



ALEGATO

9.

Señores Magistrados.

En el presente alegato traigo consignadas las razones por las cuales apelé para ante vosotros de la sentencia pronunciada á veintuno de Julio próximo pasado por el señor Juez 2º del Circuito de Bogotá, en el juicio que, como apoderado del señor Domingo Alvarez, instauré contra el Banco Hipotecario, establecido en esta ciudad, sobre declaratoria de nulidad de un pacto; reconocimiento de haberse ajustado un contrato de prenda; restitución de la prenda mediante el pago de aquello á que está ésta afecta, é indemnización de perjuicios.

El pacto cuya nulidad demando es aquel según el cual mi poderdante, en garantía del pago de quince mil pesos é intereses (\$ 15000) que recibí á título de mutuo del Banco Hipotecario, dijo en documento privado, fecha 14 de Enero de 1886, firmado en Bogotá, que daba á este Banco en dominio y propiedad una cédula de movilización por veinticinco mil trescientos treinta y tres pesos, respaldada con su casa de "Las Secretarías," y lo facultaba para que, caso de no pagarle puntualmente capital, intereses y costas, cobrara la cédula.

Los artículos 7º y 2500 del Código Civil de Cundinamarca, vigentes cuando aquel pacto fué ajustado, dicen respectivamente:

"Artículo 7º. Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto expresamente designe otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención."

"Artículo 2500. El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague; ó que á falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago hasta concurrencia de su crédito; *sin que valga estipulación alguna en contrario.*....."

"No podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda ó de apropiársela por otros medios que los aquí señalados."

Idénticas prescripciones consignan los artículos 6.º y 2422 del Código Civil actualmente vigente.

Dice el artículo 1775, "Concordancias del Código Civil español" por Goyena:

"El acreedor no puede apropiarse la cosa recibida en prenda, ni disponer de ella aunque así se hubiere estipulado."

Dice el artículo 2078 del Código Civil Francés:

"El acreedor no puede, á falta de pago, disponer de la prenda; pero puede pedir al Juez que sea vendida en pública subasta, ó que le quede adjudicada en pago, según avalúo de peritos, hasta concurrencia de lo que se le debe. Toda cláusula que autorice al acreedor á apropiarse la prenda ó á disponer de ella sin las formalidades dichas, es nula."

Dice el artículo 1371 del Código Civil Austriaco:

“Todas las cláusulas contrarias á la naturaleza del préstamo son nulas: tal es la condición de no volver á tomar el objeto que sirve de prenda ó de dejarlo á la libre disposición del acreedor, después de vencido el plazo.”

Dice el artículo 29 del Código Civil Prusiano:

“Toda cláusula que autorice al acreedor para apropiarse la prenda, no haciéndose el pago al vencimiento del plazo, es nula.”

Observa la sentencia de primera instancia que las disposiciones transcritas no cuadran al caso en cuestión, porque mi poderdante dió al Banco Hipotecario la cédula de movilización, no en prenda, sino en dominio y propiedad.

Mi poderdante entregó ó dió orden de entregar al Banco una cédula de movilización, ó sea una cédula hipotecaria al portador, que es un valor mueble (artículo 1.º, ley 27 de 15 de Diciembre de 1879, sobre movilización de la propiedad raíz en Cundinamarca); y entregó la cédula—así lo dice el documento en que está consignado el contrato—para seguridad del Banco, para respaldarle los quince mil pesos que de éste recibió en mutuo. Mi poderdante entregó una cosa mueble á su acreedor para la seguridad de su crédito: la cosa que entregó—la cédula de movilización—es, consecuentemente, una prenda. Lo que mi poderdante hizo con el Banco—entregarle un valor mueble y entregárselo para seguridad, para garantía del pago puntual de quince mil pesos recibidos en mutuo—es lo que los artículos 2487 y 2409, Códigos Civiles de Cundinamarca y Nacional, respectivamente, definen por contrato de empeño ó prenda. Este fué el contrato ajustado en cuanto á la cédula de movilización, sin que á ello obsten las expresiones ó locución “en dominio y propiedad,” empleadas para desnaturalizar un acto que, dadas las circunstancias y hechos que lo constituyeron, las leyes califican de contrato de empeño ó prenda.

No son los nombres los que constituyen la naturaleza de las cosas, las meras palabras no caracterizan éstas, ni las denominaciones caprichosas ó intencionales de una de las partes contratantes son bastantes jamás para cambiar la naturaleza de un contrato: pueden denominar venta, donación, permuta &c. el contrato por virtud del cual se recibe una cosa mueble para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que contrae quien recibe dinero en mutuo; pero como éstos son los caracteres legales del contrato de empeño ó prenda, éste habrá sido, y éste es, indudablemente, el contrato ajustado, y no el que dijeron las partes haber celebrado, probablemente con el objeto de eludir y burlar los preceptos de la ley.

Reza el documento firmado por el señor Gerente del Banco y por Domingo Alvarez, que éste dió á aquél la cédula de movilización para seguridad, esto es, como caución; y como la jurisprudencia no reconoce más cauciones que la fianza, la hipoteca y la prenda, ésta

fué la constituida por Alvarez sobre el valor mueble que entregó y que el artículo 1º de la ley 27 de 1879, antes citada, denomina cédula de movilización.

Estampó el Banco, ó el señor Gerente de éste, en el documento, que Alvarez le daba en dominio y propiedad la cédula hipotecaria para seguridad del pago de los quince mil pesos recibidos en mutuo. Esta seguridad, y la caución consistente en la cédula entregada al Banco, fueron el objetivo de que se dijera que ésta se daba en dominio y propiedad. Para seguridad del crédito á cargo de Alvarez, se le hizo, pues, decir á éste que daba en dominio y propiedad la cédula al Banco: aquél fué el fin y éste el medio al favor del cual creyó el prestamista dejar garantizado el cumplimiento de las obligaciones que contrajo el mutuario.

En fin de fines: la cédula, valor mueble, quedó en poder del Banco acreedor, para seguridad del crédito constituido á favor de éste. Y como es esto lo que compone el contrato que las leyes civiles llaman empeño ó prenda, la cédula de movilización entregada por Alvarez quedó siendo lo que las mismas leyes denominan prenda.

El fenómeno de dar un deudor á su acreedor una cosa para seguridad del crédito constituido á favor de éste, y el fenómeno de transmitirle la misma cosa en dominio y propiedad, se excluyen, se niegan recíprocamente. Adquirido por el acreedor el dominio de la cosa, supongámosla mueble, dueño de ésta, ella no puede constituir seguridad del pago, caución prendaria, porque al acreedor no puede servirle de prenda su propia cosa, ó lo que es igual, el acreedor no puede ajustar consigo mismo el contrato de empeño ó prenda, ni esto tendría objeto.

El Banco Hipotecario consiguió en el contrato de mutuo, que por medio de documento ajustó con mi poderdante, que éste le daba para seguridad, esto es, como caución, el valor mueble consistente en una cédula de movilización; consiguientemente, ni mi poderdante transfirió, ni el Banco adquirió la cédula en dominio y propiedad, porque esto produciría el necesario absurdo de haber tomado este acreedor, para seguridad de su crédito, su propia cosa: el dominio de la cédula quedó en manos de mi poderdante, y el Banco lo que adquirió sobre ella, pues que tan sólo se le dió para seguridad, fué el derecho de prenda.

La transmisión del dominio, para ser válida, requiere un título, exige causa: ese título, esa causa, es la venta, la donación, la permuta, &c. Faltando el título, la causa, el dominio no se transfiere, el contrato de transmisión es nulo, de ningún valor ni efecto.

Hizo el Banco Hipotecario decir á su deudor, señor Domingo Alvarez, que éste, para seguridad, daba á aquél, en dominio y propiedad, una cédula de movilización por valor de veinticinco mil trescientos treinta y tres pesos. ¿A qué título, por qué causa se hizo esta transmisión de dominio ó pretendió hacerse? Conceptúa la sen-

tencia de primera instancia, que á título de venta. Pero yo no hallo ni el precio que se le hubiera fijado á la cédula, ni que el supuesto vendedor lo recibiera. ¿Fué este precio los quince mil pesos recibidos en mutuo? Si así fué, que no se dijo, no hubo contrato de mutuo á que accediera, como lo sostiene aquella sentencia, el contrato de venta de la cédula, porque no hubo cantidad cierta, pero ni incierta, de cosas fungibles entregada (artículo 2263, Código Civil de Cundinamarca, vigente entonces). Y si no hubo contrato de mutuo, considerado éste contrato principal, y el de venta de la cédula accesorio, así los considera aquella sentencia, tampoco pudo existir este contrato accesorio de venta de la cédula por falta de á qué acceder. El título, la causa, ¿fué donación? Ni esto se expresó, ni medió la insinuación, esencial formalidad para la validez de la donación de un documento que vale veinticinco mil y más pesos. El título, la causa, ¿fué permuta? Ni esto aparece consignado en el contrato, ni aparece la especie ó cuerpo cierto que Alvarez recibiera del Banco en cambio del documento al portador que dió á éste. No existe la causa por virtud de la cual Alvarez hubiera transferido al Banco, en la fecha del documento que éstos otorgaron (14 de Enero de 1886), el dominio y la propiedad de la cédula: estos dominio y propiedad quedaron en Alvarez, no pasaron al Banco. (Artículo 1533, Código Civil de Cundinamarca). Y si Alvarez conservó el dominio y propiedad de la cédula, el Banco sólo adquirió sobre ésta, puesto que le fué dada su seguridad, el derecho de prenda.

Observa la sentencia de primera instancia que al contrato de mutuo que ajustaron el Banco y Alvarez, accedió uno de venta condicional de la cédula, consintiendo la condición en que aquél (el Banco) no venía á ser dueño del documento (cédula) sino en tanto que Alvarez no pagara. Según esto, el dominio de la cédula, no obstante haber dicho el documento, fecha 14 de Enero de 1886, que pasaba al Banco, quedó en manos de Alvarez, en las cuales permaneció hasta el día 14 de Julio de 1886, fecha en la cual pasó al Banco por haberse cumplido la condición. Consiguientemente, el oficio de la cédula dada por Alvarez al Banco, para seguridad, fué desde 14 de Enero de 1886, fecha en que se entregó, hasta 14 de Julio siguiente, fecha en que se cumplió la condición que traspasaba el dominio de ella; el oficio de la cédula fué, repito, el de servir de prenda; otro oficio no podía hacer un valor mueble, sobre el cual conservaba dominio y propiedad el deudor, entregado al acreedor para seguridad del crédito de éste. La sentencia de primera instancia ha declarado, pues, que la estipulación consignada por el Banco y Alvarez, relativa á la cédula, es lo que las leyes llaman "pacto comisorio," reprobado justamente por las mismas leyes, pacto que consiste precisamente en que el dominio de la prenda pase del deudor al acreedor si á éste no se le paga puntual, religiosamente el día en que vence el plazo. Ese es el pacto prohibido por los artículos 2500 y 2422, Códigos Civiles de Cundinamarca y de la República.

Conceptúa la sentencia de primera instancia que no prohibiendo las leyes ajustar contratos que no sean los de fianza, prenda ó hipoteca, para seguridad de la obligación principal, el Banco pudo tomar en compra, de su deudor, la cédula de movilización para seguridad del pago de los quince mil pesos que le dió en mutuo.

Contra esta teoría muchas reflexiones ocurren. La compra-venta, contrato en que una de las partes da una cosa, y la otra la paga en dinero, no puede hacer el oficio de contrato accesorio para seguridad de las obligaciones del contrato de mutuo, porque aquel contrato requiere precio que el mutuante debe pagar al mutuario, precio que no pudiendo ser el mismo dinero dado en mutuo, porque así este contrato desaparecería, tiene forzosamente que ser distinto, y siendo distinto, queda sin seguridad el dinero dado en mutuo. Adquirido por el mutuante el dominio de la cosa, lo que no puede acontecer sino en tanto que pague el precio separadamente de la cantidad que dé en mutuo, ya la cosa, puesto que le pertenece en propiedad, no puede constituir seguridad á su favor de los créditos activos que tenga, porque á persona alguna sirven sus propias cosas de seguridad de lo que se le debe.

Si, como ineludiblemente tendría que acontecer, el mutuario hubiera de recibir, de un lado el precio de su cosa y del otro lo que se le da en mutuo, este contrato no se verificaría, porque para el mutuario, vendida su cosa y recibido el precio, quedaría satisfecha su urgencia de dinero, y para el mutuante, obligado á dar el precio de la cosa y á la vez el dinero constitutivo del contrato de mutuo, le quedaría éste sin seguridad. Entendiéndose que el precio de la venta se confunde con el dinero dado en mutuo y es el mismo, ó queda la compra-venta sin precio, no hay compra-venta, ó queda el mutuo sin cantidad de dinero entregada por el mutuante al mutuario, y no hay contrato de mutuo.

Pudiera observarse que la compra-venta queda hecha, no en el día en que se ajusta el contrato de mutuo, sino en el día en que por no haber pagado el mutuario, pasa el dominio de la cosa de éste al mutuante, quedando en poder del mismo mutuario, como precio, la cantidad que recibió en mutuo. Pero esto es, ni más ni menos, que el pacto comisorio prohibido por todas las leyes civiles.

Además, para entonces, para cuando por haber vencido el plazo y no haber pagado el mutuario al vencimiento, se produce la venta de la cosa de éste al mutuante; para entonces, repito, la venta no puede ya tener, como lo sostiene la sentencia, carácter de contrato accesorio para seguridad de la obligación principal de mutuo, puesto que esta obligación ha caducado, se ha extinguido: el contrato de mutuo termina, queda reemplazado, sustituido por el de compra-venta y consiguientemente no queda de qué sea éste accesorio. Esto, suponiendo que el pacto comisorio, que es á lo que esto equivale, fuera permitido por las leyes.

Conceptúa la sentencia de primera instancia que lo que ella ca-

lifica venta condicional es el contrato accesorio al de mutuo que ajustaron el Banco y Domingo Alvarez, que esta venta condicional quedó sujeta á retroventa condicional, consistiendo esta condición, dice aquella sentencia, en que si Alvarez cumplía estrictamente sus obligaciones de mutuario, el Banco debía transmitirle la propiedad, el dominio de la cédula. Pero la misma sentencia declaró—lo dejamos ya expuesto—que el Banco adquiría el dominio de la cédula en tanto que Alvarez no le pagara cumplidamente, al vencimiento del plazo, ó lo que equivale, que el Banco no adquiría el dominio de la cédula si Alvarez pagaba estrictamente. Siendo esto así, ¿cómo habrá podido el Banco retrovender la cédula, caso de haber Alvarez pagado estrictamente, si no le había sido vendida, toda vez que el señor Juez declara la venta condicional, condición que por no haberse cumplido en el caso sobre el cual razonamos de pago estricto, dejó insubsistente la venta? No habiendo podido existir venta hecha por Alvarez al Banco, porque éste pagó estrictamente, suponemos esto, ¿cómo habría podido, en este mismo supuesto, haber habido retroventa condicional? Si lo que el señor Juez llama condición de la venta—la falta de pago estricto—faltaba, por virtud del pago estricto, esto es, si no había la venta, ¿cómo imagina el señor Juez que pudiera haber retroventa? Semejante inaceptable absurdo de retroventa, que debía verificarse, cumplido el hecho del pago estricto, hecho que, según el mismo señor Juez, dejaba fallida la condición mediante la cual se verificaba la venta, evidencia que ni al favor de la teoría del señor Juez de primera instancia puede sostenerse que mi poderdante hubiera transmitido al Banco el dominio y propiedad de su cédula para seguridad de las obligaciones contraídas por aquél como mutuario.

El Banco, en el mismo acto de ajustar con el señor Domingo Alvarez el contrato de mutuo consignado en el documento de fecha Enero 14 de 1886, estipuló que su deudor le transmitía en dominio y propiedad una cédula de movilización, sin considerar que esto último no podía tener otro título, otra causa que la venta; que ésta requería ineludiblemente un precio, y que éste no podía ser la misma cantidad de pesos dada en mutuo, porque así, ó no podría existir contrato de venta, ó no podría existir contrato de mutuo. Imaginarse que puedan coexistir dos diversos contratos, el de mutuo y el de compra-venta, siendo la cifra de dinero dada en mutuo la misma, precio de la venta, es un evidente contrasentido jurídico. Más lógica, por más que las leyes lo prohiban, hay en el pacto comisorio. Por éste, vencido el plazo sin que el deudor pague, la prenda pasa á ser propiedad del acreedor; caduca el contrato de mutuo y lo reemplaza el de compra-venta; la cantidad de pesos dada en mutuo deja de pertenecer á este contrato, que termina y entra á ser precio de la venta.

Del contexto mismo del documento de mutuo se desprende que en la fecha de éste (14 de Enero de 1886), Alvarez no traspasó

al Banco el dominio y propiedad de la cédula; allí se halla consignado, que caso de que no pagara Alvarez puntualmente capital, intereses y costas, facultaba al Banco para que cobrara la cédula. El Banco necesitó facultad otorgada por Alvarez de cobrar la cédula; consiguientemente no tenía el dominio, la propiedad de ésta, que si los hubiera adquirido, habría sido un contrasentido haberse hecho conferir esta facultad. Desde el momento en que hay necesidad para cobrar, para hacer efectivo un valor, de obtener previamente facultad, este valor pertenece en dominio á aquel de quien se obtiene la facultad de disponer, quedando el facultado en la condición de mero mandatario. El Banco juzgó necesitar, para disponer de la cédula, facultad conferida por Alvarez; la exigió de éste, la obtuvo y todo esto lo consignó en aquel documento; declaró, pues, el Banco paladinamente que la cédula, aunque en su poder, permanecía siendo propiedad de Alvarez. Y puesto que la facultad que exigió y obtuvo de éste, fué para ejercerla después de vencido el plazo, caso de que no se le pagaran capital, intereses y costas, el Banco declaró que no adquiriría el dominio y propiedad de la cédula, ni aun después de vencido el plazo, sin habersele pagado, pues que si para entonces ya los hubiera adquirido, no habría necesitado haberse hecho facultar para proceder como mandatario. El Banco, posteriormente á la espiración del plazo, asumía la calidad de comisionista de Alvarez, debía desempeñar por cuenta de éste el acto de cobrar la cédula, de disponer de ésta; consiguientemente esta cédula permanecía siendo propiedad del comitente Alvarez.

Se ha contestado á todo esto con la inconciencia y aturdimiento que revela la misma contestación; que el Banco, aunque dueño de la cédula, quiso ser comisionista de cobro, cambiando aquel título por este carácter.

Se contesta, pues, que el Banco renunció el dominio que tenía sobre la cédula, que se desprendió de éste para reconocer ese dominio, para reconocer dueño y propietario á Alvarez, constituyéndose comisionista, mandatario de éste para el efecto de disponer de la cédula.

Muy bien, nada tengo que replicar á esta contestación que tan á cuento viene para lo que me propongo demostrar: yo no discuto, no niego la humorada, el capricho, el movimiento de voluntad del Banco, de cambiar su título de dueño de la cédula por el carácter de comisionista, de mandatario de Alvarez, á quien reconoció propietario de la misma cédula; lo que yo discutía, lo que yo me empeñaba en demostrar, es justamente lo que aquella contestación reconoce: que Alvarez es dueño de la cédula, que el Banco no tiene ésta en dominio y propiedad. Quede, pues, al Banco lo que para éste reclama su apoderado: el derecho de haber querido constituirse comisionista, mandatario de Alvarez para disponer de la cédula, reconociéndolo así dueño y propietario de ésta. Y quede á Alvarez lo que me prometo que vosotros, señores Magistrados, le reconoceréis: el

dominio y propiedad de la cédula, la cual tan sólo pára en poder del Banco, sirviéndole de prenda.

Declarado como lo declaró el Banco en el documento de mutuo, fecha Enero 14 de 1886, que vencido el plazo sin habersele hecho el pago, asumía para cobrar la cédula, para disponer de ésta, el carácter de comisionista, de mandatario de Alvarez; y confesado como lo confesó en la contestación de la demanda el apoderado del mismo Banco, que éste quiso asumir el carácter de comisionista, mandatario de Alvarez, para disponer por cuenta de éste de la cédula; declaración y confesión plenamente demostrativas de que la cédula fué entregada al Banco y permanece en poder de éste como prenda, queda por averiguar si es válida la comisión exigida por el Banco á Alvarez y otorgada por éste para cobrar, para disponer de la prenda.

Prescriben los artículos 2422 del Código Civil de la República, y 2500 del de Cundinamarca, que la prenda sea vendida en pública subasta, ó que á falta de postura, sea adjudicada en pago al acreedor previo avalúo pericial. Ningún otro medio indica la ley, y lejos de apuntar otro, lo prohíbe. Y como la comisión dada por el deudor al acreedor, de disponer por cuenta de aquél de la prenda, no es ninguno de los dos únicos exclusivos medios que prescribe la ley, tal comisión está prohibida, no puede ser cumplida; la estipulación que la dió y confirió es nula.

Corre en los autos como prueba una nota de cobro, fecha veintuno de Julio de 1886, dirigida por el Banco á mi poderdante, exigiendo encarecidamente de éste siquiera una buena cuenta del valor de la obligación á su cargo. Consideraba el Banco en esa fecha, que es posterior á la en que venció (14 del mismo mes), el plazo que tuvo mi poderdante para pagar los quince mil pesos, consideraba que mi poderdante era su deudor. Y si lo consideraba su deudor, vencido el plazo y días después del vencimiento, ¿cómo podía ser dueño de la cédula? Imposible es que, dada para el Banco la existencia de su crédito contra mi poderdante, considerando viva la obligación á cargo de éste, hubiera pasado á aquél el dominio y propiedad de la cédula. Estos dominio y propiedad no pasaron, pues, al Banco, éste lo reconoce, lo declara así toda vez que, posteriormente al vencimiento del plazo, ejercitaba derechos de acreedor cobrándole á mi poderdante, rogándole le pagara siquiera una buena cuenta de la obligación á cargo de éste. Y si no pasaron al Banco el dominio y propiedad de la cédula, si éstos quedaron en la persona de mi poderdante, el Banco mantiene en su poder la cédula como prenda en seguridad del crédito que, al tenor de aquella nota, confiesa tener contra aquél.

El dominio y propiedad de la cédula no pasaron al Banco en la fecha del documento de mutuo, porque faltó precio, título, causa que los legitimaran y operaran la transmisión, porque si ésta hubiera quedado surtida, el Banco habría quedado acreedor de Alvarez, á virtud del contrato de mutuo, por quince mil pesos, al interés de

quince por ciento anual, y á la vez dueño de una cédula por valor de veinticinco mil y más pesos; todo esto mediante el solo desembolso de quince mil pesos; y porque, finalmente, si el dominio y propiedad de la cosa destinada á dar seguridad al acreedor, pasaran á éste en el acto de quedar ajustado el contrato de mutuo, estipulándolo y consignándolo así en el respectivo documento, siempre, en todas ocasiones, quedaría eludida y burlada la ley que prohíbe al acreedor disponer de la prenda ó apropiársela por cualquier otro medio diverso de la venta en pública subasta ó adjudicación, previo avalúo pericial: bastaría al prestamista, colocado en posición de exigir y alcanzar de quien angustiado va á pedirle dinero á préstamo, bastaría exigir la estipulación de que se les transmita de una vez el dominio y la propiedad de la cosa destinada á servir de caución. Esta estipulación, más onerosa mil veces para el deudor que la del pacto comisorio, porque ella lo privaría del dominio de su cosa sin haber recibido el precio de ésta, lo que no hace el pacto comisorio por virtud del cual, sucediendo sustitativamente el contrato de venta al de mutuo, el deudor recibe como precio lo que se le dió en mutuo; aquella estipulación, repito, no faltaría en contrato alguno de mutuo; la ley sería siempre eludida, porque el acreedor se apropiaría la cosa por un medio que no es ninguno de los dos únicos, exclusivos, que ella prescribe, y la condición del deudor quedaría enormemente agravada: el pacto comisorio vendría á ser una liberalidad, y las leyes que lo prohíben perderían su razón de existir.

Tampoco pasaron al Banco el dominio y propiedad de la cédula en la fecha en que, vencido el plazo, Alvarez no pagó, porque esta apropiación, que no tendría como causa la venta en pública subasta, ni la adjudicación en pago ó por avalúo pericial; que tendría como causa el no haber pagado el deudor el día en que espiró el plazo; esa apropiación, que sería puntualmente el pacto comisorio del derecho español, está prohibida por todas las leyes. El dominio y propiedad de la cédula no pasaron de Alvarez al Banco, ni en la fecha del contrato de mutuo ni en la fecha en que venció el plazo de este contrato, sin haberse hecho el pago; consiguientemente, Alvarez ha conservado el dominio y propiedad de la cédula, la cual sólo ha tenido el Banco en condición de prenda.

De las exposiciones juradas del señor Gerente del Banco, dadas en primera y segunda instancia, y de la inspección de los libros del mismo establecimiento, practicada por el Tribunal, se desprende que éste conserva actualmente el carácter de acreedor de Alvarez. Siendo acreedor, imposible es que sea dueño de la cédula que se le dió en seguridad; estos dos caracteres se excluyen recíprocamente, porque si los quince mil pesos que dió el Banco fueron la materia del contrato de mutuo, no pudieron también ser el precio de la cédula, no hubo venta de ésta; y si fueron este precio, no pudieron también ser la materia del contrato de mutuo, no llegó á existir éste. Pero es así que el Banco es acreedor, sus libros y su Gerente lo declaran,

luego no es dueño de la cédula, porque no pudo adquirir el dominio de ésta. La cédula en poder del Banco ha sido y es una prenda.

La operación consignada en el documento fecha 14 de Enero de 1886, que firmaron Alvarez y el señor Gerente del Banco, fué la 5ª, artículo 21 de sus estatutos, que son sus leyes: "5ª Hacer préstamos con interés sobre cédulas de movilización, mediante contrato con el dueño de la finca movilizada, que le transfiera la acción hipotecaria como á tenedor de ellas." Esto de "hacer préstamos con interés sobre cédulas de movilización," es, en lenguaje legal, perfecta, exactamente equivalente á "Hacer préstamos con interés, al pago de los cuales queden afectas cédulas de movilización;" á "Hacer préstamos con interés, asegurados, garantizados, caucionados por cédulas de movilización." La preposición *sobre*, establece la equivalencia y sinonimia. Consecuencialmente, el contrato que ajustaron Alvarez y el Banco, ó fué ordenado y prescrito por sus estatutos, por sus leyes—préstamo con interés asegurado, garantizado por una cédula de movilización—ó fué préstamo con interés combinado, como sostiene el señor Juez de la primera instancia, con un contrato á manera, así lo dice éste, de venta condicional y retroventa condicional. Escójase lo primero y se tendrá que la cédula de movilización entregada por Alvarez al Banco, ha sido y es en poder de éste una seguridad, una garantía, una caución, caución que siendo la cédula como es, un valor mueble, así la califica el artículo 1º, ley 27 de 1879, sobre movilización, constituye una prenda. Escójase lo segundo, y se tendrá que la operación verificada entre Alvarez y el Banco es contraria á los estatutos y leyes de éste, compone una extralimitación del mandato ejercido por el señor Gerente de este mismo Banco, toda vez que su norma de proceder eran estos estatutos, estas leyes.

Acaso se dirá que la estipulación con Alvarez, de adquisición de la cédula en dominio y propiedad, obedeció al mandato de los estatutos, cuando se hacen préstamos garantizados con caución de cédulas de movilización, de contratar con el dueño de la finca movilizada la transmisión de la acción hipotecaria. No es verdad que aquella estipulación obedeciera á este mandato; porque el Banco no estipuló la transmisión de la acción hipotecaria que garantiza y asegura el valor de la cédula; lo que estipuló fué la transmisión de la cédula en dominio y propiedad; porque aquel mandato en corroboración de que la cédula de movilización que garantiza el préstamo con interés que aquél autoriza, es mera caución, ordena que la transmisión de la acción hipotecaria sea hecha al Banco como á *tenedor* de la cédula; *tenedor* es la voz que emplea para excluir toda idea de dominio, y aquella estipulación lo que hizo fué pactar la transmisión de la cédula en dominio y propiedad; porque aquel mandato, precisamente por cuanto la cédula de movilización sobre la cual se hace el préstamo, no pasa en dominio y propiedad al Banco, el cual, como acreedor á quien se le da en caución, es mero *tenedor* de ella, precisamente por esto, ordena contratar con el dueño de la finca movilizada la transmi-

ción de la acción hipotecaria; que si la cédula sobre la cual se hace el préstamo pasara en dominio y propiedad al Banco, por supuesto con todos sus accesorios, los estatutos y leyes de éste no hubieran ordenado contratar la transmisión de la acción hipotecaria; y porque aquella estipulación, consignada como fué en simple documento privado, no pactó, no pudo pactar con Domingo Alvarez, dueño de la finca hipotecada, la transmisión al Banco, como á *tenedor* de la cédula, de la acción hipotecaria; la transmisión del derecho de hipoteca se efectúa, no en otra forma que en instrumento público registrado en la correspondiente oficina, según así lo prescriben el artículo 772, Código Civil de Cundinamarca, y el artículo 756, Código Civil de la República.

Declarando el señor Gerente del Banco, en la segunda instancia, dijo: Que en los libros del Banco debió ser registrado el crédito á cargo de Domingo Alvarez como crédito hipotecario y no prendario, puesto que el préstamo se le hizo sobre una cédula de movilización. Agregó que el crédito á cargo de Domingo Alvarez debe figurar en los libros y balances del Banco como obligación hipotecaria en cartera. Inspeccionados por el señor Magistrado sustanciador estos libros, allí apareció registrado el crédito á cargo de Domingo Alvarez, concordantemente con las sospechas del señor Gerente, como crédito sobre hipoteca.

El señor Gerente y quien inscribió el crédito en los libros del Banco, estimaron que una cédula de movilización es un valor inmueble; no discute por el momento esto. Si la deuda que contrajo Alvarez á favor del Banco es crédito hipotecario, así lo estima el señor Gerente, por tratarse, dice éste, de préstamo sobre cédula de movilización, ésta fué una mera caución dada al Banco, una simple seguridad. Y como el acreedor no adquiere la propiedad de la caución que se le da, ni el dominio de la seguridad que se le constituye, sino mediante remate que haga en pública subasta ó adjudicación que en pago se le decrete por avalúo pericial, no habiéndose verificado, como no se ha verificado, alguno de estos dos únicos acontecimientos legítimamente transmisivos del dominio de la caución afecta al contrato de mutuo, el Banco no ha adquirido la cédula en dominio y propiedad. El mismo señor Gerente del Banco cuya letra trazó en el documento del contrato de mutuo la estipulación de haber quedado transmitidos al Banco el dominio y propiedad de la cédula, califica la deuda que Alvarez contrajo, de crédito hipotecario, por tratarse, dice, de préstamo sobre una cédula de movilización, es decir, de préstamo á que quedó afecta como garantía, como caución, como seguridad, una cédula de movilización. El señor Gerente declara, pues, que el Banco no adquirió el dominio y propiedad de la cédula, que ésta le fué dada como caución, como hipoteca según él. El mismo Banco, que, al decir de sus apoderados y representantes, es dueño y propietario de la cédula, registra en sus libros, que ésta es una caución que se le dió, que es una hipoteca sobre la cual hizo á Domingo

Alvarez un préstamo con interés; el mismo Banco declara, pues, en sus libros, que no adquirió el dominio y propiedad de la cédula, que ésta le fué dada como caución, como hipoteca.

De paso dejo consignado que el señor Gerente que califica el préstamo hecho á Alvarez de préstamo sobre hipoteca, es la misma persona que de propio puño y letra extendió en simple documento privado el contrato hipotecario, desentendiéndose de la prescripción de la ley, según la cual "La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública."

Discutamos ya si, como lo afirman el señor Gerente y los libros del Banco, una cédula de movilización es valor inmueble y consiguientemente el préstamo sobre ella, crédito hipotecario. "Mobilizar una finca raíz, dice la ley, es convertirla en un valor mueble, representándola en billetes ó cédulas hipotecarias." La cédula de movilización, como representación de la cosa raíz movilizada, es un valor mueble. La cédula de movilización, puesto que es el valor que representa el movimiento de la cosa raíz, es necesariamente valor mueble. ¿Cómo movilizar la cosa raíz, si la cédula que la representa constituyendo el movimiento, fuera también raíz? Una cédula de movilización es, consiguientemente, un valor mueble, y el préstamo hecho sobre ella es préstamo sobre prenda. La deuda contraída por Domingo Alvarez á favor del Banco, dando á éste en seguridad una cédula de movilización, constituye, consecuencialmente, un crédito prendario: la cédula dada es, por lo mismo, una prenda.

Acrece á las razones en este alegato formuladas contra la estipulación consignada en el documento de contrato de mutuo, según la cual se pactó, que pasaran al Banco el dominio y propiedad de la cédula que el deudor Alvarez dió en seguridad; acrece, repito, á estas razones, la de que los estatutos, las leyes del Banco (artículo 21, operación 15^a), sólo autorizaron la compra de cédulas hipotecarias emitidas por el mismo Banco, limitación que virtualmente excluye la compra de cédulas emitidas por otro Banco ó entidad, por ejemplo, las emitidas por la oficina de movilización.

Pudiera observarse que el pacto consignado en el documento de contrato de mutuo, de quedar transmitida la cédula al Banco en dominio y propiedad, adolece de nulidad absoluta por prohibirlo la ley y que mi poderdante, que consintió este pacto nulo sabiendo ó debiendo saber el vicio que lo invalidaba, está incapacitado para demandar la declaratoria de nulidad del pacto.

Verdad es que quien ejecutó el acto ó celebró el contrato absolutamente nulos no puede demandar la nulidad. Pero si ésta aparece de manifiesto en el acto ó contrato, el Juez ó Magistrado, obedeciendo á un deber que en forma imperativa les prescribe la ley, deben declarar de oficio la nulidad. Dado lo manifiesto de la nulidad, el pedimento de la parte incapacitada no excusa de cumplir el deber imperativo y absolutamente prescrito. Para desentenderse de este deber, preciso sería que la ley dispensara de cumplirlo, en cuanto

mediara pedimento de parte incapacitada. Pero muy al contrario, apareciendo de manifiesto la nulidad, la imposición del deber es absoluta, incondicional. Es tan sólo cuando la nulidad no aparece de manifiesto, que es lo ordinario y común, cuando el pedimento de la parte incapacitada obsta á la declaratoria de nulidad. ¿Cuándo aparece de manifiesto una nulidad absoluta en un acto ó contrato? Pedro y Juan se obligan recíprocamente, transigiendo sus diferencias, á que un fundo situado dentro de la República de Colombia pertenecerá á aquel de los dos á quien los Tribunales Británicos declaren dueño. Como en esta transacción se entienden incorporadas las leyes de la República de Colombia, las cuales prohíben este pacto, semejante contrato ofrece patente, elaramente, la ley que prohíbe y la estipulación prohibida. Ajusto yo con Pedro el contrato de venta de los derechos herenciales que venga á tener en la sucesión de mi padre cuando muera. En este contrato leemos, como que en él están incorporadas las leyes, de un lado la prohibición de esta venta, del otro la venta prohibida. Me da en préstamo un Banco quince mil pesos, en seguridad de los cuales yo digo que le transmito en dominio y propiedad una cédula de movilización. El contrato que esto reza, toda vez que de él hace parte integrante, que en él está incorporada la ley que prohíbe al acreedor apropiarse la cosa mueble que se le da en seguridad como garantía, como caución, á no ser rematándola en pública subasta ó, en defecto de ésta, adjudicándosele en pago por avalúo pericial; ese contrato muestra á las claras, al descubierto, manifiestamente, la prohibición de aquel pacto transmisivo del dominio de la cosa entregada al acreedor en seguridad, y, á la vez, el pacto prohibido. Casos son todos tres en los cuales, manifiesta como aparece la nulidad absoluta, los rige el deber imperativo, incondicionalmente impuesto por ley al Juez ó Magistrado, de hacer la declaratoria de nulidad.

Empero, el derecho de mi poderdante no aminora porque no pueda hacerse declaratoria de nulidad de aquella estipulación prohibida, aquella por la cual el prestamista arranca á su deudor el pacto de transmitirle en dominio y propiedad la cosa que le da en seguridad.

Capítulo es de la demanda sujeto á fallo, si la cédula de movilización dada por Alvarez en seguridad al Banco, es, en poder de éste, una prenda. He ensayado demostrar esto valiéndome de las leyes, tan claras y terminantes en el particular; del contexto mismo del documento donde está consignado el contrato de mutuo á que accedió el de la cédula, de las gestiones de cobro á Alvarez hechas por el Banco, de los mismos estatutos de éste, que son sus leyes, de los libros y asientos del Banco, de las confesiones y declaraciones de los mismos representantes de éste, hasta de la sentencia adversa de primera instancia, la cual, declarando, como declara, que al contrato de mutuo accedió otro á manera de venta condicional de la cédula, venta que debía quedar verificada si vencido el plazo no pagaba Alvarez, reconoció virtualmente que durante este plazo la cédula permaneció en

poder del Banco en calidad de prenda; otro carácter era imposible que tuviera, otro oficio no podía hacer ese valor mueble entregado por Alvarez al Banco en seguridad. Pudiera agregar que no pudiendo aquella estipulación producir efecto alguno en el sentido de haberle sido transmitido el dominio de la cédula al prestamista, y produciéndolo sí en el sentido de haber quedado, por virtud de ella, constituida en prenda la cédula, debe preferirse éste. Pudiera también agregar que á la naturaleza del contrato de mutuo no cuadra la venta al prestamista de la cosa que se le da en seguridad, pero sí cuadra perfectamente la constitución de prenda para garantizarlo.

Siendo en poder del Banco una prenda la cédula de movilización que Alvarez le entregó el 14 de Enero de 1886 en seguridad de los quince mil pesos que de aquél recibió en mutuo, debe restituírsele mediante el pago que haga. El derecho del deudor, de obtener la prenda mediante el pago de lo que debe, dura en tanto que no se haya consumado la venta en pública subasta ó la adjudicación al acreedor en pago, por avalúo pericial (artículos 2502 y 2424, Códigos Civiles de Cundinamarca y de la República). El deudor tiene perfecto derecho, satisfecho que haya en todas sus partes el crédito, á que se le restituya la prenda (artículos 2504 y 2426, Códigos Civiles de Cundinamarca y de la República). "El acreedor es obligado á restituir la prenda," dicen los artículos 2506 y 2428 de los mismos Códigos. El señor Juez de primera instancia niega aquí, en este pleito, ese derecho, declarando que Alvarez no puede exigir la cédula porque no pagó estrictamente, condición que debía cumplirse para que el Banco quedara constituido en el deber de transmitir el dominio de la cédula, de retrovendérsela á Alvarez, según la propia voz que emplea el mismo señor Juez. Hubiera, pues, el señor Juez decretado lo que él llama retroventa de la cédula del Banco á Alvarez, si éste hubiera pagado estrictamente. Pero el mismo señor Juez declara (atrás lo hemos expuesto) que la venta de la cédula de Alvarez al Banco se verificaba si vencido el plazo no se hacía el pago, esto es, que esta venta no se verificaba si Alvarez pagaba estrictamente. Luego si Alvarez hubiera pagado estrictamente, el señor Juez decretaría la retroventa, tal es su expresión, del Banco á Alvarez sin haber precedido venta de éste á aquél. El señor Juez da el pase al pacto entre deudor y acreedor de que se transmita á éste el dominio de la cosa que se le da en seguridad, si aquél no paga el día del vencimiento del plazo; y así declara que el acreedor puede apropiarse la cosa que se le da en seguridad, sin haberla rematado en pública subasta ó sin haberle sido adjudicada en pago, por avalúo pericial. Hubiera, repito, decretado el señor Juez la retroventa de la cédula del Banco á Alvarez, si éste hubiera pagado estrictamente. Pero esta retroventa habría forzosamente requerido que Alvarez reembolsara al Banco la cantidad determinada, estipulada como precio de la retroventa, ó en defecto de estipulación, lo que al Banco costó la compra, ¿Qué reembolso estipularon Alvarez y el Banco por la retroventa de

la cédula que éste debía otorgar? Ninguno. ¿Qué costó al Banco la compra de la cédula para que eso que le costó fuera lo que Alvarez debiera reembolsarle por la retroventa? Nada. ¿Cómo entonces decretar lo que el señor Juez denomina retroventa de la cédula? ¿Acaso se dijo que los quince mil pesos que recibió Alvarez en mutuo del Banco, fueron el precio que dió éste por la cédula, y que de ellos debía reembolsarse el Banco al vencimiento del plazo, para quedar constituido en la obligación de transmitir á Alvarez el dominio de la cédula, de retrovendérsela, según la expresión del señor Juez de la primera instancia? Contra esto replico lo que en alguna parte he expuesto, y pido excusas por las repeticiones á que, en tocando puntos trascendentales, me ha obligado esta misma trascendencia; replico que, ó los quince mil pesos pertenecen al contrato de mutuo, ó fueron el precio de compra de la cédula; si aquello, faltó precio en la compra-venta de la cédula, no hubo compra-venta, ni consiguientemente, aunque Alvarez hubiese pagado estrictamente, el señor Juez hubiera podido decretar retroventa á que no precedió venta; si esto, no hubo contrato de mutuo, porque faltó la materia de él, lo que lo constituye, y tampoco existió el contrato que, según el señor Juez, accedió á éste: el de venta de la cédula, porque faltando el contrato principal, desaparecen los accesorios á éste, ni consiguientemente hubiera podido decretar que el Banco retrovendiera á Alvarez una cédula que éste no había vendido á aquél.

Al Banco no le es permitido cobrar la cédula, porque ésta está en su poder en calidad de prenda, y porque al acreedor le es prohibido, cualesquiera que sean los pactos ajustados en contrario, disponer de la prenda por medio distinto de la venta en pública subasta, ó adjudicación en pago, pericialmente avaluada. No puede, pues, el Banco, como se lee en la contestación á la demanda, disponer de la cédula y devolver á Alvarez, si buenamente quiere, si gana le da, lo que estime como sobrante. Hay en esto, aparte de una franqueza impudente, patente inexactitud jurídica, que emana, aparte de la prohibición hecha al Banco como acreedor, de disponer de la cédula por medio que no sea ninguno de los dos únicos, exclusivos que la ley prescribe, de igual prohibición para disponer de la cédula como mandatario y comisionista de Alvarez. El Banco, caso de no pagar Alvarez al vencimiento, quedó facultado por éste para cobrar la cédula; consiguientemente, esta operación debería verificarla, si no le estuviera prohibida, por cuenta ajena, como mandatario. Y si debería cobrarla, no con otro carácter que el de mandatario, no le sería dado fijar autojadizamente el sobrante y devolver éste, si buenamente le diera la gana, si el capricho ó un escrúpulo de conciencia así se lo dictasen. Al menos no sé yo desde cuándo el mandatario esté dispensado de rendir á su mandante cuenta estrictamente justificada y comprobada de su mandato.

Igualmente se lee en la contestación á la demanda, que el Banco, en conciencia, pero no legalmente, se cree obligado á devolver la

cédula á Alvarez en tanto que éste le dé todo cuanto aquél puede obtener disponiendo de la cédula. Volvemos á hallar aquí una facilidad de impudencia que espanta más que todos los errores jurídicos acumulados en tan pocas líneas. El Banco pudiera obtener, si lícito le fuera, veinticinco mil y más pesos disponiendo de la cédula, porque ésta está respaldada en la hipoteca de un fundo que vale el duplo. Y como el Banco, aunque procediendo en esto por cuenta ajena, aunque disponiendo de la cédula como mandatario de Alvarez, puede antojadizamente dar ó no cuentas de esta operación y darlas como la gana le dó, esto sostiene su apoderado, el Banco, digo, tiene, teniendo la cédula, veinticinco mil y más pesos. Alvarez, para tomar su cédula, debería dar estos veinticinco mil y más pesos al Banco, y éste todavía, según los movimientos de su conciencia, podría resistir la entrega de la cédula. Aun dando Alvarez toda esta suma, quedaría debiendo al Banco los quince mil pesos que éste le dió en mutuo, y los intereses. No hay en esto exageración. La sentencia de primera instancia declara que Alvarez y el Banco ajustaron un contrato de mutuo, dándole éste á aquél quince mil pesos, al interés de quince por ciento anual; que á la vez ajustaron otro contrato de venta de la cédula, otorgado por Alvarez al Banco, y que esta venta, sujeta á una condición que la suspendía, se consumó por el cumplimiento de la condición, esto es, que el dominio de la cédula pasó irrevocablemente al Banco. Así, realizada por un movimiento de conciencia la magnanimidad del Banco que el apoderado anuncia, de vender á Alvarez la cédula, dándole éste cuanto el mismo Banco puede obtener disponiendo de la cédula, veinticinco mil y más pesos, mediante este pago, Alvarez únicamente alcanzaría el dominio de la cédula que el Banco, según el señor Juez de primera instancia, adquirió, á título de compraventa. Alvarez compraría una cédula que había vendido, según el señor Juez. Pero esta compra no extinguiría la obligación de Alvarez, de pagar al Banco los quince mil pesos que de éste recibió en mutuo, tan sólo cancelaría el título de dominio del Banco sobre la cédula, tanto menos, cuanto el contrato constitutivo de este título, la venta de la cédula de Alvarez al Banco, fué, así lo declara el señor Juez, un contrato accesorio al de mutuo, y extinguido el contrato accesorio no queda extinguido el contrato principal. Extinguida pues la venta de la cédula al Banco, dando á éste Alvarez los veinticinco mil y más pesos que podría obtener disponiendo de ella, extinguida esta venta, que el señor Juez declara contrato accesorio al de mutuo, quedaría en pie éste, por ser el contrato principal: Alvarez, después de todo, quedaría debiendo al Banco los quince mil pesos que recibió en mutuo. El proceder del Banco conduce al mismo resultado: el Banco sostiene en este pleito que es dueño de la cédula por haberla adquirido de Alvarez por contrato de venta que accedió al de mutuo. Consecuencialmente, si Alvarez compra la cédula dando al Banco cuanto éste pudiera obtener disponiendo de ella, veinticinco mil y más pesos, esto apenas alcanzaría á cancelar y extinguir

aquella venta accesoria, quedando vivo, vigente, productivo de obligaciones, el contrato principal de mutuo, el cual no sería afectado en manera alguna por la extinción y cancelación de una venta que apenas le accedió: Alvarez, después de aquella compra, todavía quedaría debiendo al Banco los quince mil pesos que recibió en mutuo.

Rectifiquemos ahora inexactitudes de derecho. El Banco no puede disponer de la cédula sino pidiendo la venta de ella en pública subasta, ó á falta de ésta, pidiendo le sea adjudicada en pago hasta concurrencia de su crédito, previo avalúo pericial. Todo lo demás se lo prohíben perentoriamente las leyes. Consiguientemente no puede disponer libremente de la cédula ni apoderarse de cuanto ésta produzca. Por lo mismo, mal podría exigir de Alvarez la integridad de este producto. El Banco, si válido fuera el mandato que Alvarez le confirió en el documento de contrato de mutuo, de cobrar la cédula, no podría apoderarse de la totalidad del producto de ésta: tendría la obligación de rendir cuenta justificada, comprobada, á su mandante Alvarez, entregando á éste el saldo. El Banco no podría disponer de la cédula sino: ó como dueño, y no lo es, porque por más pactos que el acreedor arranque á su deudor, no puede, le está terminantemente prohibido, adueñarse de la cosa que éste le da en seguridad; ó como mandatario de Alvarez para disponer de la cédula, y tampoco lo es, porque al acreedor le es prohibido arrancar de su deudor facultad de disponer libremente, por sí y ante sí, de la cosa que éste le da en seguridad. El Banco, tenedor de una cédula que se le dió como caución, no puede imponer á su deudor como ley, que éste le dé cuanto aquél pudiera obtener disponiendo de la cédula: su deber legal y natural es restituirla mediante el pago de lo que se le debe.

Este pago de lo que Alvarez debe al Banco le fué hecho á éste por consignación desde el mes de Noviembre de mil ochocientos ochenta y seis. Por entonces consignó aquél para pagar, la prueba de esto corre en los autos, diez y seis mil ochenta y siete pesos cincuenta centavos, cantidad muy superior á la debida. Efectivamente, el contrato de mutuo fué ajustado en 14 de Enero de 1886, bajo el imperio del Código Civil de Cundinamarca; en el contrato no se estipuló interés durante la mora, ni el legal ni superior al legal, ni tampoco que durante ésta el préstamo no devengaría intereses; consiguientemente son de estricta aplicación los artículos 1626, regla 1^a, y 2276 de ese Código, al tenor del cual, cuando tal acontece, se entienden los intereses legales, ó sea el cinco por ciento anual, que liquidado sobre el capital de quince mil pesos, durante una demora de seis meses, no obstante que ésta no alcanzó á tanto, porque empezó el 14 de Julio de 1886 y terminó en Noviembre siguiente, fecha en que Alvarez pagó por consignación, produce trescientos setenta y cinco pesos, los cuales, agregados á aquel capital, dan quince mil trescientos setenta y cinco pesos, cantidad menor en mucho á la que fué consignada.

Cuando Alvarez hizo el pago por consignación, el Banco declaró

por medio de su apoderado (y la prueba de ello corre también en los autos), no ser acreedor yá, por haber vencido el plazo de la obligación de aquél sin haberla pagado y haber, por virtud de esto, adquirido el dominio de la cédula de movilización que se le dió en seguridad. Sostuvo, pues, el Banco no ser ya acreedor por haber vencido el plazo sin pago y haber, por tal razón, adquirido el dominio de la cédula que su deudor le dió en prenda; y sinembargo el Banco, vencido y todo el plazo, declaraba ser acreedor en la carta de cobro que he presentado como prueba en esta segunda instancia; y sinembargo el Banco, después de vencido el plazo, se consideraba acreedor, puesto que cobraba á Alvarez por conducto de su Gerente, según así aparece de la declaración de éste rendida en primera instancia; y sinembargo el Banco, justamente en el mes de Noviembre de 1886, precisamente cuando sostenía en el Juzgado no ser ya acreedor, porque el hecho del vencimiento del plazo sin habérsele pagado le daba dominio sobre la prenda, declaraba ser acreedor ajustando el pago de lo que Alvarez le debe con un recomendado de éste (declaraciones del señor D. Julio Barriga y del señor Gerente del Banco, que corren en el expediente); y sinembargo el Banco, vencido y todo el plazo, mantiene registrado en sus libros, según así aparece de los asientos de éstos que corren como prueba en el proceso, un crédito hipotecario á su favor y á cargo de Domingo Alvarez, declarando así ser su acreedor.

El Banco, sosteniendo contra las leyes positivas y las leyes naturales, contra la justicia escrita y la que no lo está, ser dueño de la cédula de movilización que se le dió en prenda, por cuanto al vencimiento del plazo no se le pagó, y no ser, consiguientemente, acreedor; el Banco, repito, sosteniendo esto, rehusó el pago por consignación que Alvarez le hizo, para el cual, como establecido queda atrás, depositó una suma de pesos muy superior á la debida. Esta resistencia suspendió la consumación del pago que se le hizo, mantuvo y mantiene la casa de "Las Secretarías," propiedad de Alvarez, hipotecada por los veinticinco mil y más pesos que vale la cédula de movilización dada en prenda al Banco; obligó á instaurar el presente pleito para que aquí se resolviera que un acreedor no adquiere dominio sobre la cosa que se le dió en seguridad, por cuanto el deudor no pagó al vencimiento del plazo; y causó á Alvarez la pérdida de diez mil pesos (\$ 10,000), diferencia entre los cincuenta mil pesos, precio que había éste obtenido por la casa de "Las Secretarías" si el Banco hubiese cumplido su deber legal de aceptar el pago que se le hizo, lo que hubiera extinguido la hipoteca constituida sobre esta casa para entregarla libre al comprador, como éste lo exigía, y los cuarenta mil pesos, avalúo pericial dado á la misma casa en el presente juicio.

El acreedor rehusó cumplir su obligación de recibir lo que se le debía, de aceptar el pago que su deudor, consignando más de lo debido, le hizo; esta falta de cumplimiento causó perjuicios al deudor,

según así está probado en este juicio; debe, pues, el acreedor indemnizar el perjuicio que causó y que está debidamente apreciado.

Si en vuestra sentencia, señores Magistrados, hubiéreis de examinar el punto de si mi poderdante, al hacer al Banco el pago por consignación, depositando para esto diez y seis mil ochenta y siete pesos cincuenta centavos, consignó todo lo que debía; si esto hubiéreis de examinar, os repito que os sirváis tener en cuenta que el documento fecha 14 de Enero de 1886, otorgado por mi poderdante al Banco, no estipuló interés para durante la mora; y que el Código Civil de Cundinamarca, vigente cuando el contrato se celebró y por esto aplicable, dice que durante la mora, "se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, ó empiezan á deberse los intereses legales, en el caso contrario." El interés legal fijado por aquel Código Civil, es el de cinco por ciento anual.

Mi poderdante fía en que tan ilustrado como justiciero Tribunal, revocará la sentencia de primera instancia, materia de la apelación, y hará las declaratorias contenidas en la demanda, en cuanto haya lugar en derecho.

Señores Magistrados,

GONZALO CURREA.

Bogotá, Noviembre 29 de 1887.