

ría, o que el depositario dejó de tomar las medidas de seguridad necesarias respecto de la cosa depositada; y estando a lo dispuesto en el inciso quinto artículo 1857 del Código Civil; nuestro voto es porque se declare haber nulidad en la sentencia de vista, confirmatoria de la de primera instancia; y reformando esta, y revocando aquella, se declare que don Juan Solari está obligado a devolver a don Juan Bernardini, en soles de plata, el equivalente de los billetes retenidos, según el valor que éstos tenían, en su relación con la plata, en la fecha en que el demandado ofreció restituir el depósito, según su recurso de fojas 45, de que certifico.

LUIS DELUCCHI.

Cuaderno N^o. 891.—Año 1890.

76

La obligación de los deudores de los Bancos Hipotecarios, no se extingue con cédulas, y son de su cargo los intereses penales.

Recurso de nulidad interpuesto por el Banco Territorial Hipotecario, en la causa que sigue con don José Lorenzo Aedo, sobre cantidad de soles.—Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. señor:

Por el recurso de nulidad interpuesto por el doctor don Emilio Forero, como cesionario del Banco Territorial Hipotecario, en la causa segui-

da contra don José Lorenzo Aedo, y hoy contra los herederos de éste, ha venido esta causa a conocimiento de V. E., para que, si lo estima justo, se sirva declarar que hay nulidad en los puntos designadas en el indicado recurso.

Interpuesta a fojas 20 del cuaderdo primero, demanda por el Banco, ante el juez chileno, para que Aedo pagara 10,930 soles 62 centavos de plata, o certificados del Banco, incluyéndose en esta suma, además de los trimestres vencidos, el interés penal y el seguro, Aedo consignó, en diversas formas, 8,940 soles billetes, negándose a pagar los intereses penales, y negando así mismo el derecho del Banco a exigir, en plata o en cupones, el pago de los trimestres vencidos. Continuó el juicio, nombrándose árbitros, como se estilaba durante la ocupación, y antes de llegar al fallo, entró a funcionar la justicia nacional.

Fundándose el Banco en que habían desaparecido los jueces nombrados durante la ocupación, entabló de nuevo su demanda, el 9 de diciembre de 1883, por doce trimestres vencidos, que ascendían a S. 11,955, los que unidos a los intereses penales, formaban la suma de 16,655 soles 71 centavos de plata, y, además, los seguros pagados. Exigió el Banco que esta deuda se le abonase en moneda metálica, o en valores del Banco que éste recibiría por su valor nominal. Explicaba antes, que esos valores eran sus propias cédulas, y los certificados que había emitido por los cupones de intereses de los mismos.

Opúsose Aedo a esta nueva tramitación, y como durante el arbitraje, se había expedido un auto mandando recibir la causa a aprueba por 9 días comunes y prorrogables, del cual auto se

apeló, V. E. declaró nulo todo lo fecho y actuado, ordenando que se resolviera la apelación pendiente. El superior confirmó el apelado, y la causa se recibió a prueba el 25 de julio de 1884.

Desde entonces hasta ahora, se viene siguiendo este juicio con el Banco Territorial Hipotecario, primero, y con el doctor Emilio Forero, después, como cesionario de los derechos de aquel. A vuelta de diversos incidentes, se ha sentenciado, en primera instancia, el 21 de noviembre de 1888 a fojas 138 vuelta, resolviéndose: 1º que Aedo no ha cancelado la deuda con las consignaciones hechas: 2º que debe pagar en metálico los trimestres pendientes, apreciándose el valor de las cédulas, en las fechas de los contratos: 3º que debe pagar el seguro; y 4º que no debe los intereses penales.

Solicitó el señor Aedo por vía de modificación, que el metálico no se apreciara según el valor que tenían las cédulas en las fechas de los contratos (1872 y 1873), sino en las de los vencimientos de los trimestres. El señor Forero, a su vez, pidió modificación de la sentencia, en el sentido de que no se deberían los intereses penales sólo durante el tiempo que el Banco tuvo sus puertas cerradas al público, o por lo menos, fijando las fechas en que no han corrido dichos intereses; y que se ordenara simple y llanamente que se pagara en metálico. Ambas solicitudes se declararon sin lugar, e interpuesta apelación de la sentencia y del auto denegatorio, el Superior, en discordia de votos, resolvió en los términos siguientes:

Primero: Confirmó la declaración de que Aedo no había cancelado la deuda con las consignaciones que aparecen de autos;

Segundo: Revocó la obligación de pagar en metálico en proporción del valor de las cédulas en las fechas de los contratos;

Tercero: Declaró que el deudor podía cancelar su obligación, pagando en plata sellada, o en cédulas o cupones de la emisión del mismo Banco;

Cuarto: Confirmó en la parte del pago del seguro y en la exoneración de los intereses penales;

Quinto: Revocó el auto de fojas 152, en la parte que deniega la modificación pedida por Aedo para cancelar con cédulas o cupones; y

Sexto: Se confirmó en los demás, esto es, en la parte que declaraba sin lugar las modificaciones solicitadas.

Resulta de todo lo expuesto, que rige la primera demanda entablada durante la ocupación, en la cual demanda se pedía metálico o certificados, y aun cuando pretendió modificarla el cesionario señor Forero a fojas 99 del cuaderno corriente, retirando la oferta de admitir certificados, quedó ejecutoriado que no podía retirarse la indicada propuesta.

A la luz de la ley y de los contratos, no es difícil resolver la cuestión. Dos maneras de pagar establecen los contratos hipotecarios, según sea el abono, por el pago trimestral de las anualidades, o por la cancelación total o parcial de la deuda. En el primer caso, hay que abonar los trimestres en dinero, o en valores equivalentes, desde que, en este último caso, la compensación se verifica por ministerio de la ley. En el segundo caso, esto es, cuando se cancela la obligación pagando lo que se resta o debe según las tablas, el acreedor está obligado a recibir dinero o cédulas, a elección del deudor, porque tal es el

tenor del pacto. También es regla del contrato pagar un interés penal del 3 % por la demora en la entrega de las anualidades. Estas tres reglas nacen de los contratos y de la ley, y son las que, en principio general, deben seguirse en todo juzgamiento.

Entre tanto, las alteraciones sufridas por el billete y su baja consiguiente, hasta llegar a su desaparición del mercado, han dado origen a variadas cuestiones, una de las cuales es materia de la presente causa.

Aedo fué demandado, en marzo de 1883, por nueve trimestres, lo cual revela que pagó sus anualidades hasta diciembre de 1880. Y fué demandado por el Banco, por no querer admitir éste el pago de las anualidades en billetes por su valor nominal, pretendiendo Aedo, como lo hizo, que las consignaciones judiciales, constantemente rechazadas por el Banco, eran de recepción forzosa, constituyendo un verdadero pago.

Al respecto de esto, lo que hay de verdad es que desde el año de 1880, con ocasión del decreto dictatorial en que se dió al sol-billete el valor de 12 peniques, la moneda de papel dejó de ser moneda, para convertirse en valor de cambio variable. Y por tanto, si Aedo se obligó a pagar el año de 1872 y el año de 1873, determinadas sumas de dinero al Banco, ese dinero no podía, ni puede ser, sino en metálico, porque en las fechas de la obligación el billete equivalía al sol de plata.

La sentencia del Superior, de acuerdo en este punto con la de primera instancia, se halla ajustada a las reglas del convenio, y por lo tanto es exacto que Aedo no ha cancelado su deuda con las consignaciones hechas en billetes.

Sentada la regla anterior, y dado el supuesto de que se recibieron cédulas, obligándose a pagar por ellas determinada suma, no hay razón que justifique el que se declare que se debe menor cantidad que la pactada, cualquiera que fuese el tipo de las cédulas en las fechas de los contratos; y por tanto, el superior ha revocado, con fundamento, esa declaración.

Ambas sentencias están de acuerdo en que debe pagarse el seguro, y en la exoneración de los intereses penales.

En orden a lo primero, nada hay que alegar, pues ello nace de los términos del pacto. En cuanto a lo segundo, la cuestión es diversa. Estipulado como está que por la demora en el pago de los trimestres, se abone un interés penal del 3 % ¿Pueden los tribunales, en el caso del presente juicio, declarar legalmente la exoneración?

En principio, ningún fallo puede separarse del pacto, que es la ley de los contratantes, y esa ley es la única que debe normar el procedimiento del juez. ¿Pero habrá, en el caso actual, alguna circunstancia legal, que elimine al deudor de aquella obligación? Vamos a verlo. Desde luego, el cesionario del Banco ha expuesto en autos, que no cobra intereses penales por el tiempo correspondiente a la clausura de éste, que duró, más o menos, el período de la ocupación extranjera, o sea desde el 1º de enero de 1881 hasta el 1º de octubre de 1883. De manera que durante este tiempo, no es discutible si hay obligación de pagar el interés penal, por la propia declaración del acreedor. Lo que resta saber es, si dada la estipulación, por una parte, y la consignación en billetes, por otra, hay causa justificativa para la exoneración.

Preciso es tener presente que la cláusula penal es la garantía que toma el Banco para el servicio normal de las cédulas; porque estando obligado a pagar los intereses de éstas, no podría verificarlo si los deudores no entregan las anualidades en la época correspondiente. El Banco, se ha dicho con razón muchas veces, es un corredor inmóvil, que paga lo que recibe del deudor, y presta lo que le dan por el valor de sus cédulas. Si el deudor no paga en la época fijada, el Banco necesita tomar otro dinero, y ese dinero gana interés. Esa es la razón del interés penal.

Desde que es exacto que con las consignaciones en billetes, no se han cancelado las obligaciones, es claro que no ha habido pago, y por tanto se ha incurrido en lo previsto en la cláusula penal. Pe o esta cláusula es también una pena, por indemnización del daño, como su nombre lo indica. Y es necesario tener presente que si es cierto que no hubo consignación legal, desde que no se consignó todo lo que se debía, y en el modo que se debía, es evidente que Aedo ha puesto a disposición del juzgado una suma de billetes, que representaban una suma de valores metálicos determinados por las fechas de las consignaciones. Pudo el Banco tomarlas en cuenta, protestando seguir el juicio, desde que estaban a su disposición. Desde que no lo hizo, no puede cobrar los intereses penales correspondientes a la suma de valores metálicos que representaban los billetes.

Resta saber ahora cómo debe hacerse el pago. El Superior ha resuelto que el deudor puede cancelar su obligación, pagando en plata, o

en cédulas o cupones de la emisión del mismo Banco.

Para examinar esta parte de la sentencia, es indispensable estudiar el papel señalado a las cédulas en los préstamos bancarios. Ya se ha dicho anteriormente que, según el pacto, solo cuando se cancela la obligación en todo o en parte, puede hacerse con cédulas, en cantidad igual a la que aparece de las tablas, y se ha dicho también que cuando se trata de pagar las anualidades, debe hacerse en metálico, o en valores equivalentes. Sería desconocer hasta el mecanismo del servicio a que acuden las anualidades, aceptar el que estas se pagaran con cédulas. Toda anualidad representa el interés de la cédula, una cantidad de amortización del capital prestado, y, a su vez, llegado el caso, de la cédula misma, y un tanto por ciento como pago al Banco, por su intervención y su servicio. Por esta razón, en los pactos hipotecarios se establece que el pago de las anualidades sea en dinero, y solo sea en cédulas el pago del capital.

No sucede lo mismo con los valores equivalentes del Banco, como son los cupones de intereses, ni los certificados con que el Banco hacía el servicio de sus cédulas o de sus acciones. El deudor debe pagar en metálico según el pacto; pero puede pagar en los valores indicados, porque, ya se ha dicho, que la compensación se verifica por ministerio de la ley.

De lo expuesto resulta que, a juicio del adjunto al señor Fiscal de V. E., no hay nulidad: 1.º en la sentencia de vista, en la parte que declara que no se ha cancelado la deuda con las consignaciones hechas; 2.º que tampoco hay nulidad en la parte en que revoca la de primera instancia para pagar en metálico, en porción

al valor que tenían las cédulas en la fecha de los contratos; 3.º que tampoco hay nulidad en la parte que declara que el deudor puede cancelar su obligación en metálico o en cupones de las emisiones del Banco, pero que la hay en el derecho que se le acuerda de pagar en cédulas; 4.º que no hay nulidad en la parte en que se condena al deudor a pagar el seguro; 5.º que hay nulidad en la parte en que se exonera al deudor, absolutamente, del pago del interés penal; debiendo declararse, primero: que, así por equidad como por declaración del acreedor, no corren los intereses penales desde el 1.º de enero de 1881 hasta el 1.º de octubre de 1883, o sea en la época de la ocupación; y segundo: que tampoco es obligatorio el interés penal correspondiente al valor que en metálico representaban las consignaciones en sus respectivas fechas; y 6.º, finalmente, en relación con el auto modificadorio de la sentencia, que hay nulidad en parte en la revocatoria del auto que permite a Acdo pagar en cédulas las anualidades, y que no la hay en la parte en que el Superior confirma el apelado, que declara sin lugar las modificaciones solicitadas por el acreedor, para que se ordene el pago, simplemente en metálico.

Tal es el dictamen del Adjunto al señor Fiscal; salvo más ilustrado acuerdo.

Lima, 26 de octubre de 1891.

PAZOS.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 12 de enero de 1893.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, y por los fundamentos que aduce, y se reproducen: declararon nò haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 224 vuelta, su fecha 10 de enero de 1891, en cuanto confirmando en una parte y revocando en otra la sentencia y auto de primera instancia de fojas 139 y 152, sus fechas, respectivamente, 21 de noviembre y 24 de diciembre de 1888, declara que la consignación hecha en billetes por don José Lorenzo Aedo, no ha cancelado su obligación; que esta puede pagarse en metálico o con cupones del mismo Banco Territorial Hipotecario; y que Aedo debe igualmente pagar el premio del seguro de la finca, cubierto por el Banco: declararon haber nulidad en lo demás que dicha sentencia de vista contiene; reformándola en esta parte, y revocando la de primera instancia, declararon: Primero: que Aedo no puede cubrir su obligación con cédulas del mismo Banco, sino con los certificados expedidos por éste y que le sirven para hacer el servicio de sus cédulas y acciones, como se demandó, si no prefiere pagar en metálico o con cupones; y segundo: que los intereses penales son de cargo de Aedo, con deducción de los respectivos al valor de los billetes, según el tipo que con relación a la plata tenían en las fechas de las consignaciones, y excluyéndose, además, el tiempo de la ocupa-