

ALGO SOBRE CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

—Miguel Moreno Jaramillo

A José Luis López y a la memoria de Fernando Isaza, muy afectuosamente.

CAPITULO I

División de los contratos

El Código de Napoleón divide los contratos en unilaterales o bilaterales, conmutativos o aleatorios y gratuitos u onerosos, pero incurre en la impropiedad de definir los **bilaterales** y los **onerosos** como si los dos fueran equivalentes (arts. 1102, 1103, 1104, 1105 y 1106 del C. C. F.).

El Código de Bello subdivide los contratos **onerosos** en conmutativos o aleatorios, y añade las especies de principal o accesorio, y de real o solemne o consensual (arts. 1496, 1497, 1498, 1499 y 1500 del C. C.).

El de Napoleón menciona los contratos de nombre propio y los que no le tienen, punto sobre el cual guarda silencio el de Bello (art. 1107 del C. C. F.); pero no hay duda de que este código tanto conoce los nominados como reconoce la existencia de los innominados. Basta leer su definición de contrato (art. 1495 del C. C. C.).

Los doctrinantes han agregado otras especies, tales como las de individual o colectivo, simple o complejo, de adhesión o de libre discusión, instantáneo o sucesivo, etcétera.

He empleado la **o** y la **u** como conjunciones disyuntivas que denoten diferencia, no sinonimia; pero no puedo poner en olvido que el contrato de renta vitalicia es simultáneamente solemne y real (art. 2292 del C. C.). También tiene esta dualidad el de préstamo a la gruesa, o a riesgo marítimo, salvo que el ca-

pital prestado no llegue a doscientos pesos (art. 363 del C. de C. M.).

Según Laurent, los contratos aleatorios son también conmutativos, pues en ellos cada parte recibe alguna cosa, que no es sino una suerte, mientras que en los conmutativos cada una recibe un equivalente real. ("Cours Élémentaire de Droit Civil". Tomo II, número 465).

Baudry-Lacantinerie, al hablar de los conmutativos y de los aleatorios, dice: "Ninguna de las partes tiene intención de hacer a la otra una liberalidad. Ellas se confieren mutuamente, por vía de dación o de promesa, derechos juzgados equivalentes en el momento del contrato. Pero mientras que esta equivalencia puede ser apreciada de una manera cierta en el contrato conmutativo, no puede ser establecida en el contrato aleatorio sino fundándose en simples probabilidades; las partes corren riesgos a los cuales no los expone el contrato conmutativo". ("Précis Élémentaire de Droit Civil". Tomo II, número 14).

El Código de Bello, en su artículo 1498, y el de Napoleón, en su artículo 1104, hablan de "equivalente", tanto al definir el contrato conmutativo como al definir el aleatorio. El último, en su artículo 1964, no habla de "equivalente" al definir por segunda vez el aleatorio.

Propongo el contenido del siguiente párrafo como simple tema de estudio, no como cosa definitiva:

Un mismo contrato oneroso, la compraventa por ejemplo, ordinariamente conmutativo, es aleatorio si entra el álea como elemento fundamental. Esto ocurre cuando la cosa vendida es incierta, como los derechos litigiosos, o de duración incierta, como el fideicomiso. La diferencia aparece clara en la compraventa de cosas que no existen pero se espera que existan: es conmutativo si versa sobre la cosa esperada y es aleatorio si versa sobre la esperanza. En el primer caso es condicional. En el segundo caso es puro y simple. (Arts. 793, 1498, 1863, 1869 y 1969 del C. C.).

Todo contrato real es unilateral.

Esta sentencia de Jossierand, breve y doctrinal, ayuda mucho a diferenciar los contratos. Pensé que contra ella podría argüirse que el contrato de sociedad de responsabilidad limitada es **real** y **bilateral** por cuanto en la escritura de su constitución debe declararse que los aportes han sido pagados (art. 2º de la ley 124 de 1937). Igual pensamiento tuve respecto de la comandita por acciones, a causa de que no queda definitivamente constituida sino después de haber entregado cada accionista, a lo menos, la cuarta parte del importe de sus acciones y

ello llevaría a ver allí un contrato **bilateral** y **real a medias** (art. 615 del C. de Co.). Pero me dí cuenta de que tal objeción puede ser deleznable porque aun cuando para que dichos contratos sean perfectos es necesaria la tradición de todos los aportes, en el primero, o de una partē de ellos, en el segundo, los contratantes no los adquieren en ningún momento, pues todo va a la sociedad, como tercera persona, y quizá esto les impida ser reales, si bien es muy general el texto del código (art. 1.500 del C. C.). De ahí que, por ahora, apenas proponga este punto como tema de estudio, no sin observar que para mí ha sido claro el principio de que los contratos reales se desfiguran cuando imponen obligaciones recíprocas. Lo he creído aplicando el aforismo de Josserrand, que llamo suyo porque no lo he visto en ningún otro autor.

No todo contrato unilateral es real.

Pedro le dona a Juan mil pesos. El contrato es unilateral pero no es real sino consensual. El donante, obligado a dar, puede, al cumplir su obligación, decirle al donatario: “Te **do**y el dinero que te **doné**”. El **dar**, o sea el traditar, modo, es posterior al **donar**, título, no obstante haber definido impropiamente el código la donación entre vivos como si fuera un modo de adquirir el dominio, pues la llama “acto por el cual una persona **trasfiere** (subrayo), gratuita e irrevocablemente, una parte de **sus** (subrayo) bienes a otra persona que la acepta (art. 1443 del C. C.).

Todo contrato bilateral es generalmente oneroso.

Josserrand pone como ejemplo de contrato **bilateral** y **gratuito** la donación con cargas. Me inspiré en su ejemplo para poner el mío sobre **donación modal**, si el modo no es en beneficio del donatario exclusivamente, como se verá en el capítulo IV, letra g), del presente ensayo. (“Cours de Droit Civil Positif Français”. Tomo II, número 26).

Todo contrato oneroso es generalmente bilateral.

Los de mutuo a interés y constitución de renta vitalicia son **onerosos** y **unilaterales**.

CAPITULO II

Algunas glosas a las definiciones del código civil

Me parecen glosables las definiciones que da el código civil de los contratos conmutativo, aleatorio, principal y real.

Dice el código que el contrato oneroso es **conmutativo** cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa

que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez (art. 1498). Se olvida de la obligación de “no hacer”. No menciona, no tenía por qué mencionar, la de “dejar hacer”, a causa de hallarse ésta, así lo creo, incluida en la de “no hacer”, pues el obligado a “dejar hacer” debe abstenerse de estorbar que se haga lo que se dejó hacer.

Dice el código que el contrato oneroso es **aleatorio** si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida (art. 1498). No veo con claridad si admite el caso en que una sola de las partes corra la contingencia, o si sólo admite el de que ambas prestaciones consistan en la suerte.

Dice el código que el contrato es **principal** cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención (art. 1499). Ha debido decir **obligación** en vez de **convención**, como lo dice muy bien cuando define el **accesorio**, porque la convención no es la única fuente de las obligaciones (art. 1499 del C. C.).

Dice el código que el contrato es **real** cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere (art. 1500). Ha debido decir **entrega** en vez de **tradición**, porque toda tradición es entrega, real o virtual, pero no toda entrega es tradición. En el comodato hay mera entrega. En el mutuo hay entrega con carácter de tradición. Y ambos contratos son reales (arts. 2200 y 2221 del C. C.).

CAPITULO III

Contratos aleatorios

Volvamos al contrato aleatorio.

Dice el código francés que el contrato es aleatorio cuando el equivalente consiste en la suerte (**chance**) de ganancia o de pérdida **para cada una de las partes** según un acontecimiento incierto. Pero luego, al definir el contrato aleatorio, amplía su idea diciendo que es una convención recíproca cuyos efectos, en cuanto a las ventajas y a las pérdidas, **sea para todas las partes, sea para una o varias entre ellas**, dependen de un acontecimiento incierto (arts. 1104, inciso 2º, y 1964 del C. C. F.).

Baudry-Lacantinerie opina que “bien se ha ensayado encontrar ejemplos de contratos aleatorios en los cuales la probabilidad de ganancia o de pérdida no exista sino de un lado, pero sin buen éxito, según nosotros”. (“Précis de Droit Civil”. Tomo II, número 15).

Y Planiol y Ripert afirman: “En el artículo 1964, el Código

supone que el carácter aleatorio de una convención puede existir **para una o algunas solamente de las partes**, sin alcanzar a las otras. Es un error. Cuando un contrato es aleatorio, lo es necesariamente **para todas las personas que en él han tomado parte**. Continúan diciendo: "Lo que es ganancia para la una es pérdida para la otra; es pues imposible que el contrato sea aleatorio para una de las partes sin serlo para la otra. Por lo demás, el art. 1104 no contiene la misma inadvertencia que el art. 1964". ("Traité Élémentaire de Droit Civil". Tomo II, número 957).

Don Alfredo Barros Errázuriz conceptúa: "De la definición del art. 1441 (este artículo del código chileno es el 1498 del código colombiano) podría desprenderse que un contrato puede ser aleatorio para una de las partes y no para la otra; pero este error se desvanece si se considera que lo que es ganancia para una parte constituye necesariamente pérdida para la otra. De manera que el carácter aleatorio del contrato existe respecto de todas las partes contratantes". ("Curso de Derecho Civil". Volumen III, número 3).

Joseph Hémond expresa un parecer distinto de los anteriores diciendo que "en el seguro con primas fijas no hay **álea** sino para el asegurador, puesto que el asegurado, una vez entregada la prima, no tiene nada más que entregar". ("Précis de Droit Civil". Tomo II, número 1109).

El Código de Napoleón, me permito repetirlo, trae dos nociones del contrato aleatorio: en su artículo 1104, inciso 2º, dice que en este contrato hay **chance** de ganancia o de pérdida para "cada una de las partes", y en su artículo 1964, inciso 1º, que la probabilidad de ganar o de perder existe "sea para todas las partes, sea para una o varias de entre ellas". En Francia, ya lo vimos, se ha censurado la última de las dos normas citadas diciendo que en un contrato de esta especie hay siempre **álea** para los dos contratantes.

Colin y Capitant, en la obra que hicieron con el concurso de Julliot de la Morandière, creen que esta crítica es fundada, mas no del todo. Observan que cuando el contrato se celebra **entre dos particulares**, las probabilidades de ganancia o de pérdida son necesariamente recíprocas, pero que no ocurre lo mismo en un contrato de seguro celebrado entre **una compañía que hace este género de comercio y un particular**, porque ella se contenta con agrupar a los asegurados, con organizar entre ellos una mutualidad, y así las primas que pagan les sirven para indemnizar a los afectados por el siniestro, por lo cual no corre la compañía ningún riesgo, salvo el enteramente teórico

de la destrucción de una cantidad de inmuebles superior al promedio de las destrucciones reveladas por los libros de cuentas ajustadas. En realidad, dicen, no hay en el seguro álea sino para el asegurado, que paga una prima anual para protegerse contra un riesgo que talvez no se realizará. Estos autores observan lo mismo respecto de la organización estatal de las **apuestas mutuas** que funcionan con ocasión de las carreras de caballos. ¿Pero qué? Luego de decir que en esos dos casos el contrato **no es aleatorio sino para una de las partes**, reconocen con toda probidad que esta situación resulta **no del carácter jurídico del contrato considerado individualmente, sino de una pura circunstancia de hecho**: el agrupamiento de un gran número de operaciones que se efectúan por uno de los contratantes, mientras que el otro, que corre un riesgo, no ha efectuado sino una sola. ("Cours Élémentaire de Droit Civil". Tomo II, número 20).

CAPITULO IV

Combinación de contratos

Los contratos pueden ser:
Unilaterales o bilaterales
Gratuitos u onerosos
Conmutativos o aleatorios (subdivisión de los onerosos)
Principales o accesorios
Consensuales o reales o solemnes.

Presento en cinco renglones la clasificación legal, separando sus términos mediante conjunciones disyuntivas, y veo claramente cómo cada contrato particular no consiente el término contrapuesto, excepto los del último renglón, que por versar sobre las tres formas de perfeccionamiento, no sobre los negocios mismos, admiten la concurrencia de dos modos diferentes, solemnidad y entrega, como el contrato sobre constitución de renta vitalicia (art. 2292 del C. C.).

Pero respetando las alternativas de los cinco renglones, con la salvedad hecha respecto del último, son posibles varias combinaciones.

Ejemplos:

- a) — Unilateral y gratuito: el comodato.
- b) — Unilateral y oneroso: la renta vitalicia.
- c) — Unilateral y principal: el mutuo.

El mutuo a interés, aunque oneroso, conserva su carácter de unilateral.

Como el mutuo, por ser real, no se perfecciona sino mediante la entrega de la cosa, sólo entonces es fuente de obligaciones. ¿Contra quién? Contra el mutuario. Contra nadie más. De ahí que el mutuario no tenga acción contra el mutuante y sí éste contra aquél. Perfeccionado el contrato merced a la tradición de la cosa (**qui re perficitur**), a nada está obligado el mutuante. Prueba de ello es que no podría garantizar su conducta con ningún contrato accesorio. Sería asegurar lo que no se debe ni deberá, lo que no existe ni existirá. El mutuo, gratuito u oneroso, es esencialmente unilateral. El pago de intereses no viene a ser sino una sobrecarga del mutuario, una obligación más que se suma a la fundamental suya de restituír al mutuante lo que de él recibió. (arts. 1497, 2221, 2361, 2409 y 2432 del C. C.).

El mutuo civil, del cual estoy hablando, es naturalmente gratuito. Si por estipulación accidental, hecha en el contrato o con posterioridad al contrato, convienen las partes en que sea a interés, el lucro se torna recíproco y se aumenta la carga del mutuario sin que por ello resulte más gravado el mutuante. Lo mismo ocurre si se han pagado intereses, aunque no estipulados. (arts. 2232 y 2233 del C. C.).

Los contratos reales se desfiguran cuando imponen obligaciones recíprocas. Esto se deduce del aforismo de Josserand. Ellos consienten la utilidad de ambos contratantes pero no obligaciones para ambos. (*). Del mutuo a interés, tanto como del gratuito, no resulta sino un solo contratante obligado: el mutuario. El comodato, esencialmente gratuito y unilateral, no se trueca en oneroso y bilateral por el hecho de que pueda ir en pro de ambas partes. (arts. 2200 y 2204 del C. C.). Si para que el comodato aproveche a ambos contrayentes se obliga el comodatario a algo, ese contrato degenera en otro.

No podemos confundir el mutuo con la promesa de mutuo. La promesa sería un contrato solemne, puesto que debe constar por escrito, y sería bilateral; no real y unilateral como el contrato prometido. (ley 153 de 1887, art. 89).

Tomo dos contratos reales, comodato y mutuo, especies del género préstamo. El primero de uso y el segundo de consumo. Pedro le entrega en comodato a Juan una cosa no fungible y también graciosamente le tradita en mutuo una cosa fungible. El comodato es gratuito por esencia y el mutuo por naturaleza.

(*) Pero dejo como tema de estudio mi tímida apuntación al aforismo que hallé en Josserand (Capítulo I).

Así tenemos en ambos contratos un solo acreedor, Pedro, y un solo deudor, Juan. Los dos contratos son unilaterales. En principio, Pedro, comodante y mutuante, no está obligado a nada. Pero cualquier día Juan, comodatario y mutuario, declara **obligarse** a mejorar la cosa no fungible y a reconocer intereses sobre la cosa fungible. De ahí en adelante, los dos contratos van en pro de ambas partes, pero no se truecan en bilaterales porque la declaración de Juan no grava en lo mínimo a Pedro. Los dos contratos continúan siendo unilaterales, pero el comodato deja de ser tal y degenera en otro contrato porque la gratuidad es de su esencia, y el mutuo sigue siendo tal pero pasa de gratuito a oneroso.

Si el que presta, sea comodante o mutuante, perjudicare al que empresta, sea comodatario o mutuario, por la mala calidad o los vicios ocultos de la cosa prestada, bajo las condiciones legales, ello dará acción de perjuicios, mas no autoriza para calificar de bilaterales a esos dos contratos. (art. 2217 del C. C.).

Conbescure, citado por Planiol y Ripert, ha impugnado la existencia de los contratos reales con argumentos que dichos autores no hallan aceptables.

Comentan así Planiol y Ripert la opinión de Conbescure: "Este autor atribuye a los cuatro contratos reales un carácter sinalagmático y consensual, porque él reconoce (como todo el mundo) el valor obligatorio de la simple promesa de prestar una cosa, de recibirla en depósito o de darla en prenda. El no pone cuidado en que en los verdaderos contratos sinalagmáticos las obligaciones recíprocas de las partes son, por su formación, **contemporáneas** la una de la otra, y deben, en principio, ejecutarse simultáneamente, mientras que en los casos de prenda, de préstamo o de depósito, las dos obligaciones **no coexisten jamás**; en la realidad se producen entonces **dos convenciones sucesivas**, porque una promesa de préstamo no es un préstamo, ni un elemento del préstamo; la segunda convención (aceptación de la cosa) es la **ejecución** de la primera, de tal suerte que la relación que une las obligaciones sucesivas de las partes no es absolutamente de la misma naturaleza que la coexistencia de las obligaciones recíprocas, nacidas de un contrato sinalagmático...". (Planiol y Ripert. Obra citada. Tomo citado. Nota al número 996).

El mutuo es siempre unilateral, principal y real. A veces gratuito y a veces oneroso.

CAPITULO VI

Cosas fungibles y cosas no fungibles

Una de las diferencias fundamentales entre el préstamo de consumo (art. 2221 del C. C.) y el préstamo de uso (art. 2200 del C. C.), que no podemos poner en olvido, consiste en la naturaleza de las cosas entregadas para el nacimiento de estos contratos.

En el mutuo se tradita cosa mueble fungible y en el comodato se entrega cosa inmueble o cosa mueble no fungible.

Hay necesidad de saber cuál fue el pensamiento del legislador en los artículos 575 del código chileno y 663 del código colombiano, iguales entre sí, artículos que han sido glosados por respetables autores en Chile y en Colombia.

La división de las cosas muebles en fungibles y no fungibles informa buena parte de nuestro código civil. Díganlo, si no, el usufructo (823, 836, 848); los legados (1170); el pago (1633); la compensación (1715); la compraventa (1864); el arrendamiento (1974); la sociedad (2110); el comodato (2200); el mutuo (2221); el depósito (2236, 2246, 2253); el pago de lo no debido (2318) y quién sabe cuántos otros negocios jurídicos.

Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, en la segunda edición de su obra, redactada y puesta al día por Antonio Vodanovic H., conceptúan que el legislador incurrió en error "al disponer que las cosas consumibles pertenecen a las fungibles"; pero luego amplían su concepto y lo explican en la forma que veremos adelante. (Tomo II, número 101).

Barros Errázuriz dice: "De la definición anterior (habla de la del artículo 575) se desprende que el Código equipara los bienes fungibles a los consumibles y los no fungibles a los no consumibles, sin distinguir esos conceptos que tienen en realidad un significado diverso". ("Curso de Derecho Civil", Volumen I, número 215).

Entiende Rodríguez Piñeres que el código, en su artículo 663, "ha tomado la expresión **fungible** como sinónima de la de **consumible por el primer uso**", ya de un modo material, ya de uno jurídico, y al comentar el 823 dice que el código no le dio "a la voz **fungible** su verdadero significado técnico". ("Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano". Tomo III, número 436, y Tomo IV, número 189).

Carrizosa Pardo estima: "En la definición que el código da en el artículo 663 de lo que es cosa fungible se confunde esta noción con la de cosa consumible". ("Las Sucesiones", número 306).

Yo no dudaba de que el legislador había confundido lo fungible con lo consumible y lo no fungible con lo no consumible.

En una minucia jurídica, "Algo en Torno del Comodato", publicada primero en "Estudios de Derecho" (Volumen XIX, número 58), y después, con modificaciones que le introduje, en "Rojo y Negro", número 25, escribí lo siguiente:

"La división de las cosas muebles en **fungibles** y **no fungibles**, hecha por el citado artículo 663, tiene el inconveniente de que confunde lo fungible con lo consumible y lo no fungible con lo no consumible".

"Bienes **consumibles** son los que se destruyen por el primer uso, sea naturalmente, como los alimentos y el tabaco, sea legalmente, como la moneda. (**Quorum usus in abusu consistit**)".

"Bienes **no consumibles** son los que resisten un uso más o menos prolongado aunque se vayan deteriorando y acaben por acabarse como los vestidos y los automóviles".

"Bienes **fungibles** son los que, consumibles o no consumibles, admiten, según la intención de los contratantes, otros con igual valor liberatorio en la prestación de lo que se debe, esto es, los que pueden reemplazarse con equivalentes en el cumplimiento de la obligación".

"Bienes **no fungibles** son los que, consumibles o no consumibles, no admiten, según la intención de los contratantes, otros con igual valor liberatorio en la prestación de lo que se debe, esto es, los que no pueden reemplazarse con equivalentes".

"Generalmente el bien consumible es fungible y el bien no consumible es no fungible, pero de acuerdo con la intención de los contratantes puede un bien consumible ser no fungible y puede un bien no consumible ser fungible".

"Lo consumible o no consumible depende de la naturaleza del bien; lo fungible o no fungible depende de la intención de las partes".

De las anteriores líneas creo prudente retirar por ahora el primero de sus párrafos, y me pregunto con Paul Valéry: "¿Cómo asegurar las obras contra los regresos de la reflexión?".

Ensayo la defensa del artículo 663, no con la pretensión de acertar sino con el deseo de que quienes lo han acusado piensen si sería el caso de absorverlo, o, al contrario, el de condenarlo pero después de haberlo "oído y vencido" en amplia controversia. No sostengo ninguna tesis. Apenas estudio para que decidan los sabidos.

Vamos a ver si "salgo con algo", como dice Juan de Avila,

y “que sea algo qué”, según la frase de Miguel de Cervantes.

Dice tal artículo:

“Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. A las primeras **pertenecen** (subrayo) aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan”.

“Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles”.

Pertenecer una cosa a otra no es confundirse con otra. No. Pertenecer, según la Academia, tiene, entre otras acepciones, la de referirse o hacer relación una cosa a otra, o ser parte integrante de ella. Larousse para explicar el significado de pertenecer como formar parte una cosa de otra, pone este ejemplo: **el pino pertenece a la familia de las coníferas**. En vista de ello, ¿quién se atrevería a sostener que el pino es la única planta conífera?

El código civil, luego de dar la definición de los títulos traslaticios de dominio, dice: “Pertenecen” a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición (art. 765). Y es evidente que aparte de estos dos títulos hay otros traslaticios de dominio.

Los créditos de los acreedores prendarios “pertenecen” dispone el código civil, a la segunda clase de los privilegiados. Esto no significa que no haya otros créditos de la misma clase. (art. 2497 del C. C.).

Todos los verbos acabados en **ducir**, enseña el señor Bello, “pertenecen” a la séptima clase de verbos irregulares. Imposible deducir: no hay otros verbos irregulares de esa misma clase. Imposible.

El artículo 663 divide las cosas muebles en fungibles y no fungibles, pero no define las unas ni las otras. Enseña que a las primeras “pertenecen” aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan, es decir, que son fungibles. No dice que toda cosa fungible sea siempre consumible por el primer uso.

Aunque consumible y no consumible es una clasificación de orden físico y fungible y no fungible lo es de orden jurídico, es explicable que el artículo, fundándose en lo que generalmente ocurre, diga que las cosas consumibles “pertenecen” a las fungibles, pues “no puede hacerse el uso **conveniente a su naturaleza** (subrayo) sin que se destruyan”; lo cual no se opone, a que por voluntad de las partes se las use de una manera **artificial**, no conforme al orden de la naturaleza, como cuando se prestan unas frutas para que sean usadas sin consumirlas.

En latín, **fungor, eris, ctus sum, gi**, tiene, entre otras acepciones, **la de cumplir y la de consumir**. Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, en la obra citada, traen esta etimología, con cita de P. Mugica I., "Diccionario Manual Latino-Español y Español-Latín", y del "Diccionario Hispánico Universal". También citan el "Diccionario de la Academia Española" en el significado de **bienes fungibles**. ("Curso de Derecho Civil". Tomo II. Nota al número 101).

En castellano, el adjetivo **fungible** significa lo que se consume con el uso y la locución **bienes fungibles** comprende tanto los muebles de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin consumirlos, como aquellos en reemplazo de los cuales se admite legalmente otro tanto de igual calidad.

Si Bello, cuando elaboraba su Proyecto de 1853, quiso conocer sobre lo fungible la definición del Código de Napoleón, una de sus más aprovechadas fuentes, no la encontró allí, que tal código guarda silencio sobre este particular, y si a fuer de lexicólogo y de lexicógrafo, quiso buscarla en el léxico francés, acudiría, imagino, al diccionario de su contemporáneo don Vicente Salvá, redactado por los de las academias francesa y real española. Bello admiraba a Salvá, lo mencionó con cálidos elogios y lo citó varias veces. En ese diccionario sí hallaría: "**Fungible** adj. (...). Fongible: qui se consomme par l'usage".

Veamos lo que dicen varios juriconsultos bien conocidos de don Andrés Bello:

J. A. Rogron: "De que las cosas que consisten así en artículos y en dinero, **quæ numero, pondere, mesurave constant**, se consumen naturalmente por el uso, como el vino, o civilmente, como el dinero, y son **fungibles** ordinariamente, **muchos autores** (subrayo) han definido las cosas fungibles: las que se consumen por el uso; pero esta definición es menos exacta que las definiciones que preceden...". ("Code Civil Expliqué". Tomo I, página 402).

Don Florencio García Goyena, al comentar el artículo 383 del código civil español, dice: "Rogron en sus comentarios al capítulo 2, libro 2 del Código Francés, y al artículo 1892, critica de poco exacta la definición francesa, igual a la nuestra, y pretende que se definan cosas fungibles aquellas en que **una fungitur vice alterius**". "Dejo a Rogron con sus sutilezas y ejemplos, que nada prueban: enhorabuena que sean cosas fungibles aquellas **in quibus tantundem est id**: nadie se lo disputa; pero esto sólo acontece en las que se consumen por el simple uso, de modo que no es posible usar de ellas sin destruirlas, en las que no están en el comercio sino en razón de su peso, número

o medida; y con la definición corriente hasta ahora nadie se ha engañado sobre la verdadera naturaleza de las cosas fungibles: véanse los artículos 1124, 1630 y 1647 (“Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español”. 1851).

Hago una interposición para decir que adelante copiaré el artículo 383 del código civil español.

Don Joaquín Escriche califica de **fungibles** a los bienes que se consumen por el primer uso, como el trigo, y de **no fungibles** a los que no se consumen con el primer uso, como un vestido. El mismo señor Escriche dice que las cosas muebles se dividen en **fungibles** y **no fungibles**; que las primeras se representan perfectamente por otras de su especie, de modo que para cumplir la obligación de que son objeto pueden darse las unas en pago de las otras, y que las segundas, por el contrario, son aquellas que no pudiendo ser exactamente representadas por otras, tiene que restituirse idénticamente, de modo que la intención de las partes es la que hace a veces que una cosa se reputa fungible o no fungible. (“Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”). (Páginas 374 y 1321).

M. Delvincourt escribe:

“Los muebles se dividen en cosas **fungibles** y **no fungibles**” (subrayo).

“Las cosas fungibles son **en general** (subrayo) aquellas de las cuales no puede uno servirse sin consumirlas, **o al menos sin cambiar su naturaleza** (subrayo), como el vino, el trigo, etc., El dinero (**argent monnoyé**) es también una cosa fungible, porque si bien la pieza de moneda sea siempre la misma, ella perece sin embargo para el que la emplea, **utenti perit**”.

“Las cosas **no fungibles** (subrayo) son aquellas que se alteran en verdad, pero que no se consumen enteramente, o cuya naturaleza no se cambia, por el primer uso; tales son los vestidos, los muebles que amueblan, etc.”. (“Cours de Code Civil”. Tomo I, página 142).

Comento:

Subrayé “**fungibles** y **no fungibles**”, en el primer párrafo, porque Delvincourt nos remite a una nota suya en la cual explica que esta división es necesaria en especial para la inteligencia de las disposiciones relativas al usufructo, al préstamo de uso y al de consumo, y que las dos especies de cosas difieren principalmente, en cuanto al derecho, en que respecto de las no fungibles el derecho de goce puede distinguirse del de propiedad, y pertenecer a otra persona que al propietario, mientras que estos dos derechos se confunden necesariamente cuando se aplican a cosas fungibles. (Obra citada, página 337).

Subrayé “**en general**”, en el segundo párrafo, porque Delvincourt, en otro lugar de su obra, al cual nos remite, explica esta expresión diciendo ser posible que la manera como una cosa se considere, sea según el uso que de ella se hace comunmente, sea según la convención, le de la calidad de cosa fungible aunque no se consuma realmente o aunque su naturaleza no sea realmente cambiada por el uso. (Obra citada, página 337).

Subrayé “**o al menos sin cambiar su naturaleza**”, en el segundo párrafo, porque Delvincourt explica, en una nota a que nos remite, cómo una pieza de tela podría ser, de acuerdo con las circunstancias, cosa fungible o no fungible, según se preste para servir momentáneamente de colgadura (no fungible), o para hacer vestidos (fungible), pues en el primer caso debe restituirse la misma pieza; y en el segundo no, porque sería imposible devolverla **in individuo**. (Obra citada, página 338).

En vista de la etimología latina, del sentido castellano y del sentido francés, y de las definiciones doctrinales, bien podía el señor Bello tomar las palabras fungible y no fungible para designar cosa consumible y no consumible, o para indicar si jurídicamente una cosa admite o no admite reemplazo con igual valor liberatorio. El estaba en libertad de elegir. En su Proyecto de 1853 (arts. 678 y 679) se decidió por llamar fungible a lo consumible y no fungible a lo no consumible. Adoptó en ese Proyecto las definiciones de Delvincourt usando palabras semejantes a las de éste y poniendo todos sus mismos ejemplos, con la adición de sólo uno.

Dice el Proyecto de 1853:

“Art. 678. Cosas **fungibles** son las que se consumen inmediatamente por el uso, como el trigo, el vino”. Dice: “son”.

“A la misma clase pertenece el dinero, en cuante su valor perece para el que lo emplea”.

“Art. 679. Cosas **no fungibles** son las que no se consumen desde luego por el uso, aunque se deterioren poco a poco, como las joyas, los vestidos, los muebles que forman el ajuar de una casa”. Dice: “son”.

¿Qué ocurrió después?

●ue el Proyecto Inédito, posterior al de 1853, no declaró ya lo fungible igual a lo consumible y prescindió absolutamente de las dos definiciones.

El texto del artículo 677 del Proyecto Inédito (575 del C. C. Ch. y 663 del C. C. C.) sustituyó el artículo 678 del Proyecto de 1853 y suprimió su artículo 679.

El proyecto Inédito adoptó en parte el proyecto español de 1851, que en su artículo 383 decía:

“Art. 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**” (subrayo).

Como se ve, al adoptar el texto del proyecto español prescindió en absoluto de su última parte. La que he subrayado. No dijo ya que a la segunda especie, la de los no fungibles, pertenecen los bienes muebles no consumibles por el primer uso.

El Proyecto Inédito, tan diferente en esta materia del Proyecto de 1853, no dijo ya que fungibilidad y consumibilidad fuesen una misma cosa. Sin definir las fungibles ni las no fungibles, se redujo a expresar, y así quedó en los códigos chileno y colombiano, que las consumibles “pertenecen” a las fungibles.

Leamos los anunciados pasos de Alessandri y Undurraga, en su obra citada:

“... El Proyecto de 1853 decía que son cosas fungibles las que se consumen inmediatamente por el uso (artículo 678, inciso 1º). El Proyecto Inédito cambió la redacción del precepto en su artículo 677, que es el mismo que figura en el Código vigente con el Nº 575 y dice:”

“Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles”.

“A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan”.

“Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles”.

“El cambio de redacción con respecto al Proyecto de 1853 revela que el legislador se dio cuenta de que la fungibilidad no es la consumibilidad. Con dicha alteración salvó un error, pero incurrió en otro al disponer que las cosas consumibles pertenecen a las fungibles. Bello se sintió perturbado por el hecho de que la fungibilidad, al mismo tiempo que acompaña las más de las veces a la consumibilidad, se presenta, también, sin ella. Por tal motivo creyó que las cosas consumibles y no consumibles constituían una especie del género de las fungibles y no fungibles; no comprendió que eran dos clasificaciones diferentes”.

“... Tocante a las **especies monetarias**, no hay duda de que son fungibles, pues las que representan el mismo valor tienen idéntico poder liberatorio; pero, además, en cuanto se usan como tales, son consumibles, se destruyen o perecen civilmente. Por eso, y desde este punto de vista, el legislador debió decir que son consumibles. Tal vez don Andrés Bello también lo entendió así, y empleó la palabra **fungibles** en la acepción de consumibles. Esta suposición del redactor no es antojadiza ni

inspirada en el tan común deseo de algunos autores de dejar siempre en una posición confortable al legislador. Hay razones en pro de la interpretación enunciada”.

“Desde luego, es evidente que la ley con la palabra **fungibles** designa dos clases de cosas: las fungibles propiamente tales y las consumibles. Por eso dice que a las fungibles pertenecen las consumibles; si fuera de éstas, no entrara en su mente otra especie de cosas, se habría limitado a decir, tal como en el Proyecto de 1853, que son cosas fungibles las consumibles, y no que éstas pertenecen a aquéllas, lo que equivale a decir que son una categoría de las mismas. Al expresar el Código que las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles, quiso manifestar que eran de aquellas cosas fungibles de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan. Refuerza esta interpretación el hecho de que a **fungor, fungere**, se le da en latín las dos significaciones de **desempeñar** (las mismas funciones) y consumir”.

“Podría argüirse que Bello manifiesta que son cosas fungibles las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales y que, por tanto, las excluye de las fungibles propiamente dichas; que no las considera fungibles en **cuanto** a la propiedad de tener idéntico poder liberatorio cuando representan el mismo valor. Pero esta objeción se desvanece si se observa que el artículo 575, después de clasificar las cosas muebles en fungibles y no fungibles, **se limita** a precisar el concepto de las cosas **consumibles**, que Bello estimó como una especie de las fungibles. Respecto de las fungibles propiamente tales, nada dijo. Consecuentemente, era lógico que se refiriera a las especies monetarias en cuanto cosas consumibles, único concepto que se cuidó de precisar. De ahí que no se pueda concluir que la mención de las especies monetarias revelaría una confusión de Bello de lo fungible con lo consumible”.

“En síntesis, Bello no incurre en este error; su único pecado es el de haber creído que las cosas consumibles son una categoría de las fungibles, sin percatarse de que se trata de dos clases distintas de cosas”. (Tomo II, número 101).

Remito a los lectores del presente capítulo VI al interesante estudio del cual he tomado los anteriores párrafos.

Desarmando el artículo 663, tenemos lo siguiente:

A) — El legislador, que estaba en libertad, como lo estuvo Bello al redactar su Proyecto de 1853, de apuntarse a cualquiera de las dos doctrinas expuestas por académicos y doctrinan-

tes, se abstuvo de declarar que fungibilidad y consumibilidad fueran nociones equipolentes.

B) — El legislador no define las cosas muebles fungibles ni las muebles no fungibles. No hay que pensar, pues, en el artículo 28 del código civil.

C) — El legislador declara que a las cosas muebles fungibles “pertenecen” las de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan, es decir, que las segundas hacen parte de las primeras.

CH) — El legislador, al hacer la anterior declaración, no se opone, quizá, a que haya cosas que siendo **naturalmente** consumibles por el primer uso, puedan ser **intencionalmente** no fungibles.

D) — El legislador habla del “uso conveniente a su naturaleza”. Luego puede pensarse que cuando se presta una cosa que naturalmente se consume por el primer uso, pero se presta con un fin distinto de consumirla esa cosa **no pertenece** a las **fungibles**, no es fungible.

E) — El legislador, abandonada la declaración de equipolencia entre **consumimiento** y **fungibilidad**, como aparecía en el Proyecto de 1853, dijo que las especies monetarias “en cuanto perecen para el que las emplea como tales”, son cosas fungibles. En cuanto perecen, esto es, en la manera en que perecen para quien las gasta comprando con ellas, dándolas en mutuo, etcétera. Pero si las emplea de otro modo, como entregándolas en comodato —en vista de su valor histórico, o artístico, o afectivo— no son entonces fungibles.

F) — El legislador, me parece, ha podido omitir la norma sobre las especies monetarias que se emplean como tales, pues nadie duda de que científicamente pertenecen a las fungibles por admitir sustituto con igual valor liberatorio. Una norma muy análoga figuraba en el artículo 678 del Proyecto de 1853, quizá porque allí, siguiendo la definición “en general” de Delvincourt, se confundió lo fungible con lo consumible y se juzgó procedente reputar el gasto del dinero como un consumo jurídico asimilable al físico, y declarar que en cuanto perece para quien lo emplea como tal, es cosa fungible, vale decir consumible conforme a lo definido por el artículo 678; más abandonada la definición de ese artículo y la del 679, subrogado aquél y suprimido éste, por el Proyecto Inédito en la forma en que llegó a ser ley, creo que no había ya motivo para clasificarlo entre las cosas fungibles como lo hizo Delvincourt consecuente con su definición.

G) — Me parece que el legislador pudo decir así, en su de-

seo de deslindar: "Las especies monetarias son fungibles cuando se las emplea como tales". O así: "Las especies monetarias son fungibles excepto en los casos en que no se las emplea como tales".

La libertad contractual puede conducir, quizá, a casos como éstos:

— Pedro presta a Juan unas naranjas para que las exhiba. Cosa consumible y no fungible. Comodato.

— Pedro presta a Juan unas naranjas para que las consuma. Cosa consumible y fungible. Mutuo.

— Pedro presta a Juan unos libros para que los lea. Cosa no consumible y no fungible. Comodato.

— Pedro, librero, presta a Juan, librero, unos libros para que atienda a sus clientes. Cosa no consumible y fungible. Mutuo.

— Pedro presta a Juan unas sillas para que amueble su casa. Cosa no consumible y no fungible. Comodato.

— Pedro presta a Juan, que se cree nuevo Bernardo de Pallissy, unas sillas para que las emplee como combustible. Cosa no consumible y fungible. Mutuo. (*)

CAPITULO VII

Contratos traslaticios y contratos traslativos

A las numerosas especies de contrato, unas establecidas por la ley y otras por la doctrina, es posible hacer agregaciones

Se ha llamado **títulos traslaticios de dominio** a los que por su naturaleza sirven para trasferirlo: unidos a la tradición, como la compraventa, o solos, como el mutuo (arts. 740, 745, 754, 764, 765, 1849 y 2221 del C. C.).

Concluimos el doctor Eduardo Berrío González y yo, después de breve estudio, que podría darse el nombre de **traslaticios** a los contratos que unidos a la tradición trasferen el dominio, y el de **traslativos** a los que solos, por su propia virtud,

(*) (Lo que dijeron esas sillas cuando, hechas astillas, alimentaban el horno del nuevo alfarero enloquecido: "Nacimos para comodidad y ornato y nos vuelven leña y avivan el fuego para que arda; créimos, muy orondas, que nada nos sustituiría con igual valor liberatorio, y nos reemplazarán con otras; de cuerpos ciertos descendimos a género; somos no consumibles y nos estamos consumiendo").

lo trasferen, debido al hecho de ser en ellos el modo uno de sus elementos constitutivos. No lo sugerimos como algo original nuestro, porque puede haberseles ocurrido a muchos.

Explico en el párrafo siguiente lo que mi colega y yo proponemos para nuestra tecnología jurídica:

Decir que el contrato es **traslaticio** cuando éste y el modo son dos actos jurídicos distintos, separados y autónomos. Una cosa es vender y otra cosa es traditar lo vendido. Y decir que el contrato es **traslativo** cuando éste y el modo se confunden en un solo acto jurídico. El de compraventa, que llamamos traslaticio, **obliga a traditar**. El de mutuo, que llamamos traslativo, **tradita por sí mismo**. Aquel se perfecciona sin la tradición. Este se perfecciona traditando. El vendedor vende y **después** tradita. Para el mutuante no hay **después**. El presta y prestando tradita. No sigue lo uno a lo otro, porque él no se obliga a trasladar sino que traslada. La tradición de la cosa es parte del mutuo, es uno de los elementos que lo integran. No podría el vendedor por el solo acto de la compraventa, decirle al comprador, como el mutuante al mutuario, por el solo acto del mutuo: "Lo que yo te doy, **ex meo tuum fit**, de mío se hace tuyo" (*), porque aquel no da sino que se obliga a dar, en tanto que éste da. Nosotros comprendemos que puede hablarse en una de estas dos formas: **primera**, diciendo que unos contratos son traslaticios y otros traslativos, según lo ya explicado; y **segunda**, que son traslaticios todos los que sirven para trasferir el dominio, ahora unidos al modo, como la compraventa, ahora por sí solos, como el mutuo. Hallamos más precisa la primera forma.

En el Capítulo I de esta obrecilla me permití sugerir la idea de que talvez en nuestro derecho de sociedades hay un contrato **traslativo**, el de responsabilidad limitada, y otro **en parte traslativo y en parte traslaticio**, el de comandita por acciones. Así puede ser y someto el punto al estudio de los juristas.

Veamos:

Generalmente la sociedad es título traslaticio porque los socios apenas "estipulan poner" algo en el fondo del cual se hace dueña la persona jurídica que emerge del contrato. Estipular poner es sólo obligarse a poner, a aportar (art. 2079 del C. C.).

(*) *Ex meo tuum fit* es la etimología que de la palabra mutuo traen San Isidoro de Sevilla en sus "Etimologías" y Don Joaquín Escriche en su "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia".

Como el contrato de sociedad de responsabilidad limitada requiere para su perfección que los aportes se paguen mediante la escritura formativa, tiene, quizá, el carácter de traslativo (art. 2º de la ley 124 de 1937). Y como la comandita por acciones no queda definitivamente constituida sino después de cumplidos varios requisitos entre los cuales se cuenta el de haber entregado cada accionista, a lo menos, la cuarta parte del importe de sus acciones, dicho contrato es quizá, en parte traslativo y en parte traslaticio (art. 615 del C. de Co. T.).

No cierro este capítulo VII sin observar:

Si como títulos de enajenación del dominio, unos contratos pueden llamarse traslativos, porque lo transfieren, y otros traslaticios, porque sirven para transferirlo, algo semejante puede decirse de los contratos que tienen el carácter de títulos de mera tenencia, pues unos la **trasladan**, como el comodato, y otros **obligan a trasladarla**, como el arrendamiento. El comodatario adquiere la tenencia por virtud del contrato mismo, que por ser real requiere para su perfección la entrega de la cosa, mientras que el arrendatario no se hace tenedor de la cosa arrendada sino cuando se la entrega el arrendador, no por el contrato mismo, que por ser consensual no exige la entrega (arts. 754, 1500, 1973, 1982 y 2200 del C. C.).

Estimo que lo anterior deriva de la conclusión a que llegamos el **doctor Berrío González y yo**.

CAPITULO VIII

Contratos Instantáneos y Contratos Sucesivos Contratos Desinentes y Contratos Permanentes

Los expositores hablan de contratos **instantáneos** y de contratos **sucesivos**.

Para Josserand, los **instantáneos** "se ejecutan de un tirón, globalmente" y los **sucesivos** o "más bien de ejecución sucesiva", "se ejecutan por medio de prestaciones sucesivas y continuas". Pone como ejemplo de la primera especie "la venta al contado, o aun a término si el precio es pagable en su totalidad de una vez" y como ejemplos de la segunda, "el arrendamiento, el contrato de trabajo, el contrato de seguro". Agrega que la ejecución de los sucesivos "es, por decirlo así, una creación continua", mientras que "la de una venta al contado se liquida sin nudos". Como se ve, para la ejecución de los contratos instantáneos emplea Josserand muy expresivas expresiones: **d'un**

trait, d'un seul coup y d'un seul jet. (Obra citada. Tomo II, número 33 bis).

Hablando el mismo Josserand del arrendamiento, "contrato sucesivo, de ejecución continua", dice que este contrato "se opone a la venta, la cual comporta normalmente la ejecución en bloque y definitiva de parte de las dos partes". (Obra citada, número 1181).

Joseph Hémarc diferencia en estos términos las dos especies: "un contrato **instantáneo** trae consigo (**entraîne**) una ejecución inmediata (venta al contado, venta que transfiere la propiedad de un objeto). Por un contrato **sucesivo**, una de las partes o ambas se obligan a prestaciones continuas o repetidas a intervalos periódicos (sociedad, arrendamiento, seguro...)" ("Précis de Droit Civil". Tomo II, número 1113).

Añade el mismo autor:

"Puede tenerse por intermediario el **contrato de ejecución escalonada**, en el cual el objeto debe ser prestado por fracciones pagables a plazos variables, además poco numerosos (venta para entregar ejecutable por porciones)". (Obra, tomo y números citados).

Y antes había dicho: "El **acto instantáneo** es el que produce inmediatamente el resultado que de él esperan las partes (la venta transfiere inmediatamente la propiedad de la cosa vendida al comprador); es simple, agota su efecto de una vez. El **acto sucesivo** o de ejecución sucesiva, acto continuo, desarrolla sus consecuencias en el tiempo, su efecto **no** se agota de una vez (sociedad, arrendamiento, seguro..., que deben durar años)". (Obra citada. Tomo I, número 253).

"A tontas y a tontas", como dice Suárez, no podemos los colombianos recibir para nosotros cuanto digan los franceses, porque su legislación y la nuestra diferencian en puntos fundamentales.

En Colombia las obligaciones nacidas de unos contratos se cumplen **fuera de ellos**, como ocurre en la compraventa, y las nacidas de otros se cumplen **dentro de ellos**, como ocurre en el arrendamiento.

Esta diferencia justifica una clasificación doctrinal a causa de las diversas posturas de los contratantes y de las distintas acciones que les otorga la ley. Bastaría pensar en la responsabilidad por culpa y en que no es lo mismo resolver que disolver, o extinguir, o terminar. **Ex professo** no hablo de "resiliar", gabacho ajeno de nuestra tecnología jurídica y extraño en nuestra lengua.

No me parece que proceda para nosotros, que sea confor-

me a nuestro derecho. todo lo que en el presente capítulo he trasladado de Josserand y de Hémard. Estamos en Colombia y no en Francia. Tomando el más principal de los contratos, la compraventa, que tan serio papel desempeña en esa clasificación, no olvidemos que en el Código de Bello el vendedor **contrae la obligación de dar** (art. 1849 del C. C. C.), en tanto que en el Código de Napoleón **da** (art. 1583 del C. C. F.). En el primero la venta es **traslaticia**. En el segundo es **traslativa**. (*).

Me parece que los nombres de **instantáneo** y **sucesivo**, con que dicha clasificación ha entrado en la nomenclatura jurídica, merecen reparos, y que sus contenidos no caben íntegramente dentro del sistema colombiano.

En su celebración, entendiéndolo por tal **su nacimiento**, todos los contratos son instantáneos. Ninguno sucesivo. Cada contrato nace en el instante en que ya no le falta nada para que sea perfecto. No confundamos su preparación ni su discusión, que pueden ser largas, con el preciso momento en que se perfeccionan. Ningún contrato es sucesivo en su nacimiento, porque ninguno sucede a otro o se sigue a otro, o desciende o procede o proviene de otro. No hablo del contrato celebrado en cumplimiento de una promesa de celebrarlo. Eso es otra cosa. Tampoco me refiero a aquellas celebraciones que requieren proceso, serie de actos, por exigir varios requisitos, y por ello he tenido el cuidado de decir "**En su celebración**, entendiéndolo por tal su nacimiento". Para celebrar los contratos que exigen proceso se requieren varios requisitos, pero ello no autoriza para clasificarlos de sucesivos porque no nacen sino en el instante en que todos esos requisitos han quedado cumplidos. Ejemplos: la donación entre vivos de bienes raíces requiere escritura pública e inscripción de ésta en el competente registro (art. 1457 del C. C.), y para formar una sociedad, excepto la colectiva civil, que es consensual, no basta la escritura pública (art. 465 del C. de Co. T. y sus concordantes del mismo código y de la ley 124 de 1937).

En su ejecución sí puede hablarse de instantáneo o sucesivo, porque ella puede hacerse de una vez o paulatinamente; pero esta disyuntiva no mira al contrato, siempre instantáneo, sino a su cumplimiento **fuera o dentro del contrato**, como ya lo vimos. Ejecución instantánea si obra de una vez. Sucesiva si se hace por partes.

En Colombia no podemos admitir que un mismo contrato,

(*) En Francia se ha dicho que no tiene este carácter la venta de *género*.

la compraventa, sea **instantáneo** cuando se hace al contado, o cuando, siendo a plazos, el precio se paga en su totalidad de una vez, y que sea **sucesivo** si se hace a plazo o a plazos. Tampoco podemos admitir que la ejecución escalonada de tal contrato lo coloque en el intermedio, vale decir, entre el instantáneo y el sucesivo.

Me parece que clasificar la compraventa por el modo de cumplirla es confundir su celebración con su ejecución, la causa con lo causado, el contrato con las obligaciones que genera. Ello nos autorizaría para hablar de compraventas alternativas y facultativas, etcétera.

Colin y Capitant (obra compuesta con el concurso de Julliot de la Morandière) definen así:

“Por oposición a los precedentes (habían definido ya los **sucesivos** como diré adelante), se llama instantáneos a los contratos que dan nacimiento a obligaciones susceptibles de ser ejecutadas por una sola prestación. Tal es la venta de una cosa, el cambio, el mandato a menos que tenga por objeto una serie de operaciones”. (“Cours Élémentaire de Droit Civil Français”. Tomo II, número 21).

Dejé para este lugar la definición que de contrato **sucesivo** dan Colin y Capitant, en la obra mencionada, porque esa definición difiere de las dadas por los otros dos citados autores franceses, y me parece que podríamos recibirla en Colombia. Es ésta su definición: “Se llaman contratos **sucesivos** aquellos por los cuales los contratantes se ligan el uno al otro o los unos a los otros por cierto tiempo fijado de antemano o dejado sin determinar. Tales son el arrendamiento de muebles o inmuebles, el contrato de trabajo, el préstamo, el contrato de seguros, el contrato de renta vitalicia, la sociedad, la asociación, etc.”. (“Cours Élémentaire de Droit Civil Français”. Tomo II, número 21).

Esta definición de contrato **sucesivo**, que implica permanencia, no me parece reñida con la idea que yo tengo de tales contratos; mas no me apresuro a afirmarlo porque ignoro cómo se desarrolla. Pero no puedo aceptar, como ellos lo dicen, que el mandato sea **sucesivo** cuando tenga por objeto una serie de operaciones y que sea **instantáneo** cuando ello no ocurra. A mi entender, el mandato es siempre **sucesivo**, nunca **instantáneo**, comprenda uno o más negocios especialmente determinados o comprenda todos los negocios del mandante, porque en ambos casos las dos partes se ligan por un tiempo, definido o indefinido, corto o largo: continúan frente a frente. Digo **sucesivo** e **instantáneo** empleando los términos usados. (art. 2156 del C. C.).

No sin temor de errar me atrevería a proponer el estudio, el estudio no más, de la siguiente clasificación que se me ha ocurrido estudiando la gramática de don Andrés Bello: contratos **desinentes** y contratos **permanentes**.

Enseña el señor Bello que hay verbos **desinentes** y verbos **permanentes**.

Desinentes, aquellos en que el atributo, por el hecho de haber llegado a su perfección, **expira**. Dice el señor Bello que nacer y morir son desinentes, porque luego que uno nace o muere, deja de nacer o de morir.

Permanentes, aquellos en que el atributo **subsiste durando**. Dice el señor Bello que ser, ver, oír, son permanentes, porque sin embargo de que la existencia, la visión o la audición sea desde el principio perfecta, puede seguir durando gran tiempo.

Continúa el señor Bello diciendo que el pretérito de los verbos **desinentes** significa siempre la anterioridad de toda la duración del atributo al acto de la palabra, mientras que **en los verbos permanentes** sucede a veces que el pretérito denota la anterioridad de aquel solo instante en que el atributo ha llegado a su perfección. Pone este ejemplo: Dijo Dios: "Sea la luz, y la luz fue". Y comenta: "este **fue** equivale a que **principió a tener una existencia perfecta**".

Como el verbo es esencial en los contratos porque todos obligan a **dar, hacer o abstenerse**, y ello mira a su objeto y a su causa, traslado al derecho civil las enseñanzas del señor Bello y me atrevo a pensar que los contratos pueden clasificarse en desinentes y permanentes.

Contratos **desinentes** serían aquellos en que por el hecho de haber llegado a su perfección, expiran. La compraventa tendría el carácter de desinente, porque luego que Pedro le vende su casa a Juan, deja de vendérsela.

Contratos **permanentes** serían aquellos que llegados a su perfección, subsisten durando. El arrendamiento tendría el carácter de permanente, porque sin embargo de haberse perfeccionado, sigue durando.

"Vendí mi casa" significaría que toda la duración del verbo "vender", precedió al acto de la palabra.

"He arrendado mi casa" significaría, no que toda la duración del verbo "arrendar" precedió al acto de la palabra, sino sólo a aquel instante en que me obligué a conceder el goce de ese bien al arrendatario y se obligó éste a pagarme por ese goce un precio.

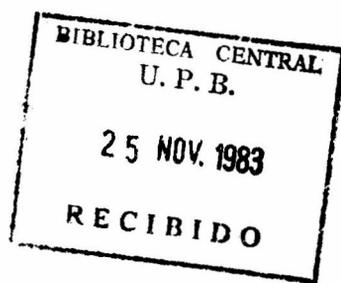
La compraventa tendría carácter desinencial, porque celebrada se acaba y **las partes** pueden decirse adiós. Si hay plazo

o plazos para su cumplimiento, no pueden despedirse para siempre porque está pendiente su ejecución, total o parcial, pero la ejecución no es parte del contrato ni se efectúa dentro de éste sino fuera de éste. En Colombia no podemos confundir el título de enajenación con la enajenación misma, el contrato con la tradición, el **obligarse a dar** con el **dar**.

Por lo contrario, el arrendamiento tendría carácter permanente, porque celebrado continúa durando y las partes no pueden decirse adiós, ni siquiera hasta luego. Siguen frente a frente haciéndose prestaciones recíprocas, porque su ejecución no se efectúa fuera del contrato sino dentro del contrato mismo, el cual sigue operando, operando. (*).

CAPITULO IX

Del Comodato



(*) ¿En los anteriores capítulos habré dicho muchas boberías? Díganlo otros con más ciencia y menos años. Si alguien me refutara, estudiaré sus argumentos en otras partes de esta obrecilla, que espero resultará extensa.