

ADLA

REVISTA ANALES DE LEGISLACIÓN ARGENTINA

DIRECTOR:

LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ

Año LXXXII | Número 9 | Septiembre 2022

ISSN: 1514-3341

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

THOMSON REUTERS

LA LEY

Imposibilidad del comodato de cosas fungibles

La infungibilidad implica mismidad, responde al principio ontológico de identidad

Héctor A. Zucchi^(*)

Sumario: I. Proemio.— II. Síntesis de las posiciones encontradas.— III. Respuesta a la crítica comercialista o mayoritaria.— IV. Consecuencias de una y otra interpretación.— V. Conclusiones.

I. Proemio

El Cód. Civ. y Com. vigente a partir de 2015, establece que hay comodato si una parte se obliga a entregar a otra una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que se sirva gratuitamente de ella y restituya la misma cosa recibida (art. 1533). Seguidamente, contempla la posibilidad

del préstamo de cosas fungibles, que se rige por las normas del comodato si el comodatario se obliga a restituir las mismas cosas recibidas (art. 1534).

El régimen del Cód. Civil derogado establecía en su art. 2255 que el comodato debe tener por objeto alguna cosa no fungible. A su vez, el art. 2260 prescribía que solo serán objeto de este contrato las cosas consumibles prestadas como no fungibles, es decir, para ser restituidas idénticamente.

Como puede apreciarse, entre uno y otro código, hay diferencias mínimas en lo concerniente al objeto del contrato de comodato entre los dos pares de artículos citados comparados, pues se mantiene el concepto básico anterior enfocado en la no fungibilidad de las cosas prestadas, pero se sustituye la clase de cosas consumibles que debían ser restituidas idénticamente, por fungibles si el comodatario se obliga a restituir las mismas cosas. Otras diferencias entre ambos regímenes contractuales derogado y vigente, no atañen al objeto del comodato.

Ahora bien, existe una *vexata quaestio* a este respecto que puede presentarse comenzando por el análisis que de ella hicieron Elena I. Highton y Sandra M. Wierzba en cuanto dicen: "Básicamente, las cosas no fungibles deben restituirse idénticamente y el concepto de restitución implica la noción de conservación y devo-

(*) Doctor en Derecho. Ex juez titular del Juzgado Federal N° 1 de Rosario. Miembro titular del "Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Región Centro" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Autor de los libros "Régimen de las actividades portuarias. Ley 24.093", Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1994; "Análisis del proyecto de ley de transporte multimodal", en Transporte Multimodal y otros tres autores, Instituto Argentino de Investigaciones de Economía Social (IAIES), Buenos Aires, 1997; "Estudio crítico de la ley de transporte multimodal", en Régimen del transporte multimodal y otro autor, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999; "El derecho como objeto tridimensional", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, vol. XXIX de las "Ediciones de la Academia", 2001; "Hermenéutica y mundo jurídico", Zeus, Rosario, 2010; "Axiología y derecho", Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2017; "El derecho como objeto tridimensional", Advocatus, 2ª. edición corregida y ampliada, Córdoba, Argentina, 2021. Exprofesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Exprofesor de Filosofía del Derecho en el Curso de Doctorado en Derecho de la Escuela de Graduados de la Universidad Argentina John F. Kennedy. Ex profesor adjunto de Derecho de la Navegación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP).

lución de la cosa en su identidad; diferentemente, las cosas fungibles se entregan en igual especie, calidad y cantidad. Lo primero es propio del comodato, lo segundo del mutuo. Mas, ocurre que la fabricación en serie ha dado lugar a un nuevo tipo de fungibilidad por unidad y ha dado lugar a un nuevo tipo de comodato donde es posible la devolución de 'otra cosa idéntica' pero no la misma". (La última parte es cita de GHERSI, Carlos A., "Contratos civiles y comerciales", Astrea, Buenos Aires, 1990, t. I, p. 520) (1).

Las dos autoras continúan que las objeciones formuladas "...sobre el carácter fungible de las cosas, que como tales no reunirían las condiciones para la existencia de un comodato civil, carecen de virtualidad, en cuanto encuadran en el concepto de préstamo de uso, o comodato comercial, en el que la cosa sujeta a restitución puede serlo por otras de igual tipo. En tal sentido, cabe concebir un comodato comercial en el cual el conjunto constituido por cosas individualmente fungibles por su naturaleza propia, no pase a la propiedad del comodatario, pues la relación así planteada no constituye un comodato en los términos del art. 2255 del Cód. Civil, sino un contrato innominado, cuya característica es no transferir la propiedad de las cosas a quien las recibe" (2).

En esta línea de pensamiento se encuentran dos fallos que las referidas autoras citan a pie de página pertenecientes a la Cámara Nacional en lo Comercial: "Palermo SA c. Siffredi, Francisco SA", sala C, ED, 77-419 y "A. Liscovsky e Hijos y Cía. SA c. Bodegas y Viñedos Peñaflores SA", sala D, LA LEY, 1993-D, 510, con nota a este último de José María Curá, que aplaude el criterio, según ambas doctrinarias, aunque agregan que en *La sistemática jurídica y el concepto de fungibilidad*, LA LEY, 1995-D, 1169 y en el *Objeto del comodato comercial*, LA LEY, 1980-C, 1027, el autor de estos arts., a la sazón el suscripto, se opone acerbamente y con fuerte argumentación a esta categoría y explícita las consecuencias.

(1) HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M., en BUERES, Alberto J. (dir.), HIGHTON, Elena I. (coord.), "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Hammurabi, 1997, Buenos Aires, t. 5, p. 31.

(2) *Ibidem*, p. 32.

Sin embargo, la denominada *vexata quaestio* por nuestra parte, pareciera que ya no es tal como consecuencia de una supuesta aniquilación de la oposición a la concepción de un sedicente contrato de comodato cuya característica sería no transferir la propiedad de cosas fungibles a quien las recibe, a partir de la complementación del art. 1533 por el subsiguiente del Cód. Civ. y Com. que bajo el título "Préstamo de cosas fungibles", dispone: "El préstamo de cosas fungibles solo se rige por las normas del comodato si el comodatario se obliga a restituir las mismas cosas".

Este es el sentido que surge de la intelección de Sandra A. Frustagli y María Paula Arias, cuando luego de transcribir el art. 1534 dicen: Esto significa que el comodato puede tener como objeto mediato cosas muebles fungibles, no consumibles o consumibles, si es voluntad de las partes prestarlas como no fungibles, es decir que el comodatario debe devolver la misma cosa prestada. Esto suele ocurrir cuando se prestan cosas fungibles o consumibles con la finalidad de ser exhibidas, como en el préstamo de monedas hecho por un coleccionista a otro a los efectos de su exhibición; pero también se presenta en el comodato conexas a contratos comerciales, cuyo objeto suele recaer sobre cosas fungibles, aunque no consumibles, como sucede en caso de préstamo de envases o contenedores. *En el contexto de la unificación del régimen de obligaciones y contratos, operada en el nuevo Cód. Civ. y Com., estos negocios califican indudablemente como comodato, superándose los debates que se planteaban acerca de su naturaleza jurídica y régimen normativo.* Y en nota al final agregan: Puede verse el debate en ZUCCHI, Héctor Alberto, "Objeto del comodato comercial". También: CNCom., "Liscovsky e Hijos y Cía.", ya citados (3). (Lo resaltado en bastardilla es nuestro).

En atención a las citas de nuestros dos artículos sobre el tema en cuestión efectuada por Highton-Wierzba y del debate que trasunta el primero de ellos en orden cronológico para

(3) FRUSTAGLI, Sandra A. - ARIAS, María Paula, "La regulación del contrato de comodato en el Código Civil y Comercial", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, 416 Cita Online: AR/DOC/1134/2015.

Frustagli-Arias, me parece oportuno volver sobre la cuestión. Estas últimas no consideran lo publicado en 1995, también de mi autoría. Si bien, las juristas citadas en primer término califican a mi oposición como acerba y con fuerte argumentación, no la explicitan debido seguramente a la naturaleza de su obra, que con precisión suficiente informa sobre la polémica. Con lo cual, me encuentro en el deber de sintetizar la problemática controvertida en aras de su mejor comprensión; máxime, que la actual normativa civil y comercial no cierra el debate, por el contrario, lo mantiene abierto, como lo estaba antes de la vigencia del nuevo código, en contradicción a lo afirmado por las reconocidas autoras mencionadas en segundo término.

Mutatis mutandis, actualizaremos sucintamente nuestras dos exposiciones señaladas mediante las citas de los artículos legales pertinentes dejados sin efecto y respectivos contenidos del Cód. Civ. y Com., que han sustituido a los anteriores relativos al tema de marras, aclarando previamente, que conforme se destaca en el comentario al Cód. Civ. y Com., dirigido por el propio Ricardo Lorenzetti (4), presidente de la comisión redactora del nuevo código, el significado del art. 1533 está dado por la formulación de un concepto más claro y preciso, y con mayor precisión terminológica, que permitirá superar algunas divergencias existentes en la doctrina y la jurisprudencia sobre el alcance del concepto establecido en el 2255 del Cód. Civil derogado. Allí mismo, respecto del siguiente art. 1534 se acota que mejora terminológicamente la pauta contenida en el anterior art. 2260 del Cód. Civil derogado. Ambos artículos vigentes se encuentran inescindiblemente unidos en orden a la conceptualización del objeto del contrato de comodato, así como igualmente y al mismo fin, lo estaban los dos artículos mencionados del código derogado. Sin embargo, y a nuestro juicio, respecto de la divergencia doctrinaria y jurisprudencial existente sobre el tema específico aquí tratado, no aconteció modificación como consecuencia de la nueva normativa, pues el debate continúa,

(4) PIEDECASAS, Miguel A., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VII, ps. 648 y 649.

aunque con un matiz que consideramos en los párrafos cuarto y quinto de las conclusiones (§ V).

Es decir, el comodato debe recaer sobre cosa no fungible, pero puede tener por objeto cosas fungibles si el comodatario se obliga a restituir las mismas cosas, he aquí la cuestión. Estos conceptos normativos, más allá de la literalidad legal, han dado lugar a que la jurisprudencia dominante admitiese —durante la vigencia del Cód. Civil velezano en base a las previsiones de los otrora arts. 2255 y 2260, que este último refería a cosas consumibles prestadas como no fungibles, de suficiente similitud, en lo atinente al tema bajo análisis, con la dupla actual del Cód. Civ. y Com.—, en consideración a usos y costumbres comerciales y abundante argumentación, lo que podría llamarse contrato de entrega de envases accesorio a la venta de líquidos envasados, según la denominación sugerida en la sentencia recaída en el segundo fallo citado de acuerdo con su cronología.

A todo esto, en el año 1980 la revista *La Ley* había publicado el mencionado artículo "Objeto del comodato comercial", sin repercusión alguna hasta que el fallo "Liscovsky" lo actualizó en 1993, con el primer meduloso voto de Cámara del prestigioso vocal Dr. Felipe M. Cuartero, al cual se adhieren los restantes integrantes del tribunal, por considerar, interpreto, que nuestra tesis debía ser refutada para pretender mantener la vigencia de la doctrina dominante, que hasta el momento se había desenvuelto mediante la aplicación de los usos y costumbres comerciales, sin suministrar otros fundamentos, enfoque comercialista al que el magistrado adhiere, pero agregando significativos aportes a la añeja doctrina, y que en la ocasión ensaya fundar racionalmente su adhesión, así aproximadamente lo explica, aunque con mayor amplitud y precisión.

El reparo en nuestro trabajo constituyó una deferencia que nos puso en el deber de ocuparnos de las objeciones que se le formularon, con la pretensión de que la continuación de la confrontación dialógica entre las dos tesis contribuiría al esclarecimiento de la cuestión debatida. De ahí, la publicación en 1995 de mi segundo artículo citado por Highton-Wierzba.

II. Síntesis de las posiciones encontradas

A continuación, esbozamos los argumentos de las distintas tesis en juego, manteniendo las denominaciones asignadas por el doctor Cuartero, por resultar útiles para su identificación. Considerando asimismo que la unificación operada en el nuevo Cód. Civ. y Com. no incide en la terminología adoptada, dado que la materia mercantil no ha desaparecido, prueba de ello es que la palabra “comercial” integra el título del nuevo código, aunque su significado se constituye de manera distinta a lo que era anteriormente. De todos modos, a la tesis comercialista también la llamaremos “mayoritaria” debido a su difusión dominante y a la civilista, asimismo, la reconoceremos como tesis “minoritaria” por constituir la respectiva antítesis.

II.1. Tesis comercialista o mayoritaria

De acuerdo con el derogado art. 2255 del Cód. Civil, en sintonía con el art. 1533 del Cód. Civ. y Com., el comodato debe tener por objeto una cosa no fungible. No obstante, esta regla no ha sido obstáculo para que la doctrina mayoritaria conciba la posibilidad de un comodato comercial, en el cual el conjunto constituido por cosas individualmente fungibles no pasa a la propiedad del comodatario. En este contrato quien entrega los recipientes no individualizados para su devolución por otros equivalentes no entiende desprenderse de la propiedad de los envases, que conserva —según esta interpretación dominante—.

II.2. Tesis civilista o minoritaria

La crítica a la posición anterior está expuesta y fundada en las no escasas páginas del primer trabajo que nos publicó *La Ley* en 1980. Con todo, el resumen efectuado en el punto 6.e) del fallo de la sala D refleja en forma bastante adecuada el núcleo de las observaciones. Allí se dice que, para nuestro punto de vista, cualquiera sea el nombre que se le dé al contrato que motiva la entrega de la cosa, es la naturaleza de la cosa la que determina su transmisión en propiedad o no (LA LEY, 1980-C, 1029). En efecto, continúa el voto a la postre fallo unánime, en el caso de entregarse cosas fungibles “... la configuración del comodato resulta esencialmente imposible en razón de que la naturaleza misma de las cosas impide la conservación del dominio por

parte del *tradens...*’ (colección y tomo citados, p. 1030)”.

“En otras palabras: ‘... las cosas no individualizadas puestas en manos de otro no se encuentran sometidas a la voluntad y a la acción de quien las entregó, circunstancia que constituye el óbice insalvable para que este último pueda ser considerado titular de las cosas indeterminadas, prestadas o dadas, conforme a lo dispuesto por el art. 2506 del Cód. Civil, que define al derecho real de dominio” (Cita del fallo “Liscovsky” al “Objeto del comodato comercial”, LA LEY, 1980-C, 1029) (5).

Ahora bien, la cita del mencionado artículo del Cód. Civil no es anacrónica, puesto que el actual art. 1941 del Cód. Civ. y Com. no obsta al sentido de lo expresado precedentemente, toda vez que define al dominio perfecto como el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa... En primer lugar, el calificativo de perfecto es innecesario dado que el dominio es perfecto, salvo que se lo configure como imperfecto, conforme a la observación de Nelson G. A. Cossari, que agrega: bastaba decir, como la fuente que es el art. 1882 del Proyecto de 1998, dominio a secas. Pero este autor continúa señalando, sintetizamos, que no se puede decir que el dominio sea usar, más gozar, más disponer. Para recordar luego, al tratar los *caracteres del dominio de la doctrina moderna*, que el dominio no confiere facultades específicas sino la *plenitud* de todas ellas. Y por ello, el titular de derecho de dominio puede hacer todo lo que no le está prohibido. Corolario de la *plenitud* es la indeterminación. La enumeración de los poderes del dueño sería siempre forzosamente incompleta. Es más práctico decir lo que el propietario no puede hacer sobre la cosa que esforzarse en decir lo que sí puede hacer (6).

Ya Salvat, al referirse al art. 2506 del Cód. Civil comentó que el sometimiento de una cosa a la

(5) Art. 2506 del Cód. Civil: 'El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona'.

(6) COSSARI, Nelson G. A., en ALTERINI Jorge H. (dir. gral.), "Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético", La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IX, ps. 323, 332 y 333.

voluntad y a la acción de una persona traduce el conjunto de facultades o derechos *inherentes al derecho de propiedad*, que Aubry et Rau, citados por el mencionado civilista, clasifican en tres grupos: 1° actos materiales de uso o goce de la cosa; 2° actos jurídicos de administración o disposición de ella; 3° actos de exclusión de terceros (7). Palabra más, palabra menos, los tres grupos mencionados por estos autores franceses coinciden esencialmente con las facultades que el derecho real de dominio otorga al propietario, conforme al art. 1941 del Cód. Civ. y Com.

II.3. Crítica comercialista a la tesis civilista o minoritaria

A continuación, condensamos la crítica de la tesis comercialista a la civilista, desarrollada con el valioso aporte del Dr. Cuartero y cuyos argumentos principales, vertidos en el fallo “Liscovsky”, son sucintamente los siguientes:

II.3.a. Desmaterialización de los conceptos de dominio y posesión

En el estudio publicado en LA LEY, 1980-C, 1027, se aplica un concepto demasiado “materialista” sobre la previsión del art. 2506 del Cód. Civil, objeción que actualmente, estimamos, alcanza a la disposición del art. 1941 del Cód. Civ. y Com.), apreciación que se extiende a las relaciones de poder, posesión y tenencia (art. 1908, Cód. Civ. y Com.).

En apoyo de esta crítica, el opinante en primer término invoca la opinión de Alberto D. Molinario que, en su obra *De las relaciones reales* (Buenos Aires, La Ley, 1965, p. 76 y ss.), ha demostrado la “desmaterialización” del concepto “posesión”, la cual existe aun cuando no presente relación física entre el poseedor —reconocido por el derecho como tal— y la cosa poseída. Continúa el voto, refiriéndose al citado autor, diciendo que presenta como caso “muy interesante” (p. 81) el del art. 2541 del Cód. Civil: el cazador que persigue al animal herido, pero aún no cobrado y con el cual, por lo tanto, no ha establecido contacto físico alguno —más allá, claro, del que si estableció el elemento que hirió al

animal—. Del mismo modo ocurre con el dueño de las abejas que las persigue cuando han huido del colmenar (art. 2545, Cód. Civil). Ambos contenidos normativos equivalen, sustancialmente en lo que aquí interesa, a lo previsto en los arts. 1948 (8) y 1950 (9) del Cód. Civ. y Com., respectivamente.

Agrega el juez otras hipótesis: mientras haya esperanza probable de encontrar la cosa perdida, la posesión se conserva —arts. 2450 y 2457, Cód. Civil—. Ahora, conforme al art. 1931 del Cód. Civ. y Com. la posesión y la tenencia se extinguen cuando se pierde el poder de hecho sobre la cosa y en particular, hay extinción cuando: “... d. desaparece la probabilidad razonable de hallar la cosa perdida”. Si el dueño que perdió una cosa conserva, en tanto tenga esperanzas probables de encontrarla (o no desapareció la probabilidad razonable de hallarla, me permito añadir de acuerdo con el Cód. Civ. y Com.), su posesión y su dominio, cuadra preguntarse por qué no sucederá igual con el dueño de una cosa fungible que dijo entregarla en comodato y, por tanto, dar solo su tenencia al comodatario. Tan sometida —o no sometida, si se prefiere— a la voluntad y acción de su dueño se halla una cosa perdida, como una fungible dada en comodato. El propietario locador tiene y mantiene el dominio de la cosa locada aun cuando, de hecho, no tenga plenamente esa cosa sometida a su voluntad y acción o, agregamos, a las *facultades* que le otorga el art. 1941 del Cód. Civ. y Com.

En suma, el magistrado afirma que los conceptos de posesión y de dominio resultan ser algo más desmaterializados que lo que habría entendido el trabajo varias veces mencionado (o sea, el “objeto del comodato comercial”). Desmaterialización coadyuvante a su adhesión a la tesis que denomina comercialista.

(8) Código Civil y Comercial, art. 1948.- Caza.... Mientras el cazador no desista de perseguir al animal que hirió tiene derecho a la presa, aunque otro lo tome o caiga en su trampa....

(9) Código Civil y Comercial, art. 1950.- Enjambres. El dueño de un enjambre puede seguirlo a través de inmuebles ajenos, pero debe indemnizar el daño que cause. Si no lo persigue o cesa en su intento, el enjambre pertenece a quien lo tome. Cuando se incorpora a otro enjambre, es del dueño de éste.

(7) SALVAT, Raymundo M., “Tratado de derecho civil argentino. Derechos Reales”, Tea, Buenos Aires, 1951, t. II, ps. 37 y 47.

II.3.b. Relativismo del concepto de cosa fungible o infungible

Con la invocación de opiniones de Llam-bías y Spota, dos eminentes civilistas, condición que destaca expresamente el meditado voto, se sostiene que el carácter de fungible o infungible de una cosa no proviene tanto de la naturaleza de esa cosa, sino de la intención de las partes, como es el caso del libro dedicado. Se destaca la "relatividad", citando ahora concretamente a Spota, del concepto de cosa fungible o infungible, según la distinta función económica-social que las mismas cosas desempeñan según los diversos supuestos (10).

Esto conduce a la siguiente síntesis del Dr. Cuartero: el criterio "civilista" es ciertamente adecuado para su aplicación a un negocio o acto "civil". Pero no sucede lo mismo cuando se trata de un contrato "de empresa," en el cual el vendedor de una mercadería puede tener razonable y lícita intención de mantener la propiedad de un *conjunto* de cosas —cada una de las cuales es fungible, individualmente considerada— constituido por los envases de las mercaderías vendidas. Ese conjunto de cosas —aun cuando cada una de ellas sea fungible, y por lo tanto insusceptible de ser entregada a otro sin transferir su propiedad— puede ser entregado al comprador de las mercaderías y como accesorio de estas, *sin perder el vendedor la propiedad del conjunto de envases*. Añade el citado vocal que no se le oculta que introduce aquí una *universitas facti* —*el conjunto de envases— como una "cosa" en alguna medida diferente de cada uno de los elementos que la componen*.

II.3.c. Devolución de "otra" cosa idéntica

Existe otro argumento que ubicamos dentro de la crítica comercialista a la tesis civilista, aunque no pertenece al fallo bajo análisis, sino al comentario sobre este realizado por el Dr. José María Curá, quien se refirió encomiásticamente a la sentencia apreciándola no solo

(10) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Parte general", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1967, t. II, p. 220, nro. 1330. SPOTA, Alberto G., "Tratado de Derecho Civil. Parte general", Ed. Arayú, Buenos Aires, 1953, t. I, vol. 3-5, p. 436.

justa sino, además, adecuada a la realidad económica (11).

El autor de la nota incorporó como novedad la opinión de Carlos A. Ghersi cuando este sostiene que la fabricación en serie (típica del tráfico moderno) generó un nuevo tipo de fungibilidad por unidad y que podría existir una nueva forma de comodato, donde *es posible la devolución de "otra cosa idéntica"*, pero no la misma (Contratos civiles y comerciales, ya citado *supra*).

III. Respuesta a la crítica comercialista o mayoritaria

El resumen de las posiciones sustentadas, que no agota en consecuencia la minuciosidad de las argumentaciones desarrolladas en el fallo "Liscovsky", ha sido necesario para situar al lector en la problemática abordada, lo que nos permite recién ahora formular las observaciones que a nuestro entender merece la crítica comercialista, en definitiva, la tesis mayoritaria, siguiendo el orden precedentemente sugerido:

III.1. Inatención de la desmaterialización de los conceptos de dominio y posesión. Relevancia de la determinación o indeterminación de la cosa-objeto

Se ha adjudicado a la posición civilista la aplicación de un concepto demasiado "materialista" sobre la previsión del art. 2506 del Cód. Civil derogado, que, según vimos (§ II.2.), significa que el sometimiento de una cosa a la voluntad y acción de una persona traduce básicamente el conjunto de las *facultades* de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, que el derecho real de *dominio* otorga al propietario expresamente dentro de los límites previstos por la ley, conforme al art. 1941 del Cód. Civ. y Com., y que no pueden ejercerse sobre cosas *indeterminadas* entregadas, conforme explicitaremos.

Consideramos que no hay tal demasiada materialización, en base a una cita que hicieramos de Kelsen en 1980, en cuanto dice que *"...la propiedad no puede consistir, jurídicamente, sino en determinada relación de un hombre frente a otros hombres, a saber: en la obligación de estos*

(11) CURÁ, José María, "Contrato de entrega de envases (Accesorio a la venta de líquidos envasados)", LA LEY, 1993-D, 510. Ya citado aquí por Highton-Wierzbza.

en no impedir la disposición que este haga de determinada cosa, sin intervenir de ninguna manera en sus actos de disposición” (12).

Si bien el citado art. 1941 define al dominio como el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de *una cosa*, la reflexión kelseniana, inspirada por insignes civilistas como Planiol (13), permite interpretar en su auténtico alcance la referida disposición del Cód. Civ. y Com., del mismo modo que lo hacía antes respecto del art. 2506 del Cód. Civil.

De este modo, la filosofía del derecho no solo destaca que el derecho de propiedad como toda relación jurídica se establece entre personas, con la pretensión de extraer de las afirmaciones que la ciencia del derecho predica de su objeto —el derecho— un conocimiento universal, en este caso de la institución jurídica propiedad, sino que además resalta *la determinación de la cosa* como nota característica de su definición.

La primera parte de la breve meditación de Kelsen transcripta en *bastardilla* nos libera radicalmente de la posibilidad de que hayamos efectuado una aplicación “materialista” del concepto de propiedad, pues toda relación jurídica se establece entre personas.

La segunda parte de dicha reflexión kelseniana pone de resalto una nota *esencial* característica de la definición de la institución jurídica propiedad: *la determinación de la cosa*.

De la definición del Cód. Civil, se infiere —dice Lafaille— *que el asiento del dominio ha de circunscribirse a las “cosas específicamente determinadas”; esto es, a las cosas ciertas: las de*

(12) KELSEN, Hans, "Teoría pura del derecho", trad. Roberto J. Vernengo del original en alemán, Porrúa, México, 1993, 7ª ed., p. 143. El texto transcrito no tiene ninguna diferencia significativa con el utilizado en los años 1980 y 1995.

(13) El ataque contra la definición clásica, que implica como carácter esencial del derecho real la creación de una relación entre una persona y una cosa ha sido conducido en Francia por Planiol, desde 1896, en su *Traité élémentaire*. Así lo destacan PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges en su obra, "Tratado práctico de derecho civil francés", Cultural SA, Habana, 1946, t. III, p. 43. Planiol fue paladín de la doctrina de la obligación pasivamente universal.

género... , podrán ser materia de obligaciones, pero no de dominio (14). De la definición del art. 1941 del nuevo código se colige lo mismo.

Pero esta nota esencial consistente en la determinación de la cosa es característica también de la posesión, en tanto impone la necesidad de actos concretos, cuya realización no es posible sobre cosas indeterminadas. Esta regla —dice Borda— surge de disposiciones inequívocas: el art. 2402, según el cual cuando una cosa se halla confundida con otras, es necesario separarla para poder adquirir la posesión sobre ella; el art. 2389, que exige la individualización de la cosa; el art. 2410, según el cual no se puede poseer la parte incierta de una cosa (15). Ahora, el art. 1912 del Cód. Civ. y Com. establece expresamente: "...El objeto de la posesión y de la tenencia es la cosa determinada..."

No se trata luego de la materialización o desmaterialización de los conceptos de propiedad o posesión sino de la determinación o indeterminación de la cosa-objeto. De ahí que la primera cuestión planteada en la causa "Liscovsky" es inatinerente, opinamos, a la elucidación de su *the-ma decidendum*.

La determinación de la cosa hace que el dominio y la posesión sobre ella se conserven mientras subsista esta característica. La desmaterialización *transitoria* y *accidental* puede acontecer, pero no implica la extinción de la relación entre la persona y la cosa. Es lo que ocurre en los supuestos, mencionados en el fallo comentado, de los arts. 2541 (16), 2450 y 2457 del código velezano —conceptualmente subsumibles en cuanto aquí interesa en lo previsto en el art. 1931 d) del Cód. Civ. y Com. (§ II.3.a.)—, donde el corpus se pierde momentáneamente y el *animus* persiste, constitutivos de aplicaciones

(14) LAFAILLE, Héctor, "Tratado de los derechos reales", Compañía Argentina de Editores SRL, Buenos Aires, 1943, vol. I, p. 366.

(15) BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil, Derechos reales", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 51. En igual sentido: SALVAT Raymundo M., "Tratado de derecho civil argentino, Derechos reales...", ob. cit., t. I, p. 186. LAFAILLE, Héctor, "Tratado de los derechos reales...", ob. cit., vol. I, p. 159.

(16) Ahora mutatis mutandis: Código Civil y Comercial, art. 1948 (ver cita 8).

del principio general del art. 2445 del citado código derogado, establecido en los siguientes términos: "La posesión se retiene y se conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí o por otro. La voluntad de conservar la posesión se juzga que continúa mientras no se haya manifestado la voluntad contraria." Esta idea se mantiene en el Cód. Civ. y Com. en cuanto establece que la relación de poder se conserva hasta su extinción, aunque su ejercicio esté impedido por alguna *causa transitoria* (art. 1929).

La adquisición de la posesión requiere la reunión del *corpus* y el *animus domini*. Si falta alguno de estos elementos, no hay posesión. Pero, una vez adquirida, no es imprescindible estar siempre en contacto material con la cosa, ni ejercer permanentemente actos posesorios sobre ella, sino que es suficiente con la intención o ánimo de conservarla. Ello se explica porque la relación de poder, cualquiera sea —posesión o tenencia—, se conserva hasta su extinción, según lo establece el último artículo citado (17). En este sentido, Claudio Kiper observa que se ha reemplazado la regla de la conservación solo ánimo por una más objetiva en la que la conservación de la relación de poder se produce por la mera inercia, en tanto no surja un impedimento definitivo (18).

Pero veamos cada una de las hipótesis concretas analizadas en el fallo (7. a.), empezando con el supuesto del animal herido por el cazador (Cód. Civil, art. 2541), donde este lo posee, aunque no haya establecido contacto físico, o tiene derecho a la presa mientras no desista de su persecución, de conformidad al art. 1948 del Cód. Civ. y Com., debido a que la cosa animada (Cód. Civ. y Com., art. 227) se encuentra determinada desde que es perseguida; la persecución está orientada al animal que huye, encontrándose por lo tanto individualizado por su herida y el elemento que la produjo. Esta situación hace posible en forma *inminente* el ejercicio de

las facultades que sobre la cosa-presa otorga la previsión del art. 1941, posibilidad por completo excluida cuando se trata de la entrega de cosas indiscernibles.

Continuando con la tesis sostenida bajo el argumento de la desmaterialización, se agrega en el primer voto, que de modo análogo al del animal herido por el cazador ocurre en el caso de las abejas que huyen del colmenar perseguidas por su dueño (Cód. Civil, art. 2545), cuyo principio general se mantiene en el actual art. 1950 dado que, si cesa en la persecución del enjambre, este pertenece a quien lo tome. Pero, en mérito a la brevedad, volveremos sobre el enjambre de abejas al tratar la *universitas facti* (§ III.2.b.).

En la hipótesis de la cosa perdida para el dueño que conserva el dominio en tanto no desaparece la probabilidad razonable de hallarla, la determinación de la cosa subsiste. De ahí la diferencia con la cosa fungible entregada supuestamente en comodato, donde la referida nota esencial característica de la posesión y del dominio desaparece, con la consiguiente extinción de estas relaciones. Asimismo, *ante la pregunta del juez relativa al por qué no sucederá igual con el dueño de una cosa fungible que dijo entregarla en comodato y, por tanto, dar solo su tenencia al comodatario (§ II.3.a.), en comparación al dueño de la cosa perdida pero probable y razonablemente hallable*, nos encontramos que el propio Molinario antes de examinar las relaciones inmateriales establecidas por el legislador, abre la puerta a una respuesta. El mencionado autor dice: Cuando una persona arrienda o entrega en comodato un *inmueble* deja de tener contacto físico con el inmueble, aunque tiene la posibilidad de establecerlo, porque ese contacto es tenido efectivamente por el locatario o el comodatario quienes, a su turno, resultan ser representantes de la relación física del verdadero titular (19). La representación y la posibilidad de someter la cosa a las facultades de que está investido el dueño diferencian este supuesto con el mal llamado comodato de cosas *fungibles* ya que sobre estas en sí mismas el *tradens* ningún vínculo conserva, no mantiene el dominio ni la posesión, solo cuenta con el derecho a exigir el

(17) CAUSSE, Federico J. y PETTIS, Christian R., en HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), "Código Civil y comercial de la Nación Comentado", Infojus, Buenos Aires, 2016, t. V, p. 59.

(18) KIPER, Claudio, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), "Código Civil y comercial de la Nación Comentado", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. IX, p. 162.

(19) MOLINARIO, Alberto D., "De las relaciones reales", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1981, ps. 123-124.

cumplimiento de una obligación de dar cosas equivalentes, pero *no las mismas*.

Hemos analizado entonces cada una de las hipótesis que en el voto comentado se utilizan con el pretendido objeto de demostrar que la aludida desmaterialización que en ellas se observa, justifica la idea de que la entrega de envases retornables —cosas fungibles—, con intención de conservar su propiedad, solo transfiere la tenencia. Por nuestra parte, en relación con estas hipótesis propuestas por el tribunal *ad quem*, donde la pérdida del corpus es de carácter *transitoria* y *accidental* (20), sugerentes de la referida pregunta del juez, pensamos que la respuesta a esta estriba en que no sucede igual con el dueño de una cosa fungible que dijo entregarla en comodato, por cuanto la entrega de cosas fungibles determina que la imposibilidad de poseerlas para el *tradens sea definitiva*.

Respecto de este primer argumento de la tesis comercialista, resta considerar un punto en el cual el meditado voto que nos ocupa hizo particular hincapié. Se trata de una reflexión nuestra ya transcripta (§ II.2.) al esbozar la tesis civilista y que ahora debido a la argüida desmaterialización resulta menester reiterar: "...las cosas no individualizadas puestas en manos de otro no se encuentran sometidas a la voluntad y acción de quien las entregó, circunstancia que constituye óbice insalvable para que este último pueda ser considerado titular de las cosas indeterminadas, prestadas o dadas, conforme a lo dispuesto por el art. 2506 del Cód. Civil, que define al derecho real de dominio". En efecto, así lo dijimos e igualmente lo reprodujo el primer opinante con el propósito inferido de demostrar una excesiva materialización de los conceptos de dominio y posesión que surgiría del citado artículo de 1980.

Ahora, debido a la nueva legislación civil y comercial que nos rige, ratificamos nuestra reflexión de 1980, que resulta aplicable a la previsión del nuevo art. 1941, pues conforme a la opinión de Salvat, compartida *supra* en cuanto

(20) Cfr. BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil, Derechos reales...", ob. cit., t. I, p. 112; LAFAILLE, Héctor, "Tratado de los derechos reales...", ob. cit., vol. I, ps. 229-230; MARIANI de VIDAL, Marina, "Curso de derechos reales", Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1973, v. I, p. 135.

comentó respecto del derogado art. 2506, que el sometimiento de una cosa a la voluntad y a la acción de una persona traduce el conjunto de *facultades* inherentes al derecho de propiedad, y que Aubry et Rau clasifican en tres grupos de actos coincidentes esencialmente con las facultades que el derecho real de dominio otorga al propietario, conforme al citado art. 1941 del Cód. Civ. y Com. (ver § II.2.).

Pues bien, ninguno de estos actos o facultades puede realizarse o ejercerse sobre cosas *indeterminadas* entregadas (21). ¿Cómo puede sostenerse luego que el *tradens* mantiene el dominio o posesión sobre ellas? ¿Acaso puede usarlas o gozarlas, consumirlas, abandonarlas, venderlas, alquilarlas o ejercer acciones para excluir a terceros? Nada de esto puede hacer, por falta de presuposición fáctica y/o normativa (22), para la realización de tales actos: la determinación de la cosa. Sostener lo contrario no es solo una ficción, entraña un contrasentido. Es tan inconcebible un contrato en el cual se entreguen cosas no individualizadas sin que se opere desprendimiento de su propiedad, como lo es pretender imaginar la cuadratura del círculo o caer hacia arriba, por firmes que sean las intenciones con tales imposibles fines. Por todo ello, es válida la reflexión contenida en el párr. transcripto entrecomillado, aplicable *mutatis mutandis* a la previsión del art. 1941 del Cód. Civ. y Com.

En el *punto 7 d)* del voto analizado se insiste en el enfoque equivocado, a nuestro juicio, pues se juzga que es el conjunto de cosas individualmente fungibles lo que no pasa a la propiedad del *comodatario*, y luego se alude a un contrato *innominado* "cuya característica es *no transferir la propiedad de las cosas* a quien las recibe" (23). En el punto 8 se dice que la incidentista "no se

(21) ALLENDE, Guillermo L., dice que evidentemente para que una cosa pueda estar sometida a la voluntad y acción de alguien, esa cosa debe estar bien determinada (Panorama de derechos reales, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 208). Obviamente, igual determinada debe estar para poder ejercerse sobre ella todas las facultades que otorga el art. 1941 del Código Civil y Comercial.

(22) ROSS, Alf, "Sobre el derecho y la justicia", trad. Genaro Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1994, 5ª ed., p. 129. NINO, Carlos S., "Introducción al análisis del derecho", Astrea, Buenos Aires, 1993, 2ª ed., ps. 289-290.

(23) CNCom..., "Liscovsky"..., ob. cit., p. 519.

desprendió de su dominio sobre ese conjunto de cosas”, y en el punto 9 se indica que “no se desprendió de la propiedad de los envases que entregó”. Más adelante, nos ocuparemos de esta distinción entre el conjunto y los elementos que individualmente lo componen, ya aludida en el fallo “Liscovsky” (§ II.3.b.).

III.2. *Relativismo del concepto de cosa fungible o infungible*

Este argumento lo tratamos separándolo en sus dos vertientes: primero atendiendo a las cosas individualmente consideradas y luego concibiéndolas como una universalidad.

III.2.a. Las cosas individualmente consideradas

La apelación a las opiniones de Llambías y Spota para relativizar el carácter fungible o infungible de una cosa en función de la intención de las partes más que de su naturaleza, no incide en la cuestión puesto que no se duda de la posibilidad de que haya cosas que pueden dejar de ser fungibles para convertirse en no fungibles a raíz de su individualización. El problema debatido nace cuando se han entregado cosas fungibles como tales, no como infungibles y se pretende que pese a ello no se ha transferido la propiedad por obra de la intención (24). La causa de la fungibilidad es extraña al fondo del problema, solo interesa si esa calidad la tienen las cosas objeto del contrato.

Entendemos pues que las citas de Llambías y Spota efectuadas en el fallo, configuran una *ignoratio elenchi*, por demostrar una tesis no debatida, pero ya que han sido invocados estos dos maestros del derecho civil en apoyo de la posición comercialista, cabe detenerse en el pensamiento del primero de los mencionados —aunque no únicamente por su reconocida

(24) Sin perjuicio de lo dicho, el relativismo es menos amplio de lo que parece, teniendo en cuenta las enseñanzas de Planiol y Ripert, aunque en el caso inverso, cuando señalan que la intención de las partes no basta para hacer fungibles dos cosas que no se prestan a ello por su naturaleza, como dos casas, dos cuadros, etc. Es preciso que la cosa pueda estimarse por su peso o su medida, de donde es la naturaleza de las cosas y no la intención de las partes lo que hace que ellas puedan medirse por unidades equivalentes (Tratado práctico de derecho civil francés..., ob. cit., t. III, p. 64).

autoridad, lo que constituiría un argumento *ad verecundiam*— sino por el contenido de su fundada opinión respecto del asunto que concretamente nos atañe. Llambías dice:

“En verdad, la expresión ‘obligación de restituir a su dueño una cosa fungible’ es contradictoria. Porque tratándose de esta clase de cosas, el que hizo el préstamo dejó de ser el dueño desde el momento inicial de la relación jurídica pendiente, en que pasó a ser propietario de las concretas cosas recibidas, el deudor. Ciertamente este queda obligado a devolver el préstamo, lo que hará entregando ‘otras’ cosas de su propiedad al prestamista, quien solo se convertirá en dueño de tales cosas cuando el deudor o dueño anterior le haga la tradición de ellas (conf. art. 577), luego de ser contadas, pesadas o medidas. *No hay, pues, obligaciones de restituir cosas fungibles al dueño que son imposibles de concebir. Tal expresión encierra un absurdo jurídico que deriva de fingir la subsistencia del dominio que alguien tenía sobre una cosa no identificable en su individualidad, después de haberse desprendido de ella el antiguo dueño...* Innecesario es aclarar que para que el antiguo dueño conservara el dominio de la cosa prestada, esta tendría que ser dada en comodato o en préstamo de uso, contrato que no puede versar sobre cosas fungibles (conf. arts. 2255 y 2260), y que mantiene la propiedad de las cosas no fungibles en cabeza del comodante (conf. art. 2265). Por el contrario, el mutuo o préstamo de consumo se refiere solo a cosas fungibles (conf. art. 2241), que pasan a ‘ser de la propiedad del mutuario’ (art. 2245)” (25).

(25) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil, Obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1970, t. II, p. 162. Frustagli-Arias sostienen, como vimos (§ I.), la presencia de un comodato conexo a contratos comerciales, cuyo objeto suele recaer sobre cosas fungibles, aunque no consumibles, como sucede en caso de préstamo de envases o contenedores. Y agregan seguidamente, en el artículo ya citado, que la solución legal obliga a prestar especial atención a la voluntad de las partes a fin de determinar si en el caso concreto el contrato habrá de ser calificado como comodato, o si corresponderá atribuirle naturaleza de mutuo. Evidentemente, acotamos, la voluntad de las partes es necesaria para la concertación del contrato especie del género acto jurídico, a su vez voluntario, pero insusceptible de albergar inconsistencias fácticas y/o normativas, como lo es la intención de conservar la propiedad de cosas fungibles entregadas, cuya característica definitoria frustra la creatividad voluntarista.

La opinión transcripta de Llambías no sufre mella a raíz del nuevo código, que es civil y comercial, pues el principio que establecía el art. 577, lo mantiene el art. 750 del Cód. Civ. y Com. Las previsiones de los arts. 2255 y 2260 del Cód. Civil, no sufren modificaciones significativas debido a los nuevos arts. 1533 y 1534, Cód. Civ. y Com., en lo concerniente al objeto del comodato (§ I.). La primera parte del derogado art. 2265 no podía entenderse literalmente puesto que la propiedad de la cosa la conserva su titular sea o no el comodante, puesto que el comodato puede celebrarlo quien no sea propietario, la segunda era superflua. El art. 1525 Cód. Civ. y Com. sustituye al art. 2241 en cuanto establece categóricamente que el objeto del mutuo son cosas fungibles, eliminando toda referencia a las cosas consumibles y el art. 2245 derogado no encuentra equivalente actual en tanto resulta redundante legislar que las cosas fungibles pasan a “ser de la propiedad del mutuario”.

Por lo tanto, las elocuentes palabras de Llambías reproducidas entrecorridas eximen de más comentarios para demostrar la contradicción que entraña la elucubración de un contrato de entrega de cosas fungibles sin transferencia de dominio.

III.2.b. *Universitas facti*

La tesis comercialista provista de argumentación procura superar la contradicción señalada en el párrafo anterior, mediante la introducción de una *universitas facti* —el conjunto de envases— como una “cosa” en alguna medida diferente de los elementos que la componen, según la reflexión del Dr. Cuartero (§ II.3.b.). Sin embargo, el argumento no parece consistente atento a que la propiedad característica, en este caso la fungibilidad, que tiene cada uno de los elementos que forman un conjunto —de envases aquí—, es aquella que este también necesariamente posee. De lo contrario, no existiría tal conjunto. Más evidente aún, es la contradicción si el aserto se enuncia acerca de un conjunto unitario, infungible y fungible al mismo tiempo. En nuestro caso, es infrecuente el conjunto unitario $V = \{a\}$, lo habitual es el conjunto múltiple, donde la contradicción también es manifiesta.

Intentaremos explicarnos mejor recurriendo a un ejemplo proveniente de la teoría de con-

juntos, a saber: “Sea el conjunto V, formado por las cinco letras siguientes: $V = \{a,e,i,o,u\}$; podemos preguntarnos al observar V, ¿cómo son todas las letras de V?, ¿hay algún elemento de V que no sea una vocal? O, lo que es lo mismo, ¿son todos los elementos de V vocales? Y, ¿todas las vocales son elementos de V? De la respuesta afirmativa de estas dos últimas preguntas, podemos concluir que el ser vocal es una *propiedad característica* del conjunto V” (26).

Por lo tanto, importa una contradicción sostener que los elementos tienen individualmente la propiedad característica de la fungibilidad y que su conjunto carece de ella, pues el ser fungible es una *propiedad característica* de dicho conjunto.

Por su parte, el art. 1927 del Cód. Civ. y Com. con relación precisamente a las universalidades de hecho, coherentemente establece: “...La relación de poder de una cosa compuesta de muchos cuerpos distintos y separados, pero unidos bajo un mismo nombre, como un rebaño, una piara, abarca solo las partes individuales que comprende la cosa”. La palabra “posesión” utilizada en el derogado art. 2404 ha sido sustituida por la expresión “relación de poder” en el artículo transcripto, en consonancia con el criterio plasmado en la previsión del art. 1908 y subsiguientes. Aunque el abolido artículo citado del Cód. Civil refiriéndose a tales conjuntos los llama “la cosa”, es claro que no se trata de una cosa, sino de un conjunto de cuerpos distintos que pueden poseerse separadamente (27). A su vez, respecto del nuevo texto de algún modo equivalente (art. 1927) se admitió que contiene un error de concepto, ya que menciona una universalidad de hecho como si se tratara de una sola cosa, cuando en rigor es un conjunto de cosas (28).

Verificándose una universalidad de hecho, la posesión o la tenencia existen no con relación al conjunto, sino a cada una de las cosas que la componen. No se tiene entonces posesión res-

(26) Ver Enciclopedia Temática Larousse, 1991, t. 4, p. 1582.

(27) BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil, Derechos reales...”, ob. cit., t. I, p. 54.

(28) KIPER, Claudio, en Cód. Civil y comercial de la Nación Comentado..., ob. cit., t. IX, p. 156.

pecto de la "totalidad", es decir, de la universalidad (29).

La relación de poder recae sobre cosas determinadas (cfr. art. 1912), concretas individualmente consideradas, singulares, no sobre abstracción o universalidad alguna. Estamos en condiciones entonces de tratar la hipótesis del enjambre de abejas, conforme a lo anunciado más arriba (§ III.1.), el cual, simplemente, no se puede poseer o tener como conjunto de cosas o universalidad, sino poseer o tener individualmente cada una de las cosas.

Yendo ahora al *dominio* —primer derecho real, o propiedad sobre las cosas y en base a la noción legal que de este derecho real suministra el art. 2506 derogado, que traduce el conjunto de *facultades* de una persona inherentes al derecho de dominio, según el actual art. 1941 (ver § II.2.)—, Lafaille señala que su asiento se haya circunscripto a las "cosas singulares" —descartando entonces las universalidades, tanto de hecho, como de derecho—, y a las cosas específicamente determinadas (30).

La fórmula algebraica representa nuestro concepto sirviendo a su intelección.

III.2.c. Devolución de "otra" cosa idéntica

Una opinión citada *supra* (§ II.3.c.) estima justo y adecuado a la *realidad económica* el fallo bajo comentario. Por nuestra parte, en el artículo de 1980 habíamos señalado respecto del *principio* invocado, con particular referencia al derecho tributario, lo que en síntesis reiteramos ahora por entender que la nota al fallo —que también cita nuestro trabajo— no le presta suficiente atención. Por ello insistimos en que resulta imposible concebir alguna estructura del derecho privado que permita conservar la propiedad sobre cosas fungibles puestas en manos de otro merced a que la noción jurídica de dominio lo impide, o sea, que a la supuesta intención económica o empírica no corresponde ninguna *intentio juris* pues la pretensión —*intentio facti*— de continuar como propietario no

(29) CAUSSE, Federico J. y PETTIS, Christian R., "Código Civil y comercial de la Nación Comentado...", t. V, p. 57.

(30) LAFAILLE, Héctor, "Tratado de los derechos reales...", ob. cit., vol. I, p. 366.

encuentra forma jurídica que posibilite su realización (31).

También expresamos que no puede aludirse al rol, realidad o proceso económicos para extraer conclusiones que sugieran la interpretación económica y no jurídica de las leyes tributarias. El criterio económico de interpretación, conforme a cita que hicieramos de Dino Jarach, no deja de ser un criterio jurídico solo que en su funcionamiento atiende al contenido económico de los hechos (32).

Este criterio jurídico resulta, en la hipótesis, del art. 1941 del Cód. Civ. y Com. que define al *dominio*, sintetizado en orden a lo aquí atinente, como el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, que —según vimos— no pueden ejercerse sobre cosas *indeterminadas* entregadas (§ III.1.). Este concepto tampoco puede ser contradicho por una realidad económica que prescindiera de él como se pretende bajo el errado argumento consistente en que la fabricación en serie ha dado lugar a un nuevo tipo de fungibilidad por unidad y a un nuevo tipo de comodato donde es posible la devolución de "otra cosa idéntica" pero no la misma (§ I.). De ser así, tanto lo convenido por las partes como los usos y costumbres, cual lo postula la doctrina Zavala Rodríguez (33), léase normas contractuales y consuetudinarias —proponemos— (34), esta-

(31) ZUCCHI, Héctor A., "Objeto del comodato comercial", LA LEY, 1980-C, 1032.

(32) Ibidem, p. 1031.

(33) La Cámara Nacional en lo Comercial en "Palermo SA c. Siffredi, Francisco SA", sala C, ED, 77-419, expresó: El comodato mercantil, uno de cuyos casos más frecuentes se advierte en la entrega de envases y embalajes ... con la obligación de devolverlos ..., no constituye un tema nuevo ni en doctrina ni en jurisprudencia, debiendo resolverse las cuestiones que se presentan supletoriamente por las disposiciones del Cód. Civil, pero esencialmente por lo convenido por las partes y por los usos y costumbres comerciales (ZAVALA RODRÍGUEZ, "Código de Comercio Comentado", t. III, ps. 24 y 25).

(34) La costumbre es un hecho social susceptible de percepción; en cambio, la norma consuetudinaria es un concepto (CUETO RÚA, Julio C., "Fuentes del derecho", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 113), es un objeto ideal (ZUCCHI, Héctor A., "Las fuentes del derecho", JA, doctrina 2009, fasc. 1, p. 21). La norma consuetudinaria es la expresión conceptual normativa del fenómeno hu-

rían contradiciendo el concepto jurídico básico de dominio que establecen tanto el Cód. Civ. y Com. como su precedente Cód. Civil, verificándose una hipótesis de inconsistencia normativa en nuestro sistema jurídico, entre una norma legal (art. 1941 en este caso, en cuanto proporciona el concepto jurídico básico de dominio) (35), y normas contractuales o consuetudinarias. ¿Cómo sostener entonces que el comodatario de cosas fungibles recibidas no tiene la propiedad de ellas por haber obtenido solo su tenencia y que el comodante de esas cosas fungibles que entregó sigue siendo su propietario? La respuesta es que no es posible convertir la interrogación en aserción en tanto la pregunta encubre una falsa presuposición normativa sobre el contenido del derecho vigente (36), como erróneamente presuponen las sentencias recaídas en los casos “Palermo” y “Liscovsky”, por ejemplo.

En consecuencia, la concepción de una nueva fungibilidad por unidad tratada *supra* y la posibilidad de la devolución de “otra cosa idéntica” pero “no la misma”, que proclama Ghersi (§ I.), no resiste el análisis como consecuencia de la corroboración de la susodicha falsa presuposición normativa, no siendo posible conservar el dominio de cosas indeterminadas entregadas.

La palabra “identidad” deriva del vocablo latino *idem*, que quiere decir “lo mismo”, de manera

mano consistente en el cumplimiento de igual conducta en circunstancias similares (CUETO RÚA, Julio C., “Fuentes...”, ob. cit., p. 114).

(35) Nuevamente Cueto Rúa, nos esclarece, diciéndonos que un modo de inteligir las normas jurídicas de acuerdo a los requerimientos de la lógica y la consistencia es buscar un concepto básico, del cual las normas jurídicas en consideración son casos normativos específicos..., el juez se inclinará a adoptar una interpretación consistente con la definición que proporciona el código o la tradición jurídica..., el jurista procura lograr una respuesta lógica y objetiva que preserve la consistencia y la unidad del sistema jurídico (CUETO RÚA, Julio C., “Elementos lógicos en el proceso judicial de interpretación y aplicación de normas jurídicas generales”, LA LEY, 1999-F-846). Y precisamente con respecto a nuestro caso, insistimos desde 1980, reiterando lo expresado hace instantes, en cuanto resulta imposible concebir alguna estructura del derecho privado que permita conservar la propiedad sobre cosas fungibles puestas en manos de otro merced a que la noción jurídica de dominio —concepto básico— lo impide.

(36) Ver ROSS, Alf, “Sobre el derecho y la justicia...”, ob. cit., p. 129.

que “identidad” significa “mismidad”. Esto no es otro que el principio de identidad que afirma: “todo ente es idéntico a sí mismo”. Se trata de uno de los cuatro principios tradicionales en los que se apoyan todos los demás razonamientos, denominados lógicos cuando se los considera como leyes abstractas del pensamiento y ontológicos cuando se los aplica a los objetos. Todo ente no es igual, sino idéntico, a sí mismo, porque no es lo mismo la igualdad que la identidad. La diferencia admite como una de sus formas a la igualdad. Por tanto, si entre dos entes no se encuentra diferencia ninguna, no se trata de dos entes, sino de uno solo, es este el llamado principio de identidad de los indiscernibles (37). Este razonamiento expuesto en relación con una *fallacia* doctrinaria era aplicable a la previsión del derogado art. 2260 del Cód. Civil, lo es también ahora respecto del actual art. 1534, Cód. Civ. y Com., pues si antes la palabra en cuestión era “idénticamente” ahora lo es “mismas”, pues “identidad” significa “mismidad”.

Sin embargo, la palabra idéntico además de “uno y el mismo” significa “exactamente iguales”, según suele utilizarse el término, pero es lógicamente imposible que dos cosas sean exactamente iguales en el sentido de tener todas sus características en común. Dos cosas no pueden estar en el mismo lugar al mismo tiempo, pues en tal caso serían una sola cosa, no dos. Su posición temporal y/o espacial las diferencia (38).

Pero aun cuando los autores citados, Ghersi y Curá, empleasen el vocablo identidad en esta segunda acepción, lógicamente contradictoria, tampoco es la que nuestra dogmática legal admite dado que el Cód. Civil, respetando el principio de identidad, prescribía en su art. 2260 que: Cuando el préstamo tuviese por objeto cosas consumibles, solo será comodato, si ellas fuesen prestadas como no fungibles, es decir, para ser restituidas *idénticamente*. Hace las veces de este artículo el nuevo art. 1534 del Cód. Civ. y Com., que contempla la posibilidad del préstamo de cosas fungibles, que se rige por las normas del comodato si el comodatario se obliga a *restituir* las *mismas* cosas, tema a tratarse seguidamen-

(37) CARPIO, Adolfo P., “Principios de filosofía”, Glauco, Buenos Aires, 1974, p. 1.

(38) Ver HOSPERS, John, “Introducción al análisis filosófico”, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1965, t. I, p. 270.

te (§ III.3.b.). Y cosas no fungibles son las que no pueden sustituirse por otras en la función liberatoria, según argumento a *contrario sensu* extraído de lo previsto en el art. 232, Cód. Civ. y Com. (39), que casi literalmente es reproducción del art. 2324 del Cód. Civil velezano.

Ahora bien, si dejamos de lado el enfoque del análisis lingüístico de la denominada filosofía analítica, nos encontramos con el uso del lenguaje cotidiano que nos conduce al mismo resultado, tanto es así que el DLE nos dice al definir “mismo, -ma”: Idéntico, no otro, en su primera acepción.

Si “*identidad*” significa “*mismidad*”, no cierra el concepto de devolución de “*otra cosa idéntica*” pero “*no la misma*”. No cabe otra posibilidad que las cosas prestadas como no fungibles se restituyan idénticamente (cfr. art. 2260 derogado), si fueran fungibles se entregarían, puesto que “*restitución*” en sentido jurídico implica conservación y devolución de la cosa en su *identidad*, u obligación de *restituir* las *mismas* cosas (art. 1534 vigente), lo cual es propio del comodato, pero no del mutuo (40).

En consecuencia, opinamos que el referido comentario yerra al alabar la justicia del fallo —sin desconocer la prudencia y erudición que lo caracterizan— y la adecuación a la realidad económica que le atribuye. Por último, reiteramos, que tampoco acierta al pretender concebir una nueva fungibilidad por unidad o distinguir entre identidad y mismidad, lo cual lógicamente no es posible.

III.2.d. El comodato de cosas fungibles previsto en el Cód. Civ. y Com.

El comodato tiene por objeto cosas no fungibles, excepcionalmente recae sobre cosas fungibles rigiéndose por las normas de este contrato solo si el *comodatario* se obliga a restituir las

(39) Cód. Civ. y Com., art. 232: Cosas fungibles. Son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad.

(40) De acuerdo con la cita de Francesco Messineo que Raymundo L. Fernández y Osvaldo R. Gómez Leo realizan en su “Tratado teórico-práctico de derecho comercial”, Depalma, Buenos Aires, 1991, t. III-B, p. 128.

mismas cosas recibidas (cfr. arts. 1533 y 1534, Cód. Civ. y Com.).

Pero esto último, en realidad, solo es posible si no se las junta con otras de la misma especie o si se las individualiza de alguna manera sin que dejen de ser fungibles (41). Para Sergio Sebastián Barocelli, la norma del art. 1534 trata el supuesto de la cosa prestada *ad pompam vel ostentationem*, es decir, para su mera exhibición. Suele darse el ejemplo de monedas antiguas que se entregan para ser exhibidos en una exposición (42).

Por su parte, apunta Leiva Fernández, el Código no resuelve qué pasa si comprometiéndose el comodatario a restituir las mismas cosas no individualizables por ser fungibles, restituye otras. Se dirá que media en tal hipótesis incumplimiento por el comodatario, pero ¿cómo probarlo si las cosas no son individualizables? Y si son individualizables entonces no eran fungibles (43). Por lo tanto, se observan los supuestos: este último y el de separación de otras cosas de la misma especie y/o mera exhibición, hipótesis de imposibilidad de prueba de incumplimiento.

En términos egológicos, en el supuesto de la disyunción inclusiva explicitada mediante el uso de la expresión “y/o” del párr. precedente, no se advierte la conducta mentada normativamente, el objeto significado por el juicio en que consiste la norma. Decir algo sobre algo exige necesariamente ese algo acerca del cual la norma dice algo, y que para la egología es la con-

(41) Vgr., si se presta un libro del que se editó 1.000 ejemplares, poniéndole un forro que individualiza al libro mientras el comodatario tenga su tenencia sin convertir al libro en cosa no fungible, como sería haciéndole inscripciones, subrayados o glosas, porque allí el libro ya dejaría de ser fungible pues sería diferente a los restantes de la misma edición. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en “Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético”, ALTERINI Jorge H., ob. cit., t. VII, p. 559.

(42) BAROCELLI, Sergio Sebastián, en HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián, “Código Civil y comercial de la Nación Comentado...”, ob. cit., t. IV, p. 248.

(43) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, La Ley, Buenos Aires, 2017, t. IV, 276.

ducta (44). Por lo tanto, el *accipiens* puede no cumplir el compromiso asumido dado que en tal caso no le es aplicable ninguna sanción, pues no hay norma que impute a un antecedente un consecuente, a un hecho una sanción (45). Y el *tradens* solo cuenta con el derecho a exigir el cumplimiento de una obligación de dar cosas equivalentes, *pero no las mismas*. A su vez, si la cosa objeto esta individualizada específicamente, la hipótesis pertenece al ámbito de aplicabilidad del primer artículo del capítulo comodato.

Se concluye entonces, que las únicas posibilidades de ser de la norma general prevista en el art. 1534 son los supuestos de Barocelli o cosa prestada *ad pompam vel ostentationem* y/o separación de otras de la misma especie, pero hipótesis de imposibilidad de prueba de incumplimiento, y de individualización de alguna manera determinante entonces de que no eran fungibles, según Leiva Fernández, que en caso de realización constituirá experiencia jurídica, hipótesis esta última normativamente redundante en definitiva al estar subsumida en la previsión del artículo anterior, reiteramos, ya que la infungibilidad aunque más no sea *transitoria* es insoslayable, pues no hay posibilidad de que la cosa sea fungible si se la individualiza específicamente, aun cuando luego, una vez restituida la *misma*, no otra, recupere su fungibilidad. Por lo tanto, la previsión del art. 1534 del Cód. Civ. y Com. es superflua y falaz su título “Préstamo de cosas fungibles” dentro del capítulo “Comodato”, de acuerdo con la argumentación desplegada bajo este subtítulo.

IV. Consecuencias de una y otra interpretación

Las obligaciones del *accipiens* varían sustancialmente según reciba cosas fungibles o no. En el primer caso, la circunstancia de su recepción en propiedad determina que no pueda exonerarse de cumplir su obligación de devolver, in-

(44) ZUCCHI, Héctor A., "El derecho como objeto tridimensional", *Advocatus*, Córdoba, 2ª ed., 2021, ps. 74 y 75. El concepto expresado pertenece a la Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, 2ª ed., de Carlos Cossio, quien lo enuncia partiendo de las Investigaciones lógicas de Edmund Husserl.

(45) ZUCCHI, Héctor A., "El derecho como objeto tridimensional...", *ob. cit.*, p. 72.

vocando que las cosas se han perdido por fuerza mayor, debido a la aplicación del principio *res perit domino*.

Otra consecuencia, es la imposibilidad de los acreedores del *tradens* de embargar las cosas sustituibles por otras, entregadas a terceros.

La condena a “restituir” cosas fungibles deviene paradójica puesto que su cumplimiento es de imposible comprobación debido a que nadie podría afirmar si existe una auténtica restitución o una entrega de cosas equivalentes.

En nuestro artículo del año 1980, al que nuevamente remitimos en mérito de la brevedad, expusimos algunas de las consecuencias de la adopción de uno u otro criterio con especial referencia a los impuestos al valor agregado y ganancias, sin que las menciones pretendiesen resultar exhaustivas. Es así como el contrato de entrega de envases retornables o de otras cosas fungibles prestadas, inviste particular importancia no solo dentro del ámbito del derecho privado sino también para el derecho tributario, e incluso desde la perspectiva del derecho penal, sin intentar con ello agotar el espectro de implicancias.

José L. Scelzi ha expuesto en 1993 el problema en materia penal respecto concretamente del delito de defraudación por retención indebida (46), en los siguientes términos:

“En doctrina penal se ha afirmado que las cosas fungibles no pueden resultar objeto material del delito, pues la figura demandaría que el bien cuya restitución se omite fraudulentamente deba ser el mismo bien oportunamente entregado con cargo de devolución.

“Entendemos que ese principio no es absolutamente exacto, toda vez que la exigencia de que la cosa restituible sea la misma que se confió originariamente al imputado solo derivará del título o causa jurídica de la convención de que se trate, en la que esa estipulación hubiera sido expresamente realizada.

(46) Esta figura la define el inc. 2º del art. 173 del Cód. Penal del modo siguiente: "El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración y otro título que produzca obligación de entregar o devolver".

“Y en abono de esta línea argumental, parecemos honesto rescatar que la calidad de fungible o no fungible de la cosa mueble ha sido ajena a la preocupación del codificador penal, según se colige de la cuidadosa lectura del art. 173, inc. 2°, del correspondiente digesto, donde solo se destaca que el objeto material de la ilicitud ha de consistir en una cosa mueble, sin ningún otro aditamento ni restricción del tipo concebido por un importante sector doctrinario.

“Las cosas fungibles son susceptibles de materializar el objeto de la ilicitud, consumándose el delito cuando el agente no restituye a su debido tiempo una cantidad igual y de la misma calidad a la que se le hubiese confiado con esa condición” (47).

Compartimos lo dicho en el primer párrafo transcripto respecto de la doctrina penal, pero pensamos que la relativización predicada en el siguiente es incorrecta debido a que su autor incurre también en el error del fallo “Liscovsky”, puesto que nadie duda de que la individualidad de las cosas puede originarse en la intención de las partes, como sucede en el ejemplo de Llambías del libro dedicado (48) (ver § III.2.a.), pero tampoco causa hesitación que la exigencia de que la cosa *restituible* sea la misma que se confió originariamente al imputado, no es posible derivarla solo del título o causa jurídica de la convención de que se trate, por cuanto no es viable *devolver en su identidad o restituir* las cosas recibidas confundidas con otras, indistinguibles.

El tipo del art. 173, inc. 2°, exige que se trate del *mismo* objeto que se entregó aquel que deba ser restituido (49). Sin embargo, en contra de la postura mayoritaria en materia penal, se ha resuelto que objeto de este delito, pueden ser cosas fungibles y no fungibles, pero siempre

(47) SCELZI, José L., “Defraudación por retención indebida”, DIN Editora, Buenos Aires, 1993, ps. 53-54. El último párrafo transcripto, aclara el citado autor, pertenece a la obra de URE, “El delito de apropiación indebida”, Buenos Aires, 1943.

(48) LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Parte general...”, ob. cit., t. II, p. 220, nro. 1330.

(49) CNCrim. y Corr., Sala IV, “American YVear SA”, 15/06/1993, LA LEY, 1995-B, 666.

muebles (50), considerando solamente el título o causa jurídica de la convención que produce obligación de entregar o devolver, prescindiéndose del objeto material —cosa fungible—, que de entregarse determina necesariamente la transmisión de la propiedad, impidiendo que la *intentio facti* de continuar como propietario encuentre forma jurídica que posibilite su realización.

En coincidencia con esta tesis penal minoritaria, en el tercer párrafo transcripto no se considera que, en realidad, sí existe aditamento al objeto material de la ilicitud “cosa mueble” y restricción del tipo concebido. La limitación se produce como resultado de la alusión a la acción de “restituir” que en sentido jurídico implica la conservación y devolución de la cosa en su identidad (51), que no puede acontecer si la cosa es fungible. Por otra parte, Soler acota: “No subsiste obligación de entregar o devolver en aquellos casos en los cuales la cosa ha sido transferida en propiedad” (52).

En consecuencia, la calidad de cosas fungibles no ha sido ajena a la preocupación del codificador penal dado que la preceptiva impide que puedan constituir objeto material de este delito en tanto con su entrega, correlativa e inevitablemente se transmite la propiedad. El propio Scelzi contribuye en favor de la tesis que sustentamos cuando reflexiona que “tanto la posesión como la tenencia constituyen modos de calificar un estado de hecho, que *per se* no excluye la posible comisión del delito, como sí ocurre cuando la cosa mueble fue recibida en dominio o por otro título traslativo de la propiedad” (53).

(50) CNCas. Penal, Sala III, “Al-Pol SRL”, 13/04/1999, BJ, 1999-2.

(51) LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones...”, 1970, ob. cit., t. II, p. 162. Así también, conforme a la cita ya efectuada de Messineo que FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R. realizan en su “Tratado teórico-práctico de derecho comercial...”, ob. cit., t. III-B, p. 128. HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M., “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial...”, ob. cit., t. 5, p. 31.

(52) SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, TEA, Buenos Aires, 1967, t. IV, p. 361.

(53) SCELZI, José L., “Defraudación por retención indebida...”, ob. cit., p. 63.

Soler robustece aún más la idea al tratar el delito de administración fraudulenta que contempla el inc. 7° del art. 173 del Código Penal, al señalar que, a diferencia del caso de retención indebida, en este no se toma en cuenta la individualidad de un objeto determinado, sino la relación administrativa global (54). Vemos pues la importancia decisiva que le otorga el citado tratadista a la determinación del objeto, a su individualización, para que el injusto analizado (art. 173, inc. 2°) reúna uno de sus presupuestos básicos para su configuración: la no traslación de la propiedad del objeto material de la acción.

El rechazo de la configuración de este delito ha sido motivo de numerosos Fallos en casi unánime jurisprudencia penal, respecto de cosas fungibles entregadas en depósito irregular (55) o mediante el argüido comodato comercial, que podría identificarse como irregular, según Messineo, expresión con la que disintimos pues pasando las cosas al dominio del *accipiens* desaparecen los caracteres del préstamo de uso confundiendo esta figura con el mutuo (56).

V. Conclusiones

El nuevo art. 1533 es categórico en cuanto prescribe que el comodato tiene por objeto cosas no fungibles y el subsiguiente, por su parte, circunscribe las posibilidades de ser de la norma que contiene, según interpretamos, a los supuestos de separación de otras cosas de la misma especie y/o mera exhibición, hipótesis de imposibilidad de prueba de incumplimiento, y de individualización de alguna manera determinante por tanto de que no eran fungibles, presunción esta normativamente redundante en definitiva al estar subsumida en la previsión

(54) SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino...", ob. cit., t. IV, ps. 363 y 364. La observación de Soler se refiere al texto legal anterior del inc. 7° del art. 173 del Cód. Penal, pero es aplicable a la redacción vigente.

(55) Claudia G. Della Malva apoyándose en citas de fallos y doctrina comenta que "El derecho penal protege solamente los supuestos en que correspondería restituir la misma cosa entregada en depósito o bien dinero, suficientemente identificado, pero no cuando debe reembolsarse una cantidad igual" (Agente inmobiliario: ¿Retención indebida de la reserva preferencial de compra? en LA LEY, 1993-E, 364).

(56) ZUCCHI, Héctor A., "Objeto del comodato comercial...", ob. cit., p. 1029.

del artículo anterior. La previsión del art. 1534 resulta entonces superflua, según la argumentación desplegada y conclusión arribada *ut supra* en el subtítulo § III.2.d. *El comodato de cosas fungibles previsto en el Cód. Civ. y Com.*

Tampoco queda margen para un nuevo tipo de comodato donde sea posible la devolución de "otra cosa idéntica" pero no la misma, atento a que "identidad" significa "mismidad", fundado esto en el principio ontológico de identidad por su aplicación a objetos, que afirma: "todo ente es idéntico a sí mismo".

En cuanto a la viabilidad de un comodato conexo a contratos comerciales, cuyo objeto serían cosas fungibles, aunque no consumibles, como podría suceder en caso de préstamo de envases o contenedores, conforme lo presuponen las profesoras Frustagli-Arias (§ I.), basta decir que los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, conforme a la previsión del art. 1074, hermenéutica que jamás puede llegar al absurdo de vulnerar la unidad lógica del sistema jurídico (57), al punto de derivar inconsistencias del concepto básico de dominio que impide conservar la propiedad sobre cosas fungibles puestas en manos de otro.

La posibilidad de un comodato comercial distinto del civil recaído sobre cosas *fungibles* resulta más difícil de sostener ahora que el nuevo código no es solo civil sino también comercial. Este derecho ya no tiene que abreviar del derecho común albergado en la fuente legal del Cód. Civil para conocer la clasificación de las cosas en fungibles e infungibles, los conceptos de comodato y derecho de dominio, etc., evitándose así las ulterioridades de la relación entre derecho general o común y derecho especial (58), pues los derechos civil y comercial, aunque especiales cada uno de ellos, se encuentran unificados legislativamente en el nuevo código, con la consiguiente menor incidencia, además, de los usos y costumbres comerciales.

(57) Puede verse sobre la consistencia y unidad lógica del sistema jurídico: CUETO RÚA, Julio C., "Elementos lógicos...", ob. cit., ps. 844, 846 y 859, preferentemente.

(58) Véase al respecto: DE LA FUENTE, Horacio H., "Posibilidad de modificar el derecho civil para adaptarlo a los derechos especiales", LA LEY, 1994-B, 983.

El ocaso de la tesis civilista, una de las posturas enfrentadas que deducen las autoras recientemente citadas no es tal, en nuestra opinión. Si bien el debate sobre la posibilidad de un peculiar comodato comercial se infiere superado, su resultado no consagra una variedad de comodato de cosas fungibles, pues la unificación operada en el nuevo Cód. Civ. y Com. no habilita esa *conclusión*. En todo caso, sugiere otro argumento más en orden a la imposibilidad de una fungibilidad por unidad que dé lugar a un nuevo tipo de comodato donde sea posible la devolución de “otra cosa idéntica” pero *no la misma*, pretendido en la actividad comercial. En este sentido, el art. 1534 no permite la referida *conclusión*, máxime que en definitiva solo revierte a su precedente e inicial previsión del capítulo relativo al comodato (§ III.3.b.).

En materia tributaria la jurisprudencia administrativa y judicial ha sido vacilante en la cuestión bajo análisis, sin predominio de una tesis sobre la otra. En derecho penal, la jurisprudencia es casi uniforme en un sentido contrario a los fallos comerciales, no existiendo tampoco en doctrina mayores divergencias, salvo las opiniones —aunque no únicas— de los dos autores, Ernesto Ure en 1943 y Scelzi en 1993, que han dedicado libros al delito de defraudación por retención indebida, aunque el primero de ellos titula al suyo *El delito de apropiación indebida*.

Ahora bien, si en el fuero criminal se produjera un cambio de la jurisprudencia para seguir mayoritariamente la denominada doctrina comercialista, ocurriría que bajo la forma de la figura delictual de la defraudación por retención indebida se estaría sancionando el simple incumplimiento de un *jus in personam* mediante pena privativa de la libertad, en contradicción con lo establecido en el art. 7º, inc. 7º, del Pacto de San José de Costa Rica, de jerarquía constitucional —de acuerdo al inc. 22 del art. 75 de la

Constitución reformada—, que fulmina la prisión por deudas.

Cuando la República Argentina ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) aprobada por ley 23.054, declaró:

“El art. 7, inc. 7, debe interpretarse en el sentido que la prohibición de la 'detención por deudas' no comporta vedar al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas a la condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando la pena no se imponga por el incumplimiento mismo de la deuda sino por un hecho penalmente ilícito anterior independiente”. El art. 173, inc. 2º del Cód. Penal define la ilicitud de la defraudación por retención indebida, delito que sanciona la inobservancia de un derecho real, en protección del derecho de propiedad sobre las cosas (dominio), lo cual no produce vacilación alguna.

Sin embargo, si la jurisprudencia penal modificara su criterio generalizado para sostener que el objeto material del delito puede ser también una cosa fungible, el referido Pacto sería, en definitiva, violado, pues so pretexto de ilicitud penal anterior independiente, falsa presuposición, se estaría sancionando el incumplimiento mismo de una deuda. Esto es, el art. 173, inc. 2º, alude a quien se negare “restituir” —o no restituyere a su debido tiempo—, que en sentido jurídico implica la conservación y *devolución de la cosa en su identidad*, de acuerdo con Messineo (§ III.3.a.), Highton-Wierzba (§ I.) y Llambías (§ IV.), quedando así desechado el derecho creditorio de su ámbito de aplicación.

En expresión de máxima condensación, la infungibilidad implica mismidad, responde al principio ontológico de identidad por su aplicación a objetos.