

EL ARRENDAMIENTO SOBRE FUNGIBLES*
[Renting of Fungibles]

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO**
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

RESUMEN

Un arrendamiento de cosas fungibles es posible en teoría y, de hecho, se da en la práctica negocial. Pero ella tropieza con la organización dogmática de aquel contrato, que es de mera tenencia sin adquisición del dominio y con obligación de restituir la cosa recibida en especie al término del contrato. Por ello cabe calificar de irregular al arrendamiento de fun-

ABSTRACT

In theory, it is possible to rent fungibles and, in fact, it takes place in business practice. However, it clashes with the dogmatic organization of such a contract, which is of mere tenure without acquiring ownership and with the obligation of returning the thing received as a good upon the term of the contract. Therefore, renting of fungibles must be

RECIBIDO el 20 de noviembre de 2014 y ACEPTADO el 1 de marzo de 2015

* Este artículo hace parte de una investigación que al mismo tiempo concierne al proyecto patrocinado por el Fondo de Investigación Científica y Tecnológica de Chile, bajo el número 1130646, cuyo título es: “Los actos irregulares o anómalos en el Derecho chileno”; y al proyecto Anillo de Investigación Asociativa patrocinado por la Comisión de Investigación Científica y Tecnológica bajo el código SOC 1111: “Estudios dogmáticos de Derecho patrimonial privado”.

** Profesor titular en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avda. Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Direcciones electrónicas: aguzman@ucv.cl – a.guzman@vtr.net

gibles, en línea con los demás negocios que, debiendo recaer sobre infungibles, también el autor o sus partes pueden establecerlo o convenirlo sobre fungibles, como el usufructo, el depósito o la prenda, caso en el cual toman el nombre de “irregulares”. En realidad, como en todos dichos demás casos, lo constituido es un crédito, pero que se rige por algunas reglas del arrendamiento en este caso. Lo propio vale para el arrendamiento de obra, cuando el arrendador entrega una materia fungible al artífice, para que éste elabore una especie, que puede serlo con la materia recibida o con otra del mismo género; en tal caso, el artífice adquiere el dominio de la materia recibida y solo debe otro tanto de su mismo género y calidad, aunque bajo la forma de la especie cuya elaboración se convino.

PALABRAS CLAVE

Arrendamiento de infungibles – Arrendamiento de fungible – Arrendamiento irregular.

classified as irregular, in line with other businesses that, even though they should be for non-fungibles, the author or the interested parties can also establish or agree on them regarding fungibles, such as usufruct, deposit or pledge; in which case they are called “irregular”. Actually, as in all the aforementioned cases, a credit is set up, but subject to some rules on renting in this case. This is also applicable to the renting of work, in which the lessor provides a fungible material to the maker so that s/he produces a good that can be manufactured with the material received or another of the same kind; in that case, the maker acquires ownership over the material received and only owes a similar amount of the same kind and quality, although under the shape of a new thing, elaboration of which was agreed.

KEYWORDS

Renting of Non-fungibles – Renting and Fungibles – Irregular Renting.

En la lista de contratos que deban recaer sobre infungibles se cuenta al contrato de arrendamiento; mas puede acaecer que las partes, con intención y sin haber incurrido en error sobre el punto, lo hayan hecho recaer sobre fungibles. En otro lenguaje, podemos decir lo mismo si afirmamos que el normal arrendamiento de infungibles constituye la figura regular de ese contrato, mientras que, al incidir sobre fungibles, éste transita a una figura irregular. Examinaremos la situación de esta última en el derecho chileno, distinguiendo entre el arrendamiento de cosas y aquel para la confección de una obra material. Debe tenerse presente que la doctrina chilena ni siquiera trata esta figura¹

¹ Por todos: HÜBNER, Ana María - VERGARA, Sofía, *Contrato de arrendamiento* (Santiago, ConoSur, 1955), I, p. 14; ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, *El contrato de arrendamiento* (2^a edición, Santiago, Metropolitana, 2011), p. 117, quienes se limitan a recordar que el arrendamiento de cosas no puede recaer sobre consumibles.

I. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE COSAS FUNGIBLES

1. El artículo 1916 CC. dice: “*Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorpóreas, que pueden usarse sin consumirse*”. La dicción legal es excesiva, porque no se trata de cosas que puedan usarse de cualquier modo sin que se consuman, sino de aquellas que no pueden ser usadas de un modo conveniente a su naturaleza sin que se consuman²; de lo contrario, por ejemplo, la leña usada para decorar exóticamente una pared, haría de ella una cosa que puede usarse sin consumirse. La ley, en otras palabras, solo permite el arrendamiento de cosas inconsumibles en sentido técnico. Sobre tales cosas nada dice el artículo 575 inciso 2° CC., que en su inciso 2° se limita a declarar que las cosas consumibles pertenecen a la clase de las fungibles, porque, salvo ejemplos rebuscados, las cosas consumibles son siempre fungibles.

La razón de no ser legalmente posible un arrendamiento de cosas consumibles radica en que el arrendamiento es un contrato de mera tenencia³ limitado al uso de la cosa, que no radica el dominio de ésta en el arrendatario, el cual no puede disponerla y debe restituirla al término del contrato⁴, se entiende que en especie, o sea, la misma cosa recibida al comienzo⁵. Ahora bien, tales caracteres son incompatibles con el arrendamiento de consumibles, porque el arrendatario, al usarlos en su calidad de tal los dispone física o jurídicamente (lo cual lo convierte en su dueño) y en esas condiciones, al término del contrato no podría restituir las mismas cosas recibidas a su comienzo⁶. Por tal razón la exigencia de inconsumibilidad

² Así entiende la norma, por ejemplo, ALESSANDRI, Arturo, *Derecho civil, Segundo año: De los contratos* (Santiago, Imp. Editorial Bellas Artes, 1930), p. 175.

³ Es extraño que el artículo 714 CC. no mencione expresamente al arrendatario cuando dice: “[Inciso 1°] *Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece.*” [Inciso 2°] *Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno*”. Pero es merced al inciso 2° que haya de concluirse que el arrendatario es también un mero tenedor, porque éste no puede menos que reconocer un dominio ajeno sobre la cosa cuya tenencia ha. De hecho, el arrendamiento no es un título traslativo de dominio.

⁴ Artículo 1947 inciso 1° CC.: “*El arrendatario es obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento*”.

⁵ Artículo 1947 inciso 2° CC.: “*Deberá restituirla en el estado en que le fue entregada, tomándose en consideración el deterioro ocasionado por el uso y goce legítimos*”.

⁶ Por lo demás, el artículo 1939 CC. dispone que el arrendatario haya de emplear “*en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia*”; o sea, lo hace responsable hasta de la culpa leve (artículo 44 inciso 3° CC.), que es la falta de aque-

solía ser señalada expresamente en las legislaciones extranjeras⁷, aunque no en todas⁸ ni tendencialmente en las más modernas⁹, no como permiso tácito de arrendar cosas consumibles, sino por la evidencia de su imposibilidad.

lla diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (ibíd.). Si el arrendatario destruye la cosa por consumición, transgrede esta norma de responsabilidad porque actúa incluso con dolo.

⁷ Así, entre los códigos europeos, el bávaro de 1756 (ya no más vigente), 4^a parte, cap. 6^o, § 3 expresaba: “*Dieser Contract hat regulariter Statt 1^{mo} in allen [...] was [...] durch den Gebrauch nicht consumirt zu werden pflegt [...]*” (“Este contrato regularmente tiene lugar 1^o en todo [...] lo que [...] no suele ser consumido por el uso [...]”); el austriaco (ABGB., 1811 aun en vigor), § 1090 dice: “*Der Vertrag, wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält, heißt überhaupt Bestandvertrag*” (“El contrato por el cual alguien recibe el uso de una cosa inconsumible durante cierto tiempo contra determinado precio se llama genéricamente ‘Bestandvertrag’”); o el español (1889 todavía vigente), que en su artículo 1545 manifiesta: “*Los bienes fungibles que se consumen por el uso no pueden ser materia de este contrato*” (que repite sin variaciones el artículo 1474 del “Proyecto de García Goyena”). En América, se ofrece como ejemplo antiguo el código de la Luisiana (1825), artículo 2648, copiado del artículo 6, título 13^o, libro III del *Project du Code Civil de l’an VIII* [1800]: “*On peut louer toutes les choses corporelles, meubles ou immeubles, excepté celle qui se consomment par l’usage qu’on en fait*” (“Se puede arrendar todas las cosas corporales, muebles o inmuebles, exceptuadas aquellas que se consumen por el uso que se hace de ellas”). La disposición francesa fue tomada de POTHIER, Robert-Joseph, *Traité du contrat de louage*, en *Œuvres de Pothier* (ed. Bugnet, Paris, Videcoq - Cosse et Delamotte, 1847), IV, p. 8, como lo demuestra el cotejo textual: después de haber afirmado aquél que hay cosas no susceptibles de ser arrendadas, añade que son tales “*les choses qui se consomment par l’usage qu’on en fait*”, y esta frase aparece idéntica en la disposición del proyecto francés que después pasó al código luisiano. Un ejemplo americano más moderno es el de México (vigente desde 1928), que en su artículo 2400 dice: “*Son susceptible de arrendamiento todos los bienes que pueden usarse sin consumirse [...]*”.

⁸ Notablemente en el código francés, aunque en el proyecto de 1800, el artículo correspondiente al 1713 promulgado, que era el artículo 6, del título 13^o del libro III, exceptuaba las cosas que se consumen por el uso de la posibilidad de arrendar (véase la nota anterior). La doctrina, empero, suplió su silencio; véase, por todos: TROPLONG, Raymond-Théodore, *Le droit civil expliqué suivant l’ordre des articles du code. De l’échange et du louage*, (3^a edición, Paris, Ch. Hingray, 1859), I, p. 198: “1^o *On ne peut louer les choses qui se consomment par l’usage [...]*” (“No se pueden arrendar las cosas que se consumen por el uso”).

⁹ Como en los códigos italiano de 1942 y portugués de 1966. Pero tanto en el código francés (véase la nota anterior), como en los antes citados aquí, el régimen del arrendamiento de cosas está construido sobre la idea de que el arrendatario deba usar la cosa sin menoscabarla, de modo de haber de devolverla al término del contrato en el mismo estado en que la recibió, lo cual es, por cierto, incompatible con un arrendamiento de consumibles. Estos cuerpos legales, por ende, dan por supuesto que dicho contrato deba recaer sobre inconsumibles.

Pero al limitarse a exigir la ley que el arrendamiento deba recaer sobre cosas inconsumibles, sin añadir la exigencia de su infungibilidad¹⁰ ella se mostró insuficiente. Un arrendamiento de fungibles, por inconsumibles que sean, es también incompatible con las características generales del contrato, en orden a ser de mera tenencia, no radicar el dominio de la cosa en el arrendatario, no poder éste disponerla y deber restituirla en especie al término del contrato. Es un fenómeno jurídico ostensible que la entrega de una cantidad de fungibles (aunque sean inconsumibles), convierte en su dueño al que las recibe, el cual, por ende, puede disponerlas física o jurídicamente y si es que resulta obligado restituir, basta que restituya otro tanto del mismo género y calidad que lo recibido, porque el que se las entregó no tiene modo de verificar o controlar que lo devuelto corresponda a las mismas especies individuales que entregó.

Como consecuencia de este análisis, concluimos que el contrato de arrendamiento de cosas deba recaer, en realidad, sobre infungibles no consumibles, y que, por ende, no pueda recaer sobre fungibles, sean o no consumibles¹¹.

2. Pero puede acaecer que ciertas partes decidan celebrar un contrato de arrendamiento sobre cosas fungibles, sean o no consumibles, sin haber incurrido en error sobre el punto.

a) Esto suele acaecer en la práctica negocial: hay empresas que se dedican a dar en arrendamiento objetos fungibles como vajilla (platos, vasos, servicios de cuchillería, etcétera), artefactos de construcción (como andamios o escaleras), herramientas manuales menores que carecen de un código identificador (como martillos, alicates, sierras, etcétera), maquinas menores (como taladros), que aunque porten un código, no suelen singularizárselas según él, etcétera. En todos estos casos, la función económico-social del arrendamiento de objetos como los indicados es permitir que los particulares puedan usarlos en algún menester extraordinario y no permanente,

¹⁰ Ya que un inconsumible puede ser fungible, como lo muestra la enorme cantidad de aquellas cosas hechas en serie que es capaz de producir la industria moderna.

¹¹ Entre los códigos americanos más antiguos, el argentino exige la infungibilidad sin más, en su artículo 1499: “*Las cosas muebles no fungibles, y las raíces sin excepción pueden ser objeto de la locación*”; entre los más modernos, es el caso del brasileño de 2002, en su artículo 565: “*Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição*”. También el español de 1889, como vimos (n. 7), prohíbe el arrendamiento de “*bienes fungibles*”, pero añade inmediatamente “*que se consumen por el uso*”, como consecuencia de la creencia de ese código de que los bienes inconsumibles nunca son fungibles (artículo 337 CCEsp.).

sin tener que comprarlos para ese caso, en sustitución de lo cual se limitan a meramente pagar el precio o tarifa del arrendamiento, que, por cierto, es muy menor al monto del valor comercial de los objetos de que se trate.

b) Fuera de la práctica, nada impide que unas partes contraigan arrendamiento sobre fungibles más tradicionales, cuando una de ellas necesite exhibirlos como integrantes de su existencia o reserva (“stock”) y los carece. Tal carencia puede ser suplida si otra persona, que posea los fungibles de que se trate, se obliga a entregarlos a quien los requiere con el compromiso de devolución posterior por parte de éste. Cuando la operación sea gratuita, ella constituye sin más un mutuo¹²; pero si sea onerosa, adquiere cierta complejidad, que invita a un análisis detallado.

El punto de partida es el artículo 2205 CC.: “*Se puede estipular intereses en dinero o cosas fungibles*”. La amplitud con que esta norma ha sido redactada teóricamente cubre las siguientes cinco posibilidades lógicas: *i*) mutuo de dinero con intereses en dinero; *ii*) mutuo de dinero con intereses en otros fungibles; *iii*) mutuo de fungibles que no sean dinero con intereses en dinero; *iv*) mutuo de fungibles que no sean dinero con intereses en fungibles del mismo género del de los prestados; y *v*) mutuo de fungibles que no sean dinero con intereses en fungibles de distinto género al de los prestados. Todos estos casos, como bien se ve, se encuentran contenidos en la norma de poderse estipular intereses en dinero o cosas fungibles. Ahora bien, en el mutuo de dinero, correspondiente a los casos *i*) y *ii*), el interés solo puede consistir en dinero, atendido lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley N° 18.010 (D.O. de 27 de junio de 1981): “*En las obligaciones regidas por esta ley solo pueden estipularse intereses en dinero*”; lo que determina la eliminación del caso *ii*).

En lo concerniente a los tres casos restantes, vale decir, a los signados como *iii*), *iv*) y *v*), debemos sustraer de toda discusión al caso *iv*), de un préstamo de fungibles que no sean dinero con interés convenido en fungibles del mismo género del de los prestados, como cuando, por ejemplo, se preste trigo y se establezca un interés asimismo en trigo, que sin más constituye un mutuo e indudablemente queda cubierto por el artículo 2205 CC.

Nos restan, por ende, los casos *iii*) y *v*); mas previamente debemos dilucidar si el contenido del interés pueda ser distinto al contenido del capital prestado, cuando se entienda por “contenido” la clase de cosas de que se trate. De esta guisa, por ejemplo: ¿puede pactarse un interés

¹² Lo cual deriva de la definición de mutuo ofrecida por el artículo 2196 CC. según el cual ese negocio recae sobre cierta cantidad de cosas fungibles, en el entendido de que el dinero puede ser su objeto atendida su calidad de fungible.

en dinero si lo prestado sea trigo? ¿O pactarse un interés en nueces si lo prestado sea aceite?

En nuestra opinión, en el mutuo de fungibles que no sean dinero no puede convenirse un interés en dinero o en fungibles de distinto género al de los fungibles prestados. Por cierto, no es que ello sea antijurídico o ilegal; pero el cambio en el género de los intereses con respecto al del capital hace que la operación pertinente no sea mutuaría.

La razón dogmática en que nos basamos para negar que una operación sobre fungibles con intereses en dinero o en fungibles de género diferente al de los prestados tenga carácter mutuario es que, de acuerdo con el *Código Civil*, los intereses de capitales exigibles son frutos civiles (artículo 647 inciso 1º). Ahora bien, en el concepto de la ley, los frutos civiles “proviene de una cosa” (artículo 648: “*Los frutos civiles [...] de la cosa de que provienen*”). Si es así, tales frutos no pueden tener una naturaleza diferente a la de la cosa de que provienen, vale decir, del capital. En nuestros anteriores ejemplos, el trigo no puede generar dinero ni el aceite, nueces¹³. Pero, como resulta claro, las respectivas operaciones son jurídicamente posibles y lícitas, aunque no sean mutuarías. En consecuencia, el acto de entregar u obligarse a entregar fungibles que deban ser restituidos, y la contrapartida de entregar u obligarse a entregar una cantidad de dinero o de fungibles de un género distinto al de los entregados o comprometidos, que no puede ser un mutuo, tendría que ser un arrendamiento, en donde lo que hasta el momento hemos llamado “intereses” en realidad sería el precio de ese contrato.

Pero hay una razón positiva que impide considerar tal la posibilidad *v*), de un acto sobre fungibles que no sean dinero con precio en fungibles de distinto género al de los prestados, porque el artículo 1917 inciso 1º CC. dice: “*El precio [en el contrato de arrendamiento de cosas] puede consistir ya en dinero, ya en frutos naturales de la cosa arrendada [...]*”; y la concepción de un arrendamiento de fungibles de determinado género, cuyo precio fueran unos fungibles de género distinto al de los arrendados es contraria al mencionado artículo 1917 inciso 1º CC., porque, no bien los fungibles arrendados produjeran frutos, nuestra actual hipótesis es que el precio del arrendamiento de tales fungibles no fueran sus frutos sino unos fungibles de distinto género al de los arrendados, y por este hecho ellos no serían “*frutos naturales de la cosa arrendada*”, como lo ordena la

¹³ Esta es también la razón por la cual, en el censo, en el cual su capital debe consistir o estimarse siempre en dinero (artículo 2025 CC.), no puede pactarse, bajo sanción de nulidad del censo completo, que el canon haya de pagarse en cierta cantidad de frutos (artículo 2028 CC.).

disposición citada, porque es contrario a la naturaleza que una cosa pueda producir frutos de distinto género al de sí misma¹⁴.

Como consecuencia del precedente análisis, nos resta solo la posibilidad *iii*), de un mutuo de fungibles que no sean dinero con intereses en dinero, que en realidad es un arrendamiento de fungibles que no sean dinero con precio en dinero.

c) La moderna legislación chilena nos ofrece un caso interesante. Se trata del negocio regulado en el título 6° (artículos 38 a 40) de la Ley N° 20.345 (D.O. de 6 de junio de 2009), que se rubrica: “Del préstamo de valores”. Su artículo 39 define que el préstamo de valores “*es un contrato en virtud del cual una persona, llamada prestamista, transfiere valores a otra, llamada prestatario, quien asume la obligación de restituir al primero, al vencimiento del plazo pactado, valores del mismo emisor, género, cantidad, clase y serie y de pagar una suma de dinero, denominada premio*”. En un trabajo especialmente dedicado a esta nueva figura¹⁵, senté que ella constituye sin más una aplicación del mutuo general a los valores¹⁶. Ahora, con mejor juicio, pienso que esto es así cuando el negocio sea planteado como gratuito, vale decir, sin el premio aludido en el artículo 39 antes transcrito¹⁷; pero que cuando se pacta tal premio, se trata entonces de un arrendamiento de valores. Solo que, como éstos deben ser fungibles para que pueda haber transferencia y obligación de restituir otros valores del mismo emisor, género, cantidad, clase y serie, como pide el artículo 39 de la ley citada, se trata de un arrendamiento irregular de valores. El premio, pues, cumple la función del precio que necesariamente debe existir en el arrendamiento ordinario de cosas (artículos 1915 y 1917 CC.). Por ello, cuando falta, el negocio no puede ser un arrendamiento ni siquiera irregular; y en tal caso, como preanunciamos, se configura un mutuo perfecto.

d) El *Código Civil* conoce algunos tipos específicos de arrendamiento, que pueden ser irregulares. Tal es el caso del arrendamiento de un almacén

¹⁴ Es distinto arrendar gallinas por el precio de una parte de sus huevos a arrendar gallinas por un precio consistente en cierta cantidad de aceite. El primer caso cae en la órbita del artículo 1917 inciso 1° CC., mas no el segundo.

¹⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El contrato de préstamo de valores*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 38 (1^{er} semestre, 2012), pp. 157-180. Relacionado: EL MISMO, *Las garantías en el contrato de préstamo de valores*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 39 (2° semestre, 2012), pp. 115-137.

¹⁶ GUZMÁN BRITO, A., *El contrato de préstamo de valores*, cit. (n. 15), cap. I, b).

¹⁷ El cual, pese a estar referido en la definición del negocio, no es esencial a éste y puede faltar. Así que cuando se establece un premio, aquél es oneroso y gratuito en el caso contrario: véase GUZMÁN BRITO, A., *El contrato de préstamo de valores*, cit. (n. 15), cap. I, 4.

o tienda (cfr. la rúbrica del § 5 del tít. 26° del lib. IV CC.), vale decir, de un establecimiento de comercio provisto de los artículos que se expenden normalmente en ellos, los cuales, por lo general, son fungibles¹⁸. En sus existencias (“stock”) puede diferenciarse, por un lado, las mercaderías y materias primas, los productos elaborados o semielaborados, las piezas de repuestos y recambio, etcétera, con que el arrendador tenía provisto el establecimiento al ser dado en arrendamiento y que se acordó haber de pasar al arrendatario; y, por otro, los mismos elementos introducidos en el establecimiento por el arrendatario después. Acerca de estos últimos nada importante hay que decir aquí; pero con respecto a los primeros debe observarse que pueden insertar ciertos puntos de irregularidad en el contrato. Uno de ellos está expresamente previsto en el artículo 1975 inciso 1° CC.: “*El que da en arriendo un almacén o tienda, no es responsable de la pérdida de las mercaderías que allí se introduzcan sino en cuanto la pérdida hubiere sido por su culpa*”. Esta norma no puede referirse a las mercaderías introducidas por el arrendatario con posterioridad al arrendamiento. A nadie puede caber alguna duda de que el arrendador de un almacén o tienda no responde de tales mercaderías, a menos de haberse perdido por su culpa. Así que cuando refiramos el artículo 1975 inciso 1° CC. a esas mercaderías lo tornaríamos en redundante y crearíamos una suerte de laguna, por cuanto el caso verdaderamente interesante atañe a las mercaderías con que el arrendador tenía provisto el establecimiento al momento de darlo en arrendamiento y que dejó en él. Para tal caso alguien podría sostener que si se pierden las mercaderías dejadas, sin culpa ni dolo de nadie, o sea, por caso fortuito o fuerza mayor, la pérdida la soporta el arrendador, que es su dueño. Pero la norma, con toda razón, dice lo contrario: el arrendador no responde de esa pérdida; lo cual significa ser el arrendatario, no quien propiamente responda de tales mercaderías, sino quien soporte su pérdida.

Ahora bien, esto demuestra que el arrendador ya no es dueño de las mercaderías dejadas en el establecimiento al tiempo de darlo en arrendamiento; y que su dueño es el arrendatario, para quien tales mercaderías se pierden. Lo cual es consecuencia neta del carácter fungible de las mercaderías, cuyo dominio pertenece al que las tiene.

e) Otro arrendamiento que puede ser irregular conocido por el *Código* está descrito en el § 6 del título 26° del lib. IV CC.: “Reglas particulares relativas al arrendamiento de predios rústicos”, que contiene el siguiente artículo 1984: “[Inciso 1°] *Siempre que se arriende un predio con ganados*

¹⁸ No se trata, pues, del arrendamiento del local en que funciona el establecimiento. El artículo 1975 CC. distingue claramente entre el edificio (inciso 2°) y el establecimiento que éste cobija (inciso 1°).

y no hubiere acerca de ellos estipulación especial contraria, pertenecerán al arrendatario todas las utilidades de dichos ganados, y los ganados mismos, con la obligación de dejar en el predio al fin del arriendo igual número de cabezas de las mismas edades y calidades. [Inciso 2°] *Si al fin del arriendo no hubiere en el predio suficientes animales de las edades y calidades dichas para efectuar la restitución, pagará la diferencia en dinero*". El precepto, concierne al arrendamiento de un predio rústico provisto de ganado. Bajo el supuesto de que las cabezas que componen el ganado sean fungibles, como es lo normal¹⁹, dicho precepto atribuye la propiedad del ganado mismo, vale decir, de cada una de sus cabezas integrantes, al arrendatario, y hace lo propio con las "utilidades" del ganado. Bajo la expresión "utilidad del ganado" debemos entender sus frutos, como crías, lanas, pelos, cerdas, crines o leches y sus productos, como cueros, pieles, huesos, astas, pezuñas o carnes. Ahora bien, la atribución de propiedad de frutos y productos al arrendatario es consecuencia de la atribución de propiedad de las cabezas al mismo, como consecuencia de la regla según la cual los frutos y productos de una cosa pertenecen al dueño de ésta (artículo 646 inciso 3° CC.). A su vez, la atribución de propiedad sobre las cabezas al arrendatario es consecuencia de ser ellas fungibles, merced a la regla de que tenencia, posesión y propiedad de tal clase de cosas se confunden. Sin embargo, como se trata de un arrendamiento, subsiste la obligación de restituir lo arrendado al término del contrato (artículo 1947 inciso 1° CC.). Ahora bien, puesto que la propiedad sobre las cabezas fungibles autorizó su disposición por parte del arrendatario, éste no se encuentra obligado a restituir las mismas cabezas que le fueron entregadas al comienzo del arrendamiento; debido a lo cual el artículo 1984 CC. solo lo obliga a dejar en el predio igual número de cabezas de las mismas edades y calidades a las recibidas al principio, vale decir, el *tantumdem*. El inciso 2° añade: "*Si al fin del arriendo no hubiere en el predio suficientes animales de las edades y calidades dichas para efectuar la restitución, pagará la diferencia en dinero*". Tal dicción no implica que el arrendatario deba restituir el *tantumdem* con las crías que naturalmente se hayan generado durante el tiempo del contrato; de hecho él verá dónde encontrar cabezas de la misma calidad y edad de aquellas que recibió al comienzo y puede, por supuesto, pero no de necesidad, recurrir a las crías que se hayan producido entretanto. Como el inciso 1° había expresado la idea de restitución con recurso al giro "dejar en el predio igual número de cabezas", el inciso 2°, siguiendo

¹⁹ Para desfungibilizar las cabezas componentes de un rebaño o ganado fuere necesario, por ejemplo, marcarlas y numerarlas. En tal caso, no considero que permanezca válida la regla del artículo 1984 CC.

ese orden de ideas, dijo: “si no hubiere en el predio suficientes animales”, etc., pagará en dinero la diferencia entre lo recibido y lo dejado. En otras palabras, o el arrendatario deja en el predio un número de cabezas iguales en edad y calidad al recibido, o paga en dinero la diferencia.

3. La naturaleza del contrato irregular de arrendamiento, o sobre cosas fungibles, no es diferente de la de otros contratos irregulares, a saber: constituir una relación crediticia –no un mutuo²⁰– que se rige por algunas reglas del arrendamiento ordinario de cosas. En aquél, éstas pasan al dominio y posesión del arrendatario, a diferencia de cuanto acaece en el arrendamiento ordinario, que no es traslativo de dominio ni de la posesión, aunque sí de la tenencia. Al término del contrato, el arrendatario debe restituir no las mismas especies recibidas, sino otras tantas del mismo género y calidad. Es cierto que en el arrendamiento ordinario el arrendador también es un acreedor de las cosas dadas en arrendamiento y el arrendatario su deudor. Pero mientras en él lo debido es lo mismo recibido en especie, en el irregular no se deben las mismas especies recibidas, sino otro tanto del mismo género y calidad. Además, la obligación del arrendatario ordinario es de entregar, esto es, de hacer, mientras que la del arrendatario irregular es de dar.

4. Son aplicables al arrendamiento irregular de cosas los preceptos del arrendamiento ordinario contenidos en los artículos 1918, 1919, 1920, 1921, 1922, 1924 N° 1, 1926, 1932, 1933, 1934, 1937, 1942, 1943, 1944, 1945, 1947 inciso 1°, 1948, 1949, 1950 N° 2 y N° 4, 1951, 1952, 1953, 1954, 1955, 1956 incisos 1° y 2°, 1957 y 1967. Los contenidos en los preceptos no señalados son inaplicables. Ahora bien, para considerar la aplicación o inaplicación de un precepto general sobre arrendamiento de cosas al irregular es siempre menester tener en cuenta los caracteres de este último; es decir que: *i*) el arrendador pierde el dominio y la posesión de los fungibles dados en arrendamiento; *ii*) el arrendatario adquiere su dominio y su posesión y, por ende, no solo su tenencia, uso y disfrute más también su disposición física y jurídica; *iii*) el riesgo de tales cosas pertenece al arrendatario; *iv*) la pérdida de las mismas por culpa o dolo del arrendatario es un acto de disposición de lo propio que de suyo no impone responsabilidad.

5. Por último, procede examinar el lugar que ocupa el precio conveni-

²⁰ Como lo recalca DE SIMONE, Mario, *I negozi irregolari* (Napoli, Jovene, 1952); hay traducción al castellano de F. J. Osset (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956), p. 73 (71 de la traducción).

do en el arrendamiento de cosas fungibles de que el arrendatario se hace dueño. Hemos establecido que éste empieza a deber el *tantumdem*, que deberá restituir cuando el contrato termine. Pero, además, puesto que se trata de una figura a la cual resulta aplicable la regla de que debe haber un precio, el arrendatario debe pagarlo. ¿Qué naturaleza tiene tal precio?

a) Para dilucidarlo, debemos examinar las distintas posibilidades lógicas que puede asumir el precio con relación al tipo de cosas fungibles arrendadas. Tenemos las siguientes: *i*) arrendamiento de dinero con precio en dinero; *ii*) arrendamiento de dinero con precio en otros fungibles; *iii*) arrendamiento de fungibles que no sean dinero con precio en dinero; *iv*) arrendamiento de fungibles que no sean dinero con precio en fungibles del mismo género de los prestados; y *v*) arrendamiento de fungibles que no sean dinero con precio en fungibles de distinto género al de los prestados. Además, debemos recordar el dispositivo del artículo 1917, según el cual el precio del contrato puede consistir en frutos naturales, siempre, empero, que deriven de la cosa arrendada.

b) De las cinco posibilidades enunciadas descartamos de inmediato la *i*), porque un arrendamiento de dinero con precio en dinero no es arrendamiento sino directamente un mutuo de dinero con intereses en dinero; también la *ii*), porque un arrendamiento de dinero, dejando de lado, por un momento, la existencia de un precio en otros fungibles, hace que quien recibió el dinero haya de restituirlo, y ya solo con ello la figura, también directamente, funciona como mutuo de dinero y no como arrendamiento. Ahora bien, la presencia de un precio convierte en onerosa la operación; mas, por tratarse de un precio en otros fungibles, él no funciona como interés, porque el dinero no puede producir intereses que no consisten en dinero, según se vio más arriba I, 2 b), por lo cual queda abierta la discusión sobre si el mutuante, además de su precio, puede cobrar intereses en dinero, en aplicación del artículo 12 de la Ley N° 18.010, a menos que expresamente se los haya excluido²¹.

Del mismo modo descartamos la posibilidad *iv*), de un arrendamiento de fungibles que no sean dinero con precio en fungibles del mismo género de los prestados, que por definición legal constituye sin más un mutuo (artículo 2196 CC.).

En fin, debe descartarse asimismo la posibilidad *v*), de un arrendamiento de fungibles que no sean dinero con precio en fungibles de distinto género

²¹ Si se los excluyó, la figura sigue siendo mutuo con onerosidad atípica o inno-
minada, pues no consiste en intereses dinerarios. Pero como ella puede prestarse para
defraudar las leyes sobre máximo de interés conveniente, se debe anular el exceso del
precio en otros fungibles cuyo valor exceda el total del interés que pudo cobrarse en
dinero.

al de los prestados, en atención al artículo 1917 inciso 1° CC., según el cual el precio del arrendamiento debe consistir en dinero o en frutos naturales de la cosa arrendada, y resulta que, aparte de ser muy difícil concebir fungibles fructuarios, como los frutos a que nos referimos ahora son de distinto género al de los arrendados, no puede ser que una cosa produzca frutos de naturaleza (es decir de género) distinta al de sí misma, de todos modos quedaría quebrantada la regla del artículo 1917 inciso 1° CC.

Y así nos quedamos solo con la posibilidad *iii*), de un arrendamiento de fungibles que no sean dinero con precio en dinero. La cual posibilidad es la misma que la del mutuo examinada más arriba en I, 2 b), como *iii*): mutuo de fungibles que no sean dinero con intereses en dinero, respecto de la cual concluimos no ser hipótesis de mutuo sino precisamente de arrendamiento de cosas.

c) El arrendamiento de cosas fungibles (que no pueden ser dinero), en consecuencia, debe tener un precio en dinero, y no en frutos provenientes de los fungibles arrendados, que no son capaces de originar. Tal es una de las reglas del arrendamiento aplicables al crédito que genera un arrendamiento sobre tales cosas. Desde un punto de vista económico y solo económico, ese precio sustituye la función de los intereses, que en este especial crédito no hay, porque si se los estableciera (con cosas del mismo género al de las prestadas), la operación devendría en mutuo, al que se superpondría el pago de una cantidad de dinero anexa; y ello introduciría un principio de atipicidad o innominación en la figura, que la dejaría fuera del ámbito del arrendamiento²².

II. EL CONTRATO IRREGULAR DE ARRENDAMIENTO PARA LA CONFECCIÓN DE UNA OBRA CON MATERIA FUNGIBLE

1. Una irregularidad también puede presentarse en el arrendamiento para la confección de una obra material. Como es sabido, según el código, tal contrato existe bien cuando toda la materia con que o en que haya de confeccionarse la obra sea suministrada por quien la encargó u ordenó, vale decir, por el arrendador, bien cuando solo sea la materia principal la suministrada por aquél, aunque haya materia accesoria que resulte aportados por el artífice o arrendatario (artículo 1996 incisos 2° y 3° CC.). A la inversa, si este último suministra la materia principal para la confección de la obra, el contrato ya no es arrendamiento sino de compraventa (artículo 1996 inciso 1° CC.)²³.

²² Véase la nota anterior.

²³ En algunas legislaciones del siglo XX, el artífice puede aportar la materia y

Ahora bien, con frecuencia la materia de la obra encargada es fungible, como cierta masa de oro, plata u otro metal precioso con que deba ser elaborada una joya, o la tela destinada a confeccionar determinado traje, o la madera a fabricar un mueble, etcétera. Desde luego puede ser infungible, como cuando se trata del automóvil que haya de ser pintado, del mueble anticuado que modernizar, del libro por empastar o del óleo que restaurar, entregados a un artífice a cada efecto.

Cuando la materia en la que obra el artífice es infungible, éste cumple presentando la obra con la transformación material acordada, como, para continuar con los ejemplos recientes, el automóvil pintado, el mueble transformado, el libro empastado o el óleo restaurado. Si es fungible, el artífice cumple presentando la “obra acabada” (*opus perfectum*), esto es, una nueva especie, pero elaborada, en seguimiento de las “especificaciones” que se acordaron, con la materia única o al menos principal que le fue entregada²⁴. Pero se pregunta si la materia con que el artífice elaboró la nueva especie tiene que ser la misma que recibió o puede ser otra, con tal que pertenezca al mismo género y calidad que ofrecía la materia entregada y recibida.

2. Por supuesto que una respuesta positiva a la pregunta planteada crea el problema de configurar el método destinado a controlar que la materia fungible de la obra presentada sea realmente la misma que la entregada por

sigue habiendo arrendamiento de obra. Véase el artículo 1655 CCIt.: “*L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro*” (“El arrendamiento de obra es un contrato con el cual una parte asume, con organización de los medios necesarios y con gestión a propio riesgo, el cumplimiento [la ejecución] de una obra o [la prestación] de un servicio frente una contraprestación en dinero”). Debe observarse que en esta definición se supone que el arrendatario (“appaltatore”) sea un empresario que ofrece “organización de medios necesarios y gestión a propio riesgo”. El artículo 1658, en consonancia, dispone: “*La materia necessaria a compiere l'opera deve essere fornita dal appaltatore*” (“La materia necesaria para ejecutar la obra debe ser suministrada por el arrendatario”); pero, con criterio más realista, aunque no sin contradicción al artículo 1655, añade: “*se non è diversamente stabilito dalla convenzione o dal uso*”, vale decir, la convención o los usos pueden establecer que la materia sea aportada por quien encarga la obra.

²⁴ Sin que reciban aplicación las reglas de la especificación (artículo 662 CC.), porque, habiendo mediado un contrato, hay conocimiento del hecho y buena fe por ambas partes; aunque el aportante de la materia tenga derecho a reclamar la nueva especie que de todos modos se formó, pagando la “hechura”, por lo general previamente tasada como precio del contrato; pero ello merced al contrato (véanse los artículos 1997 y 1998 por lo concerniente al precio; y 1947 con 1996 inciso final CC. en lo tocante a la entrega de la obra).

el arrendador y recibida por el artífice. Este problema no tiene solución, atendido que discurrimos sobre la base de haberse tratado precisamente de una materia fungible. Por consiguiente, la respuesta tiene que ser la contraria; vale decir, la materia de que se componga la obra presentada puede ser otra si pertenezca al mismo género y calidad. De hecho, si sea otra o la misma, eso no es tecnológicamente posible determinarlo²⁵ y en final de cuenta tampoco interesa.

Este carácter ofrecido por el arrendamiento para la confección de una obra material con componentes fungibles entregados por el arrendador permite obtener algunas conclusiones: *i*) el artífice o arrendatario adquiere el dominio de la materia fungible recibida; pero *ii*) la debe restituir, aunque especificada, al arrendador; *iii*) entretanto puede disponerla física o jurídicamente; *iv*) el riesgo de la materia fungible recibida por el artífice es suyo, así que si ella se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, tal pérdida lo grava, y debe reponer la materia a su costa; *v*) En cuanto a la cantidad de materia eventualmente sobrante, veremos el punto por separado, más abajo II,6.

3. Tales conclusiones deberían ser pacíficas, atendido el fenómeno de confusión de las nociones de dominio, posesión y tenencia que siempre produce la tenencia de fungibles. En relación, empero, con el riesgo de la materia [punto *iv*)], el artículo 2000 CC. ofrece una disposición de no fácil lectura.

Su inciso 1° trasluce la regla “*res perit domino*”, pues dice: “*La pérdida de la materia recae sobre su dueño*”. Esta disposición, por cierto, ofrece interés cuando sea aplicada a la materia principal que alguien, quien se obligó a suministrarla, en cuanto arrendador de la confección de cierta obra material, efectivamente ya suministró. Mientras, en efecto, una persona solo tenga la intención de celebrar un tal contrato o lo hubiera celebrado sin todavía haber hecho entrega de la materia a que se comprometió, entonces no cabe dudar que la pérdida fortuita de esa materia le pertenece y lo grava únicamente a él, sin que pueda levantarse ni siquiera la pregunta de si acaso gravara al artífice por contratar o al artífice ya contratado que aún no ha recibido la materia. En razón de la evidencia de la solución que le compete, esta hipótesis ni siquiera es tratada por la ley, la cual, saltándosela, pues, añade directamente en el inciso 2°: “*Por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice [...]*”. Se trata, así, de la “materia ya suministrada”.

²⁵ Una molécula de oro, de plata o de cualquier otro elemento es igual a otra de oro, plata o del elemento que sea.

Pero la norma no distingue si la materia suministrada por el que ordenó la obra sea fungible o infungible. Ahora bien, su dicción es perfectamente inteligible solo cuando sea infungible; pues no se entendería cómo la pérdida fortuita de una materia fungible suministrada por el que ordenó la obra gravaría a éste y no al artífice, que se hizo dueño de ellas y en cuyas manos se perdió. Por la misma regla que sirve de base al desarrollo de la argumentación contenida en el artículo 2000: “*La pérdida de la materia recae sobre su dueño*”, concluimos que cuando la materia fungible suministrada por el que ordenó la obra se pierda fortuitamente, se pierde para el artífice, puesto que se hizo su dueño²⁶.

El inciso 2º, por ende, debemos entenderlo como referido a una materia infungible: “*Por consiguiente, la pérdida de la materia <infungible> suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice sino cuando la materia perezca por su culpa o por culpa de las personas que le sirve*”. Por lo mismo, la última parte, relativa a la responsabilidad del artífice, queda automáticamente puesta de acuerdo con la regla general del inciso 1º del artículo 1672 CC.²⁷.

El inciso 3º del artículo 2000 CC. mantiene su debida referencia implícita a la materia infungible, solo que en cuanto especie (pero compuesta, desde luego, de una determinada materia), que el arrendador ha suministrado, sobre la cual se trata de ejecutar la obra material encargada por aquél; por ejemplo, el automóvil por reparar, el libro por empastar, la ropa por lavar, etcétera. Dice la disposición: “*Aunque la materia <infungible> no perezca por su culpa [sc. del artífice], ni por la de dichas personas [sc. que le sirven], no podrá el artífice reclamar el precio o salario, si no es en los casos siguientes: 1. Si la obra ha sido reconocida y aprobada; 2. Si no ha sido reconocida y aprobada por mora del que encargó la obra; 3. Si la cosa perezca por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquellos que el artífice por su oficio haya debido conocer, o que conociéndolo no haya dado aviso oportuno*”.

²⁶ Un análisis semejante merece el artículo 1996 CC.: “[Inciso 1º] *Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.* [Inciso 2º] *Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no*”. En el inciso 1º la materia referida puede ser fungible o infungible, porque la disposición no atañe a la propiedad ni al riesgo de la materia sino a su aportante, en función de definir cuándo hay compraventa y no arrendamiento. Basta que la materia, fungible o no, sea aportada por el artífice, para que se trate de una compraventa.

²⁷ Artículo 1672 inciso 1º CC.: “*Si el cuerpo cierto perezca por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor*”.

En consecuencia, el perecimiento fortuito (sin culpa del artífice ni de quienes le sirven) de la materia infungible, la hace perecer para su dueño, es decir, para el que encargó la obra, también afecta al artífice mismo, porque no puede reclamar su precio. Pero se aplica la regla contraria, de sí poder reclamar su precio cuando el perecimiento fortuito acaezca: *i*) después de aprobada la nueva especie fabricada con cierta materia prima, y reconocida la obra ejecutada en la cosa que se le suministró; *ii*) desde que el arrendador hubiera incurrido en mora de aprobar y reconocer; *iii*) por vicio de la materia que suministró el arrendador. Esta tercera regla, a su vez, hace excepción en los siguientes casos: *i*) si el vicio sea de aquellos que el artífice por su oficio haya debido conocer; o *ii*) si el vicio fue conocido del artífice y “*no haya dado aviso oportuno*”, frase esta que interpretamos en el sentido de no haber hecho una protesta frente al arrendador, antes de iniciar la obra. En estos dos casos, pues, el artífice no puede reclamar su precio pese a haberse perdido la cosa por vicio de su materia que suministró el arrendador.

4. El cuadro de esta materia que se ofrece a consideración es, pues, el siguiente:

1° Si el que había ordenado la obra suministró materia fungible al artífice:

a) Cuando la materia, haya sido especificada en la nueva obra o no lo haya sido aún, se pierda en manos del artífice antes de ser aprobada o reconocida la obra a que eventualmente haya dado lugar, o antes de que quien la encargó hubiera incurrido en mora de aprobarla o reconocerla, sea que la pérdida se haya debido bien a la culpa o dolo del artífice mismo o de quienes le sirven, bien a un caso fortuito (y en realidad no interesa la causa de la pérdida), entonces responde el artífice en el sentido de que debe reponer la materia (mas puede cobrar su precio);

b) Cuando la materia, ya especificada en la nueva obra, se pierda en manos del artífice después de ser aprobada o reconocida la obra a que dio lugar, o durante la mora en aprobarla o reconocerla de que quien la encargó, y la pérdida se haya debido a culpa o dolo del artífice mismo o de quienes le sirven, el artífice debe indemnizar la pérdida al que ordenó la obra;

c) En el caso en que la materia ya especificada en la nueva obra se pierda en manos del artífice después de ser aprobada o reconocida, o durante la mora en aprobarla o reconocerla de que quien la encargó, y la pérdida se haya debido a un caso fortuito o fuerza mayor, la pérdida la sufre el que encargó la obra;

d) Si la materia, aun no especificada en una nueva obra o ya especificada en ella, se pierde en manos del artífice por vicio de la materia misma que,

por su oficio, aquél no haya debido conocer o del cual, conociéndolo, dio oportuno aviso, sea que la pérdida se produzca antes de reconocida y aprobada la eventual obra, sea que después, la pérdida la sufre el que ordenó la obra;

e) Cuando la materia, todavía no especificada en una obra nueva o ya especificada en ella, se pierde en manos del artífice por vicio de la materia misma que, por su oficio, aquél haya debido conocer o del cual, conociéndolo, no dio oportuno aviso, sea que la pérdida se produzca antes o después de reconocida y aprobada la eventual obra, la pérdida la sufre el artífice.

2° Si el que había ordenado la obra suministró materia infungible al artífice:

a) Cuando la materia, sea que se hubiera ejecutado sobre ella la obra encargada, sea que aún no, se pierda en manos del artífice por caso fortuito acaecido antes de ser aprobada o reconocida la obra a que eventualmente haya dado lugar, o antes de que quien la encargó incurra en mora de aprobarla o reconocerla, la pérdida recae sobre este último (y el artífice no puede cobrar su precio);

b) Si la materia sobre la que se hubiera ejecutado la obra encargada se pierde en manos del artífice por caso fortuito ocurrido después de ser aprobada o reconocida la obra, o durante la mora en aprobarla o reconocerla del que la encargó, la pérdida pertenece a este último y el artífice puede cobrar su precio;

c) En el caso en que la materia, ora que se hubiera ejecutado sobre ella la obra encargada, ora que aún no, se pierda en manos del artífice y la pérdida se haya debido a culpa o dolo del artífice mismo o de quienes le sirven, sea que haya acontecido antes o después de ser aprobada o reconocida la obra a que dio lugar, o antes o durante la mora en aprobarla o reconocerla de que quien la encargó, responde el artífice;

d) Cuando la materia, sea que la obra que se encargó haya sido ejecutada en ella, sea que no, se pierde en manos del artífice por vicio de la materia misma que, por su oficio, aquél no haya debido conocer o del cual, conociéndolo, dio oportuno aviso, sea que la pérdida se produzca antes de reconocida y aprobada la eventual obra sea que después, la pérdida la sufre el que ordenó la obra;

e) Si la materia, sea que la obra que se encargó haya sido ejecutada en ella, sea que no, se pierde en manos del artífice por vicio de la materia misma que, por su oficio, aquél haya debido conocer o del cual, conociéndolo, no dio oportuno aviso, sea que la pérdida se produzca antes o después de reconocida y aprobada la eventual obra, la pérdida la sufre el artífice.

En consecuencia, cuando la materia con que haya de elaborarse cierta cosa encargada merced a un contrato de arrendamiento para la confección

de una obra material (que, por ende, debe ser aportada por el arrendador), sea fungible, el arrendatario o artífice soporta el riesgo de su pérdida por caso fortuito o fuerza mayor, porque es dueño de tal materia²⁸, que era el punto que nos había quedado pendiente de confirmar en presencia del artículo 2000 CC. (véase el núm. 3, al inicio).

5. Al igual que hicimos con respecto a la figura del arrendamiento de cosas fungibles, debemos ahora indagar sobre la función que tiene el precio en el arrendamiento de obra con materiales fungibles suministrados por el arrendador. Ha quedado establecido que el artífice se hace dueño de esos materiales, pero que debe el *tantumdem* al arrendador, aunque bajo la forma de una nueva especie. Entretanto, este último debe pagar un precio al artífice. Este precio no convierte a la figura en compraventa, porque está definido por la ley que la operación es arrendataria si el que ordena la obra suministra su materia principal (artículo 1996 incisos 3° y 4°), como es nuestro caso, por más fungible que sea esa materia. En consecuencia, con ese precio el que ordena la obra no paga la materia²⁹. Puede haber la tentación de sostener que lo pagado es la nueva forma adquirida por esa materia; solo que tal afirmación implica pensar en la forma como una cosa en sí, que conduciría al extremo de percibir una compraventa de la forma, lo cual parece absurdo. Y, sin embargo, ese extremo, aun liberados de él, nos deja entrever la respuesta verdadera: lo pagado es el trabajo del artífice consistente en dar forma a la materia suministrada por quien encargó la obra. En consecuencia, el contrato deviene en el arrendamiento del servicio de la hechura³⁰ y es tal lo que paga el que encarga la obra.

²⁸ Es la principal conclusión del, en general poco útil, artículo de TRAVIESAS, Miguel, *Arrendamiento irregular de la obra*, en *Revista de Derecho Privado*, 5 (Madrid, 1918), pp. 208-215, véase especialmente su núm. 7, pp. 214-215.

²⁹ Ni aún bajo la idea de que, como el artífice se hace dueño de la materia fungible que recibe, el que encargó la obra debe plagarla como ajena que se hizo para él, a fin de poder readquirirla. Esta idea decae ante la consideración de que el artífice debe restituir la materia que recibió; de guisa que si el precio pagado por quien encargó la obra fuera para poder recuperar la materia entregada, resultaría que se le obligaría a pagar por ejercer su derecho de crédito; y sería como obligar al mutuante a pagar al mutuario para que le devolviera lo prestado.

³⁰ Podría alguien objetar que la hechura no es un servicio inmaterial, propio del contrato tratado en el § 9, tít. 36°, lib. IV CC., sino un servicio material; pero adviértase que el artículo 2006 CC. define servicio inmaterial como aquel en que “*predomina la inteligencia sobre la obra de mano*”, y, aunque ambigua esta dicción, basta que se pueda apreciar el predominio de la inteligencia por sobre la mano de obra mecánicamente aplicada, para que el servicio sea inmaterial en el sentido de la ley.

6. Puede acaecer que la cantidad de materia fungible aportada por el arrendador resulte excesiva, de modo que la nueva especie que se encargó haya podido ser elaborada con parte de esa materia, de la que sobró otra parte. También con respecto a la parte sobrante, el artífice se hizo dueño, pero crediticio; así que debe restituir otra del mismo género y calidad al arrendador; pero la ley le permite devolverla en dinero³¹. Por cierto, estos extremos solo pueden verificarse al final, cuando la obra que se encargó haya sido terminada.

7. Nos queda por tratar los problemas que puedan suscitarse al caer en quiebra las partes del contrato.

En el arrendamiento irregular, como el arrendador que entrega los fungibles al arrendatario de cosas o de obra pierde el dominio de los mismos, su quiebra no los afecta; pero el crédito del arrendador por el *tantumdem* hace parte del patrimonio concursado y contribuye al pago de sus deudas. En caso de quiebra del arrendatario, en cambio, los fungibles hallados en su poder hacen parte del patrimonio en concurso y contribuyen al pago de las deudas del fallido. Entre éstas se encuentra la que tiene para con el arrendador por el *tantumdem*, aunque, en principio, no goza de ninguna preferencia.

III. DOS TEXTOS ROMANOS SOBRE CASOS DE ARRENDAMIENTO DE FUNGIBLES

Disponemos de un par de textos de juristas romanos, que permiten suponer su conocimiento de la posibilidad de un arrendamiento de fungibles, sin que ellos, empero, hayan llegado hasta formular una doctrina general sobre la materia³².

³¹ Se refiere a esta materia el inciso 3° del artículo 2002 CC., aunque mal localizado: “[Inciso 1°] *Si el que encargó la obra alegare no haberse ejecutado debidamente, se nombrarán por las dos partes peritos que decidan.* [Inciso 2°] *Siendo fundada la alegación del que encargó la obra, el artífice podrá ser obligado, a elección del que encargó la obra, a hacerla de nuevo o a la indemnización de perjuicios.* [Inciso 3°] *La restitución de los materiales podrá hacerse con otros de igual calidad o en dinero*”. ¿A qué restitución de materiales puede aludir el inciso 3°? Si, por ejemplo, la alegación del que encargó la obra consistiera en haberse empleado en ella menos material que el entregado, los peritos podrían decidir que haya de restituirse el sobrante (a título de indemnización de perjuicios). Pero también pudo acontecer que el artífice hubiera empleado más materiales que los entregados y entonces cabe una restitución del faltante en dinero. Pero el contexto no atañe a esta última posibilidad. Es claro que el inciso 3° no guarda relación directa con el tema tratado en los incisos precedentes y aparece como un cuerpo extraño a ellos. La alternativa de restituir materiales en dinero es un uso frecuente en el arrendamiento de obra.

³² La figura de un arrendamiento de fungibles, o irregular, en el derecho romano

1. Cronológicamente, el primer texto pertinente aparece atribuido al jurista republicano Alfenus Varus (que en el año 39 a.C. fue cónsul *suffectus*, vale decir, elegido en sustitución del titular fallecido), perteneciente al libro V de sus *Digesta*, mucho después epitomados por Paulo. El pasaje de este epitome, conservado en Dig. 19,2,31, reza así:

“In navem Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat, quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. Respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret. Secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum [...]”.

“Como muchos hubieran confundido su trigo en la nave de Saufeio, éste hubiera devuelto del común su trigo a uno de aquéllos y la nave pereciera, se preguntó si acaso los demás pueden demandar por su cuota al naviero con la acción de retiro de la carga. Respondí que hay dos géneros de cosas arrendadas: o para que se devuelva lo mismo (como cuando se dan en arrendamiento vestimentas al lavandero para que las lave), o para que se devuelva cosa del mismo género (como cuando se diese plata refinada al artífice para que hiciera vasos u oro para anillos): en el primer caso, la cosa permanece en el [primitivo] dueño; en el segundo va a crédito. El mismo derecho hay en el depósito: pues, si alguien hubiera depositado dinero de modo de no haberlo entregado encerrado ni sellado, sino [solo] contado, aquel en quien [el dinero] fue depositado no otra cosa deberá pagar que otro tanto igual de dinero. De acuerdo con lo cual parece que el trigo se hizo de Saufeio y fue rectamente devuelto [...]”.

no ha sido objeto frecuente de tratamiento monográfico en sí misma. Al respecto pueden citarse: ROSSI, P., “*Locatio conductio operis irregularis*”, en *Studi Senesi*, 7 (1890); ECHE, Adolf, *Die sogenannte “locatio conductio operis irregularis” nach gemeinem Rechte und nach Bürgerlichem Gesetzbuche* (Blön, O. Kaven, 1905) [que no he podido ver]; CLERICI, Ottorino, *Sui contratti irregolari in diritto romano* (Torino, Tipografia Subalpina, 1905), pp. 80-91; EL MISMO, *La formazione delle locazione irregolari in diritto romano*, en *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”*, 8 (Modena, 1907) 1-2. Más modernamente: BENKE, Nikolaus, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der “locatio conductio irregularis”*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, rom. Abt., 104 (1987); METRO, Antonino, *Locazione e acquisto della proprietà: la c.d. “locatio conductio irregularis”*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 8 (Madrid, 1995).

El caso propuesto en el texto es el siguiente: varios cargadores tomaron en arrendamiento el transporte por mar de su trigo en la nave de un tal Saufeio; la carga en la nave se hizo a granel, vale decir, con confusión del trigo de los diferentes cargadores en una masa única alojada como tal en las bodegas, de modo que no hubo compartimentos separados para el trigo de cada cargador. Por alguna razón que no se indica, el naviero devolvió su medida de trigo a uno de los cargadores; y durante el viaje la nave naufragó, perdiéndose todo el trigo restante. Los cargadores perjudicados con el hundimiento consultaban si estaba disponible la *actio oneris aversei* para recuperar su cuota de trigo. La respuesta de Alfeno se basa en distinguir dos tipos de “cosas dadas en arrendamiento” (*res locatae*). Uno es el de la cosa que va entregada para que se restituya la misma, como la ropa al lavadero para que la devuelva lavada. Otro, el de la que es entregada para que se restituya diversa materia del mismo género, especificada con la forma convenida, como si se entrega plata u oro a un artífice para que haga unas copas de aquélla o unos anillos de éste. Alfeno añade que en la primera hipótesis “la cosa permanece en el dueño” (*rem domini manere*), vale decir, en el arrendador; y que en la segunda, en cambio, “va a crédito” (*in creditum iri*), esto es, queda acreditada en el artífice o arrendatario, quien, por ende, se convierte en su dueño, aunque empieza a deber la restitución de otra cosa del mismo tanto, género y calidad³³. El pasaje concluye que, en el caso, el trigo pertenece a esta segunda hipótesis: todo el que había sido entregado a granel se hizo de Saufeio, quien entonces fue libre para devolver su parte a uno de los cargadores. Debemos dejar a un lado el examen de la discusión de las diferentes posibilidades, que se expone en la continuación del texto, aquí omitida, porque nos llevaría demasiado lejos y apartaría de lo principal de nuestra exposición³⁴.

Lo que sí nos interesa destacar es la distinción alfeniana de dos tipos de

³³ Esta conclusión de “haber ido a crédito la cosa” no se dice expresamente en esta parte del texto; pero se deduce con toda evidencia de la premisa “*ut [...] aut eiusdem generis redderetur*” (“o para que se devuelva el mismo género”); y de lo que se dice más adelante al aplicar este miembro de la distinción al depósito de dinero no individualizado, pues entonces: “*nihil aliud eum debere apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret*” (“aquel en quien fue depositado no otra cosa deberá pagar que otro tanto igual de dinero”).

³⁴ La literatura sobre el texto es muy amplia, porque el atañe a diversos temas (arrendamiento, depósito, *actio oneris aversei*, etcétera), así que hay muchas posibilidades de encontrarse un estudioso con él; esto sin contar con la no escasa cantidad de problemas que él ofrece. Un minucioso análisis se ve en FIORI, Roberto, *La definizione della “locatio conductio”* (Napoli, Jovene, 1999), pp. 50-63, con la literatura precedente. Véanse además: THOMAS, Joseph Anthony Charles, “Locatio conductio”, “emptio venditio” und “specificatio”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, rom.

res locatae, que implica dos tipos de negocios: uno, de cosas infungibles, que permanecen en el dominio del arrendador, al cual el arrendatario debe restituir la misma cosa recibida; y otro, de cosas fungibles, cuya propiedad adquiere el arrendatario, aunque empiece a deber el *tantumdem* al arrendador. De por qué Alfeno no habla de dos tipos de arrendamiento, sino de dos tipos “de cosas dadas en arrendamiento”, eso es porque cuando se da en arrendamiento una cosa fungible, cuya propiedad, en consecuencia, pasa al arrendatario, aunque las partes celebraron un arrendamiento, no se trata en verdad de un arrendamiento, porque la cosa “in creditum it”, lo cual implica, como vimos, apropiación por el que la recibió.

2. Sigue el jurista Pomponio, quien floreció bajo Adriano (emp. desde el 117 d. C.), Antonino Pío y los corregentes Marco Aurelio y Lucio Vero (m. 169 d. C.). De él se nos conserva el siguiente pasaje en Dig. 34,2,34 pr. (Pomp., 9 Q. *Muc.*)³⁵:

“Scribit Quintus Mucius: si aurum suum omne pater familias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciendum dedisset aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur. Pomponius: Hoc ex parte verum est, ex parte falsum. Nam de eo, quod debetur, sine dubio: ut puta si auri libras stipulatus fuerit, hoc aurum quod ei deberetur ex stipulatu, non pertinet ad uxorem, cum illius factum adhuc non sit; id enim, quod suum esset, non quod in actione haberet, legavit. In aurifice falsum est, si aurum dederit ita, ut ex eo auro aliquid sibi faceret: nam tunc, licet apud aurificem sit aurum, dominium tamen non mutavit, manet tamen eius qui dedit et tantum videtur mercedem praestaturus pro opera aurifici; per quod eo perducimur, ut nihilo

“Escribe Quinto Mucio: si un padre de familia hubiera legado todo su oro a su mujer, aquel oro que [el marido] hubiese dado a un orfebre para trabajarlo, o que le sea debido [al marido] si no le hubiese sido pagado [devuelto] por el orfebre, no es debido a la mujer. Y dice Pomponio: esto es en parte verdadero y en parte falso. Pues con respecto a aquél [oro] que es debido [al marido], por ejemplo, si hubiera estipulado unas libras de oro, sin duda que ese oro que se le debería en virtud de la estipulación no pertenece a la mujer, puesto que todavía no se hizo de él [del marido]; pues legó lo que fuera suyo, no aquello sobre lo cual tuviese acción. Con respecto al orfebre, si [el marido] le hubiera dado oro para que, de ese

Abt., 81 (1964), pp. 117-123; BENKE, N., cit. (n. 32), pp. 191-214; METRO, A., cit. (n. 32), pp. 204-213.

³⁵ El texto que empezamos a considerar es muy conocido en la romanística por la cantidad de problemas que ofrece (y que no debemos tratar aquí). Véase la pormenorizada exégesis de FIORI, R., cit. (n. 34), pp. 65-80; además: THOMAS, J. A. Ch., cit. (n. 34), pp. 117-123; BENKE, N., cit. (n. 32), pp. 158-191; METRO, A., cit. (n. 32), pp. 195-204.

minus uxori debeat. Quod si aurum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret sibi aliquod corpusculum, sed ex alio, tunc, quatenus dominium transit eius auri ad aurificem (quippe quasi permutationem fecisse videatur), et hoc aurum non transibit ad uxorem”.

oro, le hiciera algo, es falso; porque entonces, aunque el oro estuviera en [manos de] el orfebre, no mudó, sin embargo, el dominio [y] permanece de aquel que lo dio, y parece que tan solo ha de pagarse el precio al orfebre por su trabajo; por lo cual nos vemos conducidos a [decir] que [el oro] sea debido a la mujer. Pero si [el marido] dio oro al orfebre, no para que de ese oro, sino de otro, le fabricara alguna pieza, entonces, en la medida en que el dominio de su oro se transfiere al orfebre (como en efecto pareciera haberse hecho como por permuta), tampoco ese oro se transferirá a la mujer”.

Pomponio comienza por citar a Quinto Mucio Escévola (del cual comenta los *De iure civili libri XVIII*), quien había examinado el caso de una persona en cuyo testamento legó “todo su oro” (“*aurum suum omnem*”) en favor de la cónyuge; y decidido que no quedaba incluido en tal legado: *i*) el oro que el marido había entregado en vida a un orfebre para que elaborare algún objeto con él; y *ii*) el oro que se le debía al marido. Después de la última las dos frases relativas a estos casos, vale decir: *i*) “*id aurum, quod aurifici faciundum dedisset*”; y *ii*) “(*id aurum*) [...] *aut quod ei deberetur*”, en el texto se añade *iii*) una tercera frase que dice: “*si ab aurifice ei responsum non esset*” (“si no le hubiese sido pagado [devuelto]³⁶ por el orfebre). Esta frase ha sido criticada por parecer mal situada, ya que más se avendría con la primera (“*id aurum-dedisset*”) y, por ende, debería ocupar el segundo lugar, a continuación de aquélla. Pero todo esto sin verdadero fundamento, porque esa frase vale para ambas ideas precedentes y por ello ocupa bien su tercer lugar: se trata, en definitiva, del oro que el marido había entregado en vida a un orfebre para que elaborare algún objeto con él, y que el orfebre aún no le había devuelto al momento del

³⁶ El texto usa el verbo “rependere” (“*si ab aurifice ei responsum non esset*”). En el *Corpus iuris civilis* este verbo solo aparece dos veces: una aquí, en Dig. 34,2,34 pr., y otra en Cod. Iust. 1,27,2 9a, en una constitución de Justiniano, en donde se ordena que el autor de ciertos ilícitos deba “*in quadruplum publico dependere*”, o sea, pagar una multa del cuádruplo. Aparece con alguna frecuencia, en cambio, en la literatura: véase BENKE, N., cit. (n. 32), p. 164 n. 20 (quien, empero, dice que *rependere* carece de presencia en las fuentes jurídicas fuera de Dig. 34,2,34 pr., olvidando, por ende el texto del *Codex* antes citado).

fallecimiento; y del oro que, a cualquier otro título, el orfebre debía al testador y tampoco le había devuelto a ese momento³⁷. Quinto Mucio considera que en el legado de “*aurum suum omnem*” no se comprende el oro recibido por el orfebre y el que a otro título debía al marido, porque no era de éste, aunque le hubiera sido debido.

A Pomponio esta doctrina de Quinto Mucio le parece ser en parte verdadera y en parte falsa. Para demostrarlo, reformula los casos de aquél; y distingue: *i*) el caso del oro debido al marido, sin mencionar por quien (vale decir, abstrayendo de que Mucio se había referido a un oro debido por el orfebre al marido a un título distinto al de la entrega para hacer alguna obra). Pomponio ofrece el ejemplo de unas libras de oro estipuladas por el marido y por ende, adeudadas a éste por el promitente; *ii*) el caso del oro que el marido había entregado al orfebre para que con ese oro le hiciera algún objeto; *iii*) el caso del oro entregado por el marido al orfebre para que, no con ese oro, sino con otro le hiciese alguna pieza (“*corpusculum*”).

Con respecto al primer caso, Pomponio declara que la doctrina de Quinto Mucio es verdadera: el oro debido al marido no queda incluido en el legado de todo “su” oro a la mujer, porque antes del pago no se hizo del marido, quien había legado lo que fuera suyo, no aquello sobre lo cual tuviera una acción (personal).

En lo tocante al segundo caso, lo dicho por Quinto Mucio es, según Pomponio, falso. Su razón es ésta: “*licet apud aurificem sit aurum, dominium tamen non mutavit, manet tamen eius qui dedit*” (“aunque el oro estuviera en [manos de] el orfebre, no mudó, sin embargo, el dominio [y] permanece de aquel que lo dio”); sin perjuicio de tener que pagarse el precio debido al orfebre por su trabajo. Pomponio parece pensar en un arrendamiento de la confección de cierta obra con materia suministrada por el arrendador³⁸,

³⁷ Aunque es claro que la doctrina que se trata de sentar en el texto también vale para el caso del oro debido, al título que sea, por cualquier otro tercero que no sea el orfebre. Quinto Mucio atribuye otra deuda de oro al mismo orfebre para con el marido, para no hacer depender la solución que dará a cada caso del hecho de haberse tratado de deudores diferentes.

³⁸ Como tiene que ser. Pero recordemos que en la primera jurisprudencia clásica se discutió si había arrendamiento de obra, o bien, una compraventa cuando la materia de la obra encargada es aportada por el artífice. Gai. 3,147 (cfr. Dig. 19,2,2,1 [Gai., 2 *rer. cottid.*] y Iust. Inst. 3,24,4) nos informa al respecto. Según él, Casio había sostenido que en tal evento hay dos contratos: una compraventa con respecto a la materia y un arrendamiento con respecto al trabajo; pero añade que la mayoría opinó que hay un único contrato, que es de compraventa. Y termina explicando que, por el contrario, cuando quien encarga la obra por un precio aporta la materia, hubo acuerdo en que el contrato es de arrendamiento. Se observará que el *Código Civil* acogió las doctrinas romanas prevalecientes en su artículo 1996, con precisiones.

que permanece en su dominio, pese a haber sido entregada al artífice. Por consiguiente, el oro del caso sí quedó incluido en el legado deferido a la mujer, porque al morir aún pertenecía al testador, su marido.

En lo concerniente al tercer caso, el oro dado al orfebre pasó al dominio de éste; lo cual acaece “*quasi permutationem*”, con lo cual Pomponio parece aludir al hecho de que habiendo el marido dado cierta cantidad de oro suyo al orfebre para que éste presentare una cosa hecha de otro oro, suyo esta vez, hubo permuta del oro de marido por el oro del orfebre. Si fue así, entonces el oro que el marido había dado al orfebre no quedó comprendido en el legado de “su” oro a la mujer, porque ese oro entregado al orfebre dejó de ser del marido y pasó al dominio de aquél. Según esto —comentamos nosotros— la doctrina de Quinto Mucio vuelve a ser verdadera, aunque él no había hecho la distinción de casos.

Como habrá podido apreciarse, la diferencia entre los casos segundo y tercero radica en que, en uno, el arrendador dio oro al orfebre para que éste hiciera algo de ese (mismo) oro (“*ex eo auro*”); en el otro, por el contrario, el arrendador dio oro al orfebre para que éste hiciera algo no de ese (mismo), sino de otro oro (“*non ex eo auro, sed ex alio*”). Ahora bien, el intérprete puede preguntarse, sobre cómo sea posible aplicar y, sobre todo, controlar estas convenciones. Alguien da oro a un orfebre para que elabore cierto anillo, en un caso, del mismo oro entregado; y en otro, de un oro distinto al entregado. Cuando el artífice cumpla presentando el anillo elaborado al arrendador, ¿cómo sea posible a éste comprobar si el oro de ese anillo es el mismo que el inicialmente entregado u otro de distinta procedencia y, por lo tanto, si el contrato fue o no cumplido? No hay modo de discernir el punto, ni siquiera, como antes hicimos notar, con la tecnología conocida en nuestro tiempo³⁹. La razón jurídica estriba en que una materia-oro es fungible con respecto a otra materia-oro; de esta guisa es indiferente y sin importancia con qué oro el artífice haya elaborado el anillo, el cual, por ende, pudo emplear tanto el mismo oro recibido, como otro distinto, sin que nadie esté en condiciones de discernir lo acaecido.

El análisis precedente nos indica que Pomponio no pudo exponer en términos de masas fungibles de oro sus dos últimos casos dirigidos a criticar la doctrina sentada por Quinto Mucio. Ahora bien, si suponemos que el primero de ambos casos versa no sobre oro para servir como materia de una especie nueva elaborada con él por el orfebre, sino sobre un objeto de oro para modificarlo sin alterar, más que accidental o secundariamente,

³⁹ La única posibilidad de control es instalar una persona en el taller del artífice, encargada de vigilar que éste emplee el mismo oro entregado en la elaboración; lo que, empero, está fuera de todo uso.

su forma, como cuando se encarga modernizar una joya áurea al orfebre; y que el segundo caso, en cambio, trata de la entrega de oro fungible o, incluso, de un objeto no fungible de oro, para que con el material se fabrique otro objeto, ahora todo encaja y deja de mostrarse problemático⁴⁰. En el primer caso, es evidente que no cambia el dominio del objeto, que continúa radicado en el arrendador, vale decir, en el marido, el legado de cuyo oro a su mujer cubre ese objeto, en cuanto comprendido en la dicción “aurum suum omne”; mientras que en el segundo, el oro fungible se hace del artífice y no lo alcanza el legado deferido a la mujer.

Ahora bien, así planteados ambos casos, ellos vienen a corresponder a los formulados por Alfeno en el texto de Dig. 19,2,31 que examinamos más arriba, en III,1. El caso del objeto de oro entregado para reformarlo de Pomponio corresponde al de la vestimenta entregada al lavadero de Alfeno (y a muchos casos semejantes, como los de la entrega de un traje para agrandarlo o empequeñecerlo, o de un automóvil para modificarlo en algún aspecto, o de un libro sin tapas para empastarlo, etcétera); mientras que el caso del oro fungible para elaborar una nueva especie también de Pomponio coincide con los de entregar plata u oro al orfebre para que elabore unas copas o un anillo ofrecidos por Alfeno.

3. Estos son los principales documentos de la jurisprudencia romana en donde se trate acerca de un contrato de arrendamiento (para la confección de cierta obra material o, como dicen los intérpretes, una “*locatio conductio operis*”). Nos es suficiente para conocer el régimen fundamental que aquélla atribuía al caso; y que podemos resumir así: *i*) si la materia aportada por el arrendador es no fungible para ejecutar sobre ella alguna obra (como ropa para lavar o un traje para reparar) hay verdadera *locatio conductio* y el arrendador conserva el dominio de esa cosa, de modo que el arrendatario solo adquiere su posesión natural o mera tenencia, y deberá restituir la misma cosa una vez ejecutada en ella la obra contratada; va de suyo que debe haber un precio por la obra ejecutada; *ii*) si la materia aportada por el arrendador es fungible para que el arrendatario o artífice elabore con ella cierta pieza convenida (como masas de oro o plata con que se fabrique ciertas joyas o unas copas), el dominio de la materia pasa al arrendatario, en quien, empero, queda acreditada, de suerte de empezar a deber otra materia del mismo género y calidad, aunque especificada bajo la forma acordada (de copas o anillos en el ejemplo); *iii*) en ambos casos

⁴⁰ Que sepamos, esta perspectiva no ha sido tenida en cuenta jamás por quienes han estudiado el texto; lo cual no deja de admirar.

hay una “cosa dada en arrendamiento” (“*res locata*”), porque tal fue lo que las partes convinieron.

4. En ambos textos aparece la idea de una permuta de la materia fungible entregada por el arrendador al artífice, por la otra materia, del mismo género al de la recibida por éste, que integra la obra entregada al primero⁴¹. De esta manera, si alguien, por ejemplo, entrega cierta masa de oro a un orfebre para que le fabrique una joya, con otro oro, sin embargo, cuando el orfebre entregue la joya al arrendador se produciría una permuta entre el oro entregado como masa y el oro recibido como joya. Esta idea comparece en los dos textos, como decimos, solo que de paso; y por ello no aparenta representar una idea dogmática perfilada, sino más bien un modo de describir lo que acaece de hecho cuando alguien pierde el dominio de una cantidad de fungibles, que recuperará cuando se le devuelva el *tantumdem*. Si se quisiera dar importancia decisiva a esta idea, como han

⁴¹ Nos referimos, en primer lugar, a un segmento del pasaje conservado en Dig. 19,2,31 (Alf., 5 *dig. a Paulo epit.*), tratado más arriba en III,1, donde su autor considera el caso de cierto trigo embarcado a granel y confundido en una masa única por los cargadores en la nave de Saufeio. Alfeno dice que todo el trigo se hizo de éste último, aunque, por cierto, quedó debiendo el *tantumdem*, vale decir, tanta cantidad de trigo de la misma calidad, aunque fuera otro que el embarcado; y añade: “*Quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare*” (“Pero si el trigo de cada uno hubiera sido encerrado separadamente con tabiques de tabla, o en cestos o en otro recipiente, de modo de poderse reconocer cuál fuese de cada uno, no pudimos haber hecho la permuta, sino que entonces pudo vindicarlo aquel del cual hubiese sido el trigo que el navegante pagó”). Con “no poder haberse hecho la permuta” Alfeno alude a que, en el caso del trigo embarcado a granel, sí se hubiera podido hacer, significando que los cargadores permutarían el trigo que entregaron a Saufeio por el trigo distinto que éste debía devolverles. El segundo pasaje está inserto en el más amplio de Dig. 34,2,34 pr., también estudiado más arriba en III,2, en donde aparece el análisis crítico de Pomponio a una opinión de Quinto Mucio, sobre si el oro entregado por un marido a un orfebre para que le fabricare cierta pieza, pero con otro oro, quedaría incluido en el legado “de todo su oro” deferido a la mujer. Dice el pasaje: “*Quod si aurum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret sibi aliquod corpusculum, sed ex alio, tunc, quatenus dominium transit eius auri ad aurificem (quippe quasi permutationem fecisse videatur), et hoc aurum non transibit ad uxorem*” (“Pero si [el marido] dio oro al orfebre, no para que de ese oro, sino de otro, le fabricara alguna pieza, entonces, en la medida en que el dominio de su oro se transfiere al orfebre (como en efecto pareciera haberse hecho como por permuta), tampoco ese oro se transferirá a la mujer”). Si alguien, pues, da oro a un orfebre para que fabrique cierto objeto, pero con otro oro, hay como una permuta (“*quasi permutationem*”) entre el oro entregado para fabricar con él y el oro recibido que compone el objeto fabricado.

hecho algunos autores⁴², creemos que fuere necesario estar dispuesto a negar entidad, por ejemplo, al mutuo siendo que en él asimismo cabe decir del mutuante que permuta la cantidad de dinero u otros fungibles dados en préstamo por la cantidad de dinero o del mismo género de fungibles después restituidos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo, *Derecho civil, Segundo año: De los contratos* (Santiago, Imp. Editorial Bellas Artes, 1930).
- BENKE, Nikolaus, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der "locatio conductio irregularis"*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, rom. Abt., 104 (1987).
- CLERICI, Ottorino, *Sui contratti irregolari in diritto romano* (Torino, Tipografia Subalpina, 1905).
- CLERICI, Ottorino, *La formazione delle locazione irregolari in diritto romano*, en *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, 8 (Modena, 1907) 1-2.
- DE SIMONE, Mario, *I negozi irregolari* (Napoli, Jovene, 1952); hay traducción al castellano de F. J. Osset (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956).
- ECHTE, Adolf, *Die sogenannte "locatio conductio operis irregularis" nach gemeinem Rechte und nach Bürgerlichem Gesetzbuche* (Blön, O. Kaven, 1905).
- FIORI, Roberto, *La definizione della "locatio conductio"*, (Napoli, Jovene, 1999).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El contrato de préstamo de valores*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 38 (1^{er} semestre, 2012).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las garantías en el contrato de préstamo de valores*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 39 (2^o semestre, 2012).
- METRO, Antonino, *Locazione e acquisto della proprietà: la c.d. "locatio-conductio irregularis"*, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 8 (Madrid, 1995).
- POTHIER, Robert-Joseph, *Traité du contrat de louage*, en *Œuvres de Pothier* (ed. Bugnet, Paris, Videcoq - Cosse et Delamotte, 1847), IV.
- ROSSI, P., *"Locatio conductio operis irregularis"*, en *Studi Senesi*, 7 (1890).
- THOMAS, Joseph Anthony Charles, *"Locatio conductio"*, *"emptio venditio"* und *"specificatio"*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, rom. Abt., 81 (1964).
- TRAVIESAS, Miguel, *Arrendamiento irregular de la obra*, en *Revista de Derecho Privado*, 5 (Madrid, 1918).
- TROPLONG, Raymond-Théodore, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. De l'échange et du louage*, (3^a edición, Paris, Ch. Hingray, 1859), I.
- HÜBNER, Ana María - VERGARA, Sofía, *Contrato de arrendamiento* (Santiago, ConoSur, 1955), I.
- ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, *El contrato de arrendamiento* (2^a edición, Santiago, Metropolitana, 2011).

⁴² Así METRO, A., cit. (n. 32), p. 204, entre otros.

