

**El depósito sujeto a plazo se rige por las leyes del mútuo**

---

*Recurso de nulidad interpuesto por doña Alegría Palacios, en la causa que sigue con el Coronel don Ernesto Lacombe, sobre entrega de un depósito.—Procede de Lima.*

---

**DICTAMEN FISCAL**

Excmo. señor:

La excepción de demanda inepta, propuesta por el Coronel Lacombe, se funda en que se trata de un mútuo y no de un depósito, y que, por lo tanto, no procede la vía coactiva empleada por su colitigante, sino simplemente la ejecutiva.

El juez de primera instancia declaró sin lugar la excepción; y la Ilustrísima Corte Superior de este Distrito, revocando el apelado, manda se expida el correspondiente auto de solvendo. Contra este auto se ha interpuesto el extraordinario recurso de nulidad de que va a conocer V.E.

Por la escritura pública, que en testimonio obra a fojas 1, consta que el Coronel Lacombe recibió de doña Alegría Palacios, a ley de depósito, la suma de 1,560 soles, escritura que, por haberse otorgado con todas las formalidades que el derecho exige, hace fé en juicio y constituye prueba plena en concepto del artículo 800

del Código de Enjuiciamientos en materia Civil. Esta escritura no pierde absolutamente su eficacia por la simple aseveración que hace el Coronel Lacombe de que el dinero lo recibió a mútuo y no en calidad de depósito; porque harto sabido es que «la nulidad deducida no suspende los efectos del instrumento», conforme a la disposición contenida en el artículo 792 del Código de Enjuiciamientos.

La Ilustrísima Corte Superior de Lima se funda, para revocar el apelado, en que la acción de depósito solo procede cuando ha existido la tradición real de la cosa depositada, cuyo hecho debe hacerse constar mediante la fé de entrega puesta por el escribano, constancia que no existe en la escritura que sirve de recaudo a la demanda.

Semejante teoría es insostenible, Excelentísimo Señor.

La ley no exige, para la validez y seguridad de la escritura, la fé de entrega puesta en ella por el Notario ante quien se otorga, de modo que la omisión de semejante circunstancia, notada por el Superior Tribunal, carece de importancia. El Código de Enjuiciamientos determina con prolijidad en sus artículos 735 y siguientes, los requisitos que deben reunir las escrituras públicas para su validez, y no incluye entre ellos la fé de entrega puesta por los escribanos en los contratos de depósito.

Si la fé de entrega es una formalidad indispensable para la constitución del depósito, hay que llegar forzosamente a la conclusión de que este contrato no puede celebrarse sino por escritura pública, lo cual es contrario al artículo 1855 del Código Civil.

La tradición o entrega de la cosa es en realidad un elemento constitutivo del depósito, como que es contrato real; pero de esto no se deduce que la fé de entrega puesta por el escribano, sea el único modo de acreditar que tal tradición se ha verificado. Ya se ha dicho que la ley no exige este requisito; que los instrumentos otorgados legalmente hacen plena prueba en juicio, y que la simple deducción de nulidad no suspende los efectos del instrumento. Artículos 735, 792 y 800 del Código de Enjuiciamientos.

El mútuo es igualmente contrato real, o, lo que es lo mismo, está constituido por la entrega o tradición de la cosa mutuada, de manera que, según la teoría de la Ilustrísima Corte Superior de Lima, la escritura de fojas 1 no contiene tampoco un contrato de mútuo, supuesto que carece de la constancia o fé de entrega del escribano.

La fé de entrega es un requisito que la ley exige únicamente en las escrituras públicas por las que se constituye una dote. Artículo 991 del Código Civil.

Posible es, Excmo. Señor, que el Coronel Lacombe haya suscrito la escritura en el concepto de que celebraba un contrato de mútuo; pero de aquí lo único que se deduce es que está expedito su derecho para que se declare en vía ordinaria la falsedad del instrumento.

Mientras no se haga esa declaratoria en juicio lato, el instrumento tiene que hacer fé en juicio y constituir prueba plena.

En mérito de las precedentes consideraciones, fundadas en preceptos explícitos del derecho, el Ministerio Fiscal es de sentir que hay nulidad en el auto de vista de fojas 30, y que V. E., reformándolo, debe confirmar el de primera instancia de fojas 27, por el que se declara sin lu-

gar la excepción de naturaleza del juicio propuesta por el Coronel Lacombe.

Lima, 30 de octubre de 1892.

ALBARRACÍN.

---

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 29 de mayo de 1893.

Vistos; con lo expuesto por el Ministerio Fiscal; y considerando: que según el artículo 1,845 del Código Civil es esencial en el contrato de depósito, que la cosa depositada se devuelva al depositante cuando él la reclame: que contra tal disposición, y según la escritura cuyo testimonio corre a fojas 1, se pactó un plazo de once meses para que el Coronel don Ernesto Lacombe devolviese la suma que había recibido, lo cual demuestra que se le dió autorizaciación para disponer de dicha suma durante aquel plazo, limitándose así el derecho de la dueño del dinero e imprimiéndose al contrato el carácter de mútuo; por tales fundamentos: declararon no haber nulidad en el auto de vista de fojas 30, su fecha setiembre 13 del año próximo pasado, que revocando el de primera instancia de fojas 27, su fecha 22 de agosto último, manda se libre el correspondiente auto de solvendo; y los devolvieron.

*Loayza — Espinosa — Corzo — Elmore — Lama.*

Se publicó conforme a ley, de que certifico.

LUIS DELUCCHI.

Cuaderno N° 542.—Año 1892.