Droit Civil*, I, párrafo 2.179, octava edición.

(3) *Studi in Onore di Carlo Fadda*, II. *Sul concetto di cose fungibili.*

campo de las obligaciones como en el de los derechos reales, no pueden tener lugar en orden a tales cosas al regular la figura correspondiente y queriendo aplicarles las mismas normas, al menos en su alcance económico, es preciso encontrar sustitutivos jurídicos y conceder al titular la facultad de consumirles con la obligación de restituir otras tantas cosas de la misma calidad. Nos aproximamos con esto a una enajenación o a una permuta cuya contraprestación deba realizarse pasado un plazo, pero todavía permanece dentro del círculo trazado para contener al préstamo.

Ahora bien: desde el instante en que al comercio humano pueda convenir que ciertas cosas, consumibles o no, sean devueltas en la indicada forma o, mejor dicho, sean sustituidas por otras de iguales condiciones, habremos dado el paso de consumibles a fungibles. Ya no nos circunscribiremos a los comestibles, a las bebidas y a los combustibles, sino que pasaremos a los clavos, útiles, ruedas, piñones, máquinas, acumuladores, productos químicos, metalúrgicos o industriales y comprenderemos que hace unos años se haya discutido en Alemania, con motivo de un contrato de suministro, si pueden reputarse fungibles..., ¡¡los acorazados !!.

La corriente jurídica se desborda. ¿Cómo encauzarla?

En un principio se indicó que así como la característica de consumible era algo natural, dependiente directamente de la sustancia de la cosa, la fungibilidad dependía, pura y exclusivamente, de la intención de las partes contratantes. Ambas afirmaciones son incorrectas en cuanto es necesario dar valor al *destino humano* de las cosas y a la voluntad de los contratantes para determinar su consumibilidad en una relación jurídica concreta, y a los caracteres físicos y organolépticos, así como a la forma de las cosas, para explicar las prácticas comerciales que las transforman en fungibles.

«Se pretende a veces (son términos de Pianiol) que la fungibilidad depende de la intención de las partes y la consumibilidad de la naturaleza de las cosas. Es un error. La intención de las partes no basta para hacer fungibles dos cosas que no se prestan a ello, por su naturaleza, como dos casas, dos cuadros, etc.» (1).

(1) Loc. cit., párrafo 2.184

La antítesis, dice Windscheid, por razón de la sustituibilidad, se funda sobre una norma objetiva, el uso comercial corriente, apoyado en cualidades naturales de la cosa (1).

La reacción de las prácticas comerciales sobre las cosas físicas es, sin embargo, mucho mayor en el orden examinado que en el de la consumibilidad. Los ejemplos de cosas ordinariamente consumibles que se prestan *ad pompam et ostentationem*, para adornar las mesas en los festines o los escaparates de una casa de cambio, significaban muy poco al lado de las cosas no fungibles en una esfera de vida que pasan a ser fungibles en otra.

Para la modesta costurera que paga a fuerza de sudores la cuota semanal de su máquina de coser, para el industrial que ha conseguido dotar a su escritorio de una máquina de escribir y para el deportista que ha comprometido sus ahorros en un automóvil, la Singer, la Underwood y el Buick son cosas perfectamente individualizadas y no fungibles; para las respectivas casas constructoras y para las sucursales, filiales y agencias que tienen diseminadas en el mundo entero las máquinas, piezas y accesorios son intercambiables y sustituibles.

El ejemplar mismo de esta Revista que el lector tiene ante los ojos, es un folleto determinado y no fungible, mientras para la Empresa editora y para las librerías no asume mayor *individualidad* que una plegadera, una aguja o un fotograbado.

¡Y a qué distancia nos hallamos con estos ejemplos de las cosas consumibles!

Genericidad.—Sobre esta noción intentaron los primeros pandectistas del XIX basar la diferencia característica de las cosas fungibles. Mackeldey, según hemos adelantado, parte de la idea de género para precisar el fundamento de la clasificación. «Bajo la palabra *genus*, dice en el citado párrafo, se entiende en el lenguaje jurídico no tanto una clase entera de cosas, como una sola cosa que se determina por el género a que pertenece, y en tal sentido entra a servir de objeto en una relación jurídica; *species*, por el contrario, significa una cosa aislada que es determinada individualmente.»

Por el mismo camino marcha Windscheid en el pasaje más

(1) Pandectas, párrafo 141.

arriba transcrita, y son de Planiol las siguientes expresiones : «Sobre la distinción de cosas fungibles y no fungibles descansa la importante clasificación de las obligaciones de género y deudas de cuerpos ciertos. Se dice que una obligación se refiere a un género (*genus*) cuando la cosa debida se halla determinada solamente por su calidad y su cantidad, como 100 kilogramos de trigo o de carbón mineral ; se dice que la deuda tiene por objeto un *cuerpo cierto* cuando la cosa debida está individualmente determinada, y ella misma, no otra, debe ser entregada al acreedor.»

La antítesis en cuestión pertenece, como hace notar Ihering⁽¹⁾, a los conceptos elementales de toda Jurisprudencia, y se encuentra en el Derecho romano en formas diversas : *genus* y *species*, *res generaliter relictā* y *res relictā*, *incerta* y *oertha res*, *summa* y *corpus*, *quantitas* y *certum corpus*. ¿Se habrá inventado una palabra bárbara (*fungible*) para expresar un concepto conocidísimo ?

Para fijar con precisión (indica el mismo jurisconsulto) el concepto de determinación genérica y específica, es necesario atender a otros factores que, sin tener influencia sobre ella, perturban su inteligencia y aplicación. Y en primer término, a la conformación de las cosas, es decir, a la diferencia entre las fungibles y las no fungibles. Esta diferencia únicamente tiene que ver con aquella antítesis en cuanto las cosas fungibles son ordinariamente determinadas por su género y las no fungibles de un modo específico. Sólo que así como las primeras pueden ser determinadas individualmente en las relaciones obligatorias (por ejemplo : el dinero que tengo en el arca), las últimas pueden, al contrario, ser consideradas de un modo genérico (por ejemplo : los esclavos, los animales en ciertas aparcerías). En estos supuestos, se dice que las cosas *genéricas* son tratadas como *no fungibles*, y las cosas *específicas* como *fungibles*, invirtiendo los términos de la comparación, porque la antítesis *fungible-no fungible* es dada por las mismas cosas y parece más independiente de la voluntad de las partes, mientras la contraposición *genéricas-específicas* refleja la influencia de la voluntad en el modo de determinar las cosas. La delimitación del género está a discreción de los testadores o

(1) *Beiträge zur Lehre von der Gefahr bei im Kaufcontracie. Jahrb. für die Dogmatik*, 4, 400.

contratantes : *una* bárrica de vino, *uno* de mis caballos, son cosas genéricas; *el* tonel que tengo en la cueva, *mi* galgo, específicas.

Sin detenernos a discutir el acercamiento excesivo que esta doctrina impone a las obligaciones genéricas y a las alternativas, veamos el razonamiento con que Bensa, en la citada investigación, trata de separar lo fungible de lo genérico.

«Evidentemente, si pensamos en el negocio jurídico del que resulta típicamente la fungibilidad del objeto, encontramos que la obligación de restituir otro tanto (*tantumdem*) en calidad y cantidad, implica obligación de cosa genérica ; y que la razón de ser de esta restitución de *genus* consiste en que el mutuario toma a préstamo la cosa para consumirla, devolviendo oportunamente al prestamista el equivalente. Es lógica, por lo tanto, la inferencia de que la fungibilidad presupone la genericidad y la consumibilidad.»

«Y también parece plausible la idea de que las cosas consumibles debán de ser por fuerza fungibles, en cuanto el representarlas en su identidad individual sería un obstáculo para el consumo, del cual depende la utilización de las mismas, en conformidad a su naturaleza.»

«Finalmente, si tenemos una obligación de *genus*, conviene recordar que todo individuo o pluralidad de individuos que satisfaga los requisitos cualitativos y cuantitativos del objeto, tal y como se halla en aquella genéricamente determinado, vale para agotar la misma finalidad ; y entonces, podemos ser inducidos a considerar como fungible, respecto a la relación en hipótesis, cualquier posible tanto del género (*tantumdem ejus generis*) en contraposición a otro tanto del mismo género (*tantumdem ejusdem generis*).»

«... Puesto que el mutuo romano fué el terreno en que típicamente germinó la figura de la fungibilidad, no es inútil observar que, en el punto de arranque, las cosas que se prestan no se perfilan como *genus*, sino cómo cuerpos ciertos (*certa corpora*), aunque designados cuantitativamente, ya que el contrato se perfeciona por la entrega (*re perficitur*) y, en su virtud, las cosas dadas al mutuario son desde el principio individualmente determinadas. De esta entrega específica surge la obligación genérica de restituir otro tanto (*tantumdem*), y éste, especificándose en su

día, desempeñará su papel (*functio*); pero lo susceptible de representación es el objeto de la entrega originaria, que se hallaba individualmente determinado y no por categoría.»

«El mismo fenómeno se reproduce en las otras relaciones en las que se desenvuelve la fungibilidad propiamente dicha, es decir, en todas veremos la sustitución efectiva de cosa a cosa con igualdad de género y cantidad, lo que implica claramente que la sustancia del negocio jurídico va orientada al *genus*, pero también que ésta obligación genérica tiene por causa un estado precedente en el que lo genérico se hallaba individualizado...»

«Por el contrario, en todas las relaciones donde no exista esta doble graduación, sino pura y simplemente la genericidad del objeto, serán muchas e importantes las consecuencias que surgirán de tal característica, pero no las de fungibilidad, que es por sí misma una ecuación y necesita dos miembros, de los que falta uno en el supuesto.»

En una de las notas que Bonfante ha puesto al libro III de las Pandectas de Windscheid, encontramos observaciones importantes sobre la discutida distinción: «La cuestión fundamental, dice, en el tema de cosas fungibles, es su distinción de aquellas determinadas sólo por el género. La opinión más simple es la de los autores que hacen sinónimos fungibilidad y género; indicando con aquella palabra la característica de las cosas de que se compone el género, de ser sustituibles recíprocamente. En este sentido, Crome y Chironi reconocen en la fungibilidad la sustituibilidad propia de las cosas determinadas genéricamente. En el Tratado de Derecho civil, que este último escribió con Abello, se halla indicada la necesidad de distinguir entre fungibilidad y género, conceptos respecto de los cuales se admite una gran afinidad. Pero no se aclara ulteriormente la razón de esta diferencia.»

«Otros, a su vez, distinguen entre cosas fungibles y género o especie. Una idea que Brinz apuntó sin insistir mucho sobre ella, y que otros autores han desenvuelto, distingue dos hipótesis: que los individuos del género sean susceptibles de una elección o escogido, o que no lo sean de ninguna manera por su absoluta identidad. Karlowa distingue cosas de género fungibles y cosas de géneros infungibles. La especificación que el deudor hace en estas últimas, tiene por efecto inmediato la concentración, y se-

opera con una selección: por el contrario, en las primeras, no hay posibilidad de escoger y basta una separación realizada puramente con peso, número o medida.»

«Con este mismo criterio, dice nuestro Coviello, una cosa infungible puede ser designada genéricamente en un contrato; pero en tal caso, el deudor no puede liberarse dando una cosa cualquiera de las que pertenecen al género, como si se tratase de cosas equivalentes y sustituibles, sino que existe un derecho de elección con sus correspondientes límites.» «Coviello cita con tal propósito el artículo 870 del Código civil, que aplica un notable principio romano (probablemente interpolado por los compiladores), en cuya virtud la elección debe ser hecha con un criterio medio: no hay obligación de dar la cosa de calidad óptima ni tampoco la facultad de entregar una de calidad pésima (1). Respecto de las cosas fungibles, el pensamiento de una elección entre los objetos es inconcebible, ya que todos se equivalen.»

«La idea fundamental es, pues, que las cosas de género, a pesar de la calidad de poder ser tomadas en consideración como tales, y sin atender a sus características individuales, todavía son susceptibles de una cierta diferencia entre objeto y objeto, de suerte que entre ellas no existe una plena y recíproca sustituidad, pudiendo encontrarse entre ellas, unas mejores y otras peores. En tal supuesto, se dice que hay infungibilidad. Dudamos que este criterio resista a un ponderado examen. No está claro cómo podemos distinguir cosas genéricas entre las cuales la elección es posible, y cosas genéricas entre las cuales no se puede escoger. Si la elección es posible, ¿significa esto que concurren también notas individuales? Realmente no creemos que este sea el concepto en que se inspira aquel criterio distintivo. Porque también a las cosas fungibles, si la equivalencia entre los objetos no es perfecta, se podrá aplicar, en todo caso, el principio por el cual no se halla autorizado el acreedor para ofrecer la peor.»

«Todos los esfuerzos para distinguir la fungibilidad del género parecen vanos y carentes de una base exegética, así en las fuen-

(1) Véase el artículo 875 del Código civil español, sobre todo el último párrafo, a cuyo tenor la elección de la cosa mueble legada será del heredero, quien cumplirá con dar una que no sea de la calidad inferior ni de la superior.

tes romanas como en el Código civil. Verdaderamente, si el género se entiende a su vez como se debe entender, no ya como una categoría naturalista, sino como una categoría social, no puede tener su base mas que en la equivalencia de los objetos, según la opinión común, los usos del comercio y la voluntad de las partes contratantes. Existen cosas en que las notas individuales son imborrables y series en que desaparecen totalmente: en las producciones humanas, por ejemplo, los objetos de arte, se dirá que tienen un sello individual y que son, en su virtud, cosas infungibles; por el contrario, los productos industriales, incluídas las fabricaciones artísticas, forma característica de nuestros días, son cosas fungibles..»

«Pero se trata más bien de graduaciones que no de verdaderas oposiciones. Parece que únicamente debe admitirse que el concepto de género se adopta más fácilmente y en un sentido amplio para comprender objetos cuya fungibilidad no es a veces constante..»

Divisibilidad.—La particularidad de que en el préstamo de consumo se entregan las cosas contadas, pesadas o medidas, podría hacernos creer que la fungibilidad se halla íntimamente relacionada con la propiedad de las cosas que provoca la clasificación de las obligaciones en divisibles e indivisibles. En efecto, el trigo, el aceite, la harina, el arroz, y, en menor grado, los huevos; las manzanas, el pescado, etc., cuando entran en las relaciones jurídicas, permiten la distribución entre varios deudores y el pago total mediante prestaciones parciales. ¿Estaremos entonces en posesión de uno de los hilos con que Molino intentaba recorrer el laberinto de lo divisible, y llamaremos fungibles a las cosas que por su naturaleza son susceptibles de división?

El concepto de fungibilidad es anterior, lógicamente, al de distribución por partes de una prestación. Una cantidad de dinero, unos cuantos hectolitros de alcohol etílico de cierta graduación pueden ser divididos entre los subrogados de un deudor, por muchos que sean, y pagados por cada uno en proporción a su débito. Lo mismo cabe decir si el número de cuerpos ciertos corresponde exactamente al de acreedores o deudores o es divisible por el último: doce gallinas de raza determinada, entre dos, tres, cuatro, seis o doce acreedores o deudores.

Pero el problema de la fungibilidad se presenta aun cuando no haya más que un solo deudor y un acreedor. Es más, existe en relaciones jurídicas que se refieren a un solo objeto o parte de una cosa indivisible. Un librero pide a un colega en préstamo el volumen segundo de una obra que tiene varios y la vende completamente a un parroquiano. El volumen se entrega, en esta hipótesis, como cosa fungible cuya propiedad pasa de uno a otro librero y del último al comprador.

Las influencias de la fungibilidad de las cosas sobre la doctrina del pago o de la comunidad, ya fueron percibidas por Marcelo y Ulpiano y aparecen de relieve en los siguientes ejemplos: si debo diez duros que he de pagar en diez semanas, no hay contradicción lógica en que el pago lo haga con un mismo duro; si una cantidad de cosas fungibles pertenece a varios, la división se hace entre ellos por peso, número o medida, si no es fungible, mediante cuotas ideales.

Sin duda, la circunstancia de que en el comercio, una vez dada la naturaleza de la mercancía, se otorgue valor esencial al número, peso o medida, indica que los objetos individuales pierden esta conceptuación y sólo *funcionan* como representantes de un tipo ideal. Las cosas que se venden por docenas, gruesas, millares, manos, resmas..., si no son idénticas, no merecen en el tráfico corriente la calificación de distintas.

Y, a medida que los números manejados aumentan, desaparecen las características de cada individuo, y lo *infungible* se hace fungible: la compra de un caballo para un jinete, como la de un traje para un *pollo perra*, son asuntos en que no se puede hablar ni remotamente de sustitución, pero la adquisición de ganado en tiempo de guerra o la de ropas hechas para un bazar, son negocios de líneas generales en que, al lado de las condiciones técnicas figuran las cantidades, no la lista detallada de los objetos.

Esto explica la poderosa corriente que desde la inspirada intuición del pueblo romano corre a través de la glosa y aflora en el siglo XIX con las siguientes expresiones de nuestro Gómez de la Serna (1):

«En el mutuo la cosa que se da para que se devuelva otra es,

(1) Curso histórico-exegético del Derecho romano, 2º, 425, tercera edición. Madrid, 1863.

cierta por el número, por el peso o por la medida. Es otro tanto y no la misma cosa la que debe ser restituída, y por lo mismo sólo tiene lugar este contrato respecto a aquéllas que pueden ser representadas exactamente por otras... Excusado es indicar que cuando el texto habla de cosas que se pesan, miden o cuentan, no debe tomarse literalmente, porque entonces no habría una cosa que no pudiera ser objeto del mutuo, sino de aquellas que *según el uso del comercio se sujetan al número, peso o medida para apreciarlas y venderlas.*[»]

Responden las últimas palabras con muchos años de anticipación a la discusión que Lotmar y Wend (1) habían de sostener sobre el transcritto artículo 91 del Código civil alemán.

Según Lotmar apenas es posible concebir una cosa que no pueda ser determinada en el comercio por peso, número o medida. Los objetos de plata se toman, en ocasiones, al peso; los cuadros, por su tamaño, y las obras de arte, por su número. Los sastres no ponen el mismo paño a los trajes, cualquiera que sea la estatura del parroquiano. No basta con que una cosa sea determinada *principalmente* por el peso, número o medida, es necesario que lo sea *completamente*.

Esto sólo acontece cuando las cosas son ordinariamente apreciadas por sus condiciones genéricas. Como decía Lassalle: cosas cuya esencia es la cantidad.

Wend replica que en los citados ejemplos nadie afirmará que sea costumbre determinar las cosas en tal forma: ni los objetos preciosos, ni los cuadros, ni las obras de arte se prestan a esta determinación *por su naturaleza*, y lo mismo puede sostenerse de las máquinas, locomotoras y acorazados. Hay que atender, pues, a la naturaleza de las cosas y a las órdenes que para su fabricación o suministro se den.

Representabilidad.—De igual modo que una persona se dice representar a otra cuando en su nombre hace declaraciones o ejecuta actos cuyas consecuencias son las mismas que si hubieran sido realizados por ella, se indica que una cosa representa a otra cuando desempeña iguales funciones que ella en cierta relación jurídica.

(1) *Wie etwas heisst und was es ist., en el Archiv fur die Civ. Praxis,* 103, 451.

“Este concepto, que mejor pudiéramos concretar con las palabras *subrogación real*, es más extenso que el de cosas fungibles, y sirve de fundamento a normas jurídicas que nada tienen que ver con nuestra clasificación.

Así, por ejemplo, los bienes adquiridos por una mujer casada por permuta con otros bienes dotales (número primero del artículo 1.337 del Código civil), o por compra con dinero perteneciente a la dote (número 4 del mismo artículo), representan en cierto modo a los que la mujer ha entregado en permuta o como precio y se *subrogan* o los *sustituyen* en el activo patrimonial, sean o no fungibles.

Para la determinación de la fungibilidad, basta con que una cosa desempeñe las mismas funciones que otra en el momento del pago, es decir, que sirva para satisfacer directa o inmediatamente una obligación de restituir.

Parece que la única cosa que se halla en estas condiciones es la *cosa debida*, y que no salimos con tales términos del concepto general de obligación, pero, en realidad, indicamos que el pago va orientado a la devolución de un objeto del cual es figura o representación el que entregamos.

Aflora esta doctrina, como hemos dicho, en el derecho romano y en los cursos de Pandectas y se halla tan patente en el pasaje citado de nuestro Gómez de la Serna, como en los civilistas alemanes.

De ellos lo han tomado los franceses :

«Cosas fungibles, para Baudry-Lacantinerie, son aquellas que, según la intención de las partes, pueden, en el pago, ser exacta o idénticamente reemplazadas por otras semejantes (*quarum una alterius vice fungitur*) : en el pensamiento de las partes, una de estas cosas equivale a otra ; tienen el mismo valor liberatorio, porque hay entre ellas una relación de equivalencia» (1).

«Dos cosas, según Planiol, son dichas fungibles entre sí cuando una de ellas puede ser *reemplazada* por otra en un pago. Tienen el mismo valor liberatorio porque al acreedor le es indiferente recibir una mejor que otra... La fungibilidad es, pues, una relación de equivalencia entre dos cosas, en cuya virtud una de

(1) *Traité de Droit civil*, I, 695, 11.^a edición, París.

ellas puede desempeñar la misma función liberatoria que la otra» (1).

El momento efectivo de la fungibilidad queda oscurecido en el texto de Planiol, si hemos de creer a Bensa (2), porque no indica que el *reemplazar* se refiera a cosas precedentemente recibidas, y más bien parece que se quiere aludir a que es indiferente el pago con objetos ciertos o con otros, sin apuntar siquiera a la identidad de especie, con lo cual se recae en el puro concepto de la obligación de género y se incluye también a las obligaciones alternativas.

La exigencia material de una sucesión de cosas, como base de la fungibilidad, nos llevaría a una concepción raquítica de las relaciones en ella fundadas y nos alejaría de la definición incluída en el Código civil alemán para dejarnos en posesión de un término técnico de escasa fecundidad.

Veámoslo confirmado con un ejemplo :

Yo he vendido a un almacenista de carbón 1.000 toneladas de hulla grasa de la Sociedad Duro-Felguera y adquiero un crédito de 750 toneladas de la misma mercancía que un amigo comerciante ha comprado al almacenista en cuestión. Debo, por lo tanto, en el día de hoy, 1.000 toneladas al almacenista que, a su vez, me debe 750 toneladas. ¿ Puedo hacer uso del derecho que me concede el artículo 1.196 del Código civil y entregar tan sólo 250 toneladas ?

Indudablemente, porque se trata de *cosas fungibles* y compensables, siempre que en las respectivas obligaciones concurren las demás circunstancias exigidas por el citado texto. Sin embargo, aquí falta la sucesión jurídica a que tanto valor concede Bensa, pues ni yo he recibido en préstamo las 1.000 toneladas que debo, ni soy cesionario del derecho de *recobrar* 750 toneladas prestadas. Ambos créditos han nacido de sendos contratos de compraventa.

Con esto, damos por terminada nuestra discriminación y nos atrevemos a plasmar su resumen en la forma siguiente :

Cosas fungibles son las que por la igualdad de sus propiedades características desempeñan en el comercio las mismas funciones liberatorias.

(1) Loc. cit., párrafo 2.181.

(2) Loc. cit., 364.

La *igualdad de propiedades* no significa pertenencia a un género. El concepto es más amplio y abarca a las cosas que por su generación conservan las cualidades distintivas de sus ascendientes (género naturalista: pollos, pescados y aun semillas), así como a los productos industriales que son susceptibles de reproducción indefinida (libros, periódicos, etc.), y a los títulos, monedas y valores de igual representación.

Deseñear igual papel en el comercio equivale a ser admitidos corrientemente en subrogación unos de otros. Aunque la voluntad pueda hacer entrar dentro del grupo cosas que en la práctica comercial no se sustituyen recíprocamente o, por el contrario, pueda excluir del mismo a las cosas que corrientemente se sustituyen, no hemos de otorgar a esta autonomía un papel absorbente en las relaciones jurídicas que venimos estudiando.

Por último, nos referimos a las funciones liberatorias, porque en el momento del pago es cuando la fungibilidad impone la nota decisiva. Quien entrega un duro para pagar cinco pesetas no da una cosa por otra (*aliud pro alio*), no da ni adjudica en pago, sino que paga, en realidad, lo debido. Las diferencias de tamaño, superficie y dimensiones se desvanecen ante la equivalencia liberatoria..

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(Se continuará.)