

nal de Lima proceda a nueva audiencia con arreglo a ley; y los devolvieron.

Villa García.—Erásquin.—Osma.—Maguiña.—Granda.

Se publicó conforme a ley.

Benjamín Gandolfo.

Cuaderno No. 733—Año 1922.

Existiendo causa torpe respecto del que da y del que recibe, ninguno de los dos puede exigir la devolución de lo que hubiere dado, ni reclamar el cumplimiento de lo que hubiere ofrecido.

Recurso de nulidad interpuesto por doña Ana Tabarick en la causa que sigue con don Juan A. Barragán sobre nulidad de una enajenación de alhajas.—Procede de Lima.

DICTÁMEN FISCAL

Señor:

Don Juan A. Barragán, por medio de apoderado legalmente constituido, entabla demanda a fojas 4, que luego amplía a fojas 15 contra doña Ana Tabarick, para que se declare la nulidad de la

enajenación de las alhajas de que en detalle se ocupa en el primero de los citados escritos y que igualmente se declaren que pertenecen al demandante; ordenándose que le sean restituídas por el depositario que las conserva en su poder, refiriéndose la ampliación de la demanda a que ésta se extienda al recobro de lo indebidamente pagado, por aplicación de lo dispuesto por el artículo 2127 del Código Civil.

Sustanciada la acción por los trámites de orden, sin que se haya incurrido en omisión o vicio alguno, que anule lo actuado; se pronuncia a fojas 89 vuelta sentencia, contraria a dicha acción; de la que conociendo en grado el Superior respectivo, la revoca, diciéndose de nulidad de esta última.

Indudablemente que tanto los argumentos de hecho, como los de derecho en que se apoya el fallo revocatorio de vista, son de carácter legal inconvencibles. Pues sea que se exhiba la materia del litigio, bajo el aspecto de una donación, sea que se le repunte como convenio de enajenación, en uno u otro extremo, siempre resultaría palmaria la nulidad e invalidez del acto sustancial, que contiene el objeto de la presente controversia.

Nulo es, admitiéndose que la entrega de las alhajas, de que el escrito de demanda se ocupa, tenga el carácter de donación, por que faltaría para su subsistencia, la condición esencial de la escritura pública, que así exige el artículo 596 del Código Civil, como su concordante, el 407 del de procedimientos, en la misma materia. Y si al propio acto se le atribuye el carácter de convenio de enajenación; también adolecería de nulidad, por la muy sencilla razón de que resultaría celebrado sin causa ostensible, o más propiamente hablando, el serlo, con causa ilícita, según la calificación que

sobre el particular establecen los artículos 1253 y 1255 del primero de los citados Códigos.

El desarrollo de esta tesis, que es la planteada en la acción incoada a nombre de Barragán; está superabundantemente probada con los elementos que arrojan lo actuado y en especial el mérito que presta el juicio criminal que se instauró por gestión idéntica a la que motiva la presente acción civil y cuyo expediente obra como uno de los acompañados.

Por último la excepción de cosa juzgada y la improcedencia de la acción civil iniciada por la Tabarick, en su escrito de fojas 29 aparecen ambos puntos debidamente tratados por el fallo recurrido, en sus dos últimos considerandos. Y como cuanto acerca de ellos se expresa allí, es de la más estricta legalidad, el suscrito se refiere enteramente a lo que en los citados considerandos se expone, reproduciéndolos y haciéndolos suyos.

Es, basado en cuanto queda expuesto, que el Fiscal decide en pró de lo que el fallo de vista, corriente a fojas 98, resuelve. Y al efecto, opina que no hay nulidad en él.

Pudiendo en consecuencia, la Suprema Corte, declararlo así; salvo mejor acuerdo.

Lima, 28 de octubre de 1922.

GADDA.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 21 de noviembre de 1922.

Vistos: con lo expuesto por el señor Fiscal y

atendiendo a que la acción interpuesta por Juan A. Barragán contra Ana Tabarick tiene por objeto la restitución de las alhajas que el demandante compró para la demandada y entregó a ésta en el mes de marzo de 1920; a que de los propios términos de la demanda resulta que la liberalidad de Barragán tuvo causa ilícita respecto del mismo y de la Tabarick en el concepto definido en la última parte del artículo 1255 del Código Civil; a que no se trata de dar efecto a una obligación con causa ilícita, obligación que es nula con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1253, sino de destruir el efecto de una causa ilícita, restableciendo el estado anterior mediante la restitución, caso que no se halla previsto en el mencionado Código; a que, conforme al artículo noveno del título preliminar de ese cuerpo de leyes, los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia, debiendo resultar, en caso de falta, obscuridad o insuficiencia de las leyes, atendiendo a su espíritu, a disposiciones sobre casos análogos y a los principios generales del derecho; a que, desde la legislación romana es principio generalmente aceptado que, habiendo causa torpe, respecto del *solvens* y del *accipiens*, ninguno de los dos puede repetir lo que hubiere dado ni reclamar el cumplimiento de lo que se le hubiere ofrecido, "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*"; a que, de acuerdo con aquella legislación, la ley cincuenta y tres, título décimo cuarto, Partida quinta, dispuso que en los casos previstos, el varón no pudiese demandar lo que hubiere dado, "porque de la torpeza vino de la su parte tan solamente, por ende no los debe cobrar"; a que ese principio se halla incorporado expresamente en la legislación de algunos Estados de Europa y de América y contenido virtualmente en la de otros, por la armo-

nía de sus disposiciones y el sentido moral que las informa; a que la conveniencia pública y el decoro de los tribunales excluye la posibilidad de que se abra juicio sobre hechos torpes en fines distintos de la sanción que merezcan; y a que, en consecuencia, la acción de Barragán es improcedente y su demanda inadmisible: declararon haber nulidad en la sentencia recurrida de fojas noventa y ocho, su fecha dos de agosto último, reformándola y revocando la de primera instancia de fojas ochenta y nueve vuelta, su fecha veinte de diciembre de mil novecientos veintiuno, declararon que no ha lugar a la demanda; y los devolvieron.

Washburn.—Pérez.—Osma.—Granda.—Correa y Veyán.

Se publicó conforme a ley.

Benjamín Gandolfo.

Cuaderno No. 736—Año 1922.
