

en sus primeras ediciones. Hay en favor de la opinión general un argumento que, á primera vista, parece decisivo. La hipoteca, en principio, no puede preceder al crédito, cuando menos no puede tener lugar antes de que la obligación principal exista. Y en el momento en que la hipoteca está inscrita en virtud del contrato que la constituye para la seguridad del crédito el acreditado no recibe aún ningún fondo; no es, pues, deudor; lo será cuando le hayan sido entregados los fondos, y en cada entrega contrae una nueva deuda. Luego la hipoteca no puede tener rango sino á partir de cada entrega de fondos. La ley belga no admitió este sistema. Ya hemos dado la razón de ello. Es que el día de la apertura del crédito el contrato produce su efecto á cargo del banquero, quien debe tener los fondos á disposición del acreditado; es justo que por razón de esta obligación que contrae tenga una garantía. Si la ley no se la diera ya no habría crédito abierto, salvo el caso en que se contrata sin garantía hipotecaria. En efecto, el banquero se vería obligado, antes de entregar fondos, á asegurarse de si el acreditado no consintió otra hipoteca que le prevaleciera; esto sería una traba permanente á las relaciones que nacen de la apertura del crédito, y estas trabas están en oposición con la rapidez de las operaciones mercantiles. Luego si se quiere que haya apertura de crédito es necesario dar al banquero una garantía real que no tenga que comprobar en cada anticipo que hace. Así el interés público justifica el principio consagrado por la ley belga, y este principio no está en oposición con el derecho. (1)

534. El art. 80 dice que la hipoteca tiene rango desde la fecha de su inscripción, sin atender á las épocas sucesivas de las entregas de fondos. Así los anticipos hechos durante

1 Aubry y Rau, t. III, p. 283, nota 71, pfo. 266. Martou, t. III, p. 115, número 1017. Pont, t. II, p. 156, núm. 719. Compárese el informe de Lelièvre (Parent, ps. 145 y siguientes).

el primer año del crédito tienen el mismo lugar que los que se hicieron el mismo día de la inscripción. Es en este sentido en el que la ley no atenderá á las épocas sucesivas de las entregas de fondos. La ley supone que todo crédito está agotado por el acreditado: el banquero tendrá lugar por el total de su crédito, capital, intereses y gastos de comisión desde la fecha de la inscripción, importando poco las fechas en que el acreditado perciba el dinero. Pero no debe inducirse de los términos del art. 80 que el banquero tiene siempre hipoteca en cualquiera época que entre en los fondos. Esto sólo es verdad cuando el contrato no indica un plazo convenido para la apertura del crédito; el contrato se ejecuta, en este caso, hasta que el crédito esté agotado, y es esta obligación así ejecutada sucesivamente la que está asegurada por la hipoteca con rango desde su inscripción. Pero sucede amenudo que el contrato fije un plazo á la apertura del crédito; este plazo modifica la convención en el sentido de que fenece cuando vence el plazo; por tanto, el crédito garantizado por la hipoteca y el de los anticipos hechos cuando el vencimiento, aunque las partes contratantes hubieran continuado sus operaciones. En efecto, á partir del vencimiento del plazo se forma una nueva apertura de crédito, expresa ó tácita, habiendo terminado la primera, y la hipoteca garantizó el primer contrato y se extingue con este contrato; luego la hipoteca no puede garantizar los anticipos hechos después del plazo convenido, aunque el total de los anticipos no pasase del crédito. Los principios lo quieren así y el interés de los terceros lo exige igualmente; cuando se fija un plazo á la apertura del crédito la hipoteca sólo tiene efecto para con ellos, con la modalidad del plazo; el banquero no prevalece á los terceros más que por los anticipos hechos cuando el vencimiento del plazo; en cuanto á los demás anticipos posteriores será simple acreedor quirografario.

535. Se admite, sin embargo, una restricción á esta interpretación del contrato. Si los anticipos hechos en virtud de la cuenta corriente, comprendiendo en ella los que se hicieron posteriormente á la prórroga del crédito, llegan á una cifra inferior á la que tenían los anticipos cuando la expiración del primer crédito la hipoteca garantizará el saldo definitivo tal cual fué fijado cuando el corte de cuenta. Esto supone que el acreditado no se limita á percibir fondos, que también hace entregas en pago de su deuda. El monto de la deuda sufre, en este caso, variaciones; si es menor cuando el corte definitivo de cuenta que cuando el vencimiento del primer crédito los terceros no tienen ningún interés en exigir que la cuenta esté cortada en aquel vencimiento, puesto que resultaría una situación más onerosa para el acreditado. Es por causa de esta falta de interés por lo que se decide que el banquero tendrá una hipoteca por el saldo definitivo de la cuenta, comprendiendo en ella la prórroga. (1) Bajo el punto de vista del interés de los terceros esto es verdad. ¿Pero no es, ante todo, una cuestión de derecho? El crédito está estipulado por cinco años; al fenecer el plazo la convención cesa de plano; la situación de las partes debe, pues, fijarse en aquel momento, y es el saldo de cuenta el que será garantizado por la hipoteca en los límites convenidos por la apertura del crédito. Si las partes continúan sus operaciones se forma un nuevo contrato en el cual la hipoteca es absolutamente extraña. ¿Qué importa, pues, la voluntad de los terceros y su interés? No pueden extender al crédito prorrogado una hipoteca que fué constituida para el primitivo crédito; se necesitaría un nuevo contrato de hipoteca entre el banquero y el acreditado, y este contrato sólo tendría efecto para con los terceros con una nueva inscripción; es, pues, imposible que la hipoteca

1 París, 21 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 80). Martou, t. III, página 120, núm. 1021. Pont, t. II, p. 150, núm. 715.

se invoque al final de la cuenta prorrogada con el lugar que tenía en virtud de su inscripción primera.

536. La apertura del crédito es un préstamo que se realiza sucesivamente á voluntad del deudor. Se trata, pues, de anticipos por hacer, de fondos que entregar ó de letras que aceptar. Si cuando la apertura del crédito y la estipulación de la hipoteca las partes convienen que la hipoteca garantizará los anticipos ya hechos se entiende que la convención recibirá su ejecución. Pero si la hipoteca está estipulada para el crédito abierto el acreedor no puede prevalecerse de ella más que para los anticipos que hará posteriormente al contrato. Esto es lo que dice una sentencia de la Corte de Casación pronunciada por informe de d'Ubexi: "Es incontestable en derecho que la hipoteca conferida para la seguridad de un crédito abierto sólo cubre los anticipos por hacer en ejecución de este crédito, y que su beneficio no puede extenderse, á falta de estipulación expresa, á los anticipos hechos precedentemente por el banquero al acreditado." Sin embargo, la Corte ha confirmado la sentencia atacada que había decidido que la hipoteca se aplicaba al crédito resultante de un vale subscripto por el acreditado en favor del acreedor después del acta de crédito, pero en refrendo de un primer vale anterior á esta acta. La razón de esta aparente excepción es que el segundo vale no representaba la deuda antigua, tenía por causa un anticipo hecho en virtud de la apertura del crédito. (1)

Por aplicación de este último principio la Corte de Casación ha sentenciado que el acreedor tiene hipoteca desde la fecha de su inscripción, aunque ningún anticipo efectivo haya sido efectuado en ejecución del crédito, si consta que este crédito ha sido realizado por entrega de vales anteriormente subscriptos y descontados por el deudor en fa-

1 Denegada, 2 de Junio de 1863 [Dalloz, 1863, 1, 337].

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.

Merlín 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 Merlín 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 solo 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 (Dalloz, en la palabra Empeño, núm. 274, l. °)

2 Tolosa, 16 de Marzo de 1812 [Dalloz, en la palabra Empeño, núm. 275, l. °]