

vor del banquero y llegados á sus vencimientos. «Esta renuncia, dice la sentencia de denegada, hecha y aceptada en ejecución de la apertura del crédito, equivale á una entrega de fondos por el banquero al acreditado; de un golpe extingue la deuda antigua, exigible inmediatamente, y realiza el crédito, sometiendo el crédito del banquero á las condiciones estipuladas en el acta de crédito. El banquero ejecuta su compromiso y evita un circuito inútil consintiendo en la extinción de los vales en lugar de exigir su reembolso; trata en esta circunstancia como banquero y adquiere como tal contra los acreditados un nuevo crédito exigible sólo en ocho años, plazo de la apertura del crédito, pero garantizado por la hipoteca que garantiza el crédito, el cual se halla así ejecutado.» (1)

Resulta de esto que en verdad no hay excepción, en el caso, al principio de que la apertura del crédito, salvo estipulación expresa, no garantiza los anticipos anteriores. La deuda de estos anticipos fué extinguida por una novación, como lo decía la Corte de Bruselas en una reciente sentencia: «La hipoteca constituida para la seguridad de un crédito abierto no cubre más que los anticipos de fondos hechos en ejecución de este crédito. No garantiza el reembolso de entregas de fondos anteriores á la apertura de crédito sino cuando se opera una novación en cuanto á estos anticipos de tal suerte que el banquero adquiere por este punto un nuevo crédito contra el acreditado. En esta hipótesis los fondos prestados, anteriormente, que son exigibles, pueden ser considerados como mantenidos á la disposición del acreditado en ejecución de la apertura del crédito según las cláusulas y condiciones de este contrato.» En el caso la Corte de Casación comprueba que no había habido novación entre las partes y que ningún anticipo había sido he-

1 Denegada, 3 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1871, 1, 281).

cho; el contrato de apertura de crédito era, pues, una pura ficción. (1)

537. El art. 80 dice que la entrega de los fondos podrá ser establecida por todos los medios legales. Esta disposición tiene por objeto decidir una controversia que existía bajo el imperio del Código Civil. Había autores que exigían que los anticipos constaran por acta auténtica, así como se exigía la autenticidad de la acta que establece la apertura del crédito (núm. 529). Esto era un doble error. El contrato de hipoteca sólo es solemne para la constitución de la hipoteca; en cuanto á las pruebas que hay que dar amenudo el acreedor hipotecario quiere ejercer su derecho, nada tiene de común con la solemnidad del acta. La hipoteca, en el caso, garantiza los anticipos hechos en virtud de la apertura del crédito. ¿Qué debe establecerse en forma auténtica? La suma hasta concurrencia de la que el banquero está obligado á hacer anticipos, suma por la que tendrá una hipoteca si los anticipos agotan el crédito; en cuanto á los anticipos se hacen por ejecución del contrato, y esta ejecución no es una acta solemne; queda, pues, sometida al derecho común. Es en este sentido en el que la ley dice que las pruebas legales son admisibles. ¿Cuáles son estas pruebas legales? En materia mercantil, dice Lelièvre en su informe á la Cámara, la prueba se hará por los libros del acreedor y, en caso necesario, por testigos. (2) La cuestión ha sido decidida en este sentido por la Corte de Casación de Bélgica. (3)

§ IX.—DE LAS MODALIDADES DE LA HIPOTECA.

538. El contrato de hipoteca está sometido á las reglas generales que rigen todas las convenciones, sólo difiere por

1 Bruselas, 27 de Julio de 1874 (Pasicrisia, 1874, 2, 325).

2 Lelièvre, informe (Parent, p. 145).

3 Casación, 27 de Diciembre de 1849 [Pasicrisia, 1850, 1, 53].

la solemnidad. Así puede hacerse á plazo ó bajo condición. Estas modalidades son raras porque quitan á la garantía hipotecaria la certeza, que es su grande ventaja; el plazo lo limita á cierto tiempo; mientras que el objeto del acreedor es estipular una seguridad que le garantice su deuda mientras ésta existe; en cuanto á la condición suspende la existencia misma de la hipoteca en el sentido de que la hipoteca no existirá si la condición desfallece. (1)

No se encuentra en la jurisprudencia ejemplo de una hipoteca constituida á plazo ó bajo condición. La única sentencia que se cita ha sido, en nuestro concepto, mal interpretada por Merlin. Constitución por un marido en favor de su mujer y de sus hijos por nacer en el matrimonio de una renta de 1200 francos "para tomar especial y limitada-mente en una casa sita en París, Calle de Lepelletier, y subsidiariamente en otra casa sita en París, Calle Rochechouart." El acta estipula que esta última hipoteca no se adquirirá más que en el caso de venta de la primera casa, "en cuyo caso el constituyente tendrá el derecho de libertarla de la hipoteca que la grave personalmente, asegurando la hipoteca, ya sea en la casa indicada ó en otra, con producto seguro y fijo." La mujer tomó inscripción en la casa hipotecada, agregando "con facultad de reportar la hipoteca en la casa situada en la Calle de Rochechouart en el caso en que el deudor llegare á enajenar la primera." La casa fué vendida y la inscripción tomada en el inmueble fué borrada en virtud de una sentencia pasada á autoridad de cosa juzgada. Posteriormente dos acreedores tomaron inscripción en la casa de la Calle de Rochechouart. Esta casa fué igualmente vendida; el adquirente la purga, el acreedor rentista se presenta en la orden y pretende prevalecer á los demás acreedores inscriptos. Estos sostienen que la mujer no tuvo nunca hipoteca. La Corte de París dió gane

1 Aubry y Rau, t. III, p. 284, nota 5, pfo. 266.

á la mujer. En el recurso la sentencia fué casada. ¿Qué se decidía?

La Corte comprueba que el donante no entendía dar á la acreedora rentista más que una hipoteca especial y limitada, reservándose la facultad, en caso de venta de la casa hipotecada, de asegurar la hipoteca de la donación en la casa de la Calle Rochechouart ó en otros inmuebles de su elección. De esto la Corte concluye que la mujer no tenía realmente hipoteca más que en la casa de la Calle Lepelletier, á reserva, en caso de venta de dicha casa, el reportar la hipoteca en la casa de la Calle de Rochechouart ó en otro inmueble del donante. La sentencia atacada violaba, pues, la ley que no concede hipoteca convencional más que en el inmueble especialmente designado por el acta. No teniendo la acreedora rentista hipoteca en la casa de la Calle de Rochechouart la inscripción acumulativa que hubiera tomado en una y otra casa hubiera sido ineficaz, no pudiéndose tomar ninguna inscripción sino en virtud de una hipoteca consentida especialmente en un inmueble determinado. Pero, agrega la Corte, el donatario no había siquiera tomado una inscripción acumulativa, se había limitado á mencionar en su inscripción la facultad de *reportar la hipoteca* en la casa de la Calle de Rochechouart. Y la ley no concede efecto de la inscripción á una acta que no contiene más que la reserva de una simple facultad de inscribirse.

Merlin dice que esta sentencia está fundada en dos motivos: el primero, que la hipoteca subsidiaria en la casa de la Calle de Rochechouart no era susceptible de inscripción antes de la venta de la casa de la Calle Lepelletier; el segundo, que la acreedora no había tomado inscripción de esta hipoteca. El segundo motivo era, sin duda, perentorio; pero Merlin opone al primero que una hipoteca condicional es tanto como una hipoteca pura y simple, susceptible de ser

inscripta. (1) La crítica estaría fundada si realmente hubiera habido hipoteca condicional. Pero el acta no decía esto; el donante prometía sólo reportar la hipoteca en otro inmueble, á su elección, en caso de venta de la casa hipotecada. Por esto la Corte de Casación no dice que la donataria tenía una hipoteca condicional; dice, al contrario, que la mujer no tenía hipoteca y que, por tanto, hubiera tomado simplemente inscripción.

539. La ley permite á las partes agregar á sus contratos toda clase de condiciones. Hay una excepción en la ley de 15 de Agosto de 1854 para la cláusula llamada *aparejada ejecución*. El art. 90 dice: «Se permite estipular en las convenciones que á falta de ejecución de los compromisos tomados para con él el acreedor privilegiado ó hipotecario tendrá el derecho de mandar vender su prenda en la forma de venta voluntaria.» Pero la ley no autoriza esta cláusula más que bajo la condición que determina: es necesario que el acreedor esté inscripto el primero y que la estipulación de aparejada ejecución haya sido publicada por la inscripción. La venta tiene lugar, en este caso, en subasta, ante un notario nombrado por el presidente del tribunal.

La legislación francesa prohíbe la cláusula de aparejada ejecución. Según el art. 942 del Código de Procedimientos revisado es nula toda cláusula que dice que á falta de ejecución de los compromisos tomados para con él el acreedor tendrá el derecho de mandar vender los inmuebles de su deudor sin llenar las formalidades prescriptas para el embargo inmobiliario.

Perteneciendo esta materia al procedimiento trasladamos al excelente comentario de nuestro sentido colega M. Waelbroeck acerca de la ley de 1854. (2)

1 Merlin, Cuestiones de derecho, en la palabra Hipoteca, pfo. XIV, sec. II (t. VIII, p. 173). La sentencia de Casación de 5 de Diciembre de 1809 está relatada por Merlin.

2 Waelbroeck, Comentario de la ley de 15 de Agosto de 1854, t. III, ps. 566

540. El art. 2078 prohíbe al acreedor prendista estipular que á falta de pago podrá apropiarse la prenda ó disponer de ella sin las formalidades prescriptas por la ley. Hay una disposición análoga para la anticresis (art. 2088). ¿Se aplica esta prohibición al contrato de hipoteca? Las partes convienen que el acreedor á falta de pago se volverá propietario del inmueble hipotecado. ¿Es válida esta cláusula? La cuestión está controvertida. En nuestro concepto debe ser decidida negativamente. La hipoteca y los derechos que resultan de ella son de orden público; el acreedor tiene un derecho de preferencia y un derecho de prosecución que ejerce por la vía de expropiación. ¿Puede realizar su derecho por otras vías? No, pues esto sería derogar las leyes del embargo inmobiliario, que son igualmente de orden público. El texto de la Ley Hipotecaria lo prueba. Se necesita una disposición terminante para autorizar la cláusula de aparejada ejecución, y la ley sólo la permite bajo las condiciones que determina (núm. 539). Se necesitaría también un texto para validar en materia de hipoteca la cláusula que los arts. 2078 y 2088 prohíben en materia de empeño.

Las sentencias en pró ó en contra tienen poca autoridad porque están muy mal motivadas. Hay una sentencia de la Corte de Agén, conforme con nuestra opinión, pero fundada únicamente en el temor de favorecer el agio. (1) La Corte de Tolosa, que validó la cláusula, invoca el adagio de que la ley permite todo lo que no prohíbe; (2) esto es verdad en los contratos ordinarios en que la ley sólo prevee lo que quieren las partes; esto no es verdad en las convenciones, que son de orden público. La mayor parte de las sentencias declaran la cláusula válida interpretándola como

y siguientes. Compárense, sobre el derecho francés, Aubry y Rau, t. III, página 284, pfo. 266.

1 Agén, 28 de Diciembre de 1842 (Daloz, en la palabra Empeño, núm. 274, 1.º)

2 Tolosa, 16 de Marzo de 1812 [Daloz, en la palabra Empeño, núm. 275, 1.º]

venta condicional. (1) Si las partes entendieran hacer una venta, y si su convención presenta todos los caracteres de este contrato, debe sin duda, ser validada; pero sería desconocer la intención de los contratantes y las disposiciones de la ley el confundir la cláusula de los arts. 2078 y 2088 con la venta. Esta es esencialmente traslativa de propiedad, aunque sea condicional, si la venta se realiza por el cumplimiento de la condición; mientras que el contrato de hipoteca deja la propiedad al deudor. Hay otras diferencias entre ambas convenciones que es inútil señalar.

SECCION IV.—De la hipoteca testamentaria.

541. Según el art. 43 la hipoteca es legal, convencional ó testamentaria. El art. 44 define la hipoteca testamentaria en los siguientes términos: «Es la que está establecida por el testador en uno ó varios inmuebles especialmente designados por el testamento para la garantía de los legados hechos por él.» Esta es la única disposición que la ley contiene acerca de la hipoteca testamentaria. Creemos que los vacíos que presenta tienen que ser llenados por los principios generales que rigen nuestro sistema hipotecario. Así el art. 44, que somete la hipoteca testamentaria al principio de la especificación en lo relativo á los bienes, nada dice de la especificación del crédito. ¿Quiere esto decir que la hipoteca testamentaria no tenga que ser especial en cuanto al legado cuya ejecución asegura? Esto sería inadmisibile. La nueva ley sujeta á la especificación las hipotecas más favorecidas: las de los incapaces; hace, pues, de la especificación un principio general sin excepción; no habrá, seguramente, razón para exceptuar la hipoteca testamentaria. El legislador habrá pensado que el crédito está determinado por la

1 Casación, 1.º de Julio de 1844: Montpellier, 30 de Julio de 1833 y 6 de Marzo de 1840. Tolosa, 16 de Marzo de 1812 (Daloz, en la palabra Empeño, (núms. 313 y 275).

misma naturaleza del legado; pero esto no sería exacto, pues la cosa legada puede consistir en una prestación; es, pues, necesario aplicar por analogía lo que la ley dice de las prestaciones impuestas al donatario; para que el donatario tenga privilegio por este punto el cargo debe ser liquidado. Asimismo la prestación legada debiera ser liquidada para que la hipoteca testamentaria pudiera ser inscrita. No se podría decir que la hipoteca es nula por falta de esta especificación, pues no hay nulidad sin texto; pero la inscripción, en todo caso, debiera especificar el crédito; en efecto, el art. 83 (Código Civil, art. 2148), que exige la mención del monto del crédito, es aplicable á todas las hipotecas. En la opinión que hemos enseñado la especificación es una condición requerida para la existencia de la hipoteca. Si tal es el principio para las hipotecas legales y convencionales hay que admitirlo también para la hipoteca testamentaria, pues los motivos son idénticos. No se puede objetar el silencio de la ley, puesto que nuestras leyes no contienen un sistema completo acerca de la teoría de las actas inexistentes. Los principios generales y los argumentos de analogía bastan. Suponemos que la hipoteca testamentaria debe ser inscrita; el art. 44 no lo dice, pero no necesitaba decirlo, pues los artículos de la ley que subordinan los efectos de la hipoteca á la publicidad son aplicables á todas las hipotecas (arts. 81 y 96).

542. ¿Cuál es el objeto de la hipoteca testamentaria? El art. 44 dice que el testador puede establecerla para la garantía de los legados que hace. Según el proyecto de la comisión especial la hipoteca podrá también ser constituida para la garantía de las deudas del testador. La palabra *deudas* desapareció del artículo sin que se sepa por qué motivo. ¿Debe concluirse de esto que el testador no puede conceder una hipoteca á uno de sus acreedores? En rigor esta consecuencia.