

recordará en ella la suma por la cual el inmueble está gravado.

El crédito puede ser condicional por su existencia á la vez que tenga por objeto una suma determinada. Este caso no difiere del que forma la regla general; sólo que la ley quiere que la condición sea mencionada en la inscripción hipotecaria. La disposición habría estado mejor colocada en el art. 83 (Código Civil, art. 2148) que enumera todo lo que debe contener la inscripción hipotecaria, lo que está prescripto en interés de los terceros, y éstos se hallan muy interesados en saber si el crédito es condicional, puesto que la condición suspende los efectos de la obligación y, por consiguiente, la hipoteca; de modo que si la condición no se verifica no habrá habido ni obligación principal ni accesoria.

El art. 80 no habla de los créditos indeterminados como lo hacía el art. 2132 del Código Civil. Con arreglo á esta última disposición los créditos indeterminados en su valor no debían ser especificados por el acta constituyente de la hipoteca; solamente que el acreedor no podría requerir la inscripción de la hipoteca sino hasta concurrencia de un valor estimativo declarado expresamente por él y que el deudor tendría el derecho de hacer reducir si hubiera lugar. La ley belga sienta como regla absoluta que el crédito sea determinado por el acta; si, pues, lo está las partes contratantes deberán hacer avalúo, para lo cual es necesario el concurso de voluntades del deudor y del acreedor. Esto es más lógico que el sistema del Código y más sencillo. La especificación del crédito es un elemento esencial del contrato de hipoteca, y todos los elementos de un contrato deben estar convenidos por las partes; no se concibe que el acreedor, por su voluntad, determine la suma por la cual estarán gravados los bienes del deudor, como no puede depender de él determinar los inmuebles que estarán grava-

dos con la hipoteca. También el Código da al deudor el derecho de hacer reducir la inscripción hecha por el acreedor. Más valdría exigir el concurso de voluntades de las partes en el acta que constituye la hipoteca. Es verdad que las partes pueden hacer un avalúo inexacto, porque es difícil determinar de antemano el monto de un crédito eventual: tal es un crédito por daños y perjuicios, porque aun es difícil al juez estimar cuándo está ilustrado por una experticia ó una instrucción. Si el valúo es excesivo ó insuficiente las partes no podrán volver á su convención, salvo por consentimiento mutuo. Este es un inconveniente; pero es inevitable, puesto que resulta de la naturaleza misma del crédito para cuya seguridad se estableció la hipoteca. (1)

527. ¿Se puede constituir hipoteca por una deuda futura? La cuestión fué controvertida bajo el imperio del Código Civil; no está decidida directamente por la nueva ley; pero al disponer que la hipoteca consentida en seguridad de un crédito abierto es válida el art. 80 decide implícitamente que la hipoteca de una deuda futura es válida, porque la apertura de crédito es un préstamo que el acreedor realiza á medida de sus necesidades. Lo que la ley dice del crédito abierto se aplica á toda deuda futura. La comisión especial desarrolló muy bien los motivos que justifican el principio consagrado por el art. 80. (2) Se objetaba contra la validez de la hipoteca de una deuda futura el principio formulado por el art. 1174 de que toda obligación es nula cuando ha sido contraída bajo una condición potestativa por parte del que se obliga. De aquí se inducía que la obligación contraída para reembolsar los empréstitos que se hicieran sería nula, puesto que depende de la realización de ellos y que esta realización depende sólo de

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 84); Martou, t. III, p. 114, núm. 1015. Compárese Aubry y Rau, t. III, p. 277, nota 57. pfo. 266. Pont, t. II, p. 137, números 703 á 706.

2 Informe de la comisión especial (Parent, ps. 41 y siguientes).

la voluntad del obligado; luego de una condición potestativa. Siendo la obligación principal nula se deduciría que el contrato accesorio de hipoteca estaba también herido de nulidad. La comisión contesta que esta interpretación del art. 1174 es errónea. El art. 1174 solamente dice que no hay obligación más que cuando depende de la pura voluntad de aquel que se compromete á estar ó no obligado. Así es nula la obligación de aquel que se compromete si quiere, y ya no se puede entonces constituir una hipoteca bajo tal condición. Otra cosa es la constitución de una hipoteca para el caso en que se contrajera en seguida una obligación válida. Ningún principio se opone á que se dé una hipoteca por una obligación futura. Es verdad que la hipoteca sólo existirá cuando la deuda sea contraída, y depende de aquel que la ha constituido á no obligarse. La comisión responde que no depende de él, que los bienes que ha dado en hipoteca no sean hipotecados si contrae la deuda. Luego la hipoteca no depende de una condición puramente potestativa; el deudor está ligado y no puede obligarse sin que sus bienes estén heridos de hipoteca.

¿Cuál será el lugar de la hipoteca consentida por una deuda futura? La comisión responde que la hipoteca no tomará lugar más que desde el día en que la obligación principal haya sido contraída. En tanto que no hay obligación principal no puede haber obligación accesorio. La comisión agrega que la hipoteca no podrá inscribirse más que cuando la obligación principal haya nacido y esté comprobada auténticamente. En este punto tenemos alguna duda. Desde luego no vemos por qué la obligación futura deba ser comprobada auténticamente. Cuando la obligación precede á la hipoteca puede ser comprobada por acta privada; la obligación no es una acta solemne, es la hipoteca la que debe recibirse en la forma auténtica, y todo lo que exige la ley es que la suma sea indicada en el acta auténtica. Y

si la obligación queda sometida al derecho común cuando se ha contraído antes del acta de hipoteca ¿por qué se volvería solemne cuando se contrajera después de la constitución de la hipoteca? Siempre suponiendo que el acta de hipoteca determina la suma por la que la hipoteca está consentida, así como lo exige el art. 80.

¿Si la hipoteca puede ser válidamente constituida por una deuda futura por qué no se habría de poder inscribir? El acreedor tomará inscripción por toda hipoteca válida. Es verdad que la hipoteca, aunque inscripta, no tendrá lugar sino á partir del día en que se contraiga la obligación, porque no podría haber hipoteca sin obligación principal. De aquí se sigue que el acreedor no tiene ningún interés en hacer la inscripción; y en interés de los terceros habría sido útil formular en ley la opinión enunciada por la comisión; pero la ley enmudece en este punto y no vemos con qué derecho el conservador se negaría á inscribir una hipoteca que el deudor válidamente ha consentido. (1)

§ II.—DE LA HIPOTECA CONSENTIDA POR UN CRÉDITO ABIERTO.

528. Se entiende por apertura de crédito la convención por la que un banquero se obliga á administrar á una persona que se llama acreditado los fondos ó efectos negociables hasta concurrencia de una suma determinada. ¿Puede constituirse hipoteca en seguridad de un crédito abierto? La cuestión fué controvertida bajo el imperio del Código Civil, aunque generalmente decidida en el sentido de la validez de la hipoteca; esta opinión ha sido consagrada por la ley belga; el art. 80 dice: «La hipoteca consentida para seguridad de un crédito abierto á concurrencia de una suma determinada que se obliga á administrar es válida.» El mo-

¹ En sentido contrario, Lieja, 26 de Noviembre de 1823 (Pasicrisia, 1823, p. 538).

tivo para dudar estaba fundado en el art. 1174; acabamos de contestarlo. Se debe agregar que la apertura del crédito difiere en un punto esencial de una deuda futura; esto es, que el futuro prestamista, el banquero, contraigan una obligación actual, la de tener á la disposición del acreditado la suma por la que se abrió el crédito; el banquero ya no puede disponer de ella. Siendo actual esa obligación es justo que el banquero tenga una garantía desde la apertura del crédito puesto que desde este momento se priva de la disposición de la suma que tenía en depósito y que el acreditado puede reclamarle el mismo día del contrato. Sin duda siempre depende del acreditado el usar ó no de su crédito, pero esto no hace facultativa la constitución de la hipoteca. De hecho es cierto que el acreditado usará del crédito porque no fué para no usarlo por lo que lo estipuló y por lo que concedió una garantía hipotecaria al acreedor rentista; y desde que usa del crédito el empréstito que tome estará asegurado por la hipoteca. (1)

529. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que la hipoteca dada en seguridad de un crédito abierto sea válida? Hay desde luego una condición de forma; el art. 80 no contiene ninguna disposición á este respecto; es decir, que la hipoteca de un crédito abierto queda sometida al derecho común. Si fué consentida por el acta que abrió el crédito será necesaria una acta auténtica que compruebe á la vez la apertura del crédito y la estipulación hipotecaria. Si la apertura del crédito fué fijada entre las partes anteriormente á la constitución de la hipoteca habrá dos convenciones distintas: una no solemne, la que es relativa á las obligaciones del acreedor y del acreditado; la otra solemne, la que establece la hipoteca. La apertura del crédito es de ordinario una convención comercial, puesto que la contraen comer-

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 42). Compárese Pont, t. II, p. 146, núm. 711.

ciales y por actas comerciales; está, pues, sometida á las reglas del derecho comercial en lo relativo á la prueba. Se ha tratado de sostener que la apertura del crédito debía ser comprobada por acta auténtica; esta interpretación confundía la hipoteca con la obligación principal que está destinada á garantizar; la Corte de Bruselas la desechó; el error era evidente. (1) No hay más que un elemento de la apertura del crédito que se deba comprobar auténticamente: el monto del crédito; el art. 80 quiere que la cantidad por la que la hipoteca fué consentida sea determinada. Esta es la aplicación del principio de especialidad, y la especificación de toda hipoteca convencional se debe hacer por acta auténtica (núm. 525). (2)

530. Conforme al art. 80 la apertura del crédito no puede estar garantizada por hipoteca más que de la suma que el acreedor rentista se *obliga* á ministrar. Esta condición resulta de la naturaleza de las cosas. La apertura de crédito es un contrato; implica, pues, una obligación por parte del acreedor: la de ministrar la cantidad hasta cuya concurrencia se abrió crédito del que pide prestado; si no se obliga á ministrar fondos al acreditado no hay apertura de crédito y, por tanto, no se puede tratar de una garantía hipotecaria que asegure los derechos del acreedor. Esto es evidente, pero la condición recibe su aplicación no sólo en el caso en que el acreedor no se obligara á ministrar los fondos sino también se aplica al caso en que se obligara bajo condición potestativa; no habría apertura de crédito si el acreedor se reservara la facultad de negar los fondos ó de no aceptar los vales del acreditado. La razón es que la hipoteca tiene lugar á partir de la conservación, porque desde entonces el acreedor está obligado á tener los fondos nece-

1 Bruselas, 24 de Febrero de 1869 [Pasicrisia, 1869, 2, 104]

2 Martou, t. III, p. 117, núm. 1018. Pont, t. II, p. 149, núm. 714.

sarios á la disposición del acreditado, y esta obligación no existiría si los pudiera negar. (1)

La Corte de Casación de Bélgica ha aplicado el principio del art. 80 en la especie siguiente. Apertura de un crédito de 6000 francos que el acreedor se obliga á tener á la disposición del acreditado. Constitución de hipoteca para seguridad del crédito; la hipoteca estaba constituida por la cantidad de 6000 francos y los intereses comerciales, *así como todo excedente, si había lugar*. En consecuencia, el acreedor tomó inscripción por el capital de 6000 francos y por 1080 francos de intereses y además por 4000 francos, excedente aproximativo que podría pasar al capital de 6000 francos; en fin, por 720 francos de intereses. Habiendo quebrado el que pidió prestado el curador pidió la cancelación de la hipoteca en tanto que excediera de la cantidad de 6000 francos por la que se había abierto el crédito y los intereses. Esta demanda fué acogida en primera instancia. El primer juez dijo muy bien que la inscripción estuvo válidamente hecha por la cantidad hasta cuya concurrencia el acreedor se había obligado á suministrar los fondos; había por dicho capital é intereses compromiso recíproco de los contrayentes y certeza para los terceros del valor aún libre de los bienes gravados. Pasaría lo mismo con el excedente de este crédito; el acreedor podía sobrepasar el crédito estipulado; esto dependía de él, no contraía ninguna obligación por este punto con respecto al acreditado; por tanto, no había deuda; lo que arrastraba la nulidad de la hipoteca, según el art. 80, conforme al cual el acta debe determinar la cantidad que el acreedor se obliga á suministrar. En apelación la decisión fué reformada; la Corte de Bruselas decidió que había, por las sumas excedentes al crédito estipulado, compromiso recíproco y liga con las partes; agregando que el interés de los terceros estaba resguarda-

1 Martou, t. III, p. 120, núm. 1022. Pont, t. II, p. 148, núm. 712.

do por la inscripción que valuaba el excedente en 4000 francos; de modo que todo era determinado y cierto. Esta sentencia confundía todos los casos: la especialidad del contrato de hipoteca y la especialidad de la inscripción; confunde un compromiso cierto con una eventualidad que dependía de la voluntad del acreedor porque no se obligaba á suministrar fondos más allá del crédito estipulado, y, en todo caso, el acta no contenía la cantidad por la que podría haber excedente; el acta de hipoteca era, pues, nula en todos sentidos. ¿Qué importaba, después de esto, que la inscripción especificase el excedente eventual que podría sobrepasar el crédito primitivo? ¿Puede haber inscripción cuando la hipoteca es nula? ¿y la inscripción puede cubrir la nulidad de la hipoteca? La sentencia de la Corte de Bruselas fué casada, y debía serlo. (1)

531. En la especie juzgada por la Corte de Casación fué bastante fácil distinguir el crédito obligatorio del facultativo. La cuestión es algunas veces muy delicada y se presenta muy amenudo. Creemos hacer bien relatando aún dos decisiones, de las que una es dudosa. Apertura de un crédito de 150,000 francos por el plazo de seis años. El acreedor se reservaba la facultad de hacer cesar el crédito cuando lo juzgara conveniente. ¿No era esta una condición potestativa? Nó, porque el artículo mismo del contrato que daba este derecho al acreedor implicaba que no lo usaría sino después de que el crédito abierto hubiera recibido su ejecución; en efecto, el acta decía que el acreedor no podría dar fin al contrato más que mediante un aviso previo hecho cuatro meses antes, y que el acreditado debía reembolsar la mitad de los fondos que hubiera percibido en los seis meses siguientes al aviso. La Corte de Gante concluyó, en razón de esta cláusula, que el acreedor no podía hacer cesar el crédito sino después de haber comenzado su ejecución;

1 Casación, 1.º de Febrero de 1855 (Pasicrisia, 1855, 1, 76).

por tanto, el crédito le imponía obligación, lo que basta para validar la hipoteca. (1)

En un caso sentenciado por la misma Corte el acta decía que el acreedor se reservaba la facultad de *restringir* el crédito cada vez que lo juzgara conveniente á sus intereses. Apesar de esta cláusula la Corte decidió que el acta imponía al dador de fondos una obligación actual y efectiva, lo que permitía garantizarla por una hipoteca. En efecto, dice la Corte, el crédito no podía ser *restringido arbitrariamente*, menos aún anulado completamente; y la posibilidad de restringirlo en lo venidero no impedía que existiera en lo presente. Martou critica esta decisión. Interpreta la cláusula litigiosa en este sentido: que desde la primera demanda de fondos el banquero podía usar de su reserva. Esto es verdad; también lo es que el prestamista podía usar arbitrariamente de la facultad que se reservaba, pues sólo él era juez de su interés. Pero nos parece que Martou exagera al agregar que nada impedía al banquero llevar la restricción á tal punto que equivaliera á una nulificación del crédito. Si el banquero, en lugar de *restringir* el crédito, lo hubiese anulado abusando de la facultad que le daba el contrato el acreditado le hubiera recordado la regla del art. 1134, según la cual las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe, y el juez, en caso necesario, se lo hubiera recordado y enseñado que violar sus compromisos no es ejecutarlos. Todo cuanto resultaba de la cláusula litigiosa es que el acreditado se colocaba más ó menos á merced del prestamista, pero no se puede decir que el crédito fuera anulado, y desde que hay una obligación el crédito es válido y, por tanto, la hipoteca. (2)

532. Se abusa singularmente del principio de la condi-

1 Gante, 11 de Agosto de 1848 (Pasicrisia, 1848, 2, 263).

2 Gante, 26 de Julio de 1848 [Pasicrisia, 1848, 2, 270]. Martou, t. III, página 121, núm. 1022.

ción potestativa. El art. 1174 anula la obligación cuando ha sido contratada bajo una condición potestativa por parte del que se obliga. Se ha sostenido ante la Corte de Bruselas, y hasta ante la Corte de Casación, que la apertura de un crédito es nula si depende del acreditado al usar ó no de él. Esta extraña pretensión conduciría á anular toda apertura de crédito, pues siempre dependería del acreditado no usarlo. La Corte de Bruselas contesta citando el art. 1174; basta que la prestación del crédito sea obligatoria para el prestamista que es el deudor; esto es todo lo que la ley exige, así como los principios; en cuanto al acreditado se obliga, es verdad, pero eventualmente en el caso en que usare del crédito; en el momento mismo en que se estipula el crédito el acreditado no se obliga; no puede, pues, decirse que se obliga bajo condición potestativa; contrae una obligación eventual: la de reembolsar los fondos que el banquero le anticipara, y como éste está obligado á hacerle este anticipo es suficiente liga para validar la apertura del crédito y de la hipoteca que lo garantiza. (1)

533. ¿Cuál es el rango de la hipoteca consentida para la seguridad del crédito? Esta cuestión estaba muy controvertida bajo el imperio del Código Civil; la nueva ley la zanja en estos términos: «La hipoteca tiene rango desde la fecha de su inscripción, sin atender á las épocas sucesivas de las entregas de fondos.» El crédito está estipulado por diez años; los fondos serán entregados sucesivamente durante este plazo, según las necesidades del acreditado: la cuestión está en saber si la hipoteca sólo tendrá rango á medida de la entrega de fondos de modo que tendría un lugar diferente para cada anticipo. Esta doctrina estaba profesada por nuestros mejores jurisconsultos Toullier, Merlin, Troplong, Championnière; Aubry y Rau la habían adoptado

1 Denegada, 12 de Diciembre de 1844 (Pasicrisia, 1845, 1, 78 y la requisitoria de Dewandre, p. 84).