

Mutuo encubierto bajo el nombre de depósito

Recurso de nulidad interpuesto por don Federico L. Zentner, en el juicio que sigue con don Gabriel Saco, sobre devolución de un depósito.—Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

El recurso de nulidad interpuesto por don Federico Zentner de la sentencia de vista que revoca en lo sustancial la de primera instancia, tiene por fundamento, no el que se haya desconocido el derecho de exigir la devolución de la suma de que le es responsable don Gabriel Saco, sino la calificación que en ella se ha dado al contrato que apareja la responsabilidad del deudor.

Para decidir si en esa sentencia se ha infringido los preceptos de la ley sustantiva, en orden al carácter y efecto de los contratos, es necesario hacer un breve resumen de los antecedentes y hechos que se haya logrado probar en el juicio.

Consentido está por ambos litigantes que don Gabriel Saco se constituyó deudor de don Federico Zentner por la suma de 4200 soles plata, por documento privado de 1º de Mayo de 1886 a título de mutuo, reconociendo el deudor un interés de 10 % anual a favor de su acreedor. Igualmente resulta de la propia declaración del demandante y de las de los testigos cuyo

examen solicitó, que, no pudiendo pagar Saco en el plazo convenido, se otorgó por éste el documento de fojas 1, en defecto de la garantía en favor del acreedor que tampoco se pudo obtener.

La disidencia entre las sentencias de primera y segunda instancias, radica, por lo tanto, y solamente, en la calificación del documento de fojas 1 y del contrato que contiene, llamándolo la primera depósito, y la segunda simple obligación de mutuo, que es diferencia capital para los efectos propios de cada uno de esos contratos, particularmente en lo relativo al modo de ejecución de las obligaciones respectivas.

A juicio del infrascrito, la sentencia de vista ha calificado debidamente el contrato materia del juicio, así en términos de ley, como en los de doctrina.

Establece el artículo 1845 del Código Civil, que depósito es un contrato real, por el que una persona recibe de otra, alguna cosa, para custodiarla, obligándose a devolverla, cuando la pida el depositante.

La definición legal contiene los caracteres propios del contrato definido; de donde se deduce que la consignada en el artículo 1845 del Código Civil exige, para que haya depósito, dos elementos capitales: la cosa cierta que se entrega para ser devuelta en especie, y no genéricamente, y el fin del contrato, que es confiar simplemente la custodia o guarda de ella al depositario.

Considera el adjunto que ninguna de estas circunstancias concurren en la obligación, cuyo título escrito existe a fojas 1.

La existencia de cuerpo cierto, es indispensable, desde luego, tratándose de un contrato real, y

no puede decirse que haya existido en el caso actual para constituir el depósito en el momento en que se extendió el documento referido.

Se ha alegado, es verdad, por el demandante, que estando a lo dispuesto en el artículo 1846 del Código citado, la tradición de la cosa objeto del depósito puede ser presunta, cuando el depositario tiene de antemano en su poder y por otro título diverso la cosa depositada.

Sin desconocer la fuerza de tal estatuto y su conformidad con el principio teórico adoptado por lo común sobre la materia, el adjunto cree que su aplicación es incongruente en el caso discutido, porque la obligación procedente del depósito supone la tradición real de la cosa, o la tradición ficta, derivada del hecho de tener el depositario la cosa por un título anterior. Pero en todo caso la existencia *actual* de la cosa en poder del obligado es condición fundamental para constituir el depósito. De otro modo la ficción recaerá no ya sobre la tradición, sino sobre el contrato mismo, que es lo que sucede en el caso presente.

Y sucede así, porque el deudor Saco no tenía en su poder el dinero entregado antes por Zentner a título de mutuo, y que aquél, precisamente por no tenerlo, no podía devolver en su plazo. Saco, por lo demás, pudo disponer de ese dinero, precisamente porque habiéndole recibido a mutuo, lo hizo suyo, a cargo de devolver suma igual en el plazo convenido; pero no ciertamente las mismas monedas, individualmente, como las recibió.

En definitiva, el otorgamiento del documento de fojas 1 no tuvo otra significación ni objeto que el apremio al deudor, accidentalmente insolvente, por la amenaza del procedimiento coactivo, pero en verdad no constituye depósito.

“Cuando un contrato existe, y se le agrega una convención que puede tomar el nombre de otro contrato, se debe tomar esa convención como una confirmación de lo que antes se hizo “y no como un nuevo contrato”.

(Troglong--Depósito pág. 20 N° 25).

Según esta doctrina, que no admite contradicción, la convención sobre depósito no fué sino adicional y accesoria del mutuo, que fué la obligación primitiva y continuó siéndolo. Así está declarado en el hecho por el demandante, que reconoce que buscaba realmente una garantía efectiva contra el deudor; pero la garantía no puede absorber el contrato principal, ni prestarle su título ni efectos.

El segundo elemento constitutivo del contrato de depósito, es que tenga por fin directo y principal la guarda o cuidado de la cosa por parte del depositario.

Sobre este punto no hay muchas dudas que resolver en la presente contención. El origen de la obligación de Saco fué un mutuo, cuyo efecto fué el hacer suyo el dinero prestado, que recibió a cargo de devolver suma igual. Solamente de un modo ficticio se estableció como depósito, un contrato cuyo efecto directo no fué jamás el confiarle al deudor la guarda de la suma prestada. El adjunto se refiere sobre el particular a lo que ha expuesto yá, agregando solamente que cualquiera que sea la forma de la tradición, ella no asegura al contrato el carácter de depósito, sino cuando tiene por fin principal la guarda de la cosa; si la tradición ha tenido otro fin, hay otro contrato; en el caso actual es un préstamo, como lo fué desde su origen. *Uniuscujusque contractus initium spectandum et causa.*

En consecuencia, cree el adjunto inaplicables

las disposiciones relativas a la novación; pues ésta no ha existido en realidad donde no se mudó la causa de deber, que se conservó real y legalmente la misma. Habría sucedido otro tanto si igual contrato se hubiera celebrado sobre un objeto dado en comodato, porque según la naturaleza de éste, la cosa no se hace propiedad del comodatario, que, por lo tanto, la tiene o se presume que la tiene a disposición del dueño y hace posible la tradición presunta.

Por las precedentes consideraciones, el adjunto opina que V. E. puede declarar que no hay nulidad en la sentencia de vista, salvo más ilustrado parecer, reintegrándose.

Lima, junio 5 de 1888.

RIBEYRO.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, julio 17 de 1888.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal: declararon no haber nulidad en el auto de vista de fojas ciento diez y ocho vuelta, su fecha tres de Mayo próximo pasado, que revoca el de primera instancia de fojas ciento nueve, y declara que el pago debe hacerse efectivo por medio del embargo y remate

de bienes del deudor; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Sánchez—Muñoz—Chacaltana—Alvarez—Loayza—Guzman—Galindo.

Se publicó conforme a ley, siendo el voto de los señores Chacaltana y Alvarez porque hay nulidad y por la confirmación de la resolución de primera instancia; de que certifico.

Juan E. Lama.

Cuderno No. 143—Año 1888.

11

La falsedad atribuida a un acto de confesión judicial, no dá lugar al enjuiciamiento por perjurio o falso testimonio.

Recurso de nulidad interpuesto por don José M. Guevara en el juicio que sigue contra Niccnor Serna, por perjurio.—Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Excmo Señor:

Las consideraciones en que se funda el dictamen fiscal de fojas 12 vta. que ha servido de base al auto de vista revocatorio de fojas 13, ca-