

343.05  
A 973/1  
1971  
F.S. y es.  
Cj. 3

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Y CIENCIAS SOCIALES

LA HIPOTECA MERCANTIL



TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

RENE AYALA MENDOZA

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR

EN

*JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES*

ABRIL DE 1971



UNIVERSIDAD NACIONAL DE EL SALVADOR

R E C T O R

Dr. RAFAEL MENJIVAR



S E C R E T A R I O G E N E R A L

Dr. MIGUEL ANGEL SAENZ VARELA

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

D E C A N O

Dr. NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ

S E C R E T A R I O

Dr. MAURICIO ALFREDO CLARA

*p/autor/24/8/77# 41489*

TRIBUNALES EXAMINADORES

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: "CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL".

Dr. ROBERTO LARA VELADO

Dr. CARLOS RODRIGUEZ

Dr. RONALDY VALENCIA URIBE.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: "MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS".

Dr. CARLOS ALFREDO RAMOS CONTRERAS

Dr. MIGUEL ANGEL GOMEZ

Dra. NOEMI ARIAS AVILES DE FLORES.

EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE: "MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES".

Dr. SALVADOR SAMAYOA

Dr. GABRIEL GALLEGOS VALDEZ

Dr. JOSE ROMEO FLORES.

ASESOR:

Dr. JORGE EDUARDO TENORIO.

TRIBUNAL CALIFICADOR DE TESIS:

Dr. CARLOS FERRUFINO

Dr. ANGEL RAMOS CUELLO

Dr. ENRIQUE EDUARDO CAMPOS.

*DEDICO ESTA TESIS.*

*A MI PADRE:*

*DON RUBEN AYALA MENDOZA.*

*EN MEMORIA DE MI MADRE:*

*DOÑA CONCEPCION LOPEZ DE AYALA.*

*A MI ESPOSA:*

*DOÑA CORALIA RECINOS DE AYALA.*

*A MIS HIJOS:*

*RENE y VICTOR RAUL.*

*A MIS HERMANOS, Y EN FORMA ESPECIAL A MI HERMANO:*

*ING. SAUL AYALA MENDOZA.*

*A MIS SUEGROS:*

*DON RAUL OLIVARES RECINOS,*

*DOÑA SOFIA PARADA DE RECINOS.*

*A MI ESTIMADO AMIGO:*

*TENIENTE CORONEL. RAUL ARMANDO PARADA.*

I N D I C E

	<i>Pág.</i>
<i>I.- INTRODUCCION. . . . .</i>	<i>1</i>
<i>II.- GENERALIDADES SOBRE LA HIPOTECA . . . . .</i>	<i>6</i>
<i>III.- HIPOTECA DE EMPRESA Y DE NAVE. . . . .</i>	<i>13</i>
<i>IV.- HIPOTECA COMO GARANTIA DE LA APERTURA DE CREDITO. . . . .</i>	<i>22</i>
<i>V.- HIPOTECA COMO GARANTIA DE EMISIONES DE TITULOS VALORES. . . . .</i>	<i>26</i>
<i>VI.- HIPOTECA ABIERTA. . . . .</i>	<i>43</i>
<i>VII.- CONCLUSIONES. . . . .</i>	<i>50</i>
<i>CITAS. . . . .</i>	<i>56</i>
<i>BIBLIOGRAFIA. . . . .</i>	<i>59</i>

## 1.) INTRODUCCION

*Entre los contratos de garantía real, la hipoteca es el más importante; porque, por su naturaleza, permite que el deudor conserve la tenencia de la cosa hipotecada, lo que implica que pueda continuar explotándola durante la vigencia del crédito garantizado; y porque, como se aplica generalmente a inmuebles, los cuales han constituido hasta ahora los bienes más valiosos en nuestro medio, sirve para respaldar los créditos de mayor cuantía.*

*La existencia del contrato hipotecario es muy antigua; se remonta hasta los lejanos días del Derecho Romano, del cual se ha originado todo el Derecho obligacional contemporáneo. En el derecho griego, anterior al romano, existió también la hipoteca, pero como no tuvo influencia en la regulación romana, sus normas no han tenido repercusión tampoco en el Derecho moderno. (1)*

*La hipoteca, entre los romanos, nació como una institución de derecho pretoriano. Inicialmente, sólo daba al acreedor una acción in-rem para obtener que se le pusiera en posesión del objeto hipotecado, en caso de mora del deudor, y conservarlo en su poder, hasta que la fuera pagado el crédito respectivo. Con posterioridad, todavía dentro de la época clásica, se extendió al acreedor hipotecario los efectos de la lex comisoria, originalmente aplicables solamente al acreedor prencario; según esta Ley, si así se había pactado, el acreedor se hacía dueño de la cosa - deuda en garantía, en caso de mora del deudor, con lo cual quedaba cancelada la deuda; pero este recurso se prestó a muchos abusos, por lo que -*



fue prohibido en tiempos de Constantino.

Un segundo pacto accesorio, permitió al acreedor vender la cosa hipotecada, a fin de hacerse pago de la deuda, debiendo de restituir al deudor el excedente; esta solución, por ser más equitativa, se mantuvo y, en definitiva, se incorporó al derecho hipotecario; a fines del siglo II, se consideró el derecho a vender el bien hipotecado, como una consecuencia natural de la hipoteca, por lo tanto, como parte integrante de los derechos del acreedor, sin necesidad de que se pactase expresamente. Finalmente, se le dió el derecho de preferencia, es decir que, una vez vendida la cosa hipotecada, el acreedor tenía derecho a pagarse con su precio antes que los demás acreedores del deudor hipotecante. (2)

En roma, se pudo hipotecar, lo mismo que dar en prenda, toda clase de bienes, tanto muebles como inmuebles. La diferencia estribaba en que la hipoteca era un contrato puramente consensual, en el cual el deudor continuaba en posesión de la cosa hipotecada; mientras que la prenda era un contrato real, que no se constituía sino era mediante la entrega de la cosa pignorada, del deudor al acreedor. (3)

Para garantizar debidamente los derechos de los terceros que pudieran adquirir los bienes hipotecados, hubiera sido necesario dar publicidad a la constitución de las hipotecas, función que en la actualidad desempeña el Registro de Hipotecas. Pero los romanos no tuvieron un sistema registral ni nada equivalente; simplemente impusieron al hipotecante que traspasaba a cualquier título la cosa hipotecada, la obligación de -

hacer conocer al adquirente la existencia del gravamen; elevaran a la categoría del delito, con el nombre de estelionato, el incumplimiento de esta obligación. (4).

Al hablar de la génesis de la hipoteca en Roma, hablamos del origen de la institución en el Derecho Moderno, que como es bien sabido, está derivado del romano.

La hipoteca se ha completado modernamente con la publicidad hecha a través del Registro de Hipotecas, por lo que podemos afirmar que la institución hipotecaria, entre nosotros, descansa sobre dos principios fundamentales:

1) La dificultad de ocultación de los objetos hipotecales, por lo que el acreedor no tiene necesidad de aprehenderlos materialmente, para estar seguro de que podrá perseguirlos cuando esto sea necesario; por eso, este gravamen se aplica, en lo civil, a los inmuebles, que son de imposible ocultación y traslación. Pero, cuando ha habido muebles con las mismas características, también se han hipotecado; sirva el caso de las naves, que son bienes muebles de difícil ocultación y que, desde hace mucho tiempo, se han hipotecado.

2) La publicidad a través del sistema registral; el registro inmobiliario que comprende el de Propiedad Raíz y el de Hipotecas, constituye un sistema de publicidad que garantiza suficientemente al acreedor y a los terceros.

Tradicionalmente, el Derecho Mercantil ha utilizado las mismas for-

mas de garantía establecidas y reguladas por el Derecho Civil; pero, en la evolución de las formas Jurídicas, pocas ramas del Derecho han sufrido tantos cambios en los últimos tiempos, como la rama mercantil. Al aparecer nuevas formas mercantiles, éstas se han ido apartando cada vez más de las correspondientes civiles, en las cuales tuvieron su origen. (5)

La hipoteca no ha sido una excepción; nuevas figuras, como la hipoteca de empresa, la que garantiza emisiones de títulos valores de contenido crediticio y la hipoteca abierta, además de algunas otras, han venido a modificar los lineamientos civiles que, desde hace varios siglos, — han regulado la institución hipotecaria.

Podemos señalar, como formas específicamente mercantiles, las siguientes:

I) La hipoteca de la empresa y la de la nave, las cuales tienen la peculiaridad de recaer sobre bienes muebles, en una época en la cual muchos Códigos Civiles, entre ellos el nuestro, establecen que el derecho real de hipoteca es un derecho inmueble.

II) La hipoteca que garantiza al contrato de apertura de crédito, — cuya extinción se aparta de las normas generales que, en razón del carácter accesorio del gravamen, rigen a las demás hipotecas. (6).

III) La hipoteca que garantiza una emisión de títulos valores, la — cual se constituye para garantizar obligaciones futuras y a favor de acreedores futuros e indeterminados, además de afectar aparentemente la — indivisibilidad de la hipoteca. (7)

IV) La hipoteca abierta, que es la figura que más se aparta de las viejas formas civiles.

Este trabajo tiene por objeto exponer las innovaciones que las nuevas figuras mercantiles han traído; respecto de este objetivo, el contenido de nuestro estudio comprende un resumen de las condiciones civiles de la institución hipotecaria y análisis de detalle relativos a cada una de las variedades mercantiles.

Nos sirven de fuente, además de la bibliografía señalada al final, respecto de la parte civil, nuestra legislación vigente y, respecto de la parte mercantil, el nuevo Código de Comercio que entrará en vigencia el próximo primero de abril, pues el Código de 1902 no contiene regulación alguna aplicable a esta materia.

## II.) GENERALIDADES SOBRE LA HIPOTECA

De acuerdo con la doctrina de nuestro Derecho Civil, la hipoteca es un derecho real que pesa sobre un inmueble, constituido a favor de un acreedor para seguridad de su crédito, pero conservando el deudor la tenencia del bien hipotecado (Art. 2157 inc. 1o. C).

En consecuencia, las características de la hipoteca son las siguientes:

1) El derecho nacido del contrato hipotecario es un derecho real, — es decir un derecho que se tienen sobre un bien dado sin referencia a — persona determinada. El bien sobre el cual recae derecho solamente puede ser un inmueble, al tenor de la disposición citada, aunque posteriormente el mismo Código Civil señala que puede recaer sobre naves (Art. 2167 C); como la hipoteca de naves tiene carácter mercantil, resulta que en — los que a las hipotecas civiles se refiere, es cierto que solamente pueden recaer sobre inmuebles. (8)

2) Este derecho ha de constituirse a favor de un acreedor para seguridad de su crédito, es decir que supone una obligación previa nacida de un contrato preexistente, al cual accede el contrato hipotecario para — servirle de garantía. La obligación previa, que es una obligación personal, es el derecho principal, porque el derecho real de hipoteca no tiene más razón de ser que la de asegurar su cumplimiento; en cambio, el de recho real de hipoteca es un derecho accesario, porque accede a la obli-

gación principal que garantiza. No obstante tratarse de dos derechos íntimamente conectados, uno principal y uno accesorio, pueden ser de diferente naturaleza; el derecho principal es personal y de naturaleza mueble, — mientras que el accesorio es real y de naturaleza inmueble.

3) Como consecuencia de su carácter de accesoriedad, la hipoteca no puede existir sin una obligación principal que garantizar; esta última — podrá ser una obligación futura, pero, conforme a nuestra Ley civil, deberá ser por una cantidad determinada (Art. 2179 C). Por esta misma razón, cuando la obligación principal se extingue, la accesoría se extingue también (Art. 2180 C).

4) El derecho real de hipoteca comprende: a) El derecho a perseguir el predio hipotecado para satisfacer la obligación garantizada, en cualesquiera manos en que se encuentre (Art. 2176 C); este derecho se hace efectivo a través del embargo del inmueble hipotecado, por ejecución seguida por el acreedor hipotecario, hasta obtener la venta en pública subasta de dicho inmueble o su adjudicación en pago. Aunque el predio hipotecado hubiere pasado a otras manos, su nuevo propietario no tendrá derecho a que los constituyentes del crédito garantizado con el gravamen, — los cuales continúan siendo los obligados personales por el mismo, sean perseguidos primero (Art. 2177 C), lo cual, desde luego, tampoco priva al nuevo propietario de su derecho de repetición contra los antiguos, cuando, de acuerdo con los pactos celebrados entre ellos, tal repetición fuere procedente. b) El derecho de preferencia para hacerse pagar la obligación garantizada, con el precio de venta del predio hipotecado, con ante

rrioridad a los demás acreedores del deudor hipotecante (Art. 2172 C) en relación al (Art. 2221 #3o. C). Este derecho hipotecario así integrado, no priva al acreedor de las acciones que le correspondan en virtud del derecho crediticio garantizado, pero tampoco comunican a este los privilegios de aquél (Art. 2173 C.).

5) El inmueble hipotecado permanece en poder del deudor; el derecho de hipoteca solamente implica los de persecución y preferencia, que acabamos de señalar, y no la tenencia material del bien que constituye la garantía, la cual invariablemente continúa en poder del deudor; en esto la hipoteca se diferencia de la prenda civil tradicional, además de que también en la naturaleza de los bienes gravados. Si el inmueble hipotecado se entrega al acreedor, la hipoteca degenera en anticresis, o sea que da derecho al acreedor a percibir los frutos del predio en cuestión y abonar su valor al servicio de la deuda, salvo estipulación expresa en contrario (Art. 2157 inciso 2o. 2181 C).

6) La hipoteca, al igual que la prenda, es indivisible; ello significa que la totalidad del inmueble o inmuebles hipotecados garantiza el total de la obligación principal (Art. 2158 C); no puede establecerse una relación directa entre una determinada porción de la obligación garantizada y una parte concreta de los inmuebles que forman la garantía. Ello, desde luego, no se opone a que se celebren pactos entre el deudor hipotecante y el acreedor hipotecario, mediante los cuales el segundo se comprometa a reducir la hipoteca, descontándola sobre determinados inmuebles o sobre determinada porción de alguno de ellos, al estar cubierta una parte

de la obligación fijada por el pacto; tales pactos dan nacimiento a obligaciones personales de hacer, a cargo del acreedor hipotecario, sujetas a que el deudor hipotecante reduzca la obligación garantizada en la suma pactada; estas obligaciones personales no afectan la indivisibilidad de la hipoteca, porque la circunstancia de que sea indivisible es cosa muy diferente, desde luego, a que no sea reducible.

La hipoteca se constituye mediante un contrato solemne; las solemnidades que requiere son el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro de Hipotecas (Art. 2159 y 2160 C); ambos son requisitos constitutivos, es decir sin los cuales el contrato hipotecario no tiene valor alguno. Respecto de estos requisitos, se hacen las consideraciones siguientes:

I) El otorgamiento de escritura pública es la seguridad máxima, de orden notarial, que la ley puede exigir. Los contratos que se otorgan por escritura pública se asientan en el Protocolo de un notario, siendo este asiento el que firman las partes contratantes; el instrumento que comprueba ante los tribunales la existencia del contrato, es la primera saca del Protocolo, es decir la primera copia firmada y sellada por el notario respectivo, la cual se extiende en papel sellado correspondiente. En el caso específico de la hipoteca, dado que normalmente cuando la obligación principal consta en el mismo instrumento esta puede reclamarse — cuantas veces se presente un instrumento, el notario solamente puede extender un testimonio; para extender un segundo testimonio, es necesario que tenga orden Judicial, la cual solamente se extiende, previa compro—



bución del extravío o destrucción del primer testimonio, con audiencia de la otra parte. Este sistema ofrece la ventaja además de proporcionar prueba escrita preconstituida de cada contrato, de que el Protocolo constituye un depósito del cual pueden extraerse, en caso necesario y propio el trámite correspondiente, nuevas pruebas de los actos asentados en el mismo. (9)

II) De acuerdo con las disposiciones de nuestra Ley Civil, la tradición de inmuebles, así como los títulos adquisitivos de dominio que le sirven de causa, habrán de constar en escritura pública, cuando los inmuebles a que se refiere valen más de doscientos colones. Pareciera que, siendo la hipoteca un gravamen sobre inmuebles debiera de seguirse igual criterio que para las demás formas de enajenación de inmuebles; pero, en este caso, el criterio es diferente; la hipoteca debe de constar en escritura pública, aunque su cuantía sea inferior a doscientos colones.

III) El requisito del registro, en el caso de la hipoteca, es también un requisito constitutivo; la hipoteca no inscrita carece de valor y su fecha se cuenta a partir de la presentación al Registro de Hipotecas (Art. 2160 C); esta última circunstancia, desde luego, no afecta a la obligación principal garantizada.

IV) Los efectos del registro de la escritura hipotecaria difieren fundamentalmente de la inscripción de las escrituras que contienen las demás enajenaciones de inmuebles. En el caso de la primera, estamos frente a un requisito constitutivo; el gravamen hipotecario comienza a exis-

tir en virtud del registro correspondiente; antes de inscribirse la escritura respectiva, existe la obligación principal garantizada, pero carece de garantía hipotecaria. En el caso de los segundos, el registro es un mero requisito de publicidad, que sirve para que el acto contenido en la escritura inscrita surta efectos contra terceros; antes de inscribir una escritura de esta clase, el acto celebrado a que la escritura se refiere tiene pleno efecto entre las partes, pero nó lo surte respecto de terceros.

V) Paralelamente a la constitución, la cancelación de la hipoteca — requiere un instrumento inscrito en el Registro respectivo. No obstante este instrumento no es necesariamente una escritura pública, sino que — puede ser: A) Acta notarial de reducción o pago, extendida al pie de la escritura hipotecaria que se cancela, ya sea total o parcialmente; esta es la forma en que normalmente se otorgan las cancelaciones de hipotecas. B) Escritura pública, la cual se emplea cuando, por haberse extraviado — la escritura hipotecaria que se quiere cancelar o por cualquier otro motivo, no puede extenderse la cancelación al pie de la escritura referida.

(10)

Naturalmente, la hipoteca sobre un inmueble dado, se extiende a todo aquello que dicho inmueble comprende, de conformidad con otras disposiciones de la legislación civil, tales como: a) los muebles que se encuentran permanentemente unidos al inmueble hipotecado, como las edificaciones, salvo que pertenezcan a terceros (Art. 2168 C); b) los aumentos y

mejoras del predio hipotecado, como terrenos de aluvión, cultivos y demás (Art. 2169 C); lo que desde luego, comprende la cosecha pendiente, la cual cesa de estar afectada por el gravámen cuando se recolecta. c) Los frutos civiles, como pensiones de arrendamiento producidas por el predio hipotecado, y las indemnizaciones provenientes de contratos de seguro del bien hipotecado (Art. 2170 C).

Las reglas resumidas constituyen lo esencial de la institución civil hipotecaria; la hipoteca, cuando ha respaldado obligaciones mercantiles, se ha regido por estas mismas reglas durante toda la vigencia del Código de Comercio de 1902 por lo que son las normas únicamente aplicables a la hipoteca mercantil, porque el Código citado está todavía vigente; la teoría clásica del Derecho Mercantil, que inspiró la legislación de 1902, aceptó sin variaciones la regulación civil de la hipoteca. De conformidad con la teoría moderna, tal como se dijo en la introducción de este trabajo, se han introducido algunas variaciones a la regulación hipotecaria en lo mercantil, produciéndose algunas figuras un tanto diferentes de los marcos tradicionales; al estudio de estas figuras, se consagran los próximos capítulos.

### III.) HIPOTECA DE EMPRESA Y DE NAVE

Las primeras figuras son la hipoteca de empresa y la de nave. Ambas tienen en común que son hipotecas de muebles, aunque son muebles de difícil ocultación y sometidos a un sistema de registro; la empresa se inscribirá en el Registro de Comercio y la nave se inscribe en los Registros Marítimos. La primera es una creación de la teoría moderna del Derecho Mercantil; ha sido recogida por primera vez entre nosotros, por el nuevo Código de Comercio que entrará en vigencia el próximo primero de abril; en cambio, la segunda es muy antigua. Analicemoslas separadamente, así:

1) HIPOTECA DE EMPRESA: La empresa es una cosa universal, es decir un conjunto de cosas que constituyen una única universalidad jurídica. - Sus elementos son los siguientes: a) Elementos materiales, formados por los activos fijos, como maquinaria, equipo, edificios y demás; las mercancías de las empresas comerciales; y las materias primas, productos semielaborados y productos elaborados de las empresas industriales. b) Elementos intangibles, como las marcas de fábrica o de comercio, el nombre comercial, las patentes, la organización y el aviamento. c) El trabajo invertido en las actividades de la empresa, tanto el trabajo de dirección aportado por el empresario, como el trabajo subordinado que desempeñan los empleados y trabajadores de la empresa. (11)

La empresa es cosa mercantil; no es persona, porque en ninguna legislación se le concede la calidad de tal; pero constituye una unidad ju

rídica, protegida por la ley, por cuanto presta al público y a la economía del país, un servicio. Todos sus elementos tienen una unidad de destino, la de ofrecer al público de manera sistemática y con ánimo de lucro, bienes o servicios; es decir que, el tipo de actividad a que la empresa se dedica, constituye su finalidad, la cual es el destino a que están afectos todos sus elementos; esta finalidad consiste en ofrecer al público bienes o servicios, ofrecimiento que se hace de manera sistemática, dada la permanencia de la empresa, y persiguiendo la obtención de lucro para su titular. (11)

La existencia de la empresa no depende de su tamaño; hay grandes empresas y pequeñas empresas. Un banco y un gran almacén son empresas; pero también lo son una pequeña tienda y el carrito de mercancías de un vendedor ambulante.

El concepto patrimonial unitario de empresa es reciente; ha sido una creación de la teoría moderna; la teoría clásica no la conoció, aunque utilizó el término "empresa"; por ejemplo, la palabra aparece varias veces en el texto del Art. 30. del Código de Comercio de 1902; pero no tienen el significado que modernamente le damos; fue empleada más bien para indicar el establecimiento o el negocio, con el contenido que se ha explicado brevemente en los párrafos anteriores. El Código de Comercio de 1970, que entrará en vigor el próximo 10. de abril, es el primero que, entre nosotros, da cabida a la teoría patrimonial unitaria de la empresa mercantil.

La empresa es un bien mueble porque puede trasladarse de lugar; pue

de cambiar de local, dentro de la misma plaza, y aún pasar de una plaza a otra. Si los locales que ocupa son propios, siempre puede trasladarse, vendiendo los locales, que dentro de la estructura de la empresa tienen menor importancia y adquiriendo otros; en este caso, por la circunstancia que se acaba de mencionar, la empresa siempre es un bien mueble, no obstante tener elementos inmuebles.

No obstante que la empresa es mueble, no se da en prenda, sino que se hipoteca. El Código de Comercio de 1970 así lo establece y regula esta nueva figura hipotecaria. Las razones son las siguientes:

A) La empresa, como cosa mercantil universal destinada a servir de instrumento para la actividad mercantil de su titular, dada su permanencia y la publicidad que, por imperativo legal y por conveniencia práctica de funcionamiento, requiere, es de difícil ocultación; en esto, no obstante su naturaleza mueble, se parece a los inmuebles; por ello, puede permanecer en poder del deudor, sin mayores riesgos para el acreedor.

B) La empresa se matricula y su matrícula se inscribe en el Registro de Comercio. De entonces en adelante los traspasos de la misma empresa, así como los gravámenes que recaigan sobre la misma, se inscriben también. Por ello, tiene un sistema de publicidad equivalente al del Registro de la Propiedad Raíz e Hipoteca, lo que hace posible que ofrezca garantías similares. (12)

La hipoteca de la empresa, lo mismo que el embargo de la misma, ofrece una dificultad cuando se quiere que la empresa en cuestión continúe

funcionando normalmente, lo cual es indispensable en el caso de la hipoteca. La dificultad estriba en que una parte de gran importancia en la empresa, precisamente la de mayor valor en la misma está constituida por las mercancías que distribuye o los productos elaborados que fabrica, -- los cuales están destinados a ser vendidos dentro del giro ordinario de los negocios de la empresa, o sea que se consume una parte importante de la misma, en la realización de su actividad.

Para obviar el inconveniente apuntado, la nueva legislación establece que el acreedor hipotecario nombrará un interventor cuya misión es velar por que el valor de inventario de la empresa hipotecada se mantenga inalterable; este valor habrá de establecerse con ocasión de celebrar el contrato hipotecario. Para mantener el valor mencionado, el interventor tendrá las facultades que se le confieran en el instrumento hipotecario. De manera general, podemos considerar que estas facultades deberán ser -- las siguientes:

A) Autorizar toda enajenación de bienes que forman parte de la empresa, cerciorándose de que su precio no sea inferior al valor de inventario de los mismos bienes.

B) Autorizar toda compra de mercancías, materias primas y demás, -- destinada a reponer las existencias consumidas, cerciorándose de que su precio no sea superior al valor de inventario de artículos similares.

C) Autorizar toda otra erogación, especialmente pago de sueldos al personal y retiro de fondos por el titular, cerciorándose de que su cuan-

tía esté dentro de los límites previstos en la escritura hipotecaria.

La remuneración del interventor, que es un gasto del crédito como lo son los gastos legales de otorgamiento, corren a cargo del hipotecante. Este sistema tiene la ventaja de que, a la vez que garantiza plenamente al acreedor hipotecario en cuanto al valor de inventario de la empresa gravada en respaldo de su crédito, permite que el deudor hipotecante continúe operando la empresa hipotecada, lo cual es precisamente una de las ventajas que tiene la hipoteca sobre la prenda. (13)

II) HIPOTECA DE NAVE: La nave es el instrumento indispensable para el comercio marítimo; es un bien mueble porque puede trasladarse de un lugar a otro, pero tiene con los inmuebles los siguientes puntos de contactos:

A) Las grandes naves son de difícil ocultación; las pequeñas no lo son, pero participan del "status" jurídico de las grandes, por tratarse de bienes del mismo tipo.

B) Por su propia naturaleza, las naves necesitan estar sometidas a una Ley determinada, que regule los actos que se efectúan a bordo de ellas; cuando están en aguas territoriales de un país determinado, las rige la ley de este país; cuando navegan en alta mar, las rige la ley de matrícula o pabellón. La matrícula es el asiento de registro de la nave en el Registro marítimo del país a que pertenece, la cual le da derecho a enarbolar el pabellón de ese mismo país; los autores dicen que la nave ostenta esa "cuasi-nacionalidad".



C) Por esta razón las naves se inscriben; hay un principio de Derecho internacional Privado que sostiene que una nave sin matrícula no puede navegar; si lo hace, se le considera como nave pirata y puede ser capturada por los barcos de guerra de cualquier Estado. El registro marítimo funciona como un sistema de publicidad paralelo al registro inmobiliario; en el Registro marítimo, se inscriben los traspasos de las naves y los gravámenes que recaigan sobre las mismas. (14)

La hipoteca de la nave cede ante los créditos privilegiados, los cuales son variables según las legislaciones; lo más corriente es comprender los ocasionados por la construcción, reparación, avituallamiento y servicio de la nave. (15). Muestra legislación, en el Art. 482, C.M, establece los siguientes, que tienen relación unos sobre otros en el orden en que se enumeran: 1) Salarios. 2) Alquiler de bodegas para custodia del aparejo. 3) Reembolsos de los efectos del cargamento vendido para reparar el buque. 4) Crédito pendiente por la construcción. 5) Las cantidades tomadas a la gruesa sobre el casco, quilla, aparejo y pertrechos.

La hipoteca de la nave es un gravamen contractual, que goza de los derechos fundamentales de la hipoteca, de perseguir la nave hipotecada en cualesquiera manos en que se encuentre y da prelación sobre los demás acreedores del naviero hipotecante, con excepción de los acreedores privilegiados anteriormente dichos; requiere para su existencia de la inscripción del instrumento constitutivo en el Registro marítimo; y se can-

cela en la misma forma que se constituye. Todo ello como consecuencia del carácter de hipoteca que, de manera expresa, le atribuye la ley. (16)

Tradicionalmente la hipoteca de la nave fue una institución del Derecho Mercantil marítimo; pero al aparecer el derecho mercantil aéreo, como rama especializada nueva, a partir de la generalización del uso de la aviación para el transporte comercial de personas y de cosas, se han desarrollado, en esta materia, instituciones paralelas a las del marítimo.

El avión, que es la nave aérea, equivale al buque, que es la nave marítima. La misma necesidad que hizo crear la "cuasinacionalidad" del buque, ha dado origen a la "cuasinacionalidad" del avión; el avión en vuelo está sometido a la ley de su matrícula; mientras que el avión en tierra lo está a la ley del lugar donde ha aterrizado. Así como la nave sin matrícula no puede navegar, bajo pena de ser considerada como nave pirata y capturada por la marina de guerra de cualquier Estado, tampoco el avión sin matrícula puede volar, bajo idénticas penas. De igual manera que el Registro marítimo, El registro aéreo constituye el sistema de publicidad aplicable a los aviones; en este Registro, se inscriben las matrículas de los aviones, los trasposes de los mismos y las hipotecas que pesan sobre el avión. (17)

Desde luego, del avión no podemos afirmar que es de difícil ocultación, como las grandes naves; pero, así como las naves pequeñas participan del "status" jurídico de las grandes por tratarse de bienes del mismo tipo, al establecerse el paralelismo entre la nave y el avión y some-

ter a este último a un sistema de publicidad registral similar al de aquélla, se le extendió el "Status" jurídico de la nave, sin mayor discusión; por ello, los aviones también se hipotecan.

La convención de Ginebra del 19 de Julio de 1948, estableció el reconocimiento internacional a los derechos reales sobre aeronaves; tanto los de propiedad, como de hipoteca y aún de arrendamiento. La hipoteca de la aeronave, en términos generales, obedece a los mismos principios señalados para la hipoteca del buque; por regla general, cede ante los créditos privilegiados, los cuales, de acuerdo con la convención de Ginebra que acaba de citarse, son las remuneraciones debidas por el salvamento de la aeronave, los gastos extraordinarios imprescindibles para la conservación de la misma y que sean reconocidas por la Ley del Estado donde se haya finalizado la operación respectiva, las indemnizaciones por daños causados en tierra a favor de las víctimas si no están suficientemente aseguradas, las costas procesales por la ejecución y la venta forzosa de la aeronave y lo que se adeude a cualquier Estado por impuestos de inmigración, aduana o navegación aérea. (18)

La convención sobre Derecho Internacional Privado, suscrito en la Sexta conferencia Internacional Americana, celebrada en la Habana, Cuba, el año de 1928, más conocida como el "Código de Bustamante" trata de la nave marítima y de la aeronave en el capítulo I del título Tercero del Libro Segundo, artículos del 274 al 284, ambos inclusive, la doctrina que sienta en relación con la materia que nos ocupa es la siguiente:



I) *Someta a las naves y aeronaves en cuanto a su "cuasinacionalidad" que llama simplemente nacionalidad, a la Ley de la matrícula o del pabellón.*

II) *La Ley del pabellón rige igualmente para las formas de publicidad requeridas para las transmisión de la propiedad de la nave, los derechos de los acreedores después de su venta y la hipoteca y los privilegios, a los cuales concede, además, carácter extraterritorial; pero la facultad de embargar y vender judicialmente la nave, la somete a la ley territorial, es decir a la del Estado en cuyas aguas territoriales se efectúa el secuestro judicial de la misma.*

III) *De manera expresa extiende los principios y normas aplicables al buque a las aeronaves.*

*Tanto la hipoteca de la empresa, como la de la nave y la aeronave, son hipotecas de bienes muebles que aproximan la institución hipotecaria a lo que fue en sus orígenes, en los lejanos días del Derecho Romano; pero, admitiendo el sistema de publicidad registral moderno, lo que viene a constituir una garantía segura para los acreedores y los terceros; el Registro Mercantil de las empresas, el Registro marítimo de las naves y el Registro aéreo de las aeronaves, funcionan en cuanto a las hipotecas se refiere, en forma similar al registro inmobiliario de los inmuebles.*

IV.) HIPOTECA COMO GARANTIA DE LA  
APERTURA DE CREDITO. (19)

*La apertura de crédito es un contrato mediante el cual una de las partes que se llama acreditante, se compromete a conceder un crédito a la otra, que se llama acreditado, para que esta parte haga uso del mismo y lo pague posteriormente en la forma convenida. (20)*

*En consecuencia, en la apertura de crédito hay dos plazos sucesivos, que son: a) Un primer plazo, contado a partir de la fecha del contrato, durante el cual el acreditado podrá retirar en cualquiera de las formas que se indicarán más adelante, el crédito que se le ha abierto, b) Un segundo plazo, contado a partir del vencimiento del plazo anterior, para que el acreditado pague las cantidades que haya retirado al amparo de la apertura de crédito; este pago puede hacerse de una vez o por cuotas, según se haya pactado; si en el contrato no se ha estipulado este último plazo, la nueva legislación que está próxima a entrar en vigencia, lo fija supletoriamente en tres meses. (21)*

*El acreditado podrá hacer uso del crédito, en cualquiera de las formas siguientes:*

*A) -A la vista, es decir de una sola vez en el momento en que quiera, siempre que este momento esté comprendido dentro del primer plazo desde luego; si no se ha estipulado la forma de retiro, el acreditado tendrá derecho a hacerlo en esta forma. (22)*

B) -De acuerdo con una distribución pactada en el contrato; esta es la forma en que más se presenta en la práctica. (23)

C) -A medida de sus necesidades, de acuerdo con el destino que contractualmente haya de darse a los fondos prestados. En caso de no haberse pactado la cuantía de la apertura de crédito, esta se fijará de acuerdo con las necesidades del acreditado, según el destino contractual de los fondos provenientes del contrato; la institución acreditante es responsable, de conformidad con lo dispuesto en el nuevo Código de Comercio de los perjuicios que pudiese causarle al acreditado, la impresión en la cuantía de la apertura de crédito; el fundamento Jurídico de esta última disposición, estriba en que la institución acreditante está, por regla general, mucho mejor preparada técnicamente para preocuparse de los requisitos formales del contrato y, además, en que con mucha frecuencia estos contratos son contratos de adhesión. (24)

D) -Cuando la apertura de crédito tenga por objeto proporcionar al acreditado, recursos con que pagar sus deudas, el acreditante podrá asumir directamente el pago de tales deudas o constituirse en coobligados — con el acreditado; en tales casos, este último queda obligado a proporcionar al acreditante, los fondos para el pago de las obligaciones en referencia, por lo menos el día anterior al vencimiento de las mismas; si así lo hiciera, no estará obligado a pagar intereses al acreditante, aunque si las comisiones pactadas; en caso contrario, quedará el acreditado deudor del acreditante por las sumas que este desenvolvare para el pago

de las mencionadas obligaciones y por las intereses sobre dichas sumas.

(25)

E) —Si la apertura de crédito fuere en cuenta corriente, cualquier pago que hiciere el acreditado a cuenta de las cantidades retiradas al amparo del contrato, aumenta el saldo de la apertura de crédito a su favor, siempre que el plazo para retirar el crédito no haya vencido. En cambio, si la apertura de crédito es simple y el acreditado hiciere los mencionados pagos durante el primer plazo, tales pagos únicamente reducen el saldo que el mismo acreditado tendrá que pagar al acreditante durante el período siguiente, pero sin aumentar la disponibilidad durante el primer período. (26)

La apertura de crédito, por tratarse de un contrato que carece de saldo líquido, tiene el problema de comprobar el valor del saldo usado por el acreditado, cuando el acreditante quiera exigirlo judicialmente. Esto puede lograrse: 1) Mediante recibos que firme el acreditado, por cada retiro. 2) Mediante títulos valores que documenten cada retiro, como letras de cambio o pagarés, en cuyo caso el crédito se denomina de caja. 3) Mediante facturas suscritas por el deudor o por personas que éste autorice, si el crédito puede retirarse en mercaderías, como cuando el acreditante es un comerciante distribuidor. 4) Mediante el estado de cuenta certificado por el contador de la institución acreditante, con el visto bueno del gerente de la misma, cuando tal institución sea una institución bancaria. (27)

*La apertura de crédito puede ser garantizada como cualquier otro crédito; en consecuencia, el acreditado, puede constituir a favor del acreditante fianza, prenda o hipoteca. Tales garantías se extinguen cuando — ya no hay posibilidad de que el acreditado deba cantidad alguna al acreditante, de conformidad con el contrato principal; por lo tanto, aunque el acreditado haya pagado la totalidad de lo retirado, si aún puede hacer nuevos retiros, por no haberse agotado el saldo ni vencido el plazo para tal efecto, o si, siendo en cuenta corriente el crédito abierto, no se hubiere vencido el mismo plazo, porque los pagos habrían reconstituido la disponibilidad a favor del acreditado, las garantías no se extinguirán. En esto, — las garantías en general, comprendida la hipoteca, se apartan de la regla general establecida en la legislación civil. (28)*



V.) HIPOTECA COMO GARANTIA DE

EMISIONES DE TITULOS VALORES

El nuevo Código de Comercio define los títulos valores como "los documentos necesarios para hacer valer el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna". El texto transcrito, que corresponde al Art. 623 del Código de Comercio de 1970, contiene todas las características propias de estos documentos mercantiles, los cuales son:

A) Incorporación: El derecho incorporado en el título no puede reclamarse sin el título mismo, porque se ha convertido en algo así como un anexo del título. La falta del título no puede suplirse, sino por la reposición del mismo, pero no es admisible ningún otro medio de prueba, ni aún la confesión de parte. Por ello, se dice que estos documentos son necesarios para reclamar el derecho incorporado.

B) Autonomía: El título valor es independiente de la relación jurídica antecedente, así como todo acto realizado con el título es independiente de los que le anteceden y de los que le siguen.

C) Literalidad: El derecho es tal como aparece del texto del título; solamente lo que se ha hecho constar en el título, puede afectarlo. Por ello cualquier acto que con el título se realice, cualquier enajenación o gravámen del mismo, debe necesariamente anotarse en el cuerpo del mismo.

D) Legitimación: El tenedor legítimo del título, de acuerdo con la

forma en que éste haya sido emitido, es el dueño indiscutible del derecho, o sea que la transmisión del título acarrea necesariamente la transferencia del derecho. (29)

Los títulos valores pueden clasificarse desde el punto de vista diferentes; para los fines del presente trabajo, únicamente nos interesan dos de ellos, que son los siguientes:

1) Por la forma como se emiten y se transfieren, se clasifican en <sup>1.1 654</sup> títulos nominativos, <sup>654</sup> títulos a la orden y <sup>Ad 695 com</sup> títulos al portador. Los primeros se emiten a favor de persona determinada y se transfieren por endoso seguido de registro en los libros que al efecto lleva el emisor. Los segundos también se emiten a favor de persona determinada y se transfieren por endoso, pero éste no se registra ni ningún otro acto relativo al título. Los terceros no se emiten a favor de persona determinada, sino, como su nombre lo indica, al portador y se transfieren por la simple entrega material. (30)

2) Por la naturaleza de los derechos incorporados, se clasifican en títulos de participación, títulos de crédito y títulos representativos. Los primeros incorporan derechos derivados de un negocio complejo, comprenden por ello tanto derechos como obligaciones; como ejemplo de esta clase podemos citar las acciones de las sociedades anónimas. Los segundos incorporan el derecho a cobrar uno o varios pagos; como ejemplo, se citan la letra de cambio, el pagaré y el cheque. Los terceros representan mercancías que se encuentran en manos del emisor del título; como ejem-

plo, están el certificado de depósito, y el bono de prenda, así como el conocimiento de embarque. (31)

Algunos de los derechos incorporados por los títulos valores, cuando estos son de contenido crediticio, pueden garantizarse con hipoteca; en estos casos, los títulos respectivos incorporan, a la vez, la obligación principal garantizada y la accesoría que garantiza. Estos títulos son — los bonos u obligaciones negociables, sobre los cuales se hacen algunas consideraciones antes de abordar el tema preciso del gravámen hipotecario que los garantiza. Como excepcionalmente también podrían garantizar con hipoteca los certificados fiduciarios de participación y los certificados fiduciarios de adeudo, al final de esta sección, se hace una referencia explícita a estos títulos.

Las sociedades anónimas pueden emitir bonos u obligaciones negociables, que son los mismos títulos valores que la legislación argentina conoce con el nombre de "deventure"; estos títulos incorporan derechos a una parte alícuota de una deuda social, es decir que sus tenedores, que reciben el nombre de obligacionistas, son acreedores por una parte de un crédito a cargo de la sociedad emisora; el crédito que en conjunto equivale a la cuantía total de todos los bonos u obligaciones negociables que pueden emitirse, se divide en tantas partes iguales como títulos se autorizan, a fin de que cada uno de ellos incorpore una de estas partes.

El Código de Comercio de 1970, en su artículo 677, define estos títulos como "representativos de la parte individual de sus tenedores en un

crédito colectivo a cargo del emisor".

Por lo tanto, los títulos en referencia incorporan, tal como se ha dicho anteriormente, participaciones en una deuda social. Esta deuda la califica la nueva legislación mercantil salvadoreña de crédito colectivo, lo que equivale a decir que el conjunto de tenedores de bonos u obligacionistas forman una colectividad, o sea que tienen todos una vinculación entre sí, por el mero hecho de haber adquirido títulos pertenecientes a una misma emisión. En efecto, el conjunto de tenedores de bonos u obligacionistas, sin constituir una persona jurídica distinta de cada uno de ellos, toman decisiones colectivas que suponen el sometimiento de la minoría al voto de la mayoría, emitido en las condiciones que la ley ha previsto; - eligen, por mayoría de votos y en junta general de obligacionistas, un representante común, que puede ejercer las acciones que a todos competen, sin perjuicio de que pueda deducirlas cada uno de los obligacionistas individualmente, y otorgar los actos que deben serlo por todos en conjunto; deciden, en la misma forma, sobre cualquier modificación que afecte al crédito colectivo o a sus garantías; y toman resoluciones, de igual manera, respecto de aquellos actos de la emisora que son susceptibles de mermar su solidez económica y, por lo tanto, afectar la seguridad de pago de los títulos; como ejemplo de estos últimos actos se pueden citar el cambio de denominación, finalidad o domicilio de la emisora, por que tales modificaciones pueden incidir desfavorablemente en los negocios de la misma y consecuentemente en su solvencia, la alteración del capital social de

la emisora y la emisión de nuevas series de bonos u obligaciones negociables la primera porque puede disminuir el activo de la emisora y la segunda porque seguramente aumentará su pasivo; también deberán pronunciarse sobre la fusión de la emisora, con otras sociedades, porque la fusión puede reducir las posibilidades de pago, si las otras sociedades fusionantes o algunas de ellas están sumamente cargadas de deudas. En todos los casos en que el conjunto de obligacionistas tiene derecho a tomar decisión sobre determinados actos de la emisora, es porque la ley le confiere un derecho de veto respecto de dichos actos; en estos casos, si la emisora acordare uno de tales actos y la junta general de obligacionistas decidiere vetarlo, aquella tendrá tres días para notificar a ésta si insiste en el acto vetado o si prescinde del mismo; en el primer caso, solamente podrá realizarse el acto, si reembolsa los bonos de todos los tenedores que así lo solicitaren dentro del plazo de quince días contados a partir del siguiente a la fecha de la junta. Como se ve por lo anteriormente indicado, los tenedores de bonos u obligacionistas constituyen un conjunto de personas, vinculadas entre sí por lazos jurídicos mutuos nacidos del hecho de haber adquirido los bonos u obligaciones negociables que les corresponden, pues su adquisición, al igual que la de las acciones, implica la adhesión de los adquirientes al régimen jurídico que regula la emisión; cuando este conjunto de personas, no obstante su vinculación, no constituye una personalidad jurídica distinta, como es el caso de los obligacionistas, recibe el nombre de colectividad. (32)

El Código de Comercio de 1970 regula, entre los títulos valores, los bonos u obligaciones negociables. El Código de Comercio de 1902, no los regula, pero no los prohíbe tampoco; podría sin embargo, argumentarse — que, no estando prevista la institución en la legislación positiva, no — podrían emitirse bonos antes de la vigencia de la nueva legislación; ello no es exacto, porque la institución si estaba prevista en la legislación salvadoreña desde 1882, pues el Art. 590 ordinal 4o. del Código de proce- dimientos cíviles concede fuerza ejecutiva, en las condiciones que la — misma disposición señala, a los cupones de obligación vencidos, en cuanto a los relitos que el título produce, y a las obligaciones vencidas, en — cuanto al capital del mismo título.

Los bonos pueden emitirse respaldados únicamente por la firma de la sociedad emisora, o con garantías reales además. En el primer caso, el — valor de la emisión no puede exceder del haber social o patrimonio real de la sociedad emisora con deducción de las utilidades repartibles es de — cir de las utilidades que, por no haberse entregado a los accionistas — en forma de dividendos, ni haberse destinado a fondos de reserva, están pendientes de que la junta general de accionistas de la sociedad emisora tome resolución sobre su destino futuro; esta cifra se obtendrá de con— formidad con un balance que se practicará precisamente para efectuar la emisión, el cual se hará constar en la respectiva escritura de emisión.. Cuando la emisión este respaldada con garantías reales y el destino del producto de la colocación de la emisión en el mercado sea la mejora de —

las garantías la oficina que ejerce la vigilancia del Estado (la superintendencia de Bancos y otras instituciones Financieras, si la emisora trabaja con dineros del público; o la Inspección de sociedades Mercantiles y Sindicatos, en cualquier otro caso) podrá autorizar que la emisión se haga por el valor futuro de las garantías cuando se hayan hecho las mejoras, aunque este valor exceda de la cifra antes referida.

Los bonos garantizados con hipoteca pueden ser de dos clases:

1) Bonos hipotecarios emitidos por sociedades anónimas, en cuyo caso la hipoteca recae sobre bienes de la sociedad emisora, ya sean bienes inmuebles o empresas.

2) Bonos bancarios hipotecarios, en cuyo caso la hipoteca recae sobre un bien de un cliente del banco emisor, a quien este acredita el importe de la emisión. Se tratan a continuación sucesivamente ambos casos.

Cuando las sociedades anónimas emiten bonos u obligaciones negociables, el procedimiento a seguir es el siguiente:

1) El acuerdo de la emisión deberá tomarse en junta general extraordinaria, aunque bastará la simple mayoría de las acciones presentes.

2) Deberá practicarse el balance correspondiente, a fin de determinar la cuantía de la emisión; y deberá solicitarse, en caso de ser procedente, la autorización de la oficina que ejerce la vigilancia del Estado, a fin de efectuarla por una cantidad mayor, en el caso señalado más arriba.

3) Después de haberse llenado los anteriores requisitos, se otorgará la escritura pública de emisión de bonos, por el representante legal de la sociedad emisora; en dicha escritura se harán constar todas las características propias de los títulos que van a emitirse, así como las condiciones del crédito colectivo cuyas partes alícuotas serán incorporadas por los mismos títulos; el balance practicado para fijar la cuantía de la emisión y los pasajes pertinentes del acta de la junta general de accionistas de la sociedad emisora que acordó efectuar dicha emisión; finalmente, en esa misma escritura se constituirán las garantías reales que respaldarán la emisión, inclusive las hipotecas desde luego. La escritura de emisión se inscribirá siempre en el Registro de Comercio; cuando se trate de bonos hipotecarios, cuya garantía recaiga sobre inmuebles, se inscribirá también en el Registro de Hipotecas.

4) Inscrita la escritura de emisión, se imprimirán los formularios para los títulos y se procederá a la colocación de los bonos en el mercado; los bonos se emitirán a medida que vayan siendo vendidos; antes de ofrecerlos a la venta al público, las autoridades de la sociedad emisora deberán de dar a los accionistas la opción que les confiere el Código de Comercio de 1970, de adquirir una parte proporcional de la emisión a la participación que cada accionista tenga en el capital social de la sociedad emisora.

5) Los títulos podrán llevar adheridos cupones para el cobro de los intereses; los cupones son títulos valores accesorios que gozan de las mis



mas características de los demás títulosvalores inclusive de su fuerza ejecutiva. Cuando los bonos no lleven cupones adheridos, el cobro de los intereses se hará contra recibo, pero será necesaria la presentación del título, pues el tenedor legítimo actual del título es el que tiene derecho a cobrar los intereses.

6) Normalmente los bonos se pagan al vencimiento de los mismos, de una sola vez; pero puede pactarse amortizaciones periódicas a cuenta del crédito colectivo que la emisión de bonos u obligaciones negociables incorpora. Esta amortización puede ser de dos maneras: 1) Mediante abonos periódicos pagaderos a cuenta del capital de cada uno de los bonos; las amortizaciones se distribuyen en tal forma que la última coincida con el vencimiento de los bonos. 2) Mediante la cancelación periódica de cierto número de bonos, de tal manera que la última cuota de bonos a cancelar coincida con el vencimiento de los mismos; en este caso, los bonos que se amortizan al final de cada período, se determinan por sorteo, en el cual participan todos los títulos en circulación; el Código de Comercio de 1970 señala las formalidades que deben acompañar al sorteo, las cuales tienen por objeto dar seguridad al mismo y suficiente difusión a sus resultados. (32)

La hipotecas que se constituyan para garantizar el crédito colectivo, cuyas partes alícuotas se incorporan a los bonos u obligaciones negociables, sean constituidas sobre inmuebles o sobre empresas, tendrán las características especiales siguientes:

1) Como las hipotecas se constituyen en diferentes escrituras de emisión, las cuales se otorgan e inscriben con anterioridad a que los títulos se emiten y coloquen, resulta que los gravámenes se constituyen a favor de acreedores futuros y desconocidos al momento de la constitución; tales acreedores, si los títulos son al portador, permanecerán indeterminados, porque tales títulos como es sabido, tienen la característica de que sus tenedores legítimos son normalmente desconocidos; si los títulos son a la orden o nominativos, los acreedores serán determinables cuando los bonos se emitan y coloquen, pero serán igualmente indeterminados al momento de constituir la hipoteca; por excepción, podrían estar determinados los acreedores desde un principio, en el caso de los títulos últimamente mencionados, si los tomadores de los bonos, contra lo que es usual en otros casos, suscribieran los mismos en la escritura de emisión.

2) Por la misma razón de que las hipotecas se constituyen validamente antes de la emisión de los títulos, resulta que los gravámenes existen con plena validéz legal antes de dicha emisión; o sea, dicho en otras palabras, que los derechos reales accesorios que constituyen la garantía, existen legalmente antes que las obligaciones principales garantizadas.

3) Estas hipotecas garantizan el crédito colectivo, cuyas partes alícuatas son incorporadas por cada uno de los bonos u obligaciones negociables; en consecuencia es la garantía de la totalidad de la emisión. - No obstante ello, como el crédito colectivo se fraccionó en tantas partes como bonos u obligaciones negociables se emiten, resulta que la hipoteca

que garantiza el crédito, es a la vez garantía de todas y cada una de sus partes incorporadas a los títulos. Por ello, podemos decir que la hipoteca en cuestión, sin perder su indivisibilidad que es característica de todo gravámen hipotecario, es a la vez garantía fraccionaria de los títulos.

4) Por la naturaleza propia de los títulos valores, las partes alícuatas del crédito colectivo se transmiten juntamente con los títulos a que están incorporadas; como la hipoteca garantiza todo el crédito colectivo y todas las partes alícuatas que lo integran, al transmitirse éstas, los adquirentes de las mismas pueden perseguir la satisfacción de sus derechos en los bienes hipotecados. Por ello, podemos decir que la garantía fraccionaria que la hipoteca constituye, se transmite juntamente con los títulos, y consecuentemente en la misma forma que ellos, sin que sea necesario notificar al deudor, que es la sociedad emisora, la transmisión, ni a notarla en el respectivo Registro hipotecario.

5) Las modificaciones y cancelaciones de las mismas hipotecas, para su validéz, requieren el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación mercantil en atención a la naturaleza de los bonos u obligaciones negociables. En cuanto a las modificaciones se refiere, éstas deben de haber sido acordadas en junta general de tenedores de bonos u obligacionistas, por el voto favorable de la mayoría del capital; en esto se diferencian de las modificaciones de las hipotecas de carácter civil, — las cuales requieren contar con el consentimiento unánime de todos los —

acreedores. En lo referente a las cancelaciones, que pueden ser parciales o totales, se puede señalar:

a) Si la cancelación es parcial, o si fuere total respecto de la garantía hipotecaria, pero dejando subsistir el crédito colectivo, se hará por Acta notarial extendida al pie de la escritura de emisión; dicha acta será otorgada por el representante común de los tenedores de bonos u obligacionistas, previo acuerdo favorable de la junta general de los mismos, tomado con el voto de las tres cuartas partes del capital, circunstancia que habrá que hacerla constar en el instrumento de cancelación.

b) Si se trata de cancelar la emisión completa, por haberse pagado el crédito colectivo, la cancelación se hará por escritura pública, la cual será firmada por el representante común de los tenedores de bonos u obligacionistas, cuando ello sea posible; normalmente no lo será, pues si los bonos han sido cancelados paulatinamente que es lo que ordinariamente sucede, al haberse terminado de cancelar y haber por esa misma causa, dejado de existir tenedores de bonos u obligacionistas, tampoco podrá existir entonces representantes común de los mismos. En este último caso, la escritura de cancelación podrá ser firmada por el representante legal de la sociedad emisora; pero, en todos los casos, será indispensable que el notario de fé de que tuvo a la vista, debidamente cancelados, todos los títulos y cupones que se pusieron en circulación; esta última circunstancia, que constituye la verdadera seguridad de la cancelación dada la naturaleza propia de los títulos valores, hace indiferente que la can-

cancelación sea firmada por el representante de los acreedores, o por el de la sociedad deudora; caso raro que viene a ser una verdadera curiosidad dentro de la regulación hipotecaria. (33)

Los bonos bancarios son emitidos por Instituciones de crédito especialmente autorizadas para efectuar esta clase de operaciones pasivas de banco; en el caso específico de los bonos bancarios hipotecarios, de conformidad con la nueva Ley de Instituciones de crédito y Organizaciones auxiliares, estos bonos solamente podrán ser emitidos por Instituciones de crédito o bancos financiadores de empresas.

Los bonos bancarios, en términos generales, son similares a los que emiten las sociedades anónimas, con algunas diferencias, entre las cuales las más importantes son las siguientes:

a) La emisión deberá ser autorizada por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras previo dictamen del Departamento de Investigaciones Económicas del Banco Central de Reserva; la cuantía de la emisión no se fijará de acuerdo al capital y reservas de la Institución emisora, sino de conformidad a los valores que, según la naturaleza de los bonos emitidos, les sirvan de garantía. b) La emisión puede ser acordada, si los estatutos del Banco emisor lo autorizan, por la Junta Directiva de éste, en atención a que son operaciones del giro ordinario de estas instituciones. c) Están sometidas a disposiciones legales respecto a la forma de amortización, a la cancelación de títulos recibidos por re

embolso anticipado, por devolución en pago o cualquier otro motivo y a las demás condiciones de funcionamiento. (34).

Quando se trata de bonos bancarios hipotecarios, en la escritura de emisión, comparece además un cliente del banco emisor quien constituye el gravámen hipotecario respectivo; el hipotecante firma los bonos juntamente con los representantes del banco emisor y responde solidariamente con el banco. Simultáneamente a la emisión de los bonos bancarios hipotecarios, el banco emisor abre un crédito al hipotecante por el valor total de la emisión, a fin de que éste vaya retirando las cantidades a medida que sean abonadas a la cuenta; cada vez que se coloque un bono en el mercado, se abonará su valor a la cuenta de la apertura de crédito mencionada, a fin de que el hipotecante pueda retirarlo. Al vencimiento de la emisión de bonos, deberá vencer simultáneamente el período para que el hipotecante acreditado devuelva las cantidades retiradas al amparo de la apertura de crédito; con estas devoluciones, el Banco emisor pagará los bonos emitidos. Si el hipotecante acreditado no cubre el valor de las sumas que adeuda, el Banco tendrá que cubrir el valor de los bonos, pero podrá ejercitar dos acciones a su opción, la propia de la apertura de crédito y la cambiaria de los bonos en la cual se habrá subrogado por pago a sus tenedores legítimos. (34)

La hipoteca que garantiza los bonos bancarios hipotecarios, tiene las mismas características que la que garantiza la emisión de bonos u o-

*obligaciones negociables que efectúan las sociedades anónimas.*

*Los Bancos o Instituciones de Crédito autorizados para actuar como fiduciarios, pueden emitir certificados fiduciarios de participación y - certificados fiduciarios de adeudo, en las condiciones siguientes:*

*1) El banco Emisor debe de ser fiduciario de un fideicomiso constituido para fines comerciales; este fideicomiso está destinado, de acuerdo con el instrumento constitutivo, a servir de base a la emisión de certificados, teniendo por lo tanto un fideicomisario colectivo e indeterminado a la fecha de la celebración del acto constitutivo; este fideicomisario estará constituido por los futuros tenedores de certificados fiduciarios de participación. Con base en el acto constitutivo del fideicomiso, en - el cual se le autoriza expresamente para ello, al Banco fiduciario otorgará la escritura de emisión de certificados fiduciarios de participación.*

*2) Los certificados fiduciarios de participación incorporan la parte alícuata que corresponde a cada uno, en las prestaciones derivadas del - fideicomiso que sirve de base a la emisión; sus tenedores forman una co- lectividad, con características similares a la formada por los tenedores de bonos u obligaciones negociables. Los certificados fiduciarios de participación incorporarán siempre el derecho a la parte alícuata de las rentatas producidas por los bienes fideicometidos; y, además, pueden incorpo- rar el derecho a recibir, a su vencimiento, la parte alícuata de dichos bienes o la parte alícuata de su precio de venta. En caso de que solamente incorporen la primera de las prestaciones dichas, los certificados son*

amortizables, es decir que dan derecho a ser reembolsados a su vencimiento; en caso de que además incorporen cualquiera de las otras prestaciones, no lo son, porque el reembolso está sustituido por el traspaso de la parte alícuata de los bienes o por el pago de la parte alícuata de su precio.

3) Normalmente, la garantía de los certificados fiduciarios de participación son los bienes fideicomitidos; tanto es así que el fideicomiso no se extingue en tanto los certificados no hayan sido cancelados; se exceptúa el caso de que venza el plazo de veinticinco años, el cual por constituir una disposición constitucional no puede modificarse; pero, en este último caso, los bienes fideicomitidos, no obstante la extinción del fideicomiso, continúan respondiendo por los certificados. No obstante lo anterior, pueden constituirse garantías adicionales para respaldar los certificados, cuando se quiera dar mayores garantías a sus tenedores, los cuales dispondrán, además de las acciones que normalmente les competen contra la masa fiduciaria, de las que se originan en las garantías adicionales contra los bienes que las constituyen. Desde luego, la hipoteca es la garantía adicional que con más frecuencia se empleará; en caso de emplearse, sus características serán similares a las de las hipotecas que garanticen las emisiones de bonos.

4) Los certificados fiduciarios de adeudo se emiten cuando es necesario hacer inversiones en los bienes fideicomitidos, que requieren desembolsos adicionales, los cuales se cubren con el producto de la venta de



estos títulos valores. Su emisión debe de ser autorizada previamente por la junta general de tenedores de certificados fiduciarios de participación. La garantía de estos títulos es la misma masa fiduciaria, respecto de la cual gozan de prelación sobre los certificados fiduciarios de participación; en iguales condiciones que estos últimos, pueden ser respaldados por garantías adicionales, entre las que figuran la hipoteca, cuyas características serán desde luego similares a las expuestas. (35)

En todos los casos contemplados en este capítulo la situación de la hipoteca es la misma; constituye una garantía real, indivisible, que respalda en su totalidad un crédito colectivo, a cargo de la sociedad o institución emisora de los títulos; este crédito colectivo está fraccionado en cierto número de partes alícuatas, cada una de las cuales ha quedado incorporada a uno de los títulos; en virtud de este fraccionamiento e incorporación, la hipoteca respalda todas las partes del crédito colectivo y, consecuentemente, todos los títulos que los contienen; por ello, podemos afirmar que el gravámen hipotecario, sin perder su carácter de garantía real y su indivisibilidad, constituye una garantía fraccionaria de los títulos, cuyo derecho de hacer efectiva la parte alícuata del crédito garantizado en ella se trasmite juntamente con el título, esto es mediante los requisitos de circulación propios de los títulos valores. Esta modalidad permite que los derechos inmobiliarios, mediante un respaldo fraccionario como el descrito, entren a formar parte de los valores mobiliarios, con evidente beneficio para la creación, impulso y desarrollo de un mercado de valores en nuestro país.

VI.) HIPOTECA ABIERTA. (36)

La hipoteca, ya se ha dicho, es un contrato de garantía que supone la existencia de una obligación principal, a la cual accede. Por ello, — la figura tradicional, más lógica y sencilla, es aquella en la cual el gravámen hipotecario es otorgado posteriormente a la obligación principal que tiene por objeto garantizar; normalmente ambas obligaciones se otorgan en el mismo instrumento, pero la obligación principal se constituye en las primeras cláusulas; mientras que la hipoteca, en las últimas. El Código Civil contiene disposición expresa que permite que en la misma escritura pública consten la hipoteca y el contrato a que accede (Art. 2159 inc. 2o. C); si el legislador creyó necesario decirlo expresamente, ello se debe a que parece lógico que solamente podemos garantizar obligaciones que existen previamente.

De igual manera a la constitución, la extinción de la obligación — principal garantizada trae consigo la de la hipoteca, porque ésta carecería de razón para continuar en vigencia.

No obstante lo anterior, desde hace mucho tiempo se ha permitido la constitución de hipotecas por deudas futuras, siempre que se determinen sus condiciones. Nuestro Código Civil, en su Art. 2178, permite la constitución de hipotecas para garantizar obligaciones futuras, con la condición de que se determine su cuantía; pero, como a continuación establece que se extiende a los accesorios como intereses y costas, resulta que lo único que debe de estar determinado es la cuantía del capital.

*La evolución del derecho hipotecario, en el moderno Derecho Mercantil, ha tenido tres puntos de desarrollo, en los cuales se ha apartado de las normas civiles tradicionales; estos tres puntos son: 1) En cuanto a que no se extinguen juntamente con la obligación principal actual que garantizan, mientras haya posibilidad de que surjan nuevas obligaciones principales que respaldar. 2) En cuanto a que pueden constituirse independientemente para respaldar no solamente obligaciones futuras, sino también con cierta indeterminación de tales obligaciones principales. 3) En cuanto que pueden acceder a obligaciones incorporadas en títulos mobiliarios, lo que la hace participar en la naturaleza de tales valores, lo cual implica indeterminación en sus titulares y facilidades de transmisión, -- tal como se ha expuesto en el capítulo anterior.*

*En lo que al primero de los tres puntos anteriores se refiere, la hipoteca que garantiza la apertura de crédito, tal como se explicó en el capítulo respectivo representa el primer paso de la evolución mercantil; esta hipoteca no se extingue aunque el acreditado pague las sumas que acuda al acreditante, si tiene aún derecho de hacer nuevos retiros de -- conformidad con el contrato. El segundo paso, por hoy el más avanzado en este camino, lo constituye la hipoteca abierta.*

*En lo que al segundo de los tres puntos anteriores se refiere, tanto la hipoteca que garantiza la apertura de crédito como lo que sirve de respaldo a las emisiones de bonos u obligaciones negociables o a otros -- títulos valores, constituyen el primer paso, aunque algo incipiente; to--*

das estas hipotecas se constituyen en garantía de obligaciones futuras; por lo tanto, existen válidamente como gravámenes, antes de que nazcan — las obligaciones principales que tienen por objeto garantizar; pero, en todos los casos también, estas obligaciones principales futuras, están — bien determinadas; el elemento indeterminación de las obligaciones principales lo aporta el segundo paso de la evolución mercantil de la hipoteca, también en este segundo camino el más avanzado, que es la hipoteca a abierta.

En lo que se refiere al tercero de los tres puntos señalados anteriormente, la hipoteca abierta no constituye el paso más avanzado; al — contrario, tal como ha sido explicado más arriba, la hipoteca que garantiza las emisiones de bonos u obligaciones negociables y de otros títulos valores, está mucho más avanzada; en efecto, se constituyen a favor de titulares futuros e indeterminados, o determinables y, por constituir la — garantía fraccionaria de los títulos es utilizable por todas las personas a quienes se trasmitan dichos títulos, de conformidad con la naturaleza de tales documentos. Este es el único camino en el cual la hipoteca abierta no constituye la figura más avanzada.

Antes de que el Código de Comercio de 1970 autorizara expresamente las hipotecas abiertas, algunas instituciones bancarias las utilizaron — pactándolas con sus clientes y asentándolas en el principio de que el — texto del contrato es ley entre las partes. La figura obedeció a los lineamientos generales siguientes: el cliente constituía un gravamen hipote-

tecarío a favor de la institución bancaria en cuestión, por un plazo fijo, destinado a respaldar cualesquiera créditos que, durante la vigencia del plazo, la institución hipotecaria concediera al hipotecante; la hipoteca tenía un límite máximo, señalado en el instrumento hipotecario, a fin de que la suma de los créditos concedidos al hipotecante con el respaldo del gravámen referido, no exceda en ningún momento de dicho límite, pues la garantía que el inmueble hipotecado representa se estima en un valor equivalente a dicho límite.

La figura que acaba de describirse, ofreció las características siguientes: a) Indeterminación en las obligaciones principales garantizadas; las únicas condiciones que especifican a tales obligaciones es que sean a cargo del hipotecante, a favor de la entidad hipotecaria y contraída dentro del plazo de la hipoteca. b) Existencia jurídicamente válida antes de que se contraigan las obligaciones principales que esta destinada a garantizar. c) No se extinguía por la extinción de las obligaciones principales garantizadas, pues, si el plazo para el cual se ha otorgado el gravámen, está aún en vigencia, pueden contraerse nuevas obligaciones con el mismo respaldo; desde luego, tampoco se extinguía por el vencimiento del plazo, si había obligaciones principales pendientes de pago, sino hasta que tales obligaciones se hubieran extinguido también.

La indeterminación de las obligaciones garantizadas ha constituido su punto débil; pues el Art. 2179 C., exige la determinación de la suma adeudada, aunque se trate de una obligación futura. El límite señalado —

no puede considerarse como llenando este requisito, puesto que se trata precisamente de un límite, que puede llenarse mediante una o varias obligaciones o aún no llegarse a llenar. Al entrar en vigencia el Código de Comercio de 1970, quedará subsanada esta deficiencia, pues contiene disposición expresa que autoriza la hipoteca abierta y que constituye una excepción en el campo mercantil, a la regla general establecida en el Código Civil.

De acuerdo con el régimen establecido en el nuevo Código de Comercio, las características de la hipoteca abierta son las siguientes:

I) Solamente puede otorgarse a favor de las instituciones de crédito, que son las que captan ahorros del público para invertirlos en operaciones de crédito, y en las empresas mercantiles que efectúen estas últimas operaciones, es decir que realicen operaciones de crédito en masa y por empresa; ello confiere a la figura hipotecaria en comento, un carácter esencialmente mercantil.

II) Está destinada a respaldar cualesquiera créditos a cargo del hipotecante y a favor de la entidad hipotecaria, siempre que sean contraídos dentro del plazo de vigencia del gravámen; es decir que realiza a cabalidad la característica de la indeterminación de las obligaciones que garantiza.

III) Por otorgarse como garantía de obligaciones indeterminadas, se constituye con anterioridad a ellas, por lo que existe con validéz jurídica, no solamente cuando tales obligaciones no existen, sino también —

cuando no se conocen aún sus condiciones.

IV) Tampoco se extinguen por el hecho de que el hipotecante pague todas las obligaciones contraídas al amparo de la hipoteca abierta, si el plazo de la misma no ha vencido; se extingue si se otorga cancelación, — con las formalidades legales, es decir por voluntad de las partes, y, — desde luego, si estando totalmente extinguidas las obligaciones principales garantizadas, venciere el plazo del gravámen.

V) Naturalmente, por su carácter de hipoteca, el gravámen implica — las características esenciales del derecho real de hipoteca; esto es que los créditos respaldados por el mismo, o sea los que se contraigan entre las partes del contrato hipotecario y durante la vigencia del mismo, pueden perseguirse en el bien hipotecado, en cualesquiera manos que éste se encuentre, pues si el hipotecante lo enajena posteriormente al otorgamiento del gravámen, el bien se transfiere gravado; y los créditos en referencia gozan de prelación respecto de las demás obligaciones que pudiera tener el propietario del bien hipotecado.

VI) Finalmente, siendo la hipoteca abierta un gravámen de carácter general destinado a amparar créditos indeterminados de constitución futura, es posible ceder algunos de tales créditos sin, que ello implique la cesión del gravámen. En efecto, en las figuras cíviles tradicionales, como los gravámenes hipotecarios se constituyen como accesorios a una obligación crediticia determinada, la cesión de esta última lleva consigo la de aquél; igual cosa podemos decir de las otras figuras mercantiles; pe-

ro, en la hipoteca abierta, la indeterminación de las obligaciones principales garantizadas impide que se cause este efecto. En consecuencia, - si la institución hipotecada cede alguna obligación contraída por el hipotecante durante la vigencia de la hipoteca abierta, y por lo tanto respaldada por ella, la obligación cedida queda sin respaldo, porque el derecho real hipotecario ha sido constituido a favor de la institución cedente, sin acceder a obligación determinada, sino para respaldar todas las que tal institución tenga contra el hipotecante. De igual manera, la hipoteca abierta puede ser cedida por la institución hipotecaria, en cuyo caso deja de respaldar los créditos a cargo del hipotecante y a favor de la institución cedente; en este caso, la institución cesionaria puede usar la hipoteca abierta cedida para hacer efectivos en ella, sus propios créditos. Finalmente, como la nueva legislación limita la posibilidad de constituir hipotecas abiertas a que lo sean a favor de instituciones de crédito y de empresas mercantiles que se dediquen a actividades crediticias, es lógico que la cesión de la hipoteca abierta, por las mismas razones que su constitución, solamente puede efectuarse a favor de tales - instituciones y empresas.

VII) En cuanto a las formalidades externas, tanto a la constitución original como a la cesión, les son aplicables las de la hipoteca civil, porque la legislación mercantil no las ha reformado; en consecuencia, para ambas operaciones, son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción de la misma en el Registro respectivo; y, para la cesión únicamente, hay necesidad además de notificarla, judicial o notarialmente, al hipotecante.



## VII.) CONCLUSIONES

*En el presente trabajo se ha hecho un somero recorrido de la evolución sufrido por el derecho aplicable a la hipoteca, a partir de la figura aparecida en el Derecho Romano, hasta llegar a las formas más modernas del Derecho Mercantil de nuestros días, haciendo énfasis en estas últimas, por ser el objetivo esencial de nuestro estudio.*

*Esta evolución podemos resumirla brevemente así:*

*I) En cuanto a la naturaleza de los bienes hipotecados se refiere, nació, en el Derecho Romano, pudiendo afectar indistintamente tanto a inmuebles como a muebles; en esa época, la diferencia esencial entre la prenda y la hipoteca estribó en que la primera se entregaba al acreedor, como requisito indispensable para su existencia, en cambio la segunda — permanecía en manos del deudor. La facilidad con que los muebles pueden hacerse desaparecer y el hecho contrario respecto de los inmuebles, fué la causa de que en el Derecho Civil posterior al Romano, los gravámenes aludidos se especializarán en relación con las cosas sobre las cuales recaen; la prenda fue el gravámen de los muebles y la hipoteca el de los inmuebles. Sin embargo, el Derecho Mercantil desde muy antiguo, se apartó de la evolución civil en esta materia, permitiendo la hipoteca de un mueble, la nave; la evolución mercantil en nuestro siglo completo el cuadro con la hipoteca de dos muebles más, la aeronave y la empresa. Además la evolución contemporánea a agregado a todas las figuras hipotecarias —*

actuales tanto Cíviles como mercantíles, un elemento que ha venido a completar la garantía de los acreedores hipotecarios y de los terceros que contratan con cualquiera de las partes, la publicidad registral; este elemento, por el papel que desempeña y por el complemento que significa a la difícil ocultación del bien hipotecado, tiene relación con la naturaleza de este último.

II) En cuanto a las obligaciones principales que accede, el Derecho Romano no conoció ni la indeterminación de estas obligaciones, ni el respaldo hipotecario a obligaciones futuras; las hipotecas se constituían — en los "pacta adjecta", es decir en los pactos accesorios a las estipulaciones creadoras de la obligación principal, por lo que lógicamente ésta existía ya y estaba absolutamente determinada. En el Derecho Cívil posterior al Romano, llegó a admitirse la hipoteca en garantía de deudas futuras, siempre que se determinarán, por lo menos algunas de sus características principales; nuestro Código Cívil, al exigir que se determine la cuantía, está pidiendo en realidad la determinación de tres características, pues forzosamente quedan determinadas las personas del acreedor hipotecario y del deudor hipotecante. La hipoteca que garantiza a las obligaciones nacidas de la apertura de crédito, contiene un principio de indeterminación puesto que es posible que el deudor no haga uso de la totalidad del crédito abierto; igual cosa puede decirse de las hipotecas que garantizan emisiones de títulos valores, ya que puede ser que no se puedan colocar la totalidad de los títulos que integran la emisión autorizada.

III) En cuanto a la subordinación de la obligación accesoria a la obligación principal garantizada, subordinación que se refiere al nacimiento y a la extinción de las mismas, en el Derecho Romano fué completa, porque el gravámen hipotecario existía en virtud de un "pactus adjectus" o pacto accesorio a la estipulación creadora de la obligación principal; por ello, no podían menos de nacer y extinguirse simultáneamente ambas obligaciones, en la generalidad de los casos, salvo que el pacto accesorio fuera posterior a la estipulación, en cuyo caso la obligación accesoria nacía posteriormente a la otra. En el Derecho Civil posterior al Romano, la subordinación se relajó, en cuanto al nacimiento de las obligaciones se refiere, desde luego que se autorizó la hipoteca en respaldo de obligaciones futuras, aunque no desapareció totalmente porque se mantuvo la condición de determinar la obligación principal, por lo menos en cuanto a sus características más importantes; en cuanto a la extinción de las obligaciones, la subordinación se mantuvo inalterable. Las nuevas formas de hipoteca mercantil han roto completamente la subordinación; el primer paso, que no es total como se explicó anteriormente, fué la hipoteca que garantiza las obligaciones nacidas al amparo de un contrato de apertura de crédito; el paso más avanzado es la hipoteca abierta; en ambos casos, la subordinación se ha roto, tanto en lo referente al nacimiento de las obligaciones como la extinción de las mismas.

IV) En cuanto a las formalidades externas o solemnidades propias del contrato hipotecario, en el Derecho Romano, tal como se ha indicado, se

utilizó la estipulación y los pactos accesorios, la primera para la creación de la obligación principal y los segundos para la de la garantía hipotecaria; estos eran contratos verbales, en los que las obligaciones nacían mediante una serie de preguntas y respuestas. En el Derecho Civil, la necesidad de dar mayores garantías a la propiedad inmueble y a los gravámenes que sobre ella recaen, tanto en beneficio de las partes contratantes como de los terceros que puedan contratar en el futuro con cualquiera de ellas, hizo que los contratos inmobiliarios en general y el hipotecario en particular, se rodearán de formalidades especiales que constituyen requisitos indispensables de constitución, son el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro de hipotecas; la cesión del derecho real de hipoteca exige, para su validez, iguales solemnidades. Las nuevas formas de hipoteca mercantil han mantenido estos requisitos, en cuanto a su constitución se refiere; en todos los casos, aunque la ley no lo diga expresamente, como no se han reformado las solemnidades de la hipoteca civil, éstas son exigibles a la hipoteca mercantil, porque las disposiciones civiles se aplican supletoriamente en materia de comercio cuando calla la legislación mercantil; en lo referente a la hipoteca de la empresa, la nave y la aeronave, los Registros de Comercio, marítimo y aéreo sustituyen al Registro de Hipotecas con iguales formalidades y efectos que éste; en cuanto a la hipoteca que garantiza emisiones de títulos valores, ésta se otorga en la escritura de emisión de los títulos, la cual habrá de ser una escritura pública por disposición

expresa de la ley, estando sujeta a inscribirse en los Registros que requieran las garantías que se otorguen. Igual cosa podemos decir, en términos generales, de la cesión del gravámen hipotecario, en todos los casos de la hipoteca mercantil moderna menos en uno; en el caso de la hipoteca que garantiza las emisiones de títulos valores, como resultado de la incorporación a tales títulos, de manera fraccionaria, de la obligación principal garantizada, los sucesivos tenedores legítimos de los respectivos títulos pueden utilizar el gravámen hipotecario para hacerse pago de las prestaciones que a cada uno corresponde; esta última figura constituye uno de los más importantes avances, el de la incorporación del derecho inmobiliario a los títulos mobiliarios, con las indiscutibles ventajas — que, para el aprovechamiento de la riqueza y el desarrollo económico, — traen consigo las facilidades de circulación en el mercado financiero.

V) Finalmente, en cuanto a la determinación de las partes entre las cuales se celebra el contrato hipotecario, tanto en el Derecho Romano como en el derecho Civil posterior a éste, las personas del hipotecante y del hipotecario están, desde el momento de la constitución, completamente determinadas; en cierto que, llenando los requisitos legales, estas personas pueden cambiarse; el hipotecante, si enajena el bien hipotecado y el acreedor acepta al adquirente como nuevo deudor y libera al originalmente obligado; el hipotecario, si cede el crédito y el gravámen que lo respalda, notificándolo judicial o notarialmente al deudor; estas condiciones no han cambiado en las figuras hipotecarias del derecho Mercan-

til Moderno, con la única excepción de la hipoteca que se constituye para respaldar emisiones de títulos valores. Esta última figura, tal como se ha explicado anteriormente, se constituye a favor de acreedores futuros e indeterminados o determinables.

En el presente trabajo, a la vez que estudiar las diversas formas modernas de la hipoteca mercantil, se ha hecho una rápida exposición de la evolución del derecho hipotecario a través de la historia, ello ha puesto de manifiesto las tendencias que han informado e informan al Derecho civil y al Derecho Mercantil, en esta importante materia. Si este modesto estudio contribuye a esclarecer entre nosotros, aunque sea en pequeña medida, estas interesantes cuestiones jurídicas, el esfuerzo del autor quedará recompensado.

LISTA DE CITAS DE AUTORES CONFORME A LA NUMERACION CORRELATIVA ANTERIOR.

- 1).- *Petit, Eugene - Tratado elemental de Derecho Romano. Pág. 298, nota. (4).*
- 2).- *Petit, Eugene - Obra citada - Pág. 298 a 303; #5, 244 a 250.*
- 3).- *Petit, Eugene - Obra citada - Pág. 300 #248. Pérez Vives, Alvaro, Teoría general de las obligaciones - Págs. 100 a 102 #601 bis.*
- 4).- *Petit, Eugene - Obra citada - Pág. 304 #252.*
- 5).- *Rodríguez Rodríguez, Joaquín - Curso de Derecho Mercantil - Tomo - II. Pág. 270. Lara Velado, Roberto - Introducción al Estudio del Derecho Mercantil - Pág. 340.*
- 6).- *Código de Comercio de 1970: Art. 1115.*
- 7).- *Lara Velado, Roberto - Obra citada - Pág. 341 y 342. Langla y Rubio, Emilio - Derecho Mercantil Español. Tomo III. Pág. 371 a 375.*
- 8).- *Valencia Zea, Arturo - Derecho Civil. Tomo II - Págs. 423 a 427. - Nos. 300 a 303. Pérez Vives, Alvaro O. citada P. 104 a 106. #603.*
- 9).- *Pérez Vives, Alvaro - Obra citada - Págs. 130 a 133 Nos. 612.*
- 10).- *Art. 743 - Código Civil de 1902.*
- 11).- *Rodríguez Rodríguez, Joaquín - O. citada: Tomo I. Págs. 411 a 417. Lara Velado, Roberto. Obra citada - Págs. 172 a 181.*
- 12).- *Código de Comercio de 1970: Arts. 417 a 420, 457 y 465. # IV letra b).*

- 13).- *Lara Velado, Roberto - Obra citada - Págs. 340 y 341. Código de Comercio de 1970: Arts. 1552.*
- 14).- *Verplaetse, Julián G. Derecho Inter. Privado. Págs. 579 a 582.*
- 15).- *Verplaetse, Julián G. - Obra citada - Págs. 582 y 583.*
- 16).- *Verplaetse, Julián G. - Obra citada - Págs. 583.*
- 17).- *Verplaetse, Julián G. - Obra citada - Págs. 619 y 620.*
- 18).- *Verplaetse, Julián G. - Obra citada - Págs. 620.*
- 19).- *Para todo el capítulo: Rodríguez Rodríguez, Joaquín - Obra citada - Tomo II. Págs. 87 a 92. Lara Velado, Roberto - Obra citada - Págs. 271 a 274.*
- 20).- *Código de Comercio de 1970: Art. 1105.*
- 21).- *Código de Comercio de 1970: Art. 1116.*
- 22).- *Código de Comercio de 1970: Art. 1108.*
- 23).- *Código de Comercio de 1970: Art. 1105.*
- 24).- *Código de Comercio de 1970: Art. 1107.*
- 25).- *Código de Comercio de 1970: Art. 1112.*
- 26).- *Código de Comercio de 1970: Art. 1111.*
- 27).- *Código de Comercio de 1970: Art. 1110 y 1113.*
- 28).- *Código de Comercio de 1970: Art. 1115.*



- 29).- Lara Velado, Roberto - Obra citada - Págs. 194 a 198.  
Rodríguez Rodríguez, Joaquín - Obra citada. Págs. 251 a 258.
- 30).- Lara Velado, Roberto - Obra citada - Págs. 205 a 208.  
Rodríguez Rodríguez, Joaquín - Obra citada - Págs. 259 a 267.  
Código de Comercio de 1970: Arts. 654 a 676.
- 31).- Lara Velado, Roberto - Obras citada - Págs. 208.
- 32).- Para todo lo anterior referente a los bonos:  
Lara Velado, Roberto - Obra citada - Págs. 208 a 214.  
Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Obra citada. Tomo I. Págs. 145 a 154  
Código de Comercio de 1970: Art. 677 a 699.
- 33).- Rodríguez Rodríguez, Joaquín - Obra citada - Tomo II. Págs. 270 y  
271. Langle y Rubio, Emilio - Obra citada - Págs. 372. Código de -  
Comercio de 1970: Art. 1553.
- 34).- Código de Comercio de 1970: Arts. 1222, 1229 y 1230.
- 35).- Lara Velado, Roberto - Obra citada - Págs. 238 a 243. Código de Co  
mercio de 1970: Arts. 883 a 906.
- 36).- Para todo el capítulo:  
Pérez Vives, Alvaro - Obra citada - Pág. 111. Código de Comercio -  
de 1970: Art. 1554.

B I B L I O G R A F I A

- 1.) *Rodríguez y Rodríguez, Joaquín - Curso de Derecho Mercantil Editorial Porrúa, S.A. - México, D.F. 1960. 2 Tomos.*
- 2.) *Verplaetse, Julián G. - Derecho Internacional Privado - Estados, - Artes Gráficas - Madrid - 1954.*
- 3.) *Petit, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano - Traductor: José Fernández González - Editorial. "Saturnino Callejas, S.A." - Madrid - 1924.*
- 4.) *Iara Velado, Roberto - Introducción al Estudio del Derecho Mercantil - Editorial Universitaria. "José B. Cisneros". San Salvador - 1969.*
- 5.) *Código Civil de El Salvador de 1902.*
- 6.) *Código de Comercio de El Salvador de 1904.*
- 7.) *Código de Comercio de El Salvador de 1970.*
- 8.) *Código de Procedimientos Cíviles de El Salvador de 1882.*
- 9.) *Convención sobre Derecho Internacional Privado - Código de Bustamante. Legislación #17, Departamento de Publicaciones, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador.*
- 10.) *Langle y Rubio, Emilio - Derecho Mercantil Español - Casa Editorial Bosch, Barcelona - 1959.*

- 11.) Valencia Zea, Arturo - *Derecho Civil, Tomo II* Editorial Temis Bogotá - 1958.
- 12.) Pérez Vives, Alvaro - *Teoría General de las Obligaciones* Editorial Temis, Bogotá. 1959.