

## La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito <sup>(\*)</sup>

Otro de los autores italianos que trataron brillantemente este tema es Ottolenghi. Distingue entre apertura de crédito simple y apertura de crédito en cuenta corriente; en el primer caso, entiende que nace el débito, efectiva o eventualmente, según la clase de operaciones de que se trate, y, consiguientemente, surgirá o no la transmisibilidad de la hipoteca. En el segundo caso, no nace el crédito hasta el fin de la cuenta corriente, en virtud de los artículos 345-48 del Código de comercio italiano.

Las letras de cambio emitidas o giradas vienen garantizadas hasta los citados límites (límites determinados por el estado de las relaciones entre acreditante y acreditado al final del contrato); por lo que también la hipoteca se transmite con dicha restricción.

Cree Ottolenghi que, aunque sean varios los giratarios y varias las fechas, no hay lugar a prelación por esta razón, sino que los giros sólo aprovechan proporcionalmente a su cuantía como emanaciones que son del crédito originario y de acuerdo con lo prescrito por el artículo 1.254 (Código civil italiano), en subrogación, el acreedor que fuese sólo en parte satisfecho, y el que le pagó, concurren juntos en la época en que deba saldarse la cuenta corriente (347-48, Código de comercio italiano).

Parecido criterio siguen Giannini (*Contratti di conto corrente*, página 314), Betoichi (*Apertura di credito*, 305), y Supino en la citada monografía.

Este último autor afirma que en esta hipoteca, como en la

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

eventual, no hay nada de contrario a las leyes. La duda surge cuando intervienen los terceros. Cree que la hipoteca no se transmite con la misma letra. Se muestra conforme con el criterio de la ley belga, de que hablaré más adelante.

Borsari estima que los terceros gozarán de la garantía hipotecaria del banquero. Pero se trata de un beneficio eventual; la hipoteca es, para ellos, de segundo orden. En la hipótesis de que el banquero quiebre y el acreditado pudiese demostrar que había satisfecho su deuda, la hipoteca quedaría extinguida y los portadores no serían más que acreedores quirografarios sobre el patrimonio del quebrado.

Bolaffio expuso su teoría al comentar una Sentencia de la Corte de Casación de Roma, de 31 de Diciembre de 1895. Una casa bancaria había abierto un crédito hasta una suma dada utilizable por descuento de efectos de comercio, que a su vez debían estar avalados. Uno de ellos tuvo que ser abonado por el avalista.

¿Podría éste, subrogado con arreglo al artículo 276 de su Código de comercio, subrogarse también en la hipoteca? La Corte de Casación, confirmando la sentencia del Tribunal de apelación de Macerata, decidió afirmativamente.

Bolaffio considera que en la apertura de crédito en cuenta corriente, la hipoteca no reviste, ni durante el contrato ni al fin, los efectos de comercio que hayan sido emitidos o negociados en su dependencia; «objeto de contrato», dice, es la disponibilidad, el crédito de la suma pactada, la contraprestación de esta suma, y lo definitivo es el saldo de la cuenta corriente, sin que importen las vicisitudes. Que sobrepase un momento el límite, no importa; al final no garantizará la hipoteca más que esto. No es exacto que la hipoteca asegure a los efectos y peregrine sin tregua de uno a otro como una luciérnaga. (Bolaffio.)

Cree que la ley belga de 1872 constituye una disposición excepcional. Las letras de cambio extinguidas o descontadas formarán partidas del activo o pasivo de la cuenta corriente, que por método se llama cuenta corriente hipotecaria; sucumbe ante los efectos esenciales de la cuenta corriente (novación), porque el acreditante cumple con inscribir en la cuenta corriente, con acreditar, y entonces se elimina el valor individual de cada partida. Hasta el fin, repite, no hay crédito ni débito; no importan las

fluctuaciones; la hipoteca no se adhiere a los valores garantizados hasta el fin del contrato, porque se compensan, se unen, se confunden las partidas en la cuenta corriente.

El saldo es, pues, el débito por título único y exclusivo de la apertura de crédito en cuenta corriente.

Un Banco concediendo a largo plazo una apertura de crédito, evita la inmovilización del dinero, y la movilidad de la cuenta corriente no se obtiene más que favoreciendo la extensión de letras de cambio, de efectos negociables que garanticen la pronta e ininterrumpida circulación del dinero, mientras la hipoteca garantiza el pago del saldo. Hay, pues, un doble objeto en estas garantías.

Con la solución contraria se disolvería el efecto de una garantía; porque si el avalista que ha pagado se subrogase, sustraería parte de la garantía del saldo, y, como observa Navarrini, la inconsecuencia del resultado demuestra la enormidad de la premisa.

Navarrini, con relación a este caso del aval (aunque en desacuerdo con Bolaffio en lo referente a la transmisibilidad de la hipoteca en garantía, por medio de letras de cambio, que éste niega siempre), tampoco admite la subrogación del avalista, admitida por la Corte de Casación de Roma, porque se trataba de aval y no de giro de efectos: el que pretendía ser protegido por la garantía era el avalista que había pagado y no un giratario. Una sola consideración basta para no admitir la pretensión de aquél y excluir el paso, o mejor la extensión de la hipoteca, en su beneficio. El acreditante habría querido dos garantías: hipoteca y aval, y en este caso, si dado el pago del avalista una parte de la hipoteca se fuese a garantizar la suma pagada y renaciese la obligación del acreditante, por este mismo pago la garantía se encontraría comprometida y destruída, y Navarrini no cree posible que el acreditante haya exigido dos garantías para correr el riesgo de perder la más importante, en el momento en que contaba con ella para hacer efectivo su crédito. Se comprendería que fuese perjudicado por las acciones de los terceros, a los que haya girado los efectos, porque les garantiza como librador o endosante, pero no por el avalista, que debía garantizar el pago.

Puede tener interés en que la hipoteca garantice a los terceros para facilitar la negociación, pero no al avalista.

Por lo demás, no se trata de hipoteca absolutamente inherente a los efectos singulares (artículo 276 Código de comercio italiano). En tanto, los terceros tienen derecho a la hipoteca, en cuanto forme parte del saldo y en cuanto éste represente un débito del acreditado que, si no fuese pagado por él, lo sería por el avalista; pero hecho el pago por uno de éstos, cesa la obligación del acreditante y se desvanece la relación de éstos con la apertura de crédito, por lo que sería absurdo que se extinguiese a aquéllos la hipoteca que sólo en garantía de éstos se concedió.

Los autores italianos establecen las conclusiones de la legislación italiana, que se pueden sintetizar así, con Navarrini:

A) La hipoteca adherida a una apertura de crédito, es una hipoteca eventual, cuyo objeto está determinado por el saldo, y en los límites de aquél también están garantizados los poseedores de efectos emitidos o negociados en virtud del mismo contrato. No se trata de efectos garantizados en modo absoluto; lo serán tan sólo en cuanto al fin del contrato estén comprendidos en el saldo cuyo importe debe ser calculado exactamente.

B) Los poseedores serán todos ellos colocados en el mismo grado; no hay distinciones por razón de la fecha, ya que ello está en contradicción con el concepto esencial de que la hipoteca garantiza el saldo sustancialmente y no se puede desmembrar para formar grados prelativos, según la fecha de los efectos que por ventura se hubiesen emitido. No se puede distinguir, caso de que la hipoteca o la cuenta corriente contengan un límite, entre efectos negociados antes del agotamiento de éste, y los negociados después, porque surgiría la dificultad práctica de hacer tal investigación; además de que todos los efectos son negociados en virtud de la apertura de crédito, y si el acreditante autorizado a no aceptarlos lo hizo así, teniendo derecho a no hacerlo, concurren proporcionalmente al total importe.

C) Lo mismo se dice del caso en que se prorrogue la cuenta corriente: los efectos emitidos posteriormente también gozarán de la protección hipotecaria durante la prórroga.

D) No hay diferencia por la forma de emisión de los efectos.

E) El derecho de hipoteca expectante a los terceros está de-

terminado por el saldo, y, si resulta mayor, será siempre éste el que fijará las acciones.

Por lo tocante a la doctrina francesa, Clement, en su obra citada (número 298), cree que hay que examinar la posible intención de las partes y ver si querían reservar la hipoteca personalmente al banquero o se acordó que fuese transmitida, con las letras de cambio, a los terceros tomadores de ellas. En este caso se considera el banquero como un simple intermediario (artículo 1.692 Código civil francés). Estima que la cesión del crédito lleva consigo la cesión del accesorio (artículo 136 Código de comercio) en el endoso; si bien comprende que esta materia no sigue la regla general por ser de carácter comercial.

Se sostuvo que, si el acreedor está en quiebra, la masa podría utilizar este derecho.

Dedica unos párrafos a combatir la distinción de Le François, en la que ve dificultades prácticas, opinando que en los dos casos no tienen los terceros poseedores más derecho que el del acreditante, y la hipoteca no asegura más que su crédito, no la suma entera que el acreditante se obligó a prestar. Las partes no pueden crear un derecho superior al que les pertenece y está subordinado al saldo final.

También Falloise dedica su atención a este problema. Se pregunta de dónde nace el derecho de los terceros y cuál es la naturaleza del crédito cedido. Cree que es condicional al saldo. Además, cuando gira el banquero para reembolsarse y endosa la letra a un tercero, éste tiene un derecho igualmente determinado por el saldo.

Tampoco cree admisible que se prive del beneficio de hipoteca al acreedor cuyo derecho nació después de haber sido agotado el crédito, por la dificultad de averiguarlo concretamente en cada caso.

Lyon Caën y Renault comienzan estudiando (731 del «Traité») la Ley de «Hipoteca Marítima» de 10 de Julio de 1885, cuyo artículo 12 proclama el valor de la convención como absoluto en este caso.

Creer que los terceros concurren por igual, pero, si el acreditante se quedó con algunos valores, no concurre al igual de

aquélos, porque «*Quem de evictione tenet actio, eundem agentem, repellit exceptio*».

Terminan estudiando el caso de la radiación o cancelación de la hipoteca, que trataré al hablar de la ley belga. Creen que no está regularmente operada la radiación solicitada por el acreditante cuando existen terceros poseedores de los títulos, pero que el conservador de hipotecas tampoco es culpable de ello.

Se oponen a la transmisión de la hipoteca adherida a la letra de cambio en beneficio de los terceros. Dalloz y Massé, en cambio, la aceptan con los citados Boistel, Alauzet, Demangeat y Pardessus, y entre los italianos, Vidari y Marghieri.

En España, Estasén estudia la relación entre apertura de crédito y efectos de comercio, y afirma que las entregas pueden hacerse como descuento de letras de cambio, con pago de cheques y otras formas. El acreditante está obligado a dar cumplimiento a los pedidos del acreditado, en tanto no esté cubierto el crédito totalmente.

Parés se pregunta si en la legislación española estará obligado el banquero a descontar los efectos que le presente el acreditado. Cree que debe distinguirse: si no hay convenio expreso, el acreditante cumple con entregar y hacer constar en la libreta, como asiento, los sucesivos cobros y entregas.

Si existe tal convención, ha de admitirlos y descontarlos, y en el supuesto de que algún efecto no fuese satisfecho, debe cargarlo en la cuenta corriente con los gastos de protesto y de recambio.

No obstante, para Parés la duda más importante está en el caso de que el banquero hubiese endosado la letra de cambio y el tomador, después de protestarla, la reservase en su poder hasta el vencimiento del contrato de cuenta corriente. En este momento se pregunta, ¿podrá dirigirse contra el acreditado librador de la letra por acción cambiaria? ¿Acaso no había sido negociado con miras a la cuenta corriente hipotecaria? ¿No establece la legislación española que la cesión de un crédito comprende la de todos los accesorios: fianza, prenda, hipoteca, privilegio?

Sin negar el peso de estas razones, Parés opina que la acción hipotecaria está reservada al acreditante y que el tercero endosatario no podrá ejercitarlo para la realización de los efectos.

de que sea tomador, porque no existe texto legal que lo autorice.

La legislación belga ha recogido el problema y lo ha resuelto en la ley de 20 de Mayo de 1872, que en su artículo 26 establece: «La propriété d'une lettre de change se transmet par voie d'endossement même après l'échéance avec les garanties qui sont attachées.

Si l'hypothèque a été consentie en sureté d'un crédit ouvert, les porteurs d'effets créés ou négociés en vertu de cette ouverture ne pourront en profiter que jusqu'au final du compte.»

Dupont, a quien cita Namur en sus «Comentarios al Código de comercio belga» (número 361, volumen primero), decía en la Relación que acompañaba a la Ley, con respecto al último párrafo de este artículo: «Un caso particular es la apertura de crédito garantizada con la hipoteca: el acreditado envía efectos al acreditante, que los endosa por estar cubierto, y la hipoteca no garantiza el pago de la suma entera, sino sólo el saldo: es eventual, condicional. Los terceros pueden ejercer un derecho hipotecario como el suscriptor o endosante, pero sólo hasta dicho límite; dentro de él, estos terceros se reparten sus dividendos sin preferencia por fechas; sus créditos no son más que emanaciones de la obligación principal.»

De aquí deduce Namur, en la obra citada, dos principios: primero, el débito garantizado está determinado por el saldo final, que es eventual; segundo, los terceros poseedores estarán protegidos sólo hasta el límite fijado.

Presentáronse algunas dudas en la aplicación de la ley. ¿Cuál debe ser el momento de valorar el crédito? ¿El del vencimiento de los efectos, o el del cierre de la cuenta? Esta duda tiene por fundamento la discusión que en la cámara belga, al elaborarse la ley, sostuvieron el diputado Jacobs y el ministro Bara, en 7 de Diciembre de 1869 (cit. por Navarrini), y de la que parecía deducirse la primera solución, pero, como dice el mismo Navarrini, ésta era contraria a la letra del texto (*solde final*) y al espíritu de la Relación de Dupont (*a l'expiration du crédit*).

Como dice Namur, para formar el saldo al vencimiento de cada efecto no se podría hablar de saldo final, sino de liquidación provisional.

Sería absurdo obligar a liquidar la cuenta cada vez que uno

de estos efectos venciese. Los poseedores de varias fechas no podrían ser colocados dentro del mismo grado, lo que resultaría inútil e ineficaz, además de contrario a la ley.

Por otra parte, se dijo, pretendiendo apoyar la tesis contraria: si tienen una duración indeterminada, ¿cómo obligar al acreedor giratorio a esperar que a las partes les plazca verificar el cierre de la cuenta? Esta dificultad lo es sólo en apariencia, ya que hay casos en que no es dependiente el cierre de la voluntad de las partes: la quiebra. Vencido un efecto, si ni uno ni otro pagan, el tenedor provoca la quiebra por la cual se pone fin al contrato (Falloise, número 233).

Todavía quedaba margen, dentro de la legislación belga, para un problema: la facultad de cancelar o hacer radiar la hipoteca, pertenecía indiscutiblemente a su titular, el acreditante, quien, si la ejercitaba cuando estaban todavía en circulación los efectos emitidos en relación a ella, perjudicaría el derecho de estos terceros poseedores. Para evitar la dificultad se promulgó la ley de 15 de Abril de 1889, según la que, aun perteneciendo tal derecho al acreditante, pueden los terceros poseedores de los efectos oponerse a la radiación.

Merece citarse el comentario de Pirmez, inspirador de esta ley. Entiende que, en principio, el acreditante tiene derecho a disponer de la hipoteca, y, por lo tanto, a pedir la radiación. Pero este principio hay que conciliarlo con el de que la hipoteca va unida a las letras de cambio, según la ley citada del 72. Concluye que la hipoteca no puede seguir a los efectos en poder de los terceros.

Por el citado artículo 80 de la ley Hipotecaria belga, una hipoteca no vive sin crédito, pero este artículo establece que la hipoteca produce efecto desde la inscripción y se retrotrae. Luego no garantiza el desembolso, sino la misma apertura de crédito. La teoría de la ley es ésta: cuando el acreditante se obliga a realizar el precio, el acreditado se obliga a reembolsarlo a su debido tiempo, y estas obligaciones correlativas son las que prestan base para la hipoteca (acércase aquí a la teoría desarrollada por los italianos del «impegno»). Cumplidas las condiciones, se provoca el efecto retroactivo. Siendo así, la hipoteca no puede seguir a los efectos más que por una disposición excepcional (la



incluida en el artículo 26 de la ley belga del 72 que asimila los efectos emitidos en virtud de apertura de crédito a efectos directamente garantidos con hipoteca).

Observa Navarrini que las consecuencias del nuevo principio no son diferentes de las del antiguo. Supongamos que la hipoteca continúa con el crédito y no acompaña a los efectos. En caso de insolvencia, el poseedor los llevará a la quiebra del acreditante y del acreditado por todo su importe. Si el acreditante no paga, pierde el derecho a su dividendo, con lo que la hipoteca se disolverá completamente. Para evitarlo, la quiebra del acreditante tendrá interés en pagar íntegramente, figurará en el saldo de créditos y pagará al tenedor con la hipoteca, disminuyendo el pasivo; el resultado no es distinto del que se obtiene declarando la hipoteca inherente a los efectos.

También cree Navarrini que el acreditante tendrá cuidado de no promover la radiación de la hipoteca, porque, como girante, es responsable del pago de los efectos, de modo que los terceros no necesitarán usar casi nunca del derecho de oposición que les concede la ley belga de 15 de Abril de 1889.

Esta ley, interpretada por Pírmex, representa una nueva concepción de la hipoteca estudiada. Se podría decir que, en principio, el derecho a la hipoteca corresponde a los terceros, con las restricciones, y en el sentido de Dupont más, para resolver los casos de urgente necesidad, sin agravar la condición del acreditado, se concede la facultad de hacer radiar la hipoteca dejando a salvo el interés de tercero por medio de la oposición. De esta manera se salvó el principio y la exigencia práctica, la disponibilidad de la hipoteca, por su titular, y el interés de los terceros, reconocido por el artículo 26 de la ley del 72.

JESÚS DAPENA MOSQUERA,

Abogado.

(Continuará.)