

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año IX

Febrero de 1933

Núm. 98

La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (*)

Los Tribunales de estos países adoptaron diversas posiciones. En Francia, la Corte de Colmar, en 29 de Marzo de 1852, consideraba que para el caso del embargo todos estos derechos son emanaciones del principal. La fecha no es la de la cesión, sino la de la inscripción del acta de apertura de crédito.

La jurisprudencia italiana se plantea, primero, el problema de la cesibilidad de la hipoteca. Declárase en favor la Corte de apelación de Catania, en 9 de Marzo de 1885, y en contra la Casación de Nápoles en Sentencia de 10 de Mayo de 1892, que decide, con relación a un Instituto de crédito, que cuando éstos requieren y obtienen garantía real hipotecaria, acostumbran a establecer el pacto de que tal garantía se dispuso exclusivamente en favor del Instituto que abrió el crédito y no para los terceros en cuyo poder se encuentre algún efecto emitido, y donde no haya mediado tal pacto restrictivo, debe sobreentenderse que existe en virtud del uso del comercio.

La jurisprudencia belga, siguiendo la Sentencia de Bruselas de 26 de Diciembre de 1883, estima que sólo gozan de la hipoteca los terceros poseedores cuando se da el requisito del previo pacto y, en los casos relacionados con el Banco Nacional Belga, cuando los efectos son a noventa días (Cit. por Falloises, número 248).

* * *

Al lado de estos supuestos, en que la garantía hipotecaria por medio de la letra de cambio se ha transmitido a una tercera per-

(*) Véanse los números 95, 96 y 97 de esta Revista.

sona, distinta del acreditante y del acreditado, es preciso hablar del caso de la cesión pura y simple. ¿Es cedible el crédito producto de una cuenta corriente? Parés distingue dos casos: primero: después de cerrada y liquidada la cuenta; segundo: la situación en un momento dado. En el primero, constando por acta notarial anotada marginalmente, existe una hipoteca ordinaria cedible, siguiendo los artículos 1.526 y siguientes del Código civil y 150 de la ley Hipotecaria. Pero si no es así y no aparece en el Registro el importe líquido, no hay posibilidad de cesión, pues de la inscripción no resulta nada, y sin deuda no hay crédito. Sólo hay un derecho hipotecario abstracto. El acreditante, mientras dura la cuenta, no puede ceder el saldo, que es una simple operación aritmética; la cuenta corriente es un contrato que funciona hasta el fin mediante sucesivas entregas y remesas, y en ningún contrato puede una de las partes, sin estar autorizada por la Ley o por la otra, ceder su derecho (Parés).

Acerca de esta materia es muy interesante la Resolución de la Dirección general de los Registros de 12 de Septiembre de 1910. Un deudor a cierta sucursal del Banco de España constituyó en su favor una hipoteca, aceptada sin compromiso de prórroga. Mediaba la garantía de un fiador que tuvo que pagar a requerimiento de la sucursal y con conocimiento del deudor. El director le subrogó en los derechos de la sucursal. Se lleva esta subrogación al Registro, y el Registrador exige la conformidad del deudor por la cantidad misma y la prueba de la identidad de la deuda satisfecha, con la que el deudor había garantizado hipotecariamente. El Juez y el Presidente de la Audiencia dejaron sin efecto la resolución del Registrador. La Dirección resolvió que si bien las hipotecas se constituyen en garantía del saldo del deudor, es principio del régimen que en perjuicio de terceros no se transmita más que lo inscrito y solamente lo que consta en intensidad y en extensión que esta subrogación está acordada con arreglo al artículo 1.839 (Código civil) y la escritura es válida, porque no se transfiere más derecho que los propios; que estando hecha la cesión por escritura pública se ha cumplido los requisitos del 150 (ley Hipotecaria) y del 1.879, que no exigen consentimiento del deudor, y en su virtud procedía la inscripción.

Para la validez de esta hipoteca en garantía de cuenta corriente

de crédito imponen las legislaciones ciertos requisitos formales que varían de una a otras.

Respecto de Alemania y Suiza nada tengo que añadir a lo dicho anteriormente, con referencia a la relación entre esta hipoteca y la de *máximum*. Las formalidades se regularán, como el contenido, conforme a las normas de aquéllas.

En Francia se ha debatido la cuestión de si es necesario para constituir esta hipoteca el acta notarial (Código civil, 2.137), cuando puede constituirse *sous seing privé*, en el caso de la Hipoteca marítima (ley de 10 de Julio de 1885, artículo 2.º). Discutióse también si era necesaria la prueba del importe, como exigía la antigua jurisprudencia francesa. Posteriormente, en cambio, se admite la libertad de las partes, en cuanto a la determinación de la forma de constatar el importe del débito. Sobre todo, tratándose de comerciantes, son admisibles los documentos privados, libros de comercio, etc.

Clement afirma que para sujetar los inmuebles es preciso que el acta auténtica esté contenida en el primer *commandement*, que constituye el verdadero título ejecutivo; pero, se pregunta: ¿es necesario añadir copia de los documentos que prueban que el crédito es cierto y líquido? La Corte de Casación ha decidido que basta dar la notificación del contrato, a los fines de los artículos 2.213 del Código civil y 663 del Código procesal civil, y sólo es necesaria la justificación cuando se ha formalizado oposición. Cree, pues, innecesarios los requisitos que señala Le François, el cual exige, no sólo notificación del acta de apertura de crédito, sino el reconocimiento por el acreditado o los síndicos de la quiebra.

La jurisprudencia sigue un criterio intermedio, señalando la prueba según las circunstancias.

Clement tampoco cree necesaria la fijación de una fecha cierta, como exigía una sentencia francesa.

Los requisitos formales de la constitución de esta hipoteca en la legislación española están descriptos en el artículo 153 de la ley Hipotecaria y en los 405 y 406 del Reglamento. El 153, que establece la figura jurídica de la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito en la legislación española, exige, en primer lugar, la fijación del *máximum* que garantiza la hipoteca, como sus

análogos de otros países, de acuerdo con los principios del régimen hipotecario (especialidad).

En segundo término requiere el citado artículo que el plazo por que se abra la cuenta sea menor de tres años.

Según Parés, este plazo fué establecido de acuerdo con lo prescrito por el artículo 950 del Código de comercio. Aunque la ley fija este plazo máximo, es prorrogable por otros que no excedan del tiempo indicado, mediante escritura en que conste el acuerdo de acreedor y deudor.

Antes del Reglamento, algún tratadista creía necesario una nueva escritura; pero en el artículo 205 del mismo se establece que no es necesario, para llevar el saldo de común acuerdo a cuenta nueva, que se otorgue escritura pública por el deudor y por el acreedor, aunque hayan transcurrido más de tres años desde que aquélla se hubiese abierto. Basta con que los interesados determinen en la escritura, la prórroga posible, los plazos de liquidación y la forma en que deba ser acreditada la cantidad líquida exigible al vencimiento de cada uno.

Otra de las condiciones que han de constar en la constitución de hipoteca es la manera de acreditar las entregas, según la libre determinación de las partes, estableciendo el Reglamento, para el caso de que éstas no hagan dicha determinación, un procedimiento subsidiario en el artículo 206.

Según él, los ejemplares duplicados de las libretas que para acreditar el estado de las cuentas corrientes abiertas con garantía de hipoteca puedan llevar los interesados, deberán estar selladas y rubricadas por el Notario autorizante de la escritura en todas las hojas, con expresión certificada en la primera del número que contenga.

Aquella libertad que la ley Hipotecaria concede a las partes para fijar el procedimiento la juzga Parés excesiva. Según este autor, no existe, realmente, tal libertad absoluta en el préstamo (pruébanlo las disposiciones prohibitivas del comiso, anatocismo, usura, etc.). No se puede acreditar el saldo por los libros de contabilidad de una casa, sin conformidad del acreedor; de lo contrario se multiplicarían los casos de título ejecutivo, sin estar incluidos en el artículo 1.429 de la ley de Enjuiciamiento civil.

También se plantea la hipótesis de que una de las partes no

sepa firmar, estimando obligatoria la determinación del procedimiento a seguir e inaplicable el subsidiario del artículo 206 del Reglamento hipotecario que implica la firma.

Parés se muestra de acuerdo por la Resolución que antes cité de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 28 de Marzo de 1904, y, comentando la conveniencia de extender aquella nota marginal de entrega, dice que la hipoteca es eficaz desde el principio, aun contra terceros, por lo que no es necesario que se haga constar, mediante nota marginal, la entrega. El Registro no debe señalar las oscilaciones, y los inmuebles quedan gravados desde el principio.

Si se tiene en cuenta esa independencia, que da valor propio y sustantivo al asiento, resulta que el artículo 153 origina una relación similar a la *Grundschuld*.

Esta independencia deberá redundar en beneficio del crédito territorial; pero debe hacerse constar, por nota marginal, la suma de que se haga uso para seguridad de los terceros, siendo procedente la anotación del acta notarial, en el caso de desacuerdo de las dos libretas.

Acerca de esta materia es muy interesante la citada Resolución de la Dirección general de los Registros de 28 de Marzo de 1904, según la que procede hacer constar, por nota al margen de la inscripción de la hipoteca en garantía de crédito mercantil, la circunstancia de ser acreedor del máximo señalado a dicho crédito, según resulte del requerimiento hecho al deudor y al fiador hipotecario, sin que de la extensión de dicha nota pueda resultar perjuicio para el derecho de los adquirentes de las fincas o de cualquier otra persona que legalmente pueda pedir y obtener la cancelación de la referida hipoteca, pues en tal caso ésta sería también cancelada, al serlo la nota marginal.

En cuanto al procedimiento, sólo observaré que, una vez liquidado el importe del crédito y obtenido el saldo, se convierte la hipoteca de máximo en hipoteca ordinaria y es aplicable, por lo tanto, el ordinario.

Parés analiza el caso especial de que los ejemplares de la libreta arrojen saldos distintos. El Juez convocará a los interesados, y en un plazo de cuatro días oír y admitirá documentos, decidiendo dentro de dos días, mediante auto apelable en ambos efec-

tos. Estudia a continuación un caso especial de cancelación: si se presentan en blanco las libretas, transcurridos los tres años y la prórroga, unidas a la escritura de constitución (señal de no haber sido utilizada la cuenta corriente), ¿puede realizarse la cancelación con estos documentos tan sólo? No; porque la extinción en el presente caso resulta de un hecho negativo, extraño al documento inscrito, y al que no son aplicables las reglas generales de la cancelación.

Intencionadamente retrasé el desarrollo del problema del rango de esta hipoteca, estimando que debía hablar antes de temas que tocan a la misma entraña del derecho protegido. El problema está en íntima relación con el de la admisibilidad de tal hipoteca, del que hablé al principio, en donde pude desenvolverlos juntamente.

La solución que allí se adoptase daría resuelto el problema de la determinación del momento en que la hipoteca queda válidamente constituida, comenzando a surtir efecto con relación a tercero.

Los tratadistas repetían, al discutir este tema, sus argumentos, extraídos de las añejas doctrinas, sobre la posibilidad de asegurar con hipoteca la obligación condicional y la futura. Nuevamente recurren a los textos latinos y analizan la irretroactividad en el caso de la condición potestativa. Se considera el carácter accesorio de la hipoteca, que no podría nacer hasta que naciese la obligación principal (en este caso, la anticipación del dinero, etc.).

Los términos del dilema eran los siguientes: ¿es válida la hipoteca y toma rango hipotecario desde la inscripción o sólo desde que se efectúa el préstamo?

No cabe duda que la primera solución goza hoy de la acogida casi unánime de las legislaciones, de la doctrina y de la jurisprudencia, como no podía menos de serlo, ya que la garantía que la hipoteca ofrece al acreditante sería ilusoria si, por no constituirse la hipoteca válidamente hasta el día de suministrar los fondos, pudiese el acreditante gravar a favor de terceros los inmuebles hipotecados y fuesen estas hipotecas preferidas a las de aquél. ¿Qué ventajas le reportaría entonces el haber asegurado con hipoteca, si esta garantía iba a quedar pendiente de la voluntad del acre-

aditado y en el momento de hacerla efectiva sólo podría hacerse efectiva la obligación sobre las cosas hipotecadas que el deudor conservase libres en su poder?

El acreditante necesitaría cerciorarse de que la finca continuaba libre, o, por lo menos, de que su derecho no había sido perjudicado, e investigar en el Registro cada vez que fuese requerido por el acreditado para efectuar un desembolso. Tal regulación daría lugar a un entorpecimiento en el funcionamiento de la apertura de crédito, contradictorio con su flexibilidad característica.

La solución opuesta ha sido defendida en algún tiempo, sobre todo en Francia, de acuerdo con el Código Napoleón, si bien ésta fué la misma arma que utilizaban los contrarios.

Entre los argumentos alegados en sentido favorable a la tesis moderna merece citarse, por el progreso que para su época supone y para el estado de la doctrina corriente entre los franceses, el informe emitido por la Facultad de Derecho de Estrasburgo sobre esta solución: «No daría—dice—al prestamista la garantía que busca. Si cada vez que fuese utilizado el crédito tuviese que examinar el Registro, la reglamentación sería incompatible con la apertura de la cuenta, y si ésta fuese utilizada por descuento, perdería todas las ventajas.»

La doctrina francesa se preocupa de justificar la posibilidad de que la hipoteca nazca antes del crédito que garantiza, analizando el caso de las hipotecas legales del tutor, de la mujer y del Estado. Baudry cree que debe aplicarse la doctrina general civil, porque no hay disposición derogatoria, o sea que la hipoteca toma rango desde el día siguiente de la inscripción. Cree que no es práctica la solución de que la hipoteca tome rango al realizarse los préstamos, además de que la indivisibilidad de la cuenta corriente no permite escindir el contenido de ella. En parecidos términos se expresan Lyon Caén, Thaller y los autores italianos, deduciendo de ello que si en las hipotecas legales es válida y perfecta la constitución antes del nacimiento del crédito, por disposición de la ley, no hay razón que se oponga a que se produzca dicha anticipación en las voluntarias.

Clement, comentando la ley de 10 de Junio de 1853 (que antes cité), organizadora del «Crédit Foncier», en cuyo artículo 4.º se admite que dicha hipoteca quede válidamente constituida, an-

tes de la obligación garantizada, desenvuelve su doctrina examinando: primero, la admisión condicional del préstamo; segundo, la purga; tercero, el efecto retroactivo, y termina estudiando la impracticabilidad del sistema adverso.

JESÚS DAPENA MOSQUERA,

Abogado.

Observaciones.—El ilustre secretario del Banco Hispano Americano, D. Ramón Álvarez Valdés, a quien hemos remitido, para conocer su opinión, el trabajo del Sr. Dapena, nos la comunica en los términos siguientes:

«He recibido el trabajo del Sr. Dapena sobre «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», que adjunto devuelvo..

Debo confesar que si deferí a la atenta indicación que ustedes han tenido la bondad de hacerme verbalmente para que examinara ese trabajo fué guiado del explicable deseo de ver si en él se habían recogido con exactitud las enseñanzas de la práctica bancaria acerca de la forma de constituirse, actuar y extinguirse la hipoteca que garantiza la cuenta corriente de crédito.

Por eso, al enterarme, por la lectura de ese escrito, que se limita a tratar tan importante cuestión en el terreno doctrinal, resumiendo lo más saliente de las opiniones de los tratadistas y de las declaraciones jurisprudenciales en Italia, Bélgica y Francia, he comprendido que no soy yo el llamado a formar opinión acerca de ese opúsculo, máxime si éste ha de pasar por el tamiz de quien, a mi juicio, es la primera autoridad en la materia.

Ahora bien: por si a ustedes les place que aproveche esta ocasión para exponer brevemente la opinión que, como fruto de una larga experiencia, he podido formar sobre lo que es y lo que debe ser la garantía hipotecaria de las operaciones bancarias, me permitiré consignar algunas indicaciones relacionadas con tan importante particular.

Ante todo, conviene hacer notar que son muy contados los casos en que los establecimientos bancarios de carácter propiamente comercial conciertan con sus clientes hipotecas de seguridad para iniciar, con esa garantía, determinadas operaciones de crédito o descuento. Lo corriente es que ese afianzamiento se busque cuan-

do las operaciones han adquirido una importancia que, en cualquier concepto, se considera desproporcionada con el crédito personal del cliente. Es norma de los Bancos comerciales basar sus operaciones en la solvencia de las firmas que en ellas intervienen o en la garantía pignoratícia de títulos cotizables, efectos al cobro o mercancías representadas por *warrants*. El préstamo o el descuento en cuenta corriente, garantizado con hipoteca, es operación propia de las instituciones de crédito territorial, que, si están bien organizadas, deben tener como contrapartida de esas inmovilizaciones lo que represente la emisión de cédulas o bonos hipotecarios de fácil colocación en el mercado.

Los Bancos comerciales, que deben mantener en todo momento la más perfecta ecuación entre las obligaciones exigibles y las disponibilidades inmediatas, y evitar, con ese fin, todo lo que suponga inmovilización del activo, tienen que rehuir en lo posible la iniciación de operaciones con garantía inmobiliaria, que, por lo menos, moralmente, obliga al señalamiento de dilatados plazos para la liquidación de los saldos, ya que la constitución de hipoteca exige cuantiosos desembolsos y quebranta en cierto modo el concepto crediticio de quien la presta.

Por eso es lo corriente que sólo en casos excepcionales se consiente una operación de crédito en un Banco estrictamente comercial a base de garantía inmobiliaria. Lo que sí es más frecuente es que tal afianzamiento se adicione a operaciones en curso, cuando surge el recelo de que el riesgo que ofrecen es superior a la apreciación del crédito personal de la firma o firmas que avalan dichas operaciones y a la garantía pignoratícia que a las mismas afecta.

En estos casos, bastante numerosos en época de crisis comercial e industrial, es cuando se hace precisa la constitución de la hipoteca, que de ordinario tiende a asegurar el cobro de un saldo deudor ya existente; pero que, para facilitar la normalización de los negocios del titular de la cuenta, se hace extensiva a una suma más amplia, cuyo límite señala el máximo de la hipoteca.

Siempre que esto acaece, y, repito, que es el supuesto más frecuente, la hipoteca asegura obligaciones preexistentes, y en ese aspecto puede calificarse de ordinaria, y al mismo tiempo es una

hipoteca de *máximum* en cuanto garantiza la posible ampliación de esas obligaciones.

Esto, que pudiéramos llamar parte interna del negocio jurídico, se concreta y exterioriza para acomodarlo a los preceptos de la vigente legalidad, en una declaración explícita, consignada en la escritura de constitución de hipoteca, de que ésta asegura hasta el *máximum* que se fije el resultado de las operaciones bancarias que tiene en curso el cliente de que se trata y las que le fueren aceptadas en lo sucesivo; resultado que habrá de reflejarse en el saldo deudor de su cuenta corriente de crédito en la fecha señalada para la liquidación.

Las operaciones que pueden quedar garantizadas en esa forma son todas aquellas susceptibles de producir un asiento al haber o al debe de la cuenta corriente del titular; es decir, cuantas se inicien y terminen con un abono o adeudo en dicha cuenta. Esas operaciones en sí no tienen relación directa con la garantía hipotecaria. Por eso me parece poco explicable que se discuta por los autores si las letras de cambio y los pagarés cuya creación, descuento o pago producen dichos asientos llevan afectos, mientras circulan, la garantía hipotecaria a favor de sus legítimos tenedores. Esos efectos no llevan otras garantías que la de las firmas de los que en ellos intervienen como libradores, endosantes o aceptantes. Sólo cuando son recogidos por la entidad acreedora y adeudados en la cuenta corriente del deudor adquiere su importe el carácter de saldo reclamable con cargo a la hipoteca en la fecha señalada para la liquidación de aquélla.

En realidad, por lo tanto, sólo existe una cuenta corriente de crédito en la que se reflejan, por abonos y adeudos, todas las operaciones que realiza el titular en el establecimiento que abre la cuenta, y el saldo deudor de ésta es lo que garantiza la hipoteca con relación a tercero. Es, pues, indispensable que quede bien establecido en la escritura de constitución de esa hipoteca de *máximum* que la entidad acreedora queda plenamente facultada para adeudar en la cuenta corriente del deudor todos los efectos que éste se halle obligado a recoger y que por su cuenta pague dicha entidad.

Claro está que en esa escritura se hace también constar que para fijar el saldo deudor a los efectos de la regla segunda del ar-

título 131 de la ley Hipotecaria se presentará una certificación expedida por el Jefe de Contabilidad del Banco acreditante puntualizando el estado de la cuenta corriente el día en que se procede al cierre para iniciar la reclamación judicial; y se establece el pacto de que ese documento no será impugnabile en la vía ejecutiva y sí sólo en la ordinaria, después de terminado el procedimiento sumario o el ejecutivo. Igualmente se consigna en la escritura, para que quede cumplido lo dispuesto en el artículo 130 de la citada Ley, el precio en que se tasa la finca hipotecada y el domicilio del deudor para la práctica de los requerimientos y notificaciones.

Tal es, expuesto en breve resumen, la práctica bancaria más seguida en la ordenación de las cuentas corrientes de crédito con garantía hipotecaria.

A mi entender, se halla en perfecto acuerdo con las normas legales vigentes; pero no se me oculta que esta afirmación pudiera ser discutida.

Para evitarlo, parece lo más indicado modificar el artículo 153 de la ley Hipotecaria con objeto de recoger en su nuevo texto, en lo que fuere procedente, la reseñada práctica bancaria y lo dispuesto en el artículo 205 del Reglamento, cuya eficacia, en el momento actual, puede ser objeto de controversia, por discrepar, en punto de importancia, del precepto legal que se propone desarrollar.

Ya sé que, en cuanto va expuesto, no hay nada que ustedes no conozcan, quizás con mayor detalle. Pero aunque así sea, no huelga, a mi entender, que ustedes puedan contrastar otras referencias con la menos autorizada, si bien muy sincera, que se refleja en las anteriores líneas.»