

## II. SENTENCIAS ANOTADAS

### TRIBUNAL SUPREMO

El principio «da mihi factum, dabo tibi jus» en casación

SENTENCIA 26 ABRIL 1948

Procesal—casación—infracción de Ley—cuestiones nuevas: aplicación del Derecho en casación.

*Si a los hechos aducidos por las partes ha aplicado normas inadecuadas la jurisdicción inferior, es obligado restaurar el derecho perturbado en virtud de la función correctora de la casación y en obediencia al principio "da mihi factum, dabo tibi ius" y afirmar cuál es la norma que debiendo hacerse valer no fué utilizada.*

ANTECEDENTES.—Pueden deducirse perfectamente del primer considerando de la sentencia que a continuación se expone:

CONSIDERANDO.—Que en el segundo de los motivos en que se apoya el recurso formula el recurrente ante esta Sala la cuestión de si deben o no aplicarse al caso presente los preceptos de la Ley de 7 de diciembre de 1939, llamada de Desbloqueo, y singularmente el contenido del artículo 37 de la misma, como lo han hecho, tanto el Juzgado como la Sala de instancia, exponiendo a este Tribunal de Casación la procedencia de pronunciarse acerca de ello, dadas las especiales circunstancias en que se produjeron los hechos origen de este litigio, mas el examen de tal proposición sugiere las consideraciones fundamentales, una de carácter procesal y otra de fondo: la primera de las cuales se sintetiza en si habiéndose desarrollado las dos instancias del pleito, en el supuesto de la aplicación debida de aquella especial disposición, excepcionado por el demandado y admitido por la parte actora, si bien con reservas manifestadas en diversos momentos de la tramitación, puede esta Sala, en el cauce estrecho de la casación, desarticular lo debatido modificando la construcción jurídica procesal que ha sido objeto de la actuación judicial y la solución afirmativa se impone por cuanto, aun dada la condición derogada de la jurisdicción civil, es innegable la función correctora de la casación, y si en obediencia al principio *da mihi factum dabo tibi jus* a los hechos aducidos por las partes ha aplicado normas inadecuadas la jurisdicción inferior, es obligado restaurar el derecho perturbado y afirmar, por el medio de la apli-

cación indebida a que se refiere el número primero del artículo 1.692 de Ley procesal, cuál es la norma que debiendo hacerse valer no fué utilizada.

FALLO.—Ha lugar.

Se sigue, respecto a la casación, un criterio restrictivo, debido, según la propia jurisprudencia, a la naturaleza extraordinaria de este recurso, lo que hace necesario un gran cuidado por parte del profesional al plantear un recurso de este carácter.

Una de las dificultades que presenta el recurso y causa muy frecuente para rechazarlo es la de que no cabe plantear en casación cuestiones nuevas. El gran número de resoluciones en que se contiene esta afirmación es numerosísimo. La justificación legal se hace apoyar en el número 5.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pero sin utilizarlo como debiera ser en el trámite de admisión, sino al resolver sobre el fondo, dificultad que el Tribunal Supremo ha zanjado al decir, como es sabido, que las causas de inadmisión constituyen también causas de inadmisión, constituyen también causas de desestimación en cuanto al fondo.

Cuestión ésta de gran interés, como puede colegirse, no ha tenido ni por parte del Supremo ni por parte de los que han tratado este punto, una solución definitiva. Por ello atterra siempre pensar que un recurso que pueda quedar bien planteado quede fuera de la casación, porque se considere que se ha planteado una cuestión nueva. Esta falta de seguridad al moverse en este terreno se acrecienta cuando, por ejemplo, por parte de persona tan experta en esta materia como Plaza, se dice, al hablar de la posición del recurso en relación con la sentencia de instancia, que el tratamiento de las posiciones nuevas en casación (problema de todos los días y sobre el que las resoluciones se cuentan por centenares) es una cuestión de *sensibilidad*; y por ello sería más que difícil fijar criterios *cerrados*, si bien en las páginas que dedica a este punto se encuentran sugerencias de indiscutible interés, distinguiendo la *cuestión nueva* del *argumento nuevo*, que sin alterar los hechos definitivamente asentados razona cuestiones de Derecho que, por primera vez, pueden ser planteadas en casación, aunque *sin cambiar el punto de vista*<sup>1</sup>.

Ante dificultades tan evidentes, cualquier intento de aclaración y de diferenciación es digno de elogio, y por ello la sentencia que anotamos merece ser destacada porque ha concretado un punto, tal vez el neurálgico, en este tema tan impreciso.

La razón legal de que las cuestiones nuevas no puedan plantearse en casación deriva, como hemos indicado, del número 5.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que considera como causa de inadmisión del recurso "cuando la Ley o doctrina citadas se refieren a cuestiones no debatidas en el pleito". Este extremo de la cuestión no debatida es el que merecería ser aclarado, ya que en base del mismo se considera una cuestión como nueva, o sea, que una cuestión es nueva en cuanto no haya sido

1. *La casación civil*, Madrid, 1944, págs. 160 y sgta.

debatida. En un concepto amplio sería cuestión no debatida toda aquella que por cualquier concepto, y sea la que fuere su naturaleza, no había sido objeto de alegación y discusión, comprendiendo lo mismo una cuestión de hecho que de derecho, e incluso las que afecten a la pretensión contenida en los escritos de demanda o contestación, o en los de réplica y dúplica, e incluso en el de conclusiones, con las limitaciones en cuanto a éstos de los artículos 548, 2.º párrafo, y 670, 4.º, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento. Pero si observamos más detenidamente el problema, vemos que las cuestiones referentes a los hechos tienen un encaje diferente, ya que en cuanto a las mismas hay causa de inadmisión específica; la contenida en el número 9.º del artículo 1.729, aunque cuando se trata del error de derecho tiene semejanza con el número 1.º del 1.692, y las referentes a las modificaciones de la pretensión que determinaría una incongruencia en el número 8.º del mismo artículo, con la imposibilidad que debemos de hacer notar que en el recurso de casación por infracción de Ley pueda alterarse la súplica o petición, ya que el recurrente se limita a solicitar la casación y a que se dicte otra sentencia ajustada a derecho y dentro de los límites, naturalmente, de las contenidas en los escritos de alegaciones. Resulta, por tanto, que el número 5.º del artículo 1.692 tiene su juego propio en la aplicación del derecho, en el número 1.º del artículo 1.692, en la violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las Leyes o doctrinas legales aplicables al caso. Ahora bien, justamente el motivo del número 1.º del artículo 1.692 se da para corregir la aplicación defectuosa del derecho que se haya realizado en la sentencia recurrida y respecto a esta aplicación. ¿Qué limitación tiene el recurrente? Vemos que para formalizar el recurso se tiene como antecedente necesario y suficiente la certificación de la sentencia contra la que se recurre, y de la de primera instancia si en la segunda hubieren sido aceptados y no reproducidos textualmente todos o algunos de sus resultandos o considerandos, y respecto a los fundamentos de derecho aducidos por las partes, las sentencias no contienen, cuando más, sino una somera indicación, siendo la norma general la de expresar que se alegaron los que estimaron de aplicación o cualquier frase semejante, es evidente que si, conforme a la Ley, no se le suministran a quien quiere recurrir en casación datos concretos de la fundamentación jurídica, es porque no se estima necesario que haya de ajustarse exactamente a las normas que han servido de justificación de los hechos.

La propia estructura de la sentencia, como resulta del artículo 372, número 2.º, de la Ley, sólo exige que se consignen las pretensiones de las partes y los hechos en que las funden, pero para nada obliga a que se relacionen los fundamentos aducidos por las partes. En alguna sentencia se hace referencia para estimar como nueva a una cuestión a que se refiera a partes que no consten en el apuntamiento, pero éste no lo tiene en su poder el recurrente.

En la casación promovida al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley se ataca la justificación que en derecho se contiene en los considerandos de la sentencia que son premisa indiscutible del fallo, limitándose de este modo la actividad del recurrente, pero no exigiéndole que ne-

cesariamente haya de insistir, reproduciendo una argumentación que, además, desconoce.

Creemos que, en buenos términos, puesto que en definitiva, la fundamentación en derecho no es un elemento que sirva para caracterizar o identificar una acción o pretensión procesal, sino que el Juez o Tribunal aplica libremente, no debe cohibirse la libertad de movimiento del recurrente. Si esto es evidente en la instancia, no vemos dificultad para que se aplique en casación. No obstante esto, el Tribunal Supremo, a diferencia de la actitud en que se encuentra la Audiencia ante una apelación en la que libremente aplica el derecho, no puede subsanar defectos de la sentencia en la aplicación del derecho que no se hubieran comprendido en los motivos del recurso, porque la función del Tribunal Supremo en este punto es correctora, pero con la limitación de que se haya propuesto por el recurrente como motivo del recurso. Igualmente pensamos que la sentencia que casa—distinto es el supuesto de la segunda sentencia—no puede recogerse el derecho más que en la forma en que el recurrente lo propone. En este sentido, y con estas limitaciones, ha de verse en la sentencia que anotamos la expresión del principio “*da mihi factum, dabo tibi ius*”; la Sala no puede aplicar libremente este principio, que sólo puede desplegar su eficacia en tanto que el recurrente lo alegue, por lo que hemos de ver siempre orientado este principio, es base de un motivo propuesto por el recurrente.

La sentencia que comentamos ha delimitado, valientemente y con sano criterio, un aspecto, tal vez el más interesante de esta vieja cuestión, de las cuestiones nuevas en casación. Con ella queda eliminado un problema que antes permanecía en la sombra, al conocerse sin los distinguos y vacilaciones que antes existían cuando se intentaba concretar este punto, que, aunque no se haya discutido en torno a la aplicación de una norma de derecho, si el recurrente la cita como infringida, el Tribunal Supremo puede, en virtud de la función correctora de la casación, restaurar el derecho perturbado aplicándola. Con esta doctrina, que esperamos merezca el honor de su reiteración, pero que, a los efectos de afirmarse con valor, lo tiene por sí misma en cuanto se justifica en el principio de conocimiento del derecho por parte del órgano jurisdiccional, resultan afectadas muchas resoluciones de la misma Sala que desestimaron recursos al apreciar como cuestión nueva la simple modificación del derecho que se estimaba aplicable.

Dos pequeñas objeciones hemos de hacer a la sentencia: Una, la de que

2. “El fundamento de derecho, si bien constituye un elemento de la pretensión—dice GUASP, en sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, t. I, pág. 343—, no es un elemento individualizador de la misma como lo son las partes, el objeto o el fundamento del derecho; de donde se deduce la importantísima consecuencia de que el cambio del fundamento jurídico de una pretensión no es un cambio de la pretensión misma y, por tanto, que dicho cambio es admisible aún después de iniciado el proceso, sin que el objeto de la litis se entienda modificado por ello, que el Juez podrá fallar apoyándose en un fundamento jurídico distinto al alegado por las partes sin incurrir en incongruencia, que no bastará para evitar la aplicación de la cosa juzgada la interposición de la misma pretensión con un fundamento jurídico distinto, y así sucesivamente.”

según aparece de su texto, el recurrente no especificó la clase de infracción del número 1.º del artículo 1.622, en que basaba el motivo, que, en otros casos, ha sido causa de desestimación, y la otra, que la infracción no sería propiamente la de aplicación indebida, como se dice, sino más exactamente la de violación.

Abraham VAZQUEZ

### Obligación genérica y cosa fungible

Una sentencia del Tribunal Supremo (2 julio 1948), relativa a la naturaleza genérica o específica de la obligación, ha contribuido a precisar y delimitar conceptos cuyo campo de aplicación presentaba ciertas zonas confusas, tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia.

La sentencia citada no es la única que en los últimos tiempos haya tocado problemas fundamentales de la obligación genérica. La misma Sala Primera del Tribunal Supremo tuvo ocasión de enfrentarse con el tema en una sentencia que hubo de tener amplia repercusión: la de 13 de junio de 1944. La sentencia que nos proponemos comentar en esta nota tiene su origen en interpretaciones erróneas dadas por numerosos Tribunales de instancia a la doctrina sentada en la sentencia de 13 de junio de 1944.

Conviene, pues, empezar recordando los problemas dilucidados en ella. El caso era el siguiente: Una gran casa dedicada al negocio de aceite había vendido a otra, en junio de 1936, 200.000 kilos para entregar en determinado lugar y plazo a fines de agosto de 1936. El comprador pagó, pero sobrevino el Movimiento Nacional; el lugar de entrega, Jaén, quedó en zona roja y la obligación no pudo cumplirse. Terminada la guerra, el comprador demanda el cumplimiento de la obligación y el Tribunal Supremo decide que tratándose de una obligación genérica subsiste la obligación de entregar. Sin perjuicio de ello, estimando que la modificación de circunstancias provocadas por la guerra de liberación hacia desproporcionadamente oneroso el cumplimiento de la obligación originaria en sus términos taxativos, redujo en su segunda sentencia la cuantía de la prestación.

La sentencia de 13 de junio de 1944 tuvo un indudable interés teórico y práctico. La cuestión fué sometida al Supremo Tribunal por dos de nuestros primeros juristas, Joaquín Garrigues y Nicolás Pérez Serrano, el segundo de los cuales publicó con ocasión del caso un interesante trabajo sobre las obligaciones genéricas en la revista *Jus*. El trabajo señalaba principalmente las incertidumbres en la distinción entre las obligaciones genéricas y específicas, lo borroso de los límites entre unas y otras, y subrayaba ciertas tendencias doctrinales contemporáneas a superar la distinción, sustituyendo su rigor por criterios de equidad formados en atención a cada caso.

Y, sin embargo, la distinción entre las obligaciones genéricas y las específicas tiene una clara razón teórica y un fundamento en la realidad. Sólo que este *fundamentum in re* frecuentísimamente ha sido confundir por la doctrina. La confusión (y su razón) es ésta: puesto que la obligación genérica es aquella en que el objeto de la prestación se designa genéricamente o por su género, serán genéricas aquellas obligaciones en que la cosa objeto de la obligación sea de aquellas *quae in genere suo functionem habent*. De hecho, en el tráfico jurídico coinciden muy a menudo las obligaciones genéricas con las obligaciones cuyo objeto es una cosa fungible, y esta múltiple coincidencia en la vida real contribuye a difundir y remarcar la confusión teórica. Y a pesar de ello, la distinción entre unos casos y otros es perfectamente nítida. Pues obligación genérica es aquella en que el contenido de la prestación no está determinado en concreto. El objeto

está designado por caracteres que no lo individualizan. Podrá ocurrir que una vez que ese objeto sea concretado en el acto de la prestación resulte ser un objeto único, insustituible por otro; aun así, si se designó por caracteres genéricos, la obligación fué genérica. Si un vendedor se compromete a proporcionar a un comprador un caballo árabe, pura sangre, de tres años, de pelo tordo, de cierta alzada..., la obligación es genérica, aunque, ciertamente, para el comprador que lo recibe ese caballo no va a ser una cosa genérica.

Si un joyero se compromete a vender un brillante que tenga un determinado número de quilates y resultara que de ese peso exacto no se conocía en el mundo más que el famoso Kohinoor de la Corona británica, no por eso podría decirse que el joyero se había comprometido a venderlo. Ni tampoco la eventual destrucción del Kohinoor podría ser alegada por el joyero como eximente de la obligación contraída, o de la responsabilidad por incumplimiento. Pues no fué aquél determinado, el brillante que se comprometió a vender.

Es que en la obligación genérica, en sentido propio, el objeto es ideal: no está designado por caracteres que lo concretan y determinan en su realidad, sino por notas conceptuales que circunscribirán más o menos estrechamente el ámbito de los objetos reales que podrán llenar aquellas características conceptuales, pero que no señalan directamente ningún objeto existente.

Ese es el sentido de la expresión de que el género no perece. El género es un "universal" al que pueden responder un indeterminado número de ejemplares existentes en la realidad. Y son éstos los que pueden extinguirse o desaparecer.

Dicho está también con ello algo que la doctrina clásica de Pandectas subrayó ya debidamente. El carácter genérico de la obligación se debe a la voluntad de las partes, a los términos en que han concebido y querido la obligación creada, y no depende, por tanto, de los caracteres intrínsecos que puedan tener los objetos reales capaces de satisfacer la obligación.

Y así, pasando a un ejemplo contrario, si yo compro *ese montón de trigo que hay ahí*, la cosa que yo compro podrá tener todos los caracteres de cosa perteneciente a un género, sustituible por otra indiscernible de ella, fungible en una palabra; pero la obligación contraída no será una obligación genérica. La cosa comprada es aquella cosa real y no otra cualquiera.

Si se me pidiera un criterio para contrastar la determinación, la realidad de la cosa objeto de la obligación, yo me atrevería a recurrir a uno, fundado en una distinción muy fecunda, que presenta cierto contacto con el concepto escotista de la *haecceitas*. En la obligación habrá una cosa concreta en vez de abstracta, determinada en vez de genérica, cuando de la cosa podamos decir que es ésta o ésa o aquélla. O cuando podamos decir que es la que está aquí, ahí o allí. En la *determinación de la cosa* que buscamos interviene una clase especial de conceptos. Son aquellos que Husserl definió como "ocasionales", y Ortega Gasset, acaso con más propiedad, como "circunstanciales", esto es, conceptos en cuyo mismo contenido hay una referencia a una circunstancia o situación concreta que por lo mismo no es, ella misma, conceptual, algo, pues, que está implicado en el concepto, pero *fuera de él*.

Acaso podamos ilustrar ese criterio con algún texto legal. Nuestro Código civil, como es sabido, equipara cosa "genérica" e "indeterminada" (artículos 1.096 y 1.167) a las que opone la cosa "determinada" (artículo 1.096). Como la obligación de entregar cosa determinada se extingue cuando aquella se pierde sin culpa del deudor (artículo 1.182), la doctrina deduce a contrario, que no se extingue la obligación de entregar cosa genérica o indeterminada. La argumentación es válida, pero deja de serlo si descuidadamente se transforma diciendo que la obligación subsiste cuando la cosa perdida o destruida es genérica o indeterminada. Pues lo que

ocurre es que de tal cosa no cabe pérdida o destrucción. No de cosa indeterminada: pues toda cosa que se pierde es determinadamente *aquella cosa* que se pierde. Lo que no estaría determinado es que aquella cosa fuera la que estaba en obligación; por lo mismo no le afecta a ésta. Y lo mismo se diga de la cosa genérica. No sólo por la equiparación antes citada entre indeterminada y genérica, sino porque no cabe propiamente pérdida de lo que no es real, sino abstracto. La tendencia a equiparar cosa fungible y cosa genérica (cuando la primera puede ser real y la segunda nunca lo es) da lugar a esas expresiones impropias. El artículo 1.452 del Código civil pudiera parecer un ejemplo de aquella confusión; pero es, a nuestro juicio, lo contrario, y encontramos en él una confirmación de la doctrina que venimos exponiendo. El comprador, con arreglo a él, corre con el riesgo de la cosa determinada en los términos del artículo 1.182. Y la regla (prescindiendo del caso de la mora, ajeno a nuestro tema) se aplica a la venta de cosas fungibles en dos casos: a) cuando se haya hecho "sin consideración a su peso, número o medida"; b) cuando "se hayan contado, pesado o medido". Y ante estos casos, al parecer opuestos, hay que preguntarse: ¿Qué tienen de común? ¿En qué coinciden el pesar de las cosas vendidas y el venderlas sin atención al peso? Tienen de común el referirse a cosas que se han determinado concretamente. Pues cuando las cosas se han contado, pesado o medido, las que están en obligación son ya aquellas que se pesaron, contaron o midieron. Y cuando la venta no pende de semejante operación, el supuesto implícito de la Ley es que de un modo u otro las cosas ya fueron concretamente determinadas en el contrato; que éstas ya entraron "aisladamente" en la obligación, como dice el Código civil, con un término acaso no muy propio, pero sí muy expresivo, de que concibe la cosa como concretamente *separada*.

¿Y qué casos son los que quedan fuera de la aplicación de la regla del artículo 1.452? Quedan fuera los de cosas que se venden a peso, número o medida y que todavía no se han pesado, contado o medido. Esto es, cuando se vende una cierta cantidad o un cierto número de cosas designadas abstractamente por su carácter genérico. En tal caso en obligación no hay cosas reales, porque ni se han aislado previamente ni todavía han sido objeto del acto de contar, pesar o medir, que las individualiza o concreta.

Esta noción de los conceptos circunstanciales nos permite descubrir la naturaleza híbrida del ente que se esconde bajo la denominación de *genus limitatum*. Cuando se vende, por ejemplo, una partida de vino de la cosecha de tal pago y de tal año, en la aparente obligación genérica se han introducido dos referencias circunstanciales, que delimitan el objeto de la obligación, no como un género abstracto, sino como un conjunto real de cosas que precisamente por ser existentes pueden destruirse y desaparecer. Análogo es el caso, de menos apariencia genérica, de la parte de un cargamento de un barco. La obligación que la tuviera por objeto se extinguiría por la pérdida del conjunto real, el cargamento, de que aquella formaba parte. Dos rasgos hay que subrayar que apartan esencialmente casos tales de la obligación genérica: a) el deudor puede dar la prueba positiva de la pérdida de los objetos que estaban potencialmente *in obligatione*; b) nada importa que existan otros objetos idénticos—incluso en poder del deudor—si se perdieron los que estaban determinados en la obligación. El llamado *genus limitatum* no designa una manera de género, como si dijéramos, más restringido que el corriente, sino un conjunto cuyo modo de ser es esencialmente distinto del género.

Veamos, tras estas consideraciones, el caso debatido en la sentencia de 2 de julio de 1948.

El negocio jurídico de que la cuestión arranca es uno muy frecuente en nuestra economía. Normalmente, los cosecheros de aceituna la llevan a moler a una fábrica, la cual extrae el aceite, que entrega a los cosecheros, percibiendo una cantidad de aquél en concepto de remuneración. O

bien se hace a maquila, detrayendo una parte alícuota de cada unidad de volumen de aceite producido, o bien al recibir la aceituna se establece la equivalencia del aceite que corresponde al cosechero.

Normalmente también, los cosecheros, en el momento de entregar la aceituna, reciben un vale por el aceite, y es frecuente que el cosechero que vende su aceite lo haga transfiriendo el vale y deje hasta la venta el aceite depositado en la fábrica. Ocurre, incluso, que a veces quedan sin retirar cantidades de aceite de un año para otro. En tales casos, y en concepto de alquiler de vasijas, los fabricantes depositarios cobran una pequeña cantidad anual por arroba de aceite. Finalmente, ocurre que en los depósitos y vasijas de la fábrica se mezclan los aceites de los distintos cosecheros e incluso de distintas cosechas.

Todos estos supuestos de hecho se dan en el caso que fué sometido a decisión del Tribunal Supremo, con la circunstancia (también normal) de que en los vales de aceite que los fabricantes entregaban a los cosecheros se hacía constar que no responderían de las pérdidas que tuvieran lugar por fuerza mayor.

Cuando estalló el Movimiento Nacional, la región olivarera más importante de España (zona de Jaén) quedó en poder de los rojos. En una forma u otra, con más o menos formalidades, los elementos del llamado Frente Popular se incautaron de las fábricas de aceite, excluyendo a los propietarios y administrando a su modo las fábricas mientras estuvieron en su poder. Terminada la guerra, frecuentemente ocurrió que por el pronto se hicieron cargo de las fábricas y de sus existencias los que se llamaron "Comités de Recuperación". Por lo que respecta al caso que exponemos, consta en autos que cuando el Frente Popular se incautó de la fábrica sus recipientes estaban llenos de aceite y que cuando el Comité de Recuperación la devolvió a los fabricantes dichos recipientes estaban vacíos.

Resultaba así que había cosecheros que teniendo vales de aceite de 1936 y algunos de 1935 se encontraban sin él. Sin embargo, por el momento ningún cosechero pensó en hacer a los fabricantes objeto de ninguna reclamación, pues parecía claro que si algunos cosecheros habían perdido lo que tenían depositado el año 1936, ello no era imputable a los fabricantes. Por añadidura, éstos no sólo habían perdido la parte de aceite que les pudiera corresponder, sino también los beneficios industriales de los años que la fábrica estuvo incautada.

Pero he aquí que el 13 de junio de 1944 se pronuncia la famosa sentencia, ya recordada, de la Sala Primera del Tribunal Supremo. La indudable naturaleza genérica de la obligación sobre que la sentencia versaba tenía como consecuencia ineludible el declarar subsistente la misma. El caso resuelto por la sentencia dicha tenía caracteres jurídicos esencialmente distintos del que nos ocupa, como ya el lector habrá podido apreciar. Pero entendido de otro modo por muchos profesionales del Derecho y por muchos Tribunales de instancia, dió lugar a un número creciente de reclamaciones en las que los cosecheros de aceite pedían el abono de sus vales por considerar que se trataba de una obligación genérica. Muchos de esos casos por su cuantía no pasaron de los Tribunales de instancia, pero el que examinamos (por demandar conjuntamente varios cosecheros) alcanzó la que le ha permitido llegar a conocimiento del Tribunal Supremo.

Lo mismo la sentencia del juez que la de la Audiencia estimaron que la obligación de los fabricantes de entregar a los cosecheros de aceituna el aceite elaborado con ésta, era una obligación genérica.

El juez trató de mostrar que no había en ella ninguno de los matices que, según la sentencia de 13 de julio de 1944, hubieran podido transformarla en específica. Así decía el Tribunal Supremo que en el contrato de compraventa de aceite que se le sometía no había "indicación de que la venta se hiciera refiriéndola a determinada procedencia o cosecha..." (La tesis del Supremo es clara: si se hubiera determinado la procedencia o

cosecha se habría circunscrito un ámbito de objetos reales que en efecto podían perecer, y pasada la guerra acaso hubiera cabido demostrar que de aquella cosecha no existía aceite; pero en el contrato no había determinación ni de espacio ni de tiempo; por consiguiente, subsistía la obligación.)

Pero en nuestro caso—dice el juez—“hay vales de diversas cosechas”; y piensa que esta pluralidad equivale a la indeterminación de que habla la sentencia del Supremo. Como si cada vale no fuera de una cosecha y de una molinenda determinada ¡Como si cada vale no respondiera al hecho real de que se había llevado efectivamente una cantidad de aceituna para extraer de ella un aceite que se encontraba en la fábrica!

El juez pensaba que “para que la obligación hubiera dejado de ser genérica por el hecho de que la mercancía se hallara localizada en cierto sitio, haría falta que hubiera habido un solo fabricante y un solo olivaretero..., pero no en el caso de autos, en que a la fábrica se llevó infinidad de aceituna por un número de olivareteros que produjo el aceite que quedaba confundido entre sí y con el que no habían retirado los cosecheros de los años anteriores, ignorándose el sitio que en la fábrica se hallaba el aceite correspondiente a cada uno de los actores...”. “El caso, pues—sigue diciendo el juez—es el mismo de la sentencia de 13 de junio de 1944: en ambos está determinado el lugar en que se hallaba la mercancía (Jaén en un caso y la fábrica en otro), pero no el sitio, que en el caso que nos presenta el Tribunal Supremo pudo ser cualquiera de los almacenes que tenía en nuestra capital el vendedor, y que en el caso de autos era indistinto dentro del edificio, puesto que no estaba individualizado el aceite correspondiente a cada uno de los demandantes en determinadas vasijas, por lo que llegamos a la conclusión de que no ha existido transformación de obligación genérica en específica.”

Obsérvese que el considerando parte de que el aceite estaba en la fábrica, confundido con el no retirado en años anteriores y sin que pudiera saberse en qué vasijas de la fábrica estuviera cada cual. Ahora bien, en la sentencia de 13 de junio de 1944 Jaén no era el sitio donde estaba la mercancía, sino el sitio donde se había de entregar una mercancía que se había designado por su peso, sin que fuera cuestión en el contrato de su real existencia en poder del vendedor en el momento de hacerlo. En cambio, en el caso que examinamos ahora, la fábrica era el sitio donde estaba el aceite, confundido el de unos cosecheros con el de otros, pero realmente existente allí. El hecho de esta mezcla no hace perder a los cosecheros la propiedad del aceite, ni transfiere la misma al depositario, en cuyas vasijas se encuentra. La situación producida, en efecto, es la prevista en los artículos 381 y 382 del Código civil. Ha tenido lugar una mezcla de cosas de igual especie, hecha de buena fe por el fabricante, mezcla, en fin de cuentas, prevista y aceptada por los cosecheros. En las cosas así mezcladas cada propietario adquiere un derecho proporcional a la parte que le corresponde. El aceite que se encuentra allí es, en la proporción que los vales expresan, propiedad de los distintos cosecheros. No hay indeterminación del objeto; estamos fuera del caso de las obligaciones genéricas.

Pero hay que reconocer que el error en que incurre la sentencia del juez tiene en su abono precedentes seculares.

Un famoso texto del Digesto (D., 19, 2, 31) plantea el siguiente caso: Varios habían mezclado su trigo en la nave de Saufeio; quien devuelve a uno de ellos trigo del común, naufragando después la nave. Y se empieza preguntando si los demás propietarios del trigo que se perdió en el naufragio podrán demandar por su parte proporcional sobre el que se devolvió, entablando la acción *oneris aversi*.

Se trata de un texto corrompido e interpolado. El negocio jurídico del caso era de los que hacían responder al obligado por toda pérdida o destrucción del objeto que no hubiera sido determinada por fuerza mayor. Como tal podía considerarse el naufragio, pero si había una parte del tri-

go que por acto del naviero se había detraído del cargamento y así sustraído a la pérdida, cabía preguntar si por este acto y sobre esa parte había acción contra él.

El caso se relacionaba así con la que se ha definido como responsabilidad por custodia, que era la que en el derecho clásico regía, muy probablemente, en contratos que constituían un *receptum*, y, ciertamente, en casos de comodato, de arrendamiento de obra, etc. Este tipo de responsabilidad, que no exigía existencia de culpa o negligencia, tenía sólidas razones de justificación en los tipos de negocio a que se aplicaba. Pero la tendencia que se acentúa en el derecho postclásico a generalizar la subjetividad de las nociones de culpa y negligencia, condujo a una serie de perturbadoras alteraciones de los textos clásicos.

Un ejemplo: De esas perturbaciones es el texto a que nos venimos refiriendo. Al parecer, el jurista contesta que, como el trigo se había hecho propiedad de Saufeio, éste pudo darlo y, por tanto, nada hay que reclamar contra él. Sólo que, si se había hecho propiedad de Saufeio, al perderse por naufragio, habría perecido para su dueño y la solución contraria, que el texto supone constituye una violación de los principios jurídicos más graves y flagrantes que la que al parecer se quiere salvar. Pero no termina aquí la anomalía. El texto pasa luego a considerar una hipótesis contraria a la que había constituido el punto de partida: Si el trigo de cada propietario se hubiera colocado separadamente por tablas o cestos, o en distintas vasijas, de modo que se pudiera conocer cuál era de cada uno, entonces no se podía haber hecho permutación, y el dueño del trigo que el naviero había entregado lo podría reivindicar.

No vamos a entrar aquí en el análisis de los problemas de crítica que el pasaje encierra. Lo que nos interesa ahora observar es que semejante inoportuna argumentación ha tenido tan largo eco que resuena todavía en la sentencia de primera instancia que comentamos. Ignorándose el sitio que en la fábrica se hallaba el aceite correspondiente a cada uno de los actores, ya que para que tal cosa hubiera ocurrido, sería preciso que se hubiese pesado o medido y colocado en envases diferentes... No estaba individualizado el aceite correspondiente a cada uno de los demandantes en determinadas vasijas."

El contrato en virtud del cual se llevaba la aceituna a la fábrica para su transformación en aceite era, como ha definido la sentencia del Tribunal Supremo, un arrendamiento de obra. En retribución de la obra, esto es, la elaboración del aceite, el fabricante recibía una cierta cantidad del aceite producido, forma de remuneración que conserva el carácter de precio cierto que exige el artículo 1.544 del Código civil, ya que también hay arrendamiento de obra en casos de hacerla por ajuste alzado (art. 1.593).

Pero ¿quién soportará el riesgo de pérdida o destrucción de la materia, por causa, se entiende, no imputable a culpa del laborante? Soporta el riesgo quien pone la materia. Quien no pone más que su trabajo e industria (que es el caso del fabricante del aceite) pierde el beneficio de su trabajo o industria, pero no responde de la pérdida del material. Así resulta del artículo 1.590, en relación con el 1.589 del Código civil. Y no hay que decir que el precepto se aplica sea o no fungible la materia.

Veamos qué ocurre con la nueva relación jurídica que sobreviene cuando el cosechero, en vez de retirar el aceite elaborado, prefiere dejarlo almacenado en la fábrica. En tal caso se le entregaba un vale en el que se hacía constar que el aceite quedaba en depósito y que el cosechero pagaría una determinada cantidad por alquiler de las vasijas en que se guardaba. La figura de esta relación jurídica sucesiva a la fabricación es claramente de depósito. Aparecen en ella la obligación de custodia y el poner un lugar para que las cosas estén. El pagar un precio por el alquiler de las vasijas confirma que los distintos cosecheros son copropietarios del aceite depositado en la fábrica. Si el aceite hubiera pasado a propiedad del fabricante, ¿cómo iba a cobrar al cosechero un alquiler por las vasijas?

Y tampoco respecto de cosa propia sería posible la obligación de depósito.

Así, pues, como depositario del aceite o como arrendador de vasijas, ¿cuál es la responsabilidad del fabricante? ¿Tendrá que asumir el riesgo de la cosa? No es esa la regla general de los artículos 1.094 y 1.105 del Código civil; el primero establece el grado de diligencia, el segundo excluye la responsabilidad por caso fortuito.

¿Cómo, pues, ha podido la sentencia del Juzgado, como también la de la Audiencia, soslayar la aplicación de esos preceptos al caso? Posiblemente es que una y otra sentencia suponen que no cabe propiamente relación de depósito cuando lo que se entrega es una cosa fungible que se puede confundir con otras. Es la creencia, errónea, de que la cosa fungible, al ser recibida por el depositario, pasa a propiedad del mismo, haciéndole por ello correr con el riesgo. O bien, la creencia de que si el depósito es de cosas fungibles, es un depósito irregular.

Pero lo que en cosas fungibles distingue el depósito del préstamo o transforma el depósito en préstamo es la autorización de hacer uso de las cosas depositadas. Es la antigua tesis de Ulpiano (y de Nerva, Próculo, etc., D. 12, 1, 99), y es la tesis del artículo 1.768 del Código c.vil. Lejos de que haya obstáculos legales para el depósito regular de cosa fungible, su posibilidad resulta expresamente del citado artículo y del 1.770.

La utilización de la cosa es, pues, lo que quita a la relación carácter de depósito (o lo que lo haría irregular), y eso por dos razones. La utilización de cosa fungible equivale normalmente a disposición de la misma; supone, pues, su apropiación. Pero además quien utiliza la cosa percibe su provecho y debe, por tanto, correr con su riesgo. Si la cosa depositada está en todo momento a disposición del deponente, poco importa que sea fungible, ni que se mezcle con otras, si los deponentes son varios, siempre que el depositario no tenga facultad de utilización. Si se siguiera la solución contraria se dificultarían gravemente actividades muy cuantiosas de la industria y del comercio. Ya hemos visto que era opuesto al texto legal y que sería inicuo en el orden económico que quien sólo pone su trabajo o industria en una elaboración hubiera de responder de la pérdida por fuerza mayor del material aportado por el dueño. No menos inicuo sería que en almacenes de depósito de granos, aceites o alcoholes, donde se mezclan los de diversos dueños, el depositario respondiera de las pérdidas por fuerza mayor. Sólo debería responder si el contrato lo previera así o si le autorizara a disponer de las mercancías o si resultare que de hecho traficaba con ellas. Entonces habría una figura de depósito irregular, conforme a la posibilidad que diseña el artículo 309 del Código de Comercio. Pero el hecho de que se confundan o mezclen las partidas de distintos titulares hace simplemente que nos encontremos ante un depósito colectivo, global o conjunto, que, no por eso, pierde su carácter de depósito regular.

Finalmente, en el caso que examinamos existía una cláusula contractual, consignada en los vales de aceite, que declaraba que el depositario no respondía de pérdidas por fuerza mayor.

A la luz de los criterios jurídicos expuestos, se comprende que esa cláusula no es más que una manifestación explícita de algo que es conforme a los preceptos legales aplicables a la relación contraída y conforme también a su naturaleza jurídica.

La sentencia de primera instancia rechazó la validez de la cláusula con dos argumentos especiosos. El primero, que el contrato era de fabricación y no de depósito y que el nombre que las partes dieron a la relación no importaba. Ya hemos visto que ni como fabricantes ni como depositarios, tenían que responder del riesgo, y que el juez incurrió en error al creer lo contrario. Ni el arrendamiento de obra, ni el depósito, ni el alquiler de vasijas obligan a responder de fuerza mayor. Ciertamente, importa poco el nombre que las partes den a la relación que contraen, pero es la naturaleza

de la relación la que exige de esa responsabilidad. Y la cláusula expresa (autorizada por el artículo 1.255 del Código civil) no consistía en dar un nombre u otro a la relación, sino en expresar claramente los límites de una responsabilidad.

El segundo argumento con que la sentencia de primera instancia rechazó la cláusula, más bien debió confirmarle su validez. Resulta que esa cláusula estaba impresa. Que figuraba en todos los vales. Que idénticas o análogas las había en otras fábricas de la región. Mas esto significa que la cláusula, no solamente era conforme a la ley y a la naturaleza del contrato, sino que también era conforme al uso (art. 1.258 del Código civil). Más aún, es una cláusula que si no hubiera estado expresa habría valido como implícita, conforme al artículo 1.105 del Código civil. Finalmente, cláusula con viejo abolengo en nuestro Derecho histórico: Partida 5.<sup>a</sup>, Ley 25.

La sentencia del Juzgado de Primera instancia que condenó a los fabricantes depositarios a la indemnización del precio del aceite fué confirmada por la Audiencia con un Considerando único, del siguiente tenor:

“Que se trata de obligación genérica y que al supuesto de autos son exactamente de aplicar los principios en que, partiendo de análogas bases de hecho, se inspira y que tan elevadamente desarrolla la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1944.”

No dijo más la sentencia de Segunda instancia. Ni examinó los problemas específicos de la relación contractual, ni el de la validez de la cláusula que eximía expresamente a los fabricantes de responsabilidad por fuerza mayor.

Por ese motivo hemos tenido que recoger y analizar los puntos de vista de la sentencia de Primera instancia sobre esos extremos, como en su día lo había de hacer el Supremo. El cual casó y anuló la sentencia recurrida, dictando en su lugar otra por la cual absolvió a los demandados de la reclamación del aceite o su valor; fundando su resolución en Considerandos cuya parte esencial reproducimos para coronar con ellos la presente nota:

CONSIDERANDOS.—Primero. Que es indiferente, a los efectos de este recurso, detenerse a examinar si el contrato celebrado entre las partes sobre molienda de aceituna y guarda del aceite producido es el contrato especial de fabricación o transformación que dice la sentencia del Juzgado, o el de tipo más general de arrendamiento de obra que pretende el motivo segundo del recurso, porque nuestro Código civil sólo los regula con este último nombre, por ser el género que comprende el de fabricación como una especie suya, y las particularidades propias de éste no influyen en la situación jurídica cuyas consecuencias se discuten en este pleito.

Segundo. Que los demandados y recurrentes o *locatores operis*, en cuya calificación han de coincidir ambas partes litigantes, si con arreglo a lo sentado en el Considerando anterior no se tienen por completamente distintos los dos tipos de contratos en que cada uno de ellos incluye al de autos, estaban obligados a conservar y entregar el aceite procedente de la molienda por efecto de una condición libre y válidamente adicionada al contrato de molturación, pues aunque los vales que servían de resguardo de su derecho a los aceituneros no son suficientemente expresivos sobre el origen del aceite, han reconocido las partes que aquél no tenía más que esa procedencia, y, por tanto, la obligación de los molineros no era devolver una cosa genérica, como lo demuestra que los cosecheros no se conformarían con la devolución de un saldo que por ser de distinta procedencia

tuviera otras calidades, aunque éstas no se expresan en esos vales, sino un aceite específico, si bien no estuviera concretado por la práctica constante de mezclar el de todos los que llevaban su aceituna a la misma almazara, cuya mezcla no constituía un depósito irregular porque no facultaba al depositario para su uso, ni permuta ni cambio de propiedad, que seguía atribuida a cada uno de los propietarios, y así lo revela el pago por éstos de una cantidad por depósito, custodia o almacenaje, y por lo mismo era para ellos el riesgo que corría el producto, a no ser que faltara la diligencia que exige el artículo 1.094 del Código civil; la que no consta que aquí se omitiera por el encargado de la guarda y custodia, y si la pérdida de parte de lo depositado podía suscitar dudas sobre el propietario que había de sufrirla, tales dudas no caben cuando se ha perdido totalmente el aceite que hubo en la almazara de autos por las contingencias de la guerra y las disposiciones de las autoridades para regular el abastecimiento antes de volver a hacerse cargo de su industria los recurrentes, y al no estimarlo así la Sala sentenciadora, comete la infracción que denuncia el motivo primero del recurso.

Tercero. Que no es de aplicación al presente caso la doctrina de la sentencia invocada de 13 de junio de 1944, porque en el de ésta se trataba de una compraventa de aceite que por no estar éste determinado, era cosa genérica, y ni siquiera estaba particularizado en el contrato por su localización, pues la mención del sitio de la facturación nada determina sobre el lugar de procedencia de la mercancía, y si el vendedor dió allí, por sí y sin previo acuerdo sobre este extremo con el comprador, orden a una sucursal de que reservase sus existencias para el contrato, este acto unilateral y de régimen interior del negocio de una de las partes no es la individualización por ambas del objeto del contrato, muy al contrario del caso actual, en que ese objeto estaba completamente concretado por los vales en relación con la práctica constante de que siguiera en depósito en el molino el aceite obtenido en él, y sólo esto.

Cuarto. Que además de las normas generales de los artículos 1.105 y 1.182 del Código civil, fundamento de la afirmación del Considerando segundo de esta sentencia, de que el riesgo que corría el aceite depositado era de cuenta de los propietarios, constaba en los vales, según afirman los demandados, sin contradicción por la parte contraria, por pacto libre y válidamente establecido por los contratantes, en uso de las facultades concedidas por el artículo 1.255 del Código civil, que el depositario no respondía de pérdidas por incendio, robo o fuerza mayor, como es la que determinó que la fábrica no tuviera existencias al reintegrarse a ella los recurrentes, y cuyo pacto, que debe observarse con el rigor que establece el artículo 1.091 del Código civil, exime totalmente a los demandados del cumplimiento de las obligaciones que se les reclama en este pleito, como se alega en el motivo tercero del recurso.

Alfonso GARCIA VALDECASAS  
*Catedrático de la Universidad y Abogado del I. C. de Madrid.*