

Aunque el mútuo se simule depósito en el documento en que consta la obligación, no puede hacerse efectivo sino conforme á su naturaleza.

Recurso de nulidad interpuesto por don Tomás Antony en la causa que sigue con don Eduardo San Martín, sobre cantidad de libras.—De Lima.

Excmo. Señor:

Al reconocer el demandado don Tomás Antony el documento simple de fojas 1, lo hizo declarando por manera expresa, que aún cuando aparecía de sus términos, que el demandante don Eduardo San Martín le había entregado en depósito 55 libras, las había recibido en calidad de mútuo. Si en virtud de esa diligencia quedó revestido el documento de mérito ejecutivo, no ha podido aparejar otra obligación que la de mútuo, por el carácter indivisible del reconocimiento, según el texto del artículo 837 del Código de Enjuiciamientos Civil. Eso no obstante, la demanda se promovió y se tramitó en la vía ejecutiva, con arreglo al artículo 1192 del mismo Código, bajo el concepto de que la suma reclamada constituía, no un préstamo, sino un depósito. Desde ese punto de vista se ha pronunciado la sentencia de fojas 45 vuelta, que es materia del recurso pendiente.

La acción interpuesta carece de mérito ejecutivo para reclamar el depósito, porque el obligado negó el contenido del documento bajo ese respecto, y se produjo, en consecuencia, el caso pre-

visto en los artículos 834, inciso 3.º y 138, inciso 1.º del Código de Enjuiciamientos Civil. Está además, robustecida la verdad de la declaración negativa, por la del demandante, que al absolver posiciones á fojas 32 vuelta, dice que la obligación provino de un suplemento que le hizo á Antony por 3 días, y que no siendo pagado en ese plazo, recabó el documento con intervención de la sub-prefectura, que comprueba la diligencia testimonial de fojas 36. El mismo depósito real y efectivamente constituido, degenera en mútuo cuando se permite que el depositario lo use, según el artículo 1864 del Código Civil.

Por lo expuesto, cree el Fiscal que se ha desnaturalizado la causa procediéndose ejecutivamente á hacer efectiva la restitución de un supuesto depósito, y opina por que se declare la nulidad del fallo de vista de fojas 50 vuelta, incurso en el caso previsto en el artículo 1649, inciso 8.º del Código de Enjuiciamientos Civil, y se reponga el juicio al estado de proveerse la demanda con arreglo á derecho.

Lima, 26 de setiembre de 1910.

CAVERO.

Lima, 10 de octubre de 1910.

Vistos: de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal; y considerando: que la oposición se funda en la naturaleza de la obligación, contenida en el documento de fojas 1; que en las posiciones de fojas 32, confiesa don Eduardo San Martín que las 55 libras se las entregó al deman-

dado en calidad de suplemento, por 3 días, ó sea en préstamo; y que estando probada así la verdad de la oposición, debe procederse con arreglo á lo dispuesto en la ley, sobre juicio ejecutivo: declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 50 vuelta, su fecha 20 de agosto último, confirmatoria de la de primera instancia de fojas 45 vuelta, su fecha 18 de diciembre del año próximo pasado, que manda llevar adelante el auto de entrega de fojas 18; reformando la primera y revocando la segunda, declararon fundada la expresada oposición de fojas 19, y en consecuencia mandaron se proceda con arreglo á la ley citada; y los devolvieron.

Espinosa.—Ortiz de Zevallos.—Leon.—Almenara.—Barreto.

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas.

Cuaderno N.º 537.—Año 1910.
