

*Lima, Junio veinte y siete de mil
ochocientos setenta y uno.*

Visros: de conformidad con lo expuesto por el señor Fiscal y por los fundamentos que aduce y se reproducen; declararon haber nulidad en el auto pronunciado en veintiuno de abril último por la Iltna. Corte Superior del Departamento de Junín á fojas ochenta y ocho vuelta, que declara sin lugar el abandono solicitado por don José Manuel y don Manuel Jesús Marticorena; y, reformándolo, declararon abandonada la segunda instancia; y los devolvieron.

*G. Sánchez.—Cossio.—Alvarez.—Mañoz.—Viddurre.—
Arenas — Oviedo.*

Se publicó conforme á la ley, de que certifico.

Manuel L. Castellanos.

Cantidad de soles

Excmo. señor:

D. Pedro Guinassi, por su escrito de fojas 2, demanda á la casa de comercio de Fletcher y Cía. la devolución de dos mil pesos que asegura colocó en depósito en dicha casa. Esta confiesa el hecho de haber recibido del actor los expresados dos mil pesos; pero niega la obligación de devolverlos, alegando que Guinassi, al entregárselos, lo hizo con el objeto de que se aplicasen 1600 pesos á cuenta de una letra que solicitó á su favor y contra una casa europea, y que los otros mil pesos, se aplicasen á la cuenta corriente que, con la casa demandada, tenía doña Ra-

faela Z. de Morán, madre política de Guinassi. Guinassi niega que haya autorizado á la casa para que aplique mil pesos á la cuenta de la mencionada señora; y en cuanto á los otros mil, asevera que no han podido aplicarlos á pago alguno, porque no dió tal orden, ni tenía deuda pendiente.

En primera instancia discordaron los dos jueces ordinarios que asesoraban á la Diputación de Comercio. El doctor Cornejo opinó, á fojas 95, cuaderno 1º, por la devolución de los dos mil pesos depositados; sin lugar la pena del duplo, ni reparación de daños, y salvo el derecho de Fletcher y Cía. á recobrar los mil pesos que éstos le aplicaron sin autorización alguna. El doctor Sánchez, á fojas 90, cuaderno id., opinó que mil pesos se hallaban bien aplicados al pago de la letra de cinco mil, tomada sobre Europa; pero no los otros mil pesos á la cuenta de la señora de Morán, los cuales debían ser devueltos con sus réditos á Guinassi, salvo el derecho de recobrarlos Fletcher y Cía. de la expresada señora.

La Diputación de Comercio de Arequipa falló á fojas 101 vta., cuaderno id., conformándose con el dictámen del doctor Sánchez; y en 15 de Abril de 1871, el Tribunal de Alzadas de aquel distrito, en discordia y por mayoría de votos, confirmó á fojas 28, cuaderno 2º la sentencia apelada.

La casa de Fletcher y Cía aparece consintiendo esta sentencia confirmatoria, en la que se le condena á devolver la mitad de los dos mil pesos depositados; pero Guinassi ha interpuesto recurso de nulidad en la parte que se dá por bien aplicada la otra mitad al pago de la letra sobre Europa; y solicitada la devolución de todo el depósito con el duplo y reparación que expresó en su alegato de bien probado.

No habiendo sido objeto de la demanda ó de ampliación oportuna la pena del duplo ni la reparación de daños, solo es necesario contraerse á la cuestión principal.

Lo primero que se nota en cuanto á ella es que, estando conformes los jueces inferiores y superiores y la casa de Fletcher y Cía en que no hay prueba acerca de la autorización de Guinassi para hacer las aplicaciones de los

dos mil pesos que entregó, y en cuya virtud está ejecutoriado, que se le deben devolver los mil pesos indebidamente aplicados á la cuenta de la señora de Morán; se haya, sin embargo, considerado justa la aplicación que de los otros mil pesos hizo la casa desautorizada al pago de la letra tomada sobre Europa.

Para salvar la contradicción que resulta, se ha ocurrido á establecer que Guinassi era deudor de mil pesos por la letra sobre Europa; pero no se ha acreditado que la casa de Fletcher tuviese la facultad de aplicar el dinero que recibía en depósito á la solución de deudas aun en el supuesto de que fuese acreedora.

Si ha habido justicia en desconocer la aplicación de mil pesos á la cuenta de la señora de Morán, eso mismo demuestra que es injusto favorecer la aplicación de los tres mil á la letra sobre Europa; porque los dos mil pesos se entregaron en un solo acto en un vale sin autorización alguna, y, lo que es más, en calidad de depósito.

Como depósito, demandó su devolución Guinassi á f. 2, cuaderno 1º; y está plenamente probado el depósito, con la misma cuenta de f. 4 presentada por los demandados, pues allí se expresa que es de las cantidades recibidas y entregadas por cuenta de dinero en depósito en nuestra casa. En la contestación de f. 5 dijeron también que recibieron los dos mil pesos de que se habla en la demanda; y en la confesión formal de f. 10 aseguraron igualmente "que la casa recibió de Guinassi un vale de dos mil pesos; pero á cargo de Castresana y fué pagado."

Entregada por Guinassi y recibida por Fletcher y C^a esa cantidad en cuenta de depósito, la demanda debía ser atendida y el depósito devuelto conforme al inc. 4º art. 1857 del C. C. El art. 1868 ha fijado los únicos cinco casos en que puede rehusarse la devolución. Fuera de ellos, el art. 1847 prescribe sea condenado el depositario, aun en las costas, daños y perjuicios.

El título de acreedor no excusa de cumplir con su obligación al depositario; porque no se encuentra ese caso entre los únicos señalados por la ley; y porque, aunque alegase propiedad, no estándole declarada judicial-

mente, no puede ser retenido el depósito según el art. 1876, ni aun con el pretexto de justificar ó estar justificada esa propiedad. Se desnaturalizaría el depósito, si una de sus principales garantías, no fuese su inmediata devolución, cualesquiera que sean las otras acciones del depositario, quien podrá usar de ellas en cuerda separada.

La razón fundamental en que se apoya la sentencia confirmatoria, es que Guinassi debía mil pesos por resto de la letra que tomó sobre Europa y que, á pagarlos, se aplicó la mitad de los dos mil pesos depositados; porque no podía sostenerse que Guinassi hubiese autorizado esa aplicación parcial, desde que, constituido el depósito en un solo acto, y de una sola cantidad, se condenaba como desautorizada la aplicación de la otra parte del depósito á la cuenta de la señora de Morán.

Aunque esta excepción de haber aplicado en pago la mitad del depósito, no puede debilitar la eficacia de la acción del depositante, preciso es conocer el mérito de las pruebas y razones que se refieren á este punto.

Presentada por Fletcher y Cía. la cuenta de fojas 4 en contestación á la demanda; Guinassi tachó esa cuenta en la omisión que notaba de una partida de mil pesos en su *haber*, y expresó que esos mil pesos omitidos fueron entregados en una letra que, á cargo de Fletcher y Cía., jiró don Antonio Rivero á favor de don Juan B. Bacigalupo, quien la endosó á Guinassi. Esta entrega se data en 21 de Junio de 1868 en la cuenta de fojas 41 que Guinassi presentó conforme á sus libros.

Fletcher y Cía. aseguran que esa partida de los mil pesos en la letra de Bacigalupo, es aquella que, en la cuenta que presentaron según sus libros á fs. 4, aparece sentada en 27 del citado Junio.

Examinadas las pruebas y razones legales de una y otra parte, este Ministerio considera:

Que, alegándose por Guinassi que los mil pesos del 27 de Junio constituyen una partida distinta que fué entregada en dinero, como lo expresa su cuenta de fojas 41; y hallándose sentada esa partida en la cuenta de Fletcher y Cía. á fojas 4, con la expresión de ser también dinero

recibido; resulta de esta conformidad una prueba contra Fletcher y Cía que son los que dicen, para contrariar esa conformidad, que la entrega en esa fecha 27, fué en la letra de Bacigalupo y no en dinero.

Que, datándose por Guinassi en 21 de Junio la entrega de los mil pesos en la letra de Bacigalupo (cuenta de f. 41); y no apareciendo en la cuenta de Fletcher y Cía á f. 14, ninguna partida en esa fecha ni tampoco en otra que á esa letra se refiera, sólo hay para tener evidencia de la verdad una prueba concluyente, y es la misma letra que contiene la fecha de su cancelación:

Que, habiendo pasado la letra cancelada á poder de Fletcher y Cía, esta casa, según el art. 47 del Código de Comercio, es responsable de ella hasta que liquide sus negocios:

Que, aunque Fletcher y Cía, para excusar su responsabilidad, negándose á presentar la letra, suponen á f. 53 que se encontraba en la carpeta del cajero Bedoya y que se perdió esa carpeta en el terremoto del 13 de Agosto; en contrario aparece que ese cajero ignora tal pérdida (á la sexta pregunta, f. 39 vta.); que él entregó la caja antes del cataclismo f. 51), y que ni aun verosímil es que en 13 de agosto se perdiese con la carpeta del que ya no era cajero una letra de cambio cancelada y archivada y archivada á fines de Junio:

Que, estando los libros de Guinassi llevados en debida forma, y (f. 51), suponiendo con igual regularidad los de Fletcher y Cía, debe prescindirse de unos y otros conforme al art. 45 del Código de Comercio, por ser contradictoria la prueba que de ellos resulta:

Que, no pueden ser excluidos de la disposición de este artículo 45 los libros de Guinassi, para dar valor á los de Fletcher y Cía reputándolos únicos en la controversia; porque dicho artículo comprende, sin distinción alguna, los libros de las partes que litigan, con tal que estén llevados en debida forma:

Que tampoco puede obligarse á Guinassi á pasar por todos los asientos tales como se hallen en los libros de la casa demandada; porque á ello está sujeto únicamente el adversario que adopta ese medio de prueba, según el art.

43, y no ha sido el demandante quien ha intentado de probar su derecho; sino la casa de Fletcher y C^a en su escrito de f. 52, para apoyar su cuenta de f. 4:

Que, habiendo entre ambas cuentas conformidad con la partida de mil pesos entregados en dinero con fecha 27 de Junio, y estando confesado por Fletcher y C^a que recibieron cancelada por Guinassi la letra que endosó Basigalupo, ellos son responsables del valor de esa letra, y con mayor razón desde que no la presentan para justificar con la fecha de su cancelación que no les fué entregada el 21 sino el 27, y que hay error en aquella conformidad que manifiestan las cuentas de f. 4 y 41 acerca de la entrega en dinero el 27 de Junio.

De todo lo expuesto concluye el Fiscal: que la casa demandada de Fletcher y C^a está obligada y debe pagar á Guinassi los mil pesos, mitad del depósito que de éste recibió, y cuya aplicación á la cuenta de la letra sobre Europa no fué autorizada por el depositante ni había deuda pendiente que satisfacer, pues la cuenta de esa letra resulta sin saldo.

Siendo, pues, contraria á las pruebas producidas y á las leyes citadas la sentencia de vista de f. 28, cuaderno 2º, en la parte que declara hallarse bien aplicados mil pesos á la cuenta de la letra sobre Europa; hay nulidad conforme á los artículos 1647 y 1733 del C. de Comercio; y puede servirse V. E. declararla, resolviendo que la casa de Fletcher y C^a devuelva á Guinassi los dichos mil pesos con intereses devengados desde la contestación á la demanda.

Lima, á 3 de Julio de 1872.

URETA.

*Lima, Julio nueve de mil
ochocientos setenta y dos.*

Visros; con lo expuesto por el señor Fiscal: declararon no haber nulidad en la sentencia de vista pronunciada en quince de Abril de mil ochocientos setenta y uno por el Superior Tribunal de Alzadas de Arequipa, confirmatoria de la de primera instancia de fojas ciento cuatro vta., cuaderno primero, por la que se resuelve que se hallan bien aplicados mil pesos del vale de Castresana en pago de la letra de cinco mil pesos, que la casa de Fletcher dió á don Pedro Guinassi; y que dicha casa debe devolver los otros mil pesos á Guinassi con sus réditos, salvo su derecho para que le sean abonados por doña Rafaela Zerezedá de Morán en la vía y forma que convenga; y los devolvieron.

*Cossio.—G. Sánchez.—Ribeyro.—Muñoz.—Vidaurre.—
Oviedo.—Cisneros.*

Se publicó conforme á la ley, habiendo sido el voto del señor G. Sánchez por la nulidad de que certifico.

Manuel L. Castellanos.

La enemistad capital del enjuiciado con el cuñado del juez constituye causa legítima de excusa.

Excmo. señor:

En el juicio criminal que se sigue contra el sargento mayor Carlos Varea, por robo y homicidio, se excusó de conocer el juez de primera instancia de Payta, en cuyo territorio se cometieron los delitos; porque, según provi-