

# Cosas fungibles<sup>(1)</sup>

## III

### ACLARACIONES

Antes de entrar en el examen de los aotos, contratos y relaciones jurídicas en general, que adquieren especial relieve por la mera característica de la fungibilidad de las cosas a que se refieren, vamos a dedicar algunas palabras a los puntos de contacto de esta clasificación con otras de las más tradicionales en el Derecho civil, y así iremos precisando el alcance del concepto de cosas fungibles.

*Cosas corporales e incorporales.*—La condición de fungibles puede darse lo mismo en las cosas sólidas, líquidas, gaseosas o etéreas, que en las no percibidas por el más grosero de los sentidos. Fungibles son el ácido carbónico, el oxígeno industrial y aun la electricidad, pero, dejando a un lado los problemas suscitados por la existencia de un término neutro (*las energías*), especie de tránsito a las cosas incorpóreas, nos referiremos a tres grandes grupos de relaciones jurídicas que se prestan a una cristalización objetiva.

1. *Prestación de hechos.*—«El concepto de representabilidad y no representabilidad, indican Krainz, Pfaff, Ehrenzweig (2), es aplicable a las prestaciones consideradas como objeto de las relaciones obligatorias. Son representables las acciones o prestaciones cuando es indiferente la persona que las realiza (por ejemplo: pago de dinero, realización de ciertos trabajos ordinarios).

(1) Véase el número anterior, páginas 14 a 32.

(2) *System des Oest. allg. Priv.*, párrafo 90.

Los créditos que tienen por objeto prestaciones representables, pueden ser cedidos y transmitidos hereditariamente; el deudor se halla autorizado para cumplir por medio de un sustituto, y en su consecuencia, en la ejecución judicial puede echarse mano de un tercero para realizar la prestación a costa del obligado.<sup>»</sup> A la misma conclusión se llega con los artículos 1.096, párrafo segundo, y 1.098 de nuestro Código civil, a cuyo tenor el acreedor de cosa indeterminada o genérica puede pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor, y si el obligado a hacer una cosa no la hiciese, se mandará ejecutar a su costa, así como con el artículo 924 de la ley de Enjuiciamiento civil, que sólo exceptúa de esta ejecución a los hechos personalísimos.

Cuando la obligación vaya dirigida a la entrega de cosas fungibles, el problema no presentará especialidad alguna. Si se tratase de la realización de un trabajo, con empleo o no de cosas fungibles, la prestación de días u horas de servicio tendrá grandes analogías con el pago de cosa fungible, pero carecerá de importancia mientras el régimen económico no se desenvuelva sobre *bonos de trabajo* o títulos de análogo valor. Por eso podemos conformarnos con la siguiente explicación de Bensa:

«Cuando la ley autoriza a una persona distinta del deudor para que cumpla la prestación, por falta de interés en el acreedor para oponerse, parece, a primera vista, que existe una verdadera *fungibilidad del hacer*; en realidad no es así, porque la identidad de la persona que deberá ejecutar la obra queda, en tal hipótesis, excluida del contenido de la obligación; también el deudor puede cumplir la obligación por medio de tercera persona, sin operar por esto una sustitución en el pago (*solutio*).» (1).

En principio, puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación (artículo 1.158 de nuestro Código civil), sin necesidad del mecanismo de la representación ni del postizo de la fungibilidad.

2. *Cuotas de comuneros*.—La proindivisión determinada por cuotas matemáticas, tipo hipotecario de la copropiedad, lleva directamente a una igualdad o, mejor, identidad cualitativa de las porciones. En realidad, el denominador del quebrado es el mismo

(1) Bensa: op. cit., pág. 368 (1).

o puede ser reducido a la misma expresión numérica (1), y las cuotas sólo se distinguen por el numerador, es decir, por el número de partes (valor cuantitativo) correspondientes a cada comúnero.

Mas no debe olvidarse que estos derechos, cuando su suma es igual a la unidad, se condensan y funcionan como cosas corporales. El legado de cierto edificio por partes iguales a tres hermanos, no es un legado de cosa genérica o fungible, de terceras partes independientes y sustituibles entre sí, sino legado de cosa inmueble determinada que sólo será válido si la hubiese de su género en la herencia (artículo 875, párrafo segundo, del Código civil).

Otras veces, las cuotas, por virtud de los pactos de administración o explotación celebrados entre los comuneros, aparecen diferenciadas y adheridas a determinados pisos, habitaciones y servicios. En este caso, no será indiferente la adquisición de la cuota correspondiente a tal o cual comunero, porque equivaldrá, en cierto modo, a comprar, respectivamente, un piso bajo o un cuarto piso.

A medida que las participaciones van multiplicándose, como, por ejemplo, en la hipótesis de una dehesa que aparece dividida en los *Libros de yerbas* en un millón de maravedís, o si se trata de la explotación de una mina mancomunadamente, con fraccionamiento de las cuotas, nos iremos acercando a un tipo cuya fungibilidad se halla plenamente reconocida.

3. *Títulos*.—Nos referimos a las acciones de una Sociedad y a las *obligaciones*, sean o no hipotecarias, sobre todo cuando unos y otros títulos se cotizan en Bolsa. La facilidad con que pueden salir como mercancías del patrimonio, su negociación diaria, la identidad del contenido y la igualdad de los títulos representativos, el valor único dado con exactitud por los Boletines para los de la misma clase y sus indiscutibles analogías con la moneda, son poderosos motivos para salvar las diferencias entre estas participaciones en una Sociedad o en un crédito y las cosas propiamente fungibles.

Por las mismas razones, todo cuanto pueda convertirse en di-

(1) Tres individuos son dueños de una finca en la siguiente proporción:

$$\frac{1}{4}, \frac{1}{3}, \frac{5}{12} = \frac{3}{12}, \frac{4}{12}, \frac{5}{12}.$$

nero rápidamente (papel, moneda, billetes de Banco, cheques, letras, libranzas, valores y efectos públicos) sufre la enérgica atracción de la mercancía fungible por excelencia: la moneda, aunque en ocasiones, la posibilidad y aun la facilidad de identificar un título determinado permita la constitución de relaciones jurídicas basadas en la infungibilidad.

*Cosas muebles e inmuebles.*—Ya hemos dicho que nuestro Código (artículo 337) sólo admite como cosas fungibles las muebles; y que el Código alemán (artículo 91) se refiere igualmente a *bewegliche Sachen*.

Sin embargo, no faltan autores que, después de definir con corrección las cosas fungibles, hablan de la fungibilidad de las fincas rústicas.

En el momento de fijar la diferencia entre cosas consumibles y cosas fungibles, dice Planiol: «Sin embargo se pueden encontrar cosas fungibles, es decir, del mismo valor liberatorio, que no sean consumibles. Tal es el caso de una compañía de colonización que prometa a los emigrantes cierto número de hectáreas a tomar en el territorio de que sea concesionaria: existirán varios lotes equivalentes, que serán fungibles entre sí, pero no consumibles.»

Entre los alemanes, los juristas se atienden al concepto legal; únicamente Oertmann parece vacilar.

En el fondo, la cuestión está íntimamente relacionada con la comerciabilidad de los inmuebles, y apenas si tiene importancia en un país de suelo tan tradicionalmente dividido como España. La mayor parte de las dudas que pudieran suscitarse, se resuelven, o, por lo menos, entran en un normal planteamiento con la aplicación de las reglas de la copropiedad a que hemos aludido más arriba.

Si entre 100 hectáreas hay una que me pertenece, soy propietario de la centésima parte de la finca total. Caso de que mi derecho no sea de propiedad, sino de crédito, estaremos en presencia de una obligación genérica.

Para elevar a la categoría de fungibles las parcelas, necesitamos terrenos sin cultivo, un tráfico intenso y usos comerciales adecuados.

*Cosas presentes y futuras.*—Del mismo modo que las cosas existentes en la actualidad, las futuras pueden ser fungibles y no

fungibles. Ambas clasificaciones son independientes, como se pondrá de relieve al estudiar la influencia del concepto de fungibilidad en los contratos de obra y suministro.

Con referencia a la antítesis *genérica-específica*, había afirmado lo mismo Ihering en un pasaje del citado estudio:

«La contraposición de lo presente a lo futuro no tiene ninguna importancia para nuestra discriminación, es decir, pueden determinarse las cosas de una u otra manera (de un modo genérico o específico), sean presentes o futuras. Esta afirmación tiene algo de chocante a primera vista, porque la incertidumbre propia de la determinación genérica, que se encuentra igualmente en toda cosa futura, nos lleva en el primer instante a colocar en una línea a las cosas futuras y a las genéricas. Esto es falso. Cualquiera percibe inmediatamente la diferencia entre la promesa que un artífice nos pudiera hacer de entregarnos la primera impresión, la décima, las diez primeras o una de las diez primeras de un aguafuerte. En aquél caso, el comprador reclamará, como en cualquier *emtio speciei*, la cosa determinada (*species*); en el último supuesto, incurría en una *plus petitio* si dirigiera su acción a un ejemplar determinado en vez de pedir uno de los ejemplares. Siempre que en lo presente o en lo futuro se indica un género (*genus*), del cual el deudor ha de elegir una cosa (*species*), estamos en presencia de un *emtio generis* (compra de cosa genérica); si el objeto queda determinado por circunstancias presentes, pasadas o futuras que precisan la obligación en el momento en que nace, tenemos una *emtio speciei* (compra de cosa individual). El patrimonio futuro, en su consecuencia, es una *species*: si lo dono o lo pignoro, serán objeto de la donación o de la prenda todas las cosas que haya de adquirir. Del mismo modo, la futura vendimia, el primer nacido de un animal, el primer ciervo que cace.»

Sobre estos fundamentos se apoya el ilustre jurisconsulto para criticar a los que consideran genérica la obligación de entregar los frutos que caigan de un árbol hasta un día determinado. Sería genérica si el propietario hubiera vendido no todos los frutos o la mitad, sino dos azumbres o medidas de los mismos.

*Cosas cotizables.*—De trato análogo a la moneda son, en algunas ocasiones, las especies cuyo precio medio fija el mercado o que se cotizan en Bolsa. En realidad forman un sub-grupo dentro

del general de cosas fungibles, que, por ser objeto de un tráfico intenso, tienen en cierto tiempo y lugar un precio dominante que hace inútil la fijación de un precio contractual o compensa las desviaciones del tipo. Frente al precio medio o regulador de las ventas normales, figura el precio de ocasión. En el Código de Napoleón (artículo 1.291, párrafo segundo) se llegaba a permitir la compensación de los créditos de granos o mercancías, cuyo precio se regula en las *mercuriales*, con sumas líquidas y exigibles. No ha pasado al nuestro tal disposición, pero en la ley de Enjuiciamiento civil (artículo 1.435 y sig.) se permite despachar ejecución por cantidad líquida de especies que se cuentan, pesan o miden, computándola a metálico.

## IV

### IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN

La distinción examinada reacciona sobre los negocios jurídicos, en general, y en particular sobre los tipos de transmisión del uso, con retención del dominio, hasta deformarlos, o mejor dicho transformarlos en figuras jurídicas de trato específico y de importancia excepcional.

Dejamos a un lado las soberanas funciones de la moneda, medio de cambio, medida de valores y sustitutivo universal de todos los económicos, que eleva la fungibilidad a su máxima potencia, y vamos a pasar una rápida revista a los ordenamientos y preceptos que reflejan la influencia del concepto estudiado.

*Propiedad.*—Suele afirmarse que la propiedad de las cosas fungibles es un derecho de igual naturaleza y alcance que el dominio de las *no fungibles*, y se hace esta afirmación previa para combatir las dudas que en el ánimo del estudiante hacen surgir tanto los privilegios que las legislaciones (por ejemplo: nuestra ley de Partidas) concedían al depositante de cosas fungibles, como la grave calificación de los delitos que consistan en apropiación o distracción de dinero o efectos o cualquiera cosa mueble que se hubiere recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla, así como la negativa de haberla recibido (artículo 548, número 5, del Código penal).

Parece a primera vista que las cosas fungibles consignadas o depositadas, aunque se mezclen con las propias del que las recibe, no han dejado de ser del deponente.

Por eso no nos extraña que al referirse a los delitos de infidelidad, haya quien indique que las cosas distraídas son *propias* del delincuente, pero también son cosas confiadas a su buena fe, es decir, *ajenas*.

«Las cosas fungibles, según Krainz, son ordinariamente, como tales, objeto de una prestación, no de un derecho real; sin embargo, existen acciones reales que tienen por objeto un conjunto (cantidades).»

«El que recibe dinero en depósito, o para cumplir un mandato, o a fin de transportarlo, o como prenda, puede mezclarlo con el de su propiedad y devolver otras monedas. Quien se las ha entregado sigue siendo propietario de la suma. Puede reivindicarla aun cuando se halle mezclada con dinero ajeno, pues carece de importancia la particularidad de que obtenga las mismas piezas u otras. Caso de quiebra del receptor, tiene, indudablemente, un derecho de recuperación (1). Si se apropiá el receptor la cantidad recibida, sin la correspondiente sustitución, comete un delito de estafa, sin que importe que las monedas sean las mismas o no por virtud de un cambio anterior. Lo mismo puede asegurarse respecto de las demás cosas fungibles» (2).

Para Bensa, es innegable que el contenido del derecho de propiedad sobre una cosa individual consumible es idéntico al del mismo derecho sobre una cosa que no tenga esta condición, y extiende esta afirmación con la siguiente nota:

«Que en nuestro sistema positivo, el contenido del derecho de propiedad sobre las cosas consumibles y fungibles, respectivamente, y no consumibles ni fungibles, sea idéntico, no se puede negar fundándose en ninguna disposición legal. La cuestión es controvertida en el Derecho romano, y, especialmente, Karlowa pone de relieve algunos textos que se refieren a la reivindicación de la *quantitas* como algo diverso de las unidades que la constituyen. Sin embargo, aparte del peligro que hay generalmente en argumentar pasando de las formas procesales al derecho sus-

(1) Véase el núm. 6 del art. 909 de nuestro Código de Comercio.

(2) Op. cit., 222.

tantivo, nos parece que la cantidad es aquí considerada como una universalidad de hecho, cuyas particularidades son independientes de la fungibilidad del objeto...»

*Usufructo.*—El artículo 482 de nuestro Código civil, que admite el usufructo impropio (*quasi ususfructus*), comprende literalmente «las cosas que no se pueden usar sin consumirlas», y aunque dada la equivocada terminología del Código, se pudiera creer que caben dentro de esta expresión todas las cosas fungibles (*representables*), nos vemos constreñidos por los precedentes clásicos y por la común opinión de los jurisconsultos, a referirnos a las cosas *quae usu consumuntur*.

Las dificultades se salvan incluyendo entre las consumibles civilmente el dinero, la moneda de papel, los billetes, cheques, letras, libranzas, pagarés..., y los establecimientos comerciales abarrotados de mercaderías fungibles. Pero el mecanismo no me satisface, con perdón sea dicho, porque deja fuera múltiples casos que, por la analogía del préstamo y del quasi-usufructo, merecen igual trato.

Así, por ejemplo: un profesor muere dejando en el sótano de su casa 2.000 ejemplares de una obra cuya venta se hace paulatinamente. ¿Contra qué principio chocaría la aplicación del artículo 482, caso de constituirse un usufructo? Si al usufructuario se le dan valorados los volúmenes, queda obligado a restituir su importe; si no, tendrá el derecho de restituir igual cantidad y calidad o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo. De otro modo, tan sólo podría usar los 2.000 ejemplares como un buen padre de familia.

*Hipoteca.*—En otra ocasión (1) he discutido los razonamientos en que me apoyo para negar la aplicación del concepto de fungibilidad a la determinación del gravamen hipotecario. No sólo están excluidas del sistema las hipotecas para garantizar deudas de trigo, cebada, arroz, etc., sino que ni aun tolera la Dirección general de los Registros que se especifique en francos, marcos, libras, ni, en general, moneda extranjera (2).

*Obligaciones.*—En este sector, provoca la clasificación estudiada importantísimos efectos, que vamos a notar brevemente.

(1) Véanse mis conferencias sobre la Hipoteca de seguridad.

(2) Resolución de 15 de Febrero de 1926.

*• • • Pago.*—Ya hemos aludido a la discusión que entre los juristas alemanes e italianos se ha entablado sobre la aplicación del clásico precepto que impide al acreedor de cosa genérica, cuya calidad y circunstancia no se hubiesen determinado, exigirla de la calidad superior, y al deudor entregarla de la inferior (artículo 1.167 del Código civil). Añadamos ahora con Ferrara :

«Las cosas de cantidad presentan, por su naturaleza y según su apreciación comercial, la característica de la perfecta indiferencia de los objetos singulares, y, por lo mismo, de su perfecta sustituibilidad. Mientras en las obligaciones genéricas, el obligado puede ciertamente escoger entre todas las cosas del género, pero el individuo escogido tiene su interés especial para el acreedor, y no puede ser arbitrariamente sustituido por otro, en la obligación de cantidad, los individuos son siempre indiferentes y pueden ser sustituidos los unos por los otros...» «La prestación de una cosa fungible se cumple con un *adnumerare*, con medir, pesar o contar cierta cantidad que se separa de la masa, no con una selección que presupone objetos individualmente determinados, como en las obligaciones alternativas» (1).

*Compensación.*—Cuando con los objetos que mi acreedor me entregue en pago de una deuda, puedo liberar la mía, la ley permite que cualquiera de los dos invoquemos el principio de la compensación para darla por extinguida. De ahí la compensabilidad de las cosas fungibles, que, por sustituirse mutuamente, tanto servirían a uno como a otro de los acreedores para pagar la deuda respectiva. El artículo 1.196 del Código civil equipara con tal fin al dinero y a las cosas fungibles de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiere designado. No vemos inconveniente en admitir la compensación parcial del crédito de nuestro contrario, siempre que entreguemos el resto de las cosas fungibles; no se trata aquí de un pago parcial, sino de una entrega de saldo (500 hectolitros de trigo que doy, más 500 hectolitros que compenso, hacen los 1.000 hectolitros que debo).

Inútil hablar de las portentosas ventajas del mecanismo en las *Clearinghouses*, *Cassenverein*, *Chambres de compensation*, Bancos o Cámaras de compensación...

(1) *Trattato di Dir. Civ.* I, 830.

Precisamente en este particular aparece la falta de fungibilidad de los *hechos debidos*: si la principal finalidad de la prestación es la entrega de clavos, hierros en barras, etc., se equipara la obligación a la de dar cosas fungibles, pero si el objeto de los créditos contrapuestos son obras manuales, la compensación no tendrá efecto en la inmensa mayoría de los casos más que por declaración judicial (1).

*Pago de lo indebido.*—Al repasar los artículos 1.895 y siguientes de nuestro Código civil, parece que la distinción de las cosas por su fungibilidad carece de influencia sobre la doctrina del quasi-contrato en cuestión. Sin embargo, basta la analogía entre la situación jurídica creada por el cobro de lo indebido fungible y la figura clásica del mutuo, para sostener en aquél supuesto la existencia de una obligación genérica de restituir. Unicamente se ha dudado si habría de devolverse otro tanto del mismo género (2), o el precio de las cosas enajenadas (3).

En los preceptos que regulan el pago, encontramos uno importantísimo, incorporado al artículo 1.160 del Código civil, a cuyo tenor, en las obligaciones de dar, si el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida o capacidad para enajenarla, hubiese consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe.

Si, según se dice, la razón de esta norma es que el peligro de la reivindicación cesa cuando las cosas han sido transformadas o destruidas o han salido de manos del acreedor que las ha recibido en pago (4), el término técnico empleado no se ajusta a nuestro concepto: el vino bebido, el mosto mezclado con alcohol, los árboles serrados y colocados como vigas..., no son necesariamente cosas fungibles. En éstas se dará únicamente con mucha facilidad el fenómeno de la *commixtio* (mezcla), pero en la doctrina moderna no faltan autores que conceden una reivindicación de la *suma* (de las 1.000 pesetas, por ejemplo, que he guardado en mi

(1) Véase sobre ello Giorgi: *Oblig.* Vol. 8, núm. 9.

(2) Como lo acredita la *Glosa ad L. 7 de cond. ind. 12,6.*

(3) Como lo indica la L. 65 del mismo título.

(4) V. Giorgi: *Obligaciones*, 7, 141.

caja con otras) como acción distinta de la reivindicación *de las monedas*.

CONTRATOS.—*Mutuo*.—Los artículos 1.740 y 1.753 de nuestro Código civil hablan de dinero u otra cosa fungible, al señalar las características del préstamo simple, y podría creerse que la definición legal del artículo 337, más arriba examinado, impide dar al contrato las líneas amplias que le corresponden. En la práctica, tanto las cosas consumibles como las fungibles, en el sentido técnico, pueden ser objeto del préstamo, y para encajar lo científico en lo legal, basta distinguir el consumo natural del consumo civil y forzar un poco este último concepto para que quepan dentro todos los objetos que se entregan con ánimo de transferir la propiedad y de crear la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

*Depósito*.—La admisión de las cosas fungibles como depositables, sin encerrarlas dentro de almacenes, cajas o sobres sellados, da lugar a dos tipos diferentes :

a) El *depósito conjunto*, especie de depósito regular en que el depositario se halla autorizado para mezclar las mercancías (trigo, carbón, gasolina), o los cheques o monedas recibidas. Los depositantes continúan siendo propietarios, y los efectos han de ser devueltos *in natura*, aunque no es necesario que a cada depositante se le entreguen los mismos objetos o piezas recibidas de él.

No está expresamente regulada esta figura en el Código civil ni en el mercantil ; pero no vemos inconveniente en que se le aplique con el artículo 1.772, que se refiere al caso de ser varios los depositantes, el artículo 381 de aquél : si por voluntad de sus dueños se mezclan dos cosas de igual especie, cada propietario adquiere un derecho proporcional a la parte que le corresponda atendido el valor de las cosas mezcladas o confundidas.

b) *Depositum irregulare*.—De rancio abolengo romano y recogido en nuestra legislación de Partidas, confiere este contrato al depositario la propiedad de las cosas depositadas y le impone la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Presenta en el Derecho moderno un matizado que en parte ha sido objeto de preceptos especiales : 1.º El depositario puede ser autorizado para usar la cosa depositada (artículo 1.768 del Código civil), transformándose en *mutuo* el depósito ; 2.º El deposi-

tante puede conceder al depositario la facultad de restituir, en vez de la cosa depositada (papel del Estado, por ejemplo), otra de igual clase, o la de utilizarla si la ha reemplazado por otras de igual especie, calidad y medida; 3.º El permiso de utilización puede haberse limitado a cosas o efectos taxativamente determinados (tomar parte en una junta general, garantizar una operación, etc.).

El examen de las discusiones que sobre este depósito abierto y las cuentas corrientes de efectos se han suscitado en este último lustro entre los juristas y mercantilistas españoles, trasciende de los límites de nuestro tema.

*Prenda.*—Desde el momento en que el artículo 1.864 del Código civil preceptúa que pueden darse en prenda todas las cosas muebles, y el 1.870 tan sólo prohíbe al acreedor el uso de la prenda sin autorización del dueño, cabe en el Derecho español la constitución de prenda en cosas fungibles con obligación de devolver el *tantumdem*, es decir, nos hallamos en presencia del *pignus irregulare*.

En la vida diaria tropezamos constantemente con esta figura de líneas imprecisas: en el Derecho administrativo, apenas si se concibe otra garantía cuando de obras públicas y de cantidades pequeñas se trata; en el Derecho mercantil, la entrega de títulos o valores a los Bancos para estar a ciertas responsabilidades, y en el pequeño comercio, las cantidades entregadas para asegurar la devolución de sifones, botellas..., son ejemplos de todos conocidos.

Y, sin embargo, los juristas se desesperan cuando intentan fijar las normas del contrato. La propiedad *evanescente* de las cosas fungibles deforma en este caso, como en todos, los moldes tradicionales. Para unos, el derecho de prenda sobre las cosas se transforma en prenda sobre el derecho que corresponde a<sup>1</sup> pignorante para exigir la restitución de la prenda. Para otros, la prenda recae sobre las monedas recibidas con posibilidad de restituir otras. Nuestro Tribunal Supremo, en la Sentencia de 13 de Octubre de 1891, parece inclinado a un derecho real de prenda sobre cosa genérica. En fin, el Código de obligaciones y contratos para nuestra zona de Marruecos corta la dificultad, negando la existencia de la figura: «Cuando se entreguen en concepto de

prenda dinero en metálico o signo que lo represente, deberá entregararse en sobre cerrado y lacrado; de otra suerte; se entenderá dado a título de préstamo mutuo» (artículo 575, párrafo segundo). «Este precepto no corresponde a la misión de una técnica fina y elegante que, después de reconocer la transferencia real de las cosas fungibles dadas en prenda, debe estudiar los derechos de retención, compensación y liquidación que surgen del cruce del crédito asegurado con la acción de reclamar las cantidades pignoradas.

*Fianza irregular.*—Como nuestro Código civil declara que por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, afirman los autores que las llamadas fianzas pignoráticas o hipotecarias son verdaderas prendas o hipotecas.

Sin embargo, dos notas de gran relieve debemos señalar para plantear el problema: 1.º, el contenido del crédito asegurado en esta clase de figuras es casi siempre indeterminado y futuro; 2.º, el llamado *fiador* no se compromete personalmente (hay *Haf-tung* real, pero no responsabilidad del fiador).

La primera de estas notas nos aproxima a la fianza que puede prestarse en garantía de deudas futuras (artículo 1.825 del Código civil), y la segunda nos aleja de ella de un modo extraordinario.

Si añadimos que en la *fianza irregular* las cosas entregadas son fungibles, habremos diseñado un tipo análogo al *pignus irregularare*.

La popularidad adquirida por la palabra *fianza* en esta hipótesis, acaso sea debida a la circunstancia de que la cantidad entregada sirve para garantizar la conducta de una persona que entra en relaciones jurídicas con otra y puede incurrir en responsabilidades.

Al entregar una cantidad en *fianza* al casero, no aseguramos una deuda del inquilino, que, por regla general, paga la renta por mensualidades adelantadas, sino que respondemos de sus actos futuros en orden al arrendamiento estipulado.

En un estudio sobre arrendamientos urbanos, ya hemos tratado de precisar el alcance de este contrato.

«En el fondo, el inquilino que entrega la fianza renuncia a su crédito en tanto en cuanto sea contrapesado por las responsabilidades en que incurra.»

«Para terminar definitivamente el negocio e imputarse una cantidad en pago de responsabilidades o perjuicios, deberá proceder el casero como si el dinero percibido hubiera sido el producto de la venta de una prenda cualquiera. La mera notificación del acuerdo adoptado por el propietario o por su administrador, no extingue las acciones que al arrendatario corresponderían si se hubiera hecho un cálculo exagerado de desperfectos o una liquidación de responsabilidades no exigibles.»

*Arrendamiento.*—A tenor del penúltimo párrafo del artículo 1.740 del Código civil, el comodato es esencialmente gratuito, de lo que se deduce que todas las cosas que pueden darse en comodato, en cuanto se pacte una merced por su uso, pasan a la categoría de cosas arrendadas.

Esta deducción nos llevaría a desenvolver paralelamente el comodato y el arrendamiento refiriéndolos a cosas *no fungibles* en el sentido técnico. Pero el artículo 1.545 declara que no pueden ser objeto del contrato de arrendamiento los bienes fungibles *que se consumen con el uso*, y volvemos a caer en las perplejidades que intentamos desvanecer.

Deberemos, sin embargo, insistir en nuestras anteriores consideraciones. Habrá un arrendamiento propiamente dicho cuando una de las partes se obligue a dar a otra el goce o uso de un objeto no fungible por merced y tiempo determinados y esta última se obligue a devolverlo *in natura*. No hay inconveniente en admitir el arrendamiento de las monedas que un cambiante desee *exponer* en sus vitrinas o escaparates y en transportar los demás ejemplos *ad pompam vel ostentationem* desde el comodato de cosas corrientemente consumibles al arrendamiento con obligación de restituir los mismos objetos.

Si la restitución hubiera de hacerse en cosas de la misma especie y calidad, con transferencia previa del dominio, el contrato resultaría de préstamo (mutuo), la merced se transformaría en interés y la reciprocidad sería imperfecta. Por razones que necesitarían un detenido examen, el préstamo con interés no es contrato sinalagmático, sino unilateral.

Bensa alude a algunos de los arrendamientos de ganados, con obligación de reponer cabezas y de restituir un número determinado de ellas. En nuestras legislaciones forales podríamos encon-

trar abundantes ejemplos de esta figura contractual, que más bien debe ser calificada de aparcería.

De mucho mayor interés es la distinción que examinamos en la *locatio operis*, y si bien los artículos 1.588 y siguientes de nuestro Código civil omiten todo precepto en ella fundado, los Códigos suizo y alemán hacen girar sobre tal punto la técnica del *suministro*.

En efecto, si me comprometo a fabricar con material propio 100 toneladas de hierro comercial en barras, casi adquiero las obligaciones de un vendedor a plazo, mientras que si me comprometo a construir un edificio con arreglo a planos y condiciones, soy un contratista por precio alzado o por cualquier otra especie de ajuste.

Así se comprende la trascendencia del artículo 651 del Código civil alemán, que distingue en la *contrata de obras* los bienes según su fungibilidad, para asimilar a la venta el suministro de cosas fungibles.

En este supuesto, lo importante es la cantidad, y nada significa el que las mercancías ya estén en los almacenes o haya que fabricarlas. Dentro de él caben las cosas fungibles más diversas: hasta las máquinas de tipo corriente o las patentadas. El montaje, las obras de fundamentación, las transmisiones y los empalmes figuran como meras prestaciones accesorias.

*Transporte.*—Las relaciones entre este contrato y el de depósito, evidenciadas por la alusión que hace el artículo 1.601 del Código civil (regulador de las obligaciones de los conductores, en cuanto a la guarda y conservación de las cosas que se les confían) a los artículos 1.783 y 1.784 sobre el depósito necesario, nos lleva inmediatamente al problema de la posibilidad de contratar el transporte autorizando a la Compañía para usar la mercancía y para entregar otro tanto de la misma especie y calidad en el punto de destino, como quien gira una letra de una a otra localidad.

El porteador deberá entregar sin demora ni entorpecimiento alguno al consignatario (dice el artículo 362 del Código de Comercio) *los efectos que hubiere recibido*, y el mismo pensamiento late en la reglamentación del contrato de fletamiento.

Pero ya en el Digesto ha sido recogido un texto de Paulo, de

gran interés para nuestro estudio: «En la nave de Safeyo, varios habían cargado trigo a granel. Safeyo, del trigo común, volvió a uno su cargamento y la nave pereció. Se pregunta si los demás, por su parte de trigo, podían ejercer la acción *aversi oneris* contra el naviero. Respondí que hay dos modalidades del arrendamiento de cosas, o para que se devuelvan las mismas, como cuando se dan los vestidos al lavadero para que los lave, o para que se devuelvan otras del mismo género, como cuando se da al platero plata de ley para que haga vasos o se le da oro para que haga anillos: en el primer caso, la cosa permanece en el dominio del propietario; en el último, éste se hace acreedor de ella. Lo mismo pasa en el depósito, porque si alguno depositare dinero contado, pero no cerrado ni sellado, nada debe el depositario más que *otro tanto* dinero; y según esto, parece que el trigo se hizo de Safeyo y fué bien entregado» (1).

De este paralelismo con el depósito, salen varios tipos de fletamiento, análogos al depósito colectivo y al depósito irregular: cargamento de maíz en común, o de petróleo en buques-tanques con facultad de sacar la cantidad necesaria para el consumo de los motores...

*Compraventa*:—El problema del cambio de riesgo en la compraventa y sus relaciones con la tradición de la cosa, todavía no ha sido resuelto al cabo de dos mil años de discusión.

El artículo 1.452 del Código civil preceptúa que el daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1.096 y 1.182, es decir, será de cuenta del comprador cuando se trate de cosa determinada y no hubiere culpa ni mora por parte del vendedor.

«Esta regla, añade, se aplicará a la venta de cosas fungibles, hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida.» La palabra *fungibles* se emplea aquí en su sentido propio, no como equivalente de *consumibles*, y la regla jurídica se funda en la transformación de las mismas en un *corpus certum*, en algo determinado y concreto que se halla a disposición del comprador.

Por eso concluye: «Si las cosas fungibles se vendiesen por un

(1) L. 31. *Dig. Locati conducti*, 19. 2.

precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora.»

Estos textos acusan la reacción de la teoría de las obligaciones genéricas sobre las de entregar cosa fungible no determinada.

*Sociedad.*—Las aportaciones a una Sociedad, si por un lado son verdaderas enajenaciones cuando la misma tiene personalidad jurídica distinta de la de los socios, se hallan afectadas, de otro, por la continuidad del contacto con el antiguo dueño, hasta el punto de que, en muchas ocasiones, no se sabe si éste ha querido desprenderse de cuotas ideales a favor de sus compañeros o solamente hacer comunes el uso y los frutos de las cosas aportadas.

Esta cuestión de dominio aparece en el artículo 1.687, enfocada desde el punto de vista del riesgo, que es atribuido al socio propietario cuando las cosas aportadas para que sólo sean comunes su uso y sus frutos son ciertas, determinadas y no *fungibles*. No hemos de detenernos a precisar el alcance del término empleado, porque, en el párrafo segundo del mismo artículo, se le contraponen las cosas fungibles, las que no pueden guardarse sin que se deterioren, y las que se aportaron para ser vendidas, cuyo riesgo es de la Sociedad. De suerte que, si bien el primer párrafo del artículo parece referirse a cosas que no se consumen por el uso adecuado a su naturaleza, en el segundo se acepta como criterio interpretativo para decidir el cambio de riesgo no sólo la consumibilidad, sino la deteriorabilidad y la alienabilidad.

Así, cuando dos libreros se unen en sociedad, con aportación de los respectivos fondos, el riesgo de los ejemplares es común, aunque posean varios incunables no fungibles, porque todos se aportaron para ser vendidos. Si el objeto social fuese el arrendamiento de libros, no obstante la fungibilidad técnica de tales cosas, resultaría de dudosa aplicación la doctrina legal del cambio de riesgo, porque en rigor, los libros no son cosas consumibles en el sentido jurídico, pueden guardarse sin que se deterioren y, en el supuesto examinado, no han sido aportados para ser vendidos.

*DERECHO DE FAMILIA.*—*Dote.*—La aproximación al usufructo de la *inestimada* (artículo 1.357 del Código civil), con algunas

particularidades de afianzamiento y de disposición, nos lleva a una figura análoga al *cuasi-usufructo*, cuando de *cosas consumibles* se trata. Nos remitimos a lo más arriba dicho acerca de la reacción de este concepto sobre el de fungibilidad y a las observaciones que el artículo 482 nos ha sugerido.

Como norma común a la dote estimada y a la inestimada, permite el artículo 1.359 del Código civil al marido que recibiere en tal concepto efectos públicos, valores cotizables o *bienes fungibles*, y no los hubiese asegurado con hipoteca, que los sustituya con otros equivalentes, si lo consienten la mujer, mayor de edad, o las personas indicadas en el artículo 1.352, si fuere menor. También la autoriza para enajenarlas de igual modo, siempre que invierta su importe en otros bienes, valores o derechos igualmente seguros. La *fungibilidad* se entiende en estos casos de un modo amplio, ya que no se exige que los bienes sean sustituídos por otros de igual especie y calidad, sino de igual valor y seguridad. Bien es verdad que el consentimiento de la mujer o de las personas llamadas a protegerla es garantía sobrada, dado el sistema dotal castellano.

*Derecho hereditario*.—Ninguna especialidad contiene nuestro Código sobre el legado de *cosa fungible* fuera de las normas relativas al legado de cosa genérica (artículos 875, 884 y concordantes).

La influencia de la clasificación que estudiamos no se deja sentir en nuestro modo de colacionar, con tanta intensidad como en el Derecho francés, donde, según la *communis opinio*, el valor de los bienes fungibles que se ha de colacionar es, por excepción, el que tenían en el momento de la donación.

«Se admite, en general, dice Rippert, que si el valor de las donaciones mobiliarias debe ser calculado el día del fallecimiento, es preciso, sin embargo, hacer una excepción para las cosas fungibles o consumibles, destinadas a ser vendidas o consumidas»... «No cabe suponer que los bienes reunidos ficticiamente a la masa no hayan salido nunca del patrimonio del donante, puesto que por su misma naturaleza, tales bienes estaban destinados a desaparecer por el consumo o por el cambio» (1).

Nuestro Código civil ordena (artículo 1.045) la valoración, en

(1) *Les donations de valeurs mobilières...* Rev. trim. de D. C. 12 (1911).

todo caso, de las *cosas donadas o dadas en dote, con referencia al tiempo de la donación o dote*, y manda que el donatario tome de menos tanto como ya hubiere recibido (artículo 1.047), percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad.

Cuando los bienes donados fuesen muebles, los coherederos sólo tendrán derecho a ser igualados en otros muebles de la herencia, por su justo precio a su libre elección (artículo 1.048, párrafo segundo).

Estos criterios, aunque basados en la equivalencia y sustitutibilidad de los bienes, rebasan el concepto de lo fungible.

## V

### CONCLUSIONES

A través de los usos comerciales, cada siglo más uniformes, va destacándose con líneas propias el grupo de cosas fungibles.

En las normas jurídicas aparece la fungibilidad todavía amalgamada con otros conceptos afines (cosas genéricas, consumibles, divisibles, deteriorables, cotizables...) que la provocan u originan. Unida esta particularidad a la ambigua fraseología de nuestro Código civil, que, a pesar de asimilar desde el primer momento las cosas fungibles a las consumibles, contiene muchos artículos en que late el concepto técnico de fungibilidad, nada parece más natural que las vacilaciones e imprecisiones de la doctrina y de los comentarios en que se emplea la designación *cosas fungibles*.

Para citar un solo ejemplo (siquiera sea de los más importantes por la indiscutida fama del autor): en los Estudios de Derecho civil de D. Felipe Sánchez-Román (1) se coloca un cuadro de clasificación de las *cosas*, modelo de concisión y técnica, en donde se hallan las *materiales humanas* distribuidas en siete grupos, dos de los cuales son :

- |  |   |   |
|--|---|---|
| C) Por su conjunto e individuos.....                                   | { | a) Universales.<br>b) Genéricas.<br>c) Específicas. |
| G) Por su destrucción con el primer uso u homogeneidad de especie..... |   |   |
- Fungibles = granos, vinos, aceites...  
No fungibles = edificios, tierras, ropas...

(1) Tomo II, pág. 489 de la primera edición corregida (1911).

Las cosas fungibles aparecen aquí muy distanciadas de las genéricas e involucradas con las consumibles, pero, en cambio, al desenvolver el contenido del cuadro, el ilustre jurisconsulto prescinde de estas últimas, señala como fundamento de la distinción «la diferencia de la especie y el género», y concluye por aceptar como definición de cosas fungibles la siguiente: «Aque-las que pertenecen a un género común comprensivo de varias especies iguales, o que por tal se reputan, y que permiten ser *perfectamente representadas o sustituidas las unas por las otras.*»

El porvenir de la clasificación está íntimamente unido al desarrollo de la industria, y los estudios sobre la materia se colocan, por lo tanto; entre los problemas jurídicos de mayor trascendencia.

Bastaría, para demostrarlo, el examen de las poderosas corrientes económicas a favor de la llamada *standardización*. Este término, aun más bárbaro que *fungibilidad*, designa la ideal unificación de los métodos, materiales y productos fabriles, con el fin de multiplicar la producción, facilitar la circulación y aumentar el consumo.

La industria internacional se orienta cada vez con más decisión en el sentido de suprimir variedades y tipos locales e inútiles, generalizando los procedimientos técnicos y los productos de gran mercado.

¡Es ridículo que el poseedor de un vástago a rosca de fabricación francesa, no pueda encontrar en la manufactura inglesa tuercas de igual dimensión y del mismo paso, porque los unos cuentan por centímetros y los otros por pulgadas.

La razón debe sustituir al azar y la conveniencia universal a los tercos nacionalismos. De este modo las herramientas resultarán más útiles y baratas, las piezas serán intercambiables, las máquinas se fabricarán en serie y el trabajo iniciado en un lugar se podrá continuar en cualquier parte del mundo.

Primordial consecuencia de la *standardización*, característica del siglo XX, será la sustituibilidad de los objetos.

El reinado de las cosas fungibles se acerca.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.