

REGIMEN LEGAL DEL CONTRATO DE HIPOTECA EN COLOMBIA

LUDMILLA E. SOSA GROSSO

Trabajo de Grado presentado
como requisito parcial para
optar al Título de ABOGADO.

Director: ANTONIO SPIRKO. C.

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO**

34366

DR#0822

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR BIBLIOTECA BARRANQUILLA	
No INVENTARIO	21 FEB. 2008
PRECIO:	
HA	 - 4034366
REGION	



Barranquilla, Mayo 30 de 1.985

Señor Doctor

RAFAEL BOLAÑO MOVILLA

D E CANO (E) DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA CORPORACION
EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO " SIMON BOLIVAR " .

L. C.

Señor Decano:

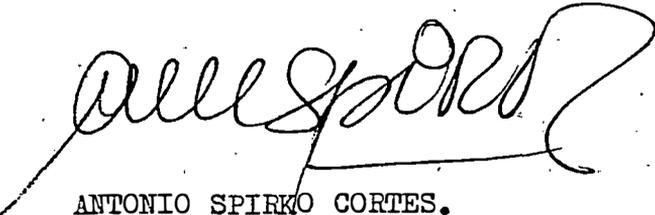
La secretaría de la Facultad de Derecho, tuvo a bien designarme director del trabajo de Tesis que presenta la egresada de nuestra Facultad señorita LUIMILLA SOSSA GROSSO, para obtener el Título de Abogada, el trabajo lo intituló " REGIMEN LEGAL DEL CONTRATO DE HIPOTECA EN COLOMBIA " .

Durante toda su realización he tenido la oportunidad de asesorar, dirigir, y supervisar el trabajo referido y nuevamente me he dedicado a leer detenidamente todo lo relativo a la tesis " REGIMEN LEGAL DEL CONTRATO DE HIPOTECA EN COLOMBIA " tema éste bastante profundo, y difícil por constituir la piedra de nuestro país en cuanto a derecho civil se refiere, Por eso considero que indudablemente el trabajo que nos presenta la Egresada LUIMILLA SOSSA GROSSO, constituye un estudio juicioso, serio y profundo sobre el aspecto de la Hipoteca en Colombia, indica que la egresada ha dedicado ingentes esfuerzos para presentarnos un trabajo digno que llene a plenitud las exigencias y requisitos de los reglamentos de nuestra Facultad.

La forma clara, precisa, seria y profunda como la Egresada LUDMILLA SOSSA GROSSO desarrolla, analiza las distintas etapas del Contrato de Hipoteca , nos hace pensar de ser la primera vez que un estudiante deba abocar un tema tan profundo, el referido tema lo hace la Egresada con altura, elegancia y propiedad en la metología y procedimientos de investigación.

Por las anteriores razones, considero el trabajo presentado por la señorita LUDMILLA SOSSA GROSSO, merece ser aprobado porque cumple a cabalidad la totalidad de las exigencias académicas, y reúne además los requisitos exigidos por nuestra Facultad para obtener el título de Abogada que otorga la FACULTAD DE DERECHO DE LA CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO " SIMON BOLIVAR ".

Con sentimiento de alta consideración me suscribo de Ud. Atentamente.



ANTONIO SPIRKO CORTES.

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado.

Jurado.

Barranquilla, Julio de 1.985.

PENSAMIENTO

Colombianos: Habéis presenciado mis esfuerzos para plantar la libertad donde reinaba antes la tiranía. He.... tra- bajado con desinterés aban..... do- nando mi fortuna y aún mi tra..... n - quilidad. Me separé del mand..... o - cuando me persuadí que desconf... i a - bais de mi desprendimiento. Mis.... e - enemigos abusaron de vuestra cre..... e - duldad y hallaron lo que me es..... más sa - grado; mi reputación y mi amor... a la li - bertad. He sido víctima de mis.... perseguido res. Que me... han conducido.. a las.. puer - tas del.... s.... e..... pu.. l cro.. Yo los pe..... r dono. Al des ap..... a recer- de en m..... e dio de vosotros.... mi..... c... a riño se que debo hacer la..... ma - nifesta..... ción. de mis últi..... mos deseos. No..... aspi ro a otra gloria que..... a la consolidación de Colombia..... to - dos deben trabajar por el bien inestima - ble de la unión. Los pueblos obe - deciendo al actual gobierno para liber tarse de la anarquía; los ministros del santuario dirigiendo sus oraciones al cie lo; y los militares empleando sus espadas en defensa de las garantías sociales. Colombianos: mis últimos votos son por la felicidad de la patria. Si mi muerte contribuye para que cesen los partidos y se con - solide la unión, yo bajaré tranquilo al sepulcro. Ha - cienda de San Pedro en Santa Marta. a 10 de Diciembre de 1.830.-

SIMON BOLIVAR

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
0. INTRODUCCION.....	12
1. NOCION DE LOS CONTRATOS ACCESORIOS.....	21
1.1. LA HIPOTECA.....	24
1.2. DEFINICION.....	24
1.3. CONCEPTO GRAMATICAL DE HIPOTECA.....	27
1.4. CONCEPTO ETIMOLOGICO DE LA HIPOTECA.....	27
1.5. DEFINICION DE HIPOTECA DE JOSSERAND.....	28
1.6. NOCION HISTORICA.....	30
1.6.1. Evolución de la Hipoteca.....	31
1.7. DIFERENCIA ENTRE PRENDA E HIPOTECA.....	34
1.8. LA FIANZA.....	38
1.8.1. Diferencia con el Contrato de Hipoteca.....	38
1.8.2. Semejanza entre la Hipoteca, Prenda-Fianza...	39
1.9. CARACTERISTICAS DE LA HIPOTECA.....	39

2. CLASES DE HIPOTECAS EN COLOMBIA.....	48
2.1. HIPOTECAS EN COLOMBIA.....	48
2.1.1. Hipoteca Convencional.....	49
2.1.1.1. Hipoteca Pública.....	49
2.1.1.2. Hipoteca Especial.....	49
2.1.2. Hipoteca Legal.....	49
2.2. LEGISLACIONES FORANEAS-FRANCIA.....	52
2.3. SISTEMA HIPOTECARIO FRANCES.....	53
2.3.1. Hipoteca Convencional Francés.....	53
2.3.2. Hipoteca Judicial Francés.....	53
2.3.3. Hipoteca Legal Francés.....	54
2.4. DIFERENCIAS ENTRE LAS LEGISLACIONES COLOMBIANAS Y FRANCESAS EN EL SISTEMA HIPOTECARIO.....	55
2.4.1. En Cuanto al Objeto.....	55
2.4.2. Crédito.....	55
2.4.3. Hipotecas Ocultas.....	55
3. BIENES SOBRE LOS CUALES RECAE LA HIPOTECA.....	58
3.1. CLASIFICACION DE LOS BIENES INMUEBLES.....	58
3.1.1. Inmuebles por Naturaleza.....	58
3.1.2. Inmuebles por Destinación.....	59
3.1.3. Inmuebles por Adherencia.....	59

3.4. BIENES SUJETOS A HIPOTECAS.....	60
3.5. EXTENSION DE LA HIPOTECA.....	61
3.6. COSAS QUE NO PUEDEN HIPOTECARSE.....	62
3.7. DERECHOS.....	63
3.8. DERECHOS QUE NO PUEDEN HIPOTECARSE.....	65
3.8.1. El Derecho de Servidumbre.....	65
3.8.2. El Derecho de Usufructo Legal del Padre de Familia sobre los Bienes del Hijo.....	66
3.8.3. El Derecho de Uso y Habitación.....	66
3.9. BIENES FUTUROS.....	66
3.10. HIPOTECAS SOBRE EL ARRIENDO E INDEMNIZA CION.....	68
3.11. HIPOTECA DE PROPIEDAD FIDUCIARIA.....	69
4. MODALIDADES DE LA HIPOTECA.....	71
4.1. A PLAZO.....	71
4.2. CONDICION SUSPENSIVA.....	72
4.3. CONDICION RESOLUTORIA.....	72
4.4. FORMAS DE HIPOTECAS.....	72
4.4.1. Hipoteca Abierta o Global.....	73
4.4.2. Hipoteca Cerrada.....	74

4.4.3. Hipoteca Aérea.....	75
4.4.3.1. Naturaleza Jurídica de las Aeronaves.....	76
4.4.3.2. Categorías de Aeronaves.....	77
4.4.3.3. Características.....	77
4.4.3.4. Aeronaves que pueden ser Objeto de Hipoteca.....	78
4.4.3.5. Contenido del Contrato de Hipoteca Aérea.....	78
4.4.3.6. Derechos.....	80
4.4.3.6.1. Diferencia con el Derecho Civil.....	81
4.4.3.6.2. Orden de Prelación sobre la Hipoteca.....	82
4.4.3.6.3. Remuneraciones.....	82
4.4.3.6.4. Juicio Hipotecario.....	83
4.4.3.7. Prohibiciones al Deudor Hipotecario Aéreo.....	83
4.4.3.8. Embargo y Secuestro de la Aeronave.....	83
4.4.3.8.1. Embargo.....	84
4.4.3.8.2. Secuestro.....	84
4.4.3.9. Desembargo y Levantamiento del Secuestro.....	84
4.4.3.10. Providencias Dictadas por el Juez.....	85
4.4.3.11. Recurso de Apelación.....	85
4.4.4. Hipoteca Naval.....	85
4.4.4.1. Principio.....	86
4.4.4.2. Naturaleza Jurídica de las Naves.....	87
4.4.4.3. Definición de Hipoteca Naval.....	87
4.4.4.4. Privilegios Marítimos y la Hipoteca.....	88
4.4.4.5. Préstamo de la Gruesa Ventura.....	88
4.4.4.6. Diferencia entre Préstamo a la Gruesa y el Contrato de Hipoteca.	

4.4.4.6.1. Quienes Pueden Hipotecar las Naves.....	91
4.4.4.6.2. Derechos del Acreedor Hipotecario Naval.	91
4.4.4.6.2.1. Persecución.....	91
4.4.4.6.2.2. Preferencia.....	91
4.4.4.6.3. Registro del Contrato de Hipoteca Naval.	92
4.4.4.5. Hipoteca de Inmueble.....	93
5. DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO.....	95
5.1. DERECHOS.....	95
5.2. EN QUE MOMENTO EL ACREEDOR PUEDE HACER USO DE SUS DERECHOS.....	97
5.3. LUGAR QUE OCUPA ESOS DERECHOS.....	97
5.3.1. Adjudicación.....	99
5.3.2. Acciones.....	100
5.3.3. Acción Personal.....	102
5.4. CLASES DE DOCUMENTOS.....	103
5.4.1. Acción Real.....	104
5.4.2. Requisitos para Ejercer ésta Acción.....	105
5.4.3. Venta del Bien Inmueble.....	106
5.4.4. Acción Mixta.....	107
5.4.4.1. Característica de Esta Acción la Simulta neidad.....	110
5.5. ACCION PERSECUTORIA DE LA COSA HIPOTECADA.....	112
5.5.1. Purga de Hipotecas.....	113

5.5.2. Venta Forzada.....	115
6. SITUACION DEL TERCER POSEEDOR.....	117
6.1. ACTITUDES QUE PUEDE ASUMIR EL TERCER POSEEDOR DEMANDADO CON ACCION HIPOTE CARIA.....	118
6.2. EXCEPCIONES QUE PUEDEN PROPONER ESE TERCER POSEEDOR.....	123
6.3. PROHIBICIONES AL TERCER POSEEDOR.....	125
7. EXTINCION DEL DERECHO HIPOTECA.....	127
7.1. EXTINCION POR VIA DIRECTA.....	127
7.1.1. Por Resolución del Derecho del Constituyente.....	128
7.1.2. Por el Cumplimiento de la Condición Resolutoria.....	129
7.1.3. Por Adquirir el Acreedor el dominio del bien hipotecado.....	129
7.1.4. Por la expropiación del Bien Hipote cado.....	129
7.1.5. Por Purga de Hipotecas.....	130
7.1.6. Por Ampliación del Plazo de la Obliga ción Principal.....	130
7.1.7. Por Pagar el Tercer Poseedor la Deuda Garantizada.....	130
7.2. EXTINCION POR VIA DIRECTA.....	131
7.2.1. Por Pago de la Obligación Principal o Solución.....	132
7.2.2. Por Novación.....	133

7.2.3. Por Confusión.....	133
7.2.4. Por Prescripción.....	134
8. CANCELACION DEL CONTRATO DE HIPOTECA.....	136
8.1. REQUISITOS.....	137
CONCLUSIONES.....	140
BIBLIOGRAFIA.....	151
ANEXO.....	152

LISTA DE FIGURAS

	Pág.
FIGURA 1 Clasificación de los contratos	16
FIGURA 2 Clasificación de los contratos Accesorios	19
FIGURA 3 Característica del Contrato de Hipoteca	47
FIGURA 4 Bienes Hipotecables	57

INTRODUCCION

Dentro de la legislación civil Colombiana, encontramos un sin número de normas dedicadas a los contratos; en ellas se establecen obligaciones para las partes contratantes.

Entre esas personas se establece un vínculo o relación. Este vínculo enseña que dos personas están ligadas, pues mientras el deudor debe ejecutar una prestación el acreedor tiene la facultad de exigirla. Pero, en caso de incumplimiento el acreedor tiene la facultad de constreñir al deudor a su ejecución forzada por medio de la justicia utilizando para ello las acciones ya sea personales, o reales. Con pocas excepciones, desde el momento en que un deudor se obliga, constituye en prenda del cumplimiento de la obligación todos sus bienes presentes y futuros.

En la antigua Roma, las obligaciones nacían:

- Del Delito,
- Del Contrato.

En el primer caso, o sea en el Delito, si la persona no pagaba era entregada la persona para que pagara con su cuerpo.

Este primitivo concepto, por demás inhumano, de la obligación se fué transformando con la Lex Poetelia en el año 326 antes de Cristo.

La garantía del propio cuerpo o Manus Injectio, provocó tumultos y luchas entre plebeyos deudores y acreedores patricios. Entonces, se estableció una ley, con contadas excepciones, para acabar con el estado del Nexus, y ya no fuese el cuerpo humano del deudor, el que respondiese por él, sino su patrimonio. De allí, se derivó la circunstancia que el patrimonio del deudor garantizara su obligación para con los acreedores, y haciéndose insolvente, cada uno de ellos corría el peligro de perder todo o parte de lo que les es debido.

Pero, el acreedor pudo encontrar contra el peligro dicho, una protección más o menos eficaz, obteniendo garantías especiales.

Se distinguen dos clases:

Primero. La Garantía Personal. Es decir, el compromiso de

una o varias personas que se obligan con el deudor principal cerca del acreedor, de manera que pueda dirigirse al más salvante para hacerse pagar.

Segundo. La Garantía Real:

- La enajenación con Fiducia
- Pignus o Prenda
- Hipoteca.

La Garantía Real, que es la afectación de una cosa al pago de una deuda. A éste último orden de garantías es al que está unida la hipoteca.

Durante largo rato, las normas solo emplearon, para dar a los acreedores una seguridad real, la enajenación confiducia, recurriendo más tarde al Pignus. La hipoteca se introdujo y desarrolló bajo la influencia del Derecho Pretoriano.

En el Derecho moderno, los tratadistas han querido conservar la antigua tradición que nos viene del derecho romano, en que el contrato de hipoteca lo consideran un contrato accesorio de derecho prendario, y que podemos ver el Código Civil Colombiano, de manera que es poco lo que ha cambiado, porque su estructura inicial se conserva con algunas modificaciones. Aún más, el derecho mercantil se ha ido independizando del derecho Civil, pero sin embargo los

redactores del Código de Comercio no tuvieron en cuenta la evolución e importancia que hoy en día tiene el contrato de hipoteca.

La caución hipotecaria, es la misma garantía que recae sobre el inmueble que se ofrece para garantizar la obligación que se contrae o se pacta, ya sea por incumplimiento de una obligación, una indemnización por otra causa en donde se incumpla con la obligación que se constituye en el contrato de hipoteca. Un ejemplo de ello lo tenemos en la Fianza.

En esa clase de contratos dicen los tratadistas del derecho, que la hipoteca se constituye para garantizar esa obligación, y por lo tanto es un contrato accesorio.

Veremos seguidamente el régimen legal del contrato de hipoteca, que se encuentra, parte en el Código Civil, y otras en el Código de Comercio, cuando nos habla de naves y aeronaves.

FIGURA No. 1

CLASIFICACION DE
LOS CONTRATOS

Contratos Unilaterales. Se tiene en cuenta las personas que intervienen, si es una solamente la que se grava, recibe éste nombre.

1o. Contratos Bilaterales. Cuando son dos o más personas las que intervienen en la celebración del contrato.

Contratos Gratuitos o de Beneficencia, y tiene por objeto; es utilidad de una de las partes.

2o. Contratos Onerosos. Cuando solo tiene por objeto la utilidad de las partes:

Aleatorio

Puede Ser

Conmutativo

FIGURA No. 1 (cont.)

3o. Contratos Reales. Cuando se perfecciona con la entrega de la cosa.

4o. Contratos Solemnes. Cuando para su perfeccionamiento requieren el lleno de formalidades exigidas por la ley.

5o. Contratos Consensuales. Se perfecciona con el solo consentimiento.

6o. Contratos Nominados

Contratos Innominados.

7o. Contratos Principales. Cuando subsiste por sí mismo, no necesita de otro.

Contratos accesorios. Necesita de otro contrato principal para nacer a la vida jurídica.

8o. Contratos Individuales. Los contratos de trabajo tienen ésta característica.

FIGURA No. 1 (cont.)

Contratos Colectivos.

9o. Contratos de Ejecución Instantánea. De cumplimiento inmediato, las obligaciones.

Contratos de Tracto Sucesivos. se van cumpliendo paulatinamente en el tiempo y el espacio.

10. Contratos de Libre Discusión. Es el caso de las personas que discuten libremente sobre los puntos del contrato.

Contratos de Adhesión. No discuten el contrato sino que se avienen a lo estipulado.

FIGURA 2.

CLASIFICACION DE
LOS CONTRATOS AC
CESORIOS.

a. REALES

1. Anticresis. Es un contra-
to por medio del cual el
deudor le entrega al acree-
dor un inmueble para que
con los que éste produzca
se pague una obligación.

Es real porque se refiere
a un bien determinado.

2. Prenda. Garantiza una
obligación; y es real por
que solo se perfecciona
con la entrega de la cosa
al acreedor.

3. Hipoteca. Garantiza una
obligación principal, cons-
tituida sobre un inmueble.

FIGURA 2. (cont.)

Excepción: Naves, aeronaves.

La Fianza. Este contrato solo genera una acción personal a favor del acreedor, para perseguir el cumplimiento de la obligación garantizada sobre el patrimonio de la persona fiadora, y obligada garantía.

b. PERSONALES

1. NOCION DE LOS CONTRATOS ACCESORIOS

"Todo deudor al obligarse garantiza el cumplimiento de su obligación otorgando al acreedor un derecho general de prenda sobre su patrimonio". 1

Ese derecho de prenda general genera en favor del acreedor una acción de ejecución sobre los bienes del deudor, mediante la cual esos bienes pueden ser rematados en pública subasta, a fin de que con lo que produzca esa venta se le cancele la prestación que no quiso o no pudo cancelar el deudor voluntariamente. Pero puede suceder que dicho deudor se insolvente, o no tenga en el momento de comprar a crédito por su sola palabra no lo autorizan a retirar mercancía, entonces el deudor puede ofrecer la constitución de un derecho general de prenda.

Así, el deudor constituye un derecho general de prenda sobre todos sus bienes, sin que, además afecta para el pago

1. ORTEGA TORRES. Jorge. Código Civil. Temis. Bogotá, 1.980. p. 1.089

una cosa mueble cuyo valor comercial equivale al valor de la prestación adeudada.

En el caso de que no cumpla oportunamente, el acreedor está facultado para hacer vender a través de un juicio, la cosa dada en prenda y pagarse con su producido.

En éste caso el deudor le dá una seguridad total al acreedor y éste no tiene por qué preocuparse con las otras deudas que pueda adquirir ya que goza de preferencia frente ellas, además que la prenda con su valor está salvaguardando la obligación.

En el contrato de hipoteca, también se dá la garantía de un derecho real que tiene lugar sobre un inmueble, dándose así las mismas garantía que en el derecho de prenda, ya que el acreedor puede hacer vender en pública subasta el inmueble y con el producto de la venta hacerse pagar preferentemente.

En la anticresis sucede otra cosa igual. "En éste caso, el deudor le entrega un bien al acreedor, para que con los frutos que produzca ésta se pague los intereses y el capital de una obligación, puede ser una finca o un establecimiento comercial".²

2. Ibid. p. 284

La Fianza. "Es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no cumple". 3

La fianza es ante todo un contrato que se celebra entre el acreedor y el fiador, y que no requiere del consentimiento del deudor.

Encontramos que no solamente se conoce con el nombre de accesorios a las cosas corporales, sino a las incorporales como en el caso de las obligaciones accesorias.

Contratos accesorios son aquellos que nacen a la vida jurídica dependiendo de otro principal. Las obligaciones accesorias son aquellas que no tiene otro objeto que el de asegurar su ejecución de otras obligaciones que por contraposición se consideran principales. Ejemplos: La Fianza, prenda, hipoteca, anticresis. 4

Esos mismos contratos, reciben el nombre de contratos de garantía ya que ellos tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de obligaciones propias, o ajenas.

Constituidos cualesquiera de éstos contratos, no importa

3. Ibid, p. 1.043

4. BONIVENTO FERNANDEZ. Alejandro. Principales Contratos Civiles

la situación futura del deudor, si el acreedor tiene en su poder una cosa o bien del deudor, o que estando en poder del deudor, tiene una acción psetoria del bien, no importa en las manos de quien es esté, si se ha establecido previamente uno de los contratos accesorios reales como son:

- La Prenda

- La Hipoteca

- La Anticresis

En la Fianza, esa incapacidad de pago se cubre con la capacidad de otra persona y con su patrimonio.

Este es un derecho personal accesorio pues lo garantiza con una obligación personal cumplimiento de la obligación de la primera persona.

1.1. DE LA HIPOTECA

1.2. DEFINICION

"La Hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del

deudor, Artículo 2432 C.C." 5

Dentro del campo del derecho Civil Colombiano, esta definición se critica mucho, debido a que presenta ciertas fallas protuberantes en lo que se refiere a hacer énfasis, tanto en la Prenda, como a los elementos que constituyen el contra de hipoteca.

- En cuanto a la Prenda. La definición que hace sobre hipoteca, se basa en que es una Prenda, lo cual no es cierto, porque la Prenda siempre recae sobre bienes muebles; trata de igualarla a la hipoteca, que siempre recae sobre inmuebles. Pero, se dan dos excepciones:

Primero. Hipotecas sobre Naves

Segundo, Hipotecas sobre Aeronaves.

Algunos tratadistas del derecho en diversas jurisprudencias han sentado cátedra, al referirse: "Al hecho de que el Código Civil nos habla de Prenda al definir la hipoteca, pero expresando que el bien permanece en poder del deudor, no habiendo Tradición del bien," 6 entre ellos

5. ORTEGA TORRES? Op. Cit. p.l.065

6. BARAVITO, en Ibid, p.l.068

tenemos a Fernando Garavito. Más que todo, en éste sentido se siguió la tradición romana en el concepto de Prenda, ya que allá se conoció el Pignus, y aquí los legisladores no tuvieron en cuenta la evolución que dentro del derecho se iba dando, y más que todo en lo referente al derecho comercial.

- En cuanto a los elementos del contrato de Hipoteca. El Código Civil colombiano no hace referencia a ninguno de ellos como sería, el caso de: Es un derecho real, accesorio, o de garantía, solemne, que requiere de voluntad de los contratantes y por ende de la capacidad de ejercicio tanto del deudor hipotecario, como del acreedor hipotecario, para contraer obligaciones.

- En Cuanto a la Fuente. En la definición confunde la obligación con la fuente, que en éste caso es el contrato. En el Código Civil están reglamentadas las hipotecas que tienen como fuente un contrato entre el constituyente de la hipoteca y el acreedor, y desconoce las hipotecas generales que tengan su fuente en la ley o sentencia judicial.

Esa confusión de la cual nos ocupamos, quizás derive de los conceptos que se tenían sobre el significado de la palabra Hipoteca. La voz Hipoteca, es griega.

1.3. CONCEPTO GRAMATICAL DE HIPOTECA

"Significa Suposición, en el sentido de que ésta palabra tiene en latín, según el cual Supositio, es la acción y efecto de poner una cosa debajo de la otra, o de sustitución, sustituirla, o empeñarla". 7

1.4. CONCEPTO ETIMOLOGICO DE LA HIPOTECA

"Viene a ser lo mismo que cosa puesta para apoyar, sostener, y asegurar una obligación". 8

Quizás, ésta es una de las razones por las cuales las leyes, y autores confunden muchas veces la Prenda con la hipoteca, y no solamente en nuestra legislación, sino en la española; ya que en el código de las Partidas, las trata sin diferencia alguna y se les designa con el nombre común de Peños, título 13 de la partida V.

Ahora bien, en el derecho romano, en sus orígenes, no había más garantía real que una condición aseguradora, El Pignus, que era una suma de hipoteca y prenda.

7. ESCRICHE, Joaquin. Diccionario razonado de Legislación Jurisprudencia. Temis. Bogotá, 1.977. tomo 2. p.820

8. Ibid, 127

Existen muchas definiciones, tenemos el concepto del maestro Josserand, entre otros.

1.5. DEFINICIÓN DE HIPOTECA DE JOSSERAND

La hipoteca es una seguridad real e indivisible que consiste en la afectación de un bien al pago de una obligación sin que haya desposesión actual del constituyente y que le permite al acreedor hipotecario, vencido el plazo, embargar y hacer rematar ese bien, sea quien fuere la persona que es tuviere en posesión de él para hacerse pagar de preferencia a todos los demás acreedores. 9

Esta es una de las definiciones más aceptadas por la mayoría de los tratadistas del derecho, porque pone de relieve sus características, o sea las del contrato de hipoteca.

Esas características, son:

- Es un derecho real,
- El bien no deja de permanecer en poder del deudor,
- Es un derecho accesorio,
- Es indivisible.

Los tratadistas del derecho, investigadores, y nuestros legisladores han dado varias definiciones de lo que es

9. JOSSERAND; Luis. Derecho Civil. La Familia. Jurídicas. Buenos Aires, 1.952. p. 124.

el contrato de hipoteca, pero ninguno se ha puesto de acuerdo con el otro u otros para unificar esa serie de definiciones, dejándola más clara, más receptiva, y además no tan larga como la de Josserand pero, que cubra todos sus elementos, y características.

En mi concepto personal, no estoy de acuerdo con definiciones larga, engorrosas, que en determinado momento no podemos recordar.

La hipoteca, es un derecho real de garantía, por medio del cual una persona llamada deudor -a- se compromete a pagar cierta y determinada obligación, sin que por ello deje de tener posesión material sobre ese bien inmueble, pero a la vez, otra persona llamada acreedor -a-, puede hacer efectiva dicha obligación y pagarse preferentemente.

Hablemos de las características dichas aquí.

- Es un derecho Real. Porque recae sobre un bien inmueble hay un cuerpo cierto, que es el que está reponiendo por la obligación, y no a persona del deudor.

- Es un derecho de Garantía. Porque respalda la obligación principal, está garantizando al acreedor que con ese contrato sobre un bien determinado se le va a pagar la deuda.

- Es Accesorio. Nace a la vida jurídica respondiendo por otro contrato u obligación, o sea que depende del nacimiento del otro.

- Es Indivisible. Ese bien que le está garantizando al acreedor, que se le va a hacer efectivo su crédito en caso de incumplimiento, ya sea con el total del bien gravado, o bienes si son varios, y más aun, sobre todas y cada una de las partes en que se dividan, o puedan dividirse hasta lograr la satisfacción de la deuda en su totalidad, y en cada una de sus partes.

- Ese bien no deja de Pertener al Propietario. Aunque, en todo contrato de hipoteca hay un principio de enajenación, pues el propietario trasmite la facultad de disposición jurídica, aunque solo puede realizarla a través de una subasta pública; esa facultad de disposición significa que el dominio que le queda es limitado, gravado, pero pudiendo disponer de él.

1.6. NOCION HISTORICA

Es una tarea ardua, difícil el tratar de establecer el origen de la Hipoteca en un país y época determinada, para el investigador histórico jurídico, lo cierto es que se constituye como una necesidad socio económica, en tanto

el hombre viva en sociedad, ya que en todo tiempo hubo quien disponiendo de dinero, procura su inversión como así quien necesite de él.

En el fondo la Hipoteca, constituye una forma de garantizar una obligación.

1.6.1. Evolución de la Hipoteca

Primero. Personal. Cuando esa obligación era pequeña, o mediaba razón de confianza, u otra el aval era Personal.

Segundo. Real. Se produjo cuando ya las operaciones eran mayores, y resultaba insuficiente e inseguro, dando origen a nuevas instituciones como lo fueron:

- Prenda con caución sobre Muebles
- Hipoteca sobre Inmuebles,

Descartándose así la persona, por la Real.

No siempre a la hipoteca se le dió el uso actual, sino que en su momento abarcaba la totalidad del patrimonio del deudor.

- Presente y Futuro. Y a toda clase de bienes, ya fueren muebles e inmuebles, conformándose una especie de embargo

general Sui generis.

Con el devenir, y a medida que se producen los serios inconvenientes que para el desenvolvimiento del crédito im- potencia, privándolo de toda posibilidad de evolución, va cediendo hasta su actual forma, circunscripto exclusiva- mente a inmueble determinado.

En la antigüedad se le conoció con diferentes modalidades.

- Grecia. Tenía el carácter de una acción en pago -Datio Insolutum, pago por entrega de bienes, y era además de carácter público.

- Derecho Romano.

En ésta etapa, la Hipoteca, aparece después de la enajenación con Fiducia, y la Prenda, como una garantía dada al propietario de Usufructo destinado a la agricultura, por el locatario sobre ciertos bienes necesarios para la explotación del predio, como son: Herramientas, utensilios, etc., que conservaba en su poder, institución que al generalizarse se extiende a los inmuebles generando la hipoteca propiamente dicho.¹⁰

Los investigadores, no han podido establecer si la hipote

10. OMEBA. Enciclopedia Jurídica. Bibliografica Argentina Buenos Aires, 1.956. tomo 9. p.65.

ca romana es una adaptación del sistema ya conocido en gre
cia, o si se trata de una creación original, tanto a que
sus diferencias son notorias; por lo tanto solo cabe afir
mar de su existencia en ambos países.

La hipoteca podía ser: General, o Especial, según recaye
ra sobre la totalidad, o uno -1-, o más bienes del deudor.

- General. Cuando recaía en todos los bienes del deudor.

- Especial. Cuando recaía sobre un bien determinado, o de
terminados bienes del deudor.

Como toda institución primigenia era defectuosa, vamos a
ver por qué.

Primero. Su Amplitud, Equivalía a entregar al deudor ata
do de pies y manos al acreedor, imposibilitándolo de ha
cer nuevas transacciones.

Segundo. No estaba Sujeta a un Régimen de Publicidad. Por
ello, los terceros ignoraban su existencia, con lo que se
daba lugar al fraude, engaños, perjuicios, tec.

Tercero. El Acreedor Entraba a poseer Todos los Bienes
del Deudor. Este era un privilegio innecesario, dicho pri

vilegio ha sido desterrado de nuestra actual legislación.

Además de las enunciadas hipotecas, existían otras clases, que todavía subsisten en algunos códigos, así la posesión por el acreedor de bienes del deudor, o de un embargo, raíz de sentencia condenatoria, daba lugar a una hipoteca judicial, que en el presente es la que acompaña por ley ciertos juicios, o actos judiciales, para garantizar el cumplimiento de alguna obligación cuando alguno o todos los bienes del deudor eran gravados por ley, para responder a alquileres, legados, bienes del pupilo o de incapaces, se les denominaba, al igual que hoy; Hipoteca Legal.

- Convencional. Se designaba con éste nombre, a aquella forma en la cual el acuerdo de voluntades era el presupuesto constitutivo, siendo la tendencia legislativa actual eliminar las dos -2- primeras, dejando subsistente a la convencional.

1.7. DIFERENCIA ENTRE PRENDA E HIPOTECA

Estudiando el derecho Romano, remontándonos a sus orígenes, vamos que tanto el contrato de Prenda como el Contrato de hipoteca, constituían igual fenómeno de la garantía Real. Con el transcurrir de los años se produjeron cambios en algunas legislaciones, como por ejemplo en el Derecho

Francés; y se logró establecer ciertas y determinadas diferencias entre éstos dos contratos accesorios o de garantía.

Vamos a ver cuales son esas diferencias.

- Diferencias. Esta se refiere más que todo, y es mas importante, aquella sobre la cual va a recaer esa garantía, y esa cosa es un bien inmueble.

- Excepción:

Contrato de hipoteca que recaea sobre una nave, y que teniendo en cuenta sus grandes proporciones valor comercial se le puede gravar.

Su registro se hace en la Capitanía del puerto, en que la nave esté matriculada. Código de comercio artículos 1570 y ss. 11.

- Aeronaves:

Su registro correspondiente se hará en la Aeronáutica Civil de aquellas aeronaves matriculadas en Colombia. Las que estén en construcción también podrán hipotecarse, siempre y cuando que en el contrato de hipoteca se consignen las especificaciones necesarias para su inscripción en el registro aeronáutico. 12

11. CASTRO F. José. Nuevo Código de Comercio. Publicitario. Bogotá 1.982. pp.343-344.

12. Ibid. pp.409-410

- Pone de Relieve la Tradición. Esta segunda diferencia, se hace ver que en el contrato de hipoteca el bien permanece en manos del deudor hipotecario, no se entrega el bien al acreedor hipotecario, sino en el momento en que se hace efectiva la obligación, o sea en el caso en que no cumpla el deudor.

En el contrato de Prenda, si se dá la Tradición. En éste contrato el deudor prendario entrega aquella cosa corpóral sobre la cual recae o se instituyó la garantía de la obligación, y esa cosa es un bien mueble.

Excepciones. Prenda Agraria. Esto es completamente nuevo dentro de nuestra legislación, más bien es como un contrato híbrido entre Prenda e Hipoteca.

El deudor prendario conserva el bien en su poder, no hay tradición de la cosa.

Dicho contrato se establece sobre las siguientes cosas:

- Inmuebles por adherencia,
- Inmuebles por destinación de las haciendas agrícolas,
- Frutos pendientes recolectados, o futuros sin que pase de un -1- año la producción,
- Maquinaria agrícola,

- Animales de la hacienda,
- Maderas, instrumentos de labranza, o sea todas aquellas cosas muebles que se utilicen en la explotación de la hacienda.

Prescripción. "Este derecho prescribe a los dos -2- años, o sea el derecho de persecución". 13

- Prenda Industrial. Se dice de éste contrato de prenda que es industrial por el uso de esas maquinarias, su explotación en zonas comerciales, industriales.

- Prescripción. Cinco -5- años contados desde el momento en que es exigible esa obligación.

- La Publicidad. Esta diferencia se refiere más que todo, al hecho de que a los contratos de hipoteca hay que registrarlos debidamente en las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del lugar donde se encuentre localizado el bien. De allí, se deduce claramente el requisito Sine Equanone, que para poder constituir un contrato de hipoteca sobre Bien, éste debe estar debidamente registrado en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, o de registro inmobiliario como le lla

13. SALAMANCA, Hernan. Derecho Civil. Contratos. 5.ed. Externado de Colombia. Bogotá, 1.979. p.99.

man; y además no podrá constituirse una hipoteca sobre un inmueble no matriculado.

1.8. LA FIANZA

Es una garantía personal, porque la persona del fiador queda respondiendo de la deuda, o indemnización por el incumplimiento según el caso, como deudor subsidiario, o sea que se compromete personalmente al pago de aquellos.

1.8.1. Diferencia con el Contrato de Hipoteca

Se diferencia de la garantía Real; que la persona solo compromete la cosa sobre la cual recae, quedando libre de toda obligación personal, como sucede en la hipoteca.

- En la Fianza, el acreedor tiene el Derecho subsidiario de persecución sobre la totalidad de los Bienes que integran el patrimonio del fiador, mientras que en la hipoteca se carece de éste derecho, debiendo limitar su persecución a la cosa objeto del gravamen.

- En la fianza, puede el deudor oponer el Beneficio de Excusión. En la hipoteca, no está sujeto el acreedor hipotecario, a que el dueño del bien hipotecado para responder por una deuda ajena le proponga dicho beneficio.

1.8.2. Semejanzas entre la Hipoteca -Prenda-Fianza-

- Las tres son garantía civiles,
- Las tres son contratos accesorios.

1.9. CARACTERISTICAS DE LA HIPOTECA

Dentro de las características del contrato de hipoteca tenemos:

Primero. Es un derecho real accesorio:

- Recae sobre un inmueble
- El acreedor tiene el derecho de persecución.
- El acreedor también goza de preferencia.

Segundo. es Convencional

Tercero. Es Indivisible

Cuarto. Es Solemne.

Quinto Bilateral

Sexto. Nominado

Septimo. Oneroso commutativo.

Primero. Es un Derecho Real. Artículo 665 del C.C. "Que es un derecho real porque siempre recae sobre un inmueble"¹⁴

Vemos sin lugar a dudas que ese derecho, se relaciona di

¹⁴. ORTEGA TORRES. Op. Cit. p.270

rectamente sobre la cosa en que recae y no con la persona, ya que ese es un elemento esencial dentro de los derechos reales.

- Persecución. El acreedor hipotecario tiene derecho a perseguir a través de la acción real erga omnes, o sea cualquier persona que tenga la propiedad del Bien. Esto quiere decir, que al momento de hacerse exigible la obligación principal, que está garantizando la hipoteca, y si la primera no es satisfecha, el acreedor hipotecario demanda a quien tenga el inmueble en esos momentos como dueño, para hacer vender en pública subasta, y con el dinero obtenido en ella, se paga el crédito.

- Preferencia. Este derecho conferido a su titular se relaciona más que todo con el hecho en que el producto obtenido con la venta del inmueble hipotecado se destina al pago del crédito hipotecado preferentemente, al de cualquier otro crédito. Esta venta se logra a través del ejercicio de la acción de persecución. En el supuesto caso de que haya varios acreedores hipotecarios cuyos derechos recaen sobre un mismo inmueble, la preferencia se determinará según el orden de inscripción de las escrituras respectivas constitutivas del Contrato de Hipoteca.

El primero en pagarse será aquel acreedor hipotecario cu

ya escritura se inscribió primero en el registro, teniendo en cuenta el tiempo, frente a los otros acreedores hipotecarios que inscribieron en el registro la escritura de la hipoteca posteriormente a la fecha del primero.

Ejemplo: si un acreedor inscribe su hipoteca, o escritura hoy, y mañana otro hace su inscripción, prevalece el primero, o sea el de hoy.

Otro caso, es del acreedor hipotecario que inscribe el mismo día pero uno a las 10.a.m y el otro a las 3.p.m., hay preferencia para el que hizo la inscripción a las 10.a.m.

Accesorio. Se dice que el Contrato de Hipoteca es accesorio, porque para que exista es necesario que haya una obligación principal, a la cual va a garantizar, no puede existir por sí solo, sino que depende de otra principal.

En el Artículo 2457 del C.C., encontramos: "La hipoteca se extingue el crédito, la obligación principal, de lo cual deducimos si se extingue el crédito, la obligación principal, pues también va a extinguirse el de hipoteca. Se cancela la principal desapareciendo así el contrato accesorio"¹⁵.

En los Artículos 1.964 y 2493 del Código Civil, se habla

15. Ibid, p. 275

de Cesión de créditos y de preferencia, ahora, si se hace la cesión del crédito principal, el contrato de hipoteca seguirá la misma suerte del primero; existe una regla que establece que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y tratándose de cumplimiento de créditos, cesión de créditos, pues la hipoteca era siempre de la mano del crédito principal.

Segundo. El contrato de hipoteca es convencional. Se dice que es convencional, porque es requisito primordial el hecho de que se celebre de acuerdo al libre albedrío de las partes contratantes; esas partes son: -Acreedor hipotecario,

- Deudor hipotecario que es el constituyente del gravamen.

Según algunos doctrinantes - tratadistas- entre ellos Valencia Zea Arturo:

El contrato de hipoteca es solamente solemne para una de las partes:

El Deudor. Según ellos, esa manifestación de voluntad del constituyente debe ser:

- a. Expresa
- b. Establecerlo en la escritura de la constitución de la hipoteca.
- c. Comparece unicamente el deudor
- d. Manifestación del acreedor de aceptarle en una

oportunidad diferente sin el lleno de formalidades. 16.

Concepto personal. Sostengo, que el contrato de hipoteca es solemne para el deudor hipotecario, lo será igualmente para el acreedor hipotecario, ya que es convencional, o sea hay acuerdo entre las partes contratantes; y no es consensual por parte de uno de los contratantes y convencional para el otro.

Tercero. Indivisible. En el Artículo 2433 del Código CIVIL Colombiano encontramos ésta característica:

Se trata de una obligación solidaria e indivisible, todo o cualquiera de los deudores pueden ser perseguidos y hacerles efectivo la obligación consagrada en el contrato de hipoteca. Por lo tanto cada uno de los inmuebles va entrar a responder por la obligación, o uno de ellos si tiene el valor comprendido dentro del crédito. 17

Entonces tenemos que la indivisibilidad de la hipoteca, significa que cada parte de la obligación principal, o sea toda la obligación tiene el respaldo de todo el gravamen; es decir, que mientras subsista cualquier parte de la obligación principal, por mínima que ésta sea, va a subsistir la

16. VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Reales. 6.ed. Temis, Bogotá, 1.980. tomo 2. p. 524.

17. Ibid, p. 1.060

hipoteca o gravamen.

Hay un ejemplo muy claro con respecto a la indivisibilidad de la hipoteca, es aquel cuando el dueño del bien hipotecado muere, y el inmueble es repartido entre sus herederos, materialmente, a cada uno de los cuales, en la sucesión se les adjudica una parte cierta de aquel. El acreedor hipotecario podrá perseguir la parte cierta de uno de los herederos si el valor del crédito lo comprende; pero en el caso de que no lo alcance a cubrir, el acreedor hipotecario podrá perseguir conjuntamente todas las partes adjudicadas a los herederos.

Cuarto. Es Solemne. Artículos 2434-2435 C.C.:

La escritura pública, es una exigencia, que se deriva de la aplicación de una norma de carácter notarial que establece que todos los actos jurídicos que versen sobre derechos reales que se relacionen con inmuebles, deben otorgarse por escritura pública, según el decreto 960 de 1.970.

Dicha escritura pública que contenga la hipoteca, podrá contener igualmente la obligación principal. 18

Esta escritura debe ser registrada e inscrita en la oficina de Registros de Instrumentos Públicos y Privados del lugar donde se encuentre situado el bien.

18. Ibid, p. 1.066

Dicha inscripción debe hacerse dentro de los noventa -90- días subsiguientes a su otorgamiento. En caso contrario se dice del contrato de hipoteca que está perjudicada. Con la única salvedad, que se tiene que hacer una nueva escritura, diciendo allí mismo que la anterior escritura queda sin ningún valor.

Quinto Bilateral. Está conformado por dos -2- partes que se denominan:

- Deudor hipotecario
- Acreedor hipotecario

Además, que ambas partes contratantes deben resultar obligadas, el deudor cancelar la obligación, y el acreedor le facilita en dinero a cambio de la hipoteca.

Sexto. Es nominado. Osea típico, porque esta definido, con signado, tanto en el código de Comercio y el código Civil. En todo contrato existen elementos que son de su esencia, de su naturaleza y otros accidentales.

Son de la esencia de un contrato aquellos elementos sin los cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente.

Septimo. Es oneroso. Cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro. En éstos contratos no se tiene en cuenta la persona, sino en cuanto al bien, u obligación.

Este contrato no es aleatorio, sino todo lo contrario Oneroso conmutativo porque el acreedor le entrega una suma de dinero al deudor a cambio del conteato de hipoteca.

FIGURA 3

CARACTERISTICA DEL CONTRATO DE HIPOTECA

-
- 1. Es un derecho real - accesorio.
 - a. Recae sobre inmuebles excepciones. Naves y Aeronaves.
 - b. El acreedor tiene el derecho de persecución.
 - c. El Acreedor goza de preferencia.
 - 2. Es Convencional
 - 3. Es Indivisible
 - 4. Es Solemne
 - 5. Es Bilateral
 - 6. Es Nominado
 - 7. Es Oneroso.

2. CLASES DE HIPOTECA EN COLOMBIA

La hipoteca, es un derecho excepcional que no debe su fuerza sino al Derecho Civil, y así no tiene lugar sino en los casos y según las formas establecidas por la ley.

Las causas de que producen la hipoteca son:

- La Ley en ciertos casos.

- El mandamiento judicial en cuya virtud se pone al acreedor en posesión de todos, o en parte de los bienes del deudor por falta de respuesta, contumacia, o por sentencia dada en juicio contradictorio.

- La convención de las partes revestida de las solemnidades que el derecho exige.

2.1. HIPOTECAS EN COLOMBIA

En Colombia, actualmente solo rigen en la legislación ci

vil dos -2- clases de hipotecas, y son:

2.1.1. Hipoteca Convencional

Es aquel contrato celebrado entre las partes, como son el deudor hipotecario y el acreedor hipotecario, basados únicamente en el libre albedrío de sus voluntades.

2.1.1.1. Pública

Osea que además de ser convencional la hipoteca en Colombia; es Pública, ya que requiere de una escritura de constitución de la hipoteca, y que dicha escritura se inscriba en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del lugar donde se encuentre ubicado el inmueble sujeto a dicho gravamen. 19

2.1.1.2. Especial

Porque debe recaer ese gravamen sobre inmuebles determinados por su situación y linderos, y además garantiza una obligación específica.

2.1.2. Hipoteca Legal

También se le llama tácita. Es aquella que se constituye por ministerio de la ley sobre todos los inmuebles de cier

19. Ibid, p. 1.067

tas personas que administran bienes de otros, para responder por dicha administración. No hay estipulación de las partes, ni condenación judicial.

A ésta hipoteca se le denomina también tácita, porque no es el juez quien la constituye, sino solo la fuerza de la ley que impone preventivamente ésta garantía a favor de personas que necesitan de su especial protección, o que presentan una razón conocida de preferencia en el pago de sus créditos.

La ley en efecto constituye hipoteca por sí misma, o por que interesa en ello el bien del Estado, o por razón de algun beneficio notable que una persona hizo a otra, o porque presume que tal, es o debe ser la voluntad del deudor.

- La hipoteca Legal, no es Pública, o sea no requieren de inscripción en el registro; de allí se deduce el peligro que pueden estar sujetas las propiedades de terceros, como son el fraude, por desconocer la existencia de esas hipotecas.

- Es General. Por lo tanto, ésta hipoteca va a afectar los bienes inmuebles presentes y futuros del deudor; en esta forma al deudor hipotecario se le reducirían al mínimo sus

posibilidades de crédito, si es que acaso no queda maniatado al acreedor. Ejemplos.

- Inmuebles presentes y futuros del marido que administra la sociedad conyugal y los propios de la mujer.

- Inmuebles del guardador en relación con los bienes de su pupilo que administra.

- Bienes de los recaudadores en relación con los dineros que recaudan para el fisco.

En el Derecho de Minas encontramos en el artículo 273 una disposición en que establece una hipoteca legal sobre los bienes, derechos de cada socio, para que se responsabilicen por los gastos que ocasione la mina.

Esta clase de hipoteca legal, es Especial, y no General, porque la hipoteca va a recaer solamente sobre la acción de cada socio; de allí que no se daría un engaño, o fraude a terceros.

- Hipoteca Judicial. En Colombia no tenemos hipotecas judiciales.

La hipoteca judicial la establece la ley en favor de la

persona que ha obtenido sentencia judicial que le reconoce un crédito, y se entiende constituida sobre todos los inmuebles del deudor, ya sean presentes y futuros, a quien la sentencia ha condenado.

Esta clase de hipoteca también es:

- General
- No es Pública
- Expresa

La hipotecas judiciales son fuertemente criticadas por el perjuicio que ocasionan tanto al deudor, como los perjuicios que se causen a terceros al ignorar la existencia de un gravamen sobre ciertos inmuebles.

A ésta hipoteca se le conoce con el nombre de Necesaria, porqueno se constituye por voluntad del deudor sino por mandamiento judicial.

Expresa. Porque se constituye por palabras positivas, expresas del juez.

2.2. LEGISLACIONES FORANEAS-FRANCIA

El sistema hipotecario Colombiano se diferencia mucho del

sistema Francés y germano, especialmente en sus aspectos científicos y técnico, ya que el nuestro ha ido ~~trando~~ de una y otras legislaciones, lo mejor de cada una de ellas y así lograr un modelo actual, mejorado en el contrato de hipoteca, por eso se dice que el sistema colombiano en lo referente a la hipoteca es Ecléctico.

2.3. SISTEMA HIPOTECARIO FRANCES

En el sistema hipotecario francés eixsten tres -3- clases diferentes de hipotecas, y son las siguientes:

2.3.1. Hipoteca Convencional Francés

"En el sistema francés la hipoteca tiene su fuente en un acto y solo puede recaer en inmuebles singularizados, el crédito". 20

2.3.2. Hipoteca Judicial Francés

Es aquella instituída por una sentencia judicial de condena, que opera de pleno derecho.

Es general en cuanto a los bienes, pues comprende todos los inmuebles presentes y futuros del deudor hipotecario.

20. VALENCIA ZEA, Op. Cit. p.524

Pero en cuanto al crédito es Especial ya que sólo garantiza el crédito reconocido en la sentencia.

El fin de la hipoteca judicial es evitar que el deudor hipotecario sea insovente entre el día en que es condenado judicialmente a cumplir una obligación y el día del embargo a pesar de ello se le critica porque se protege al acreedor que ha procurado mucho más la cancelación de la deuda en perjuicio de los otros acreedores.

2.3.3. Hipoteca Legal.

Tiene su fuente en la ley. Estas obran del pleno derecho. Son generales y no especiales sobre determinados bienes. Ejemplo, la hipoteca legal de la mujer casada sobre los inmuebles del marido en garantía de los créditos que la mujer deba reclamar de aquel.

Objeto sobre el cual recae la Hipoteca. En la legislación francesa recae sobre:

- Inmuebles
- Patrimonios.

O sea, que no toda hipoteca realiza el principio de la especialidad.

La existencia, validez de una hipoteca no se rigen por el

sistema de registro imperante en Colombia, por ello en Francia existen las hipotecas ocultas.

2.4. DIFERENCIAS ENTRE LAS LEGISLACIONES COLOMBIANAS Y FRANCESA EN EL SISTEMA HIPOTECARIO

2.4.1. En Cuanto al Objeto.

En el Derecho Colombiano el contrato de hipoteca tiene un principio básico que es el de la Especialidad, ya que se sabe de antemano si un bien se halla o no hipotecado.

En cambio en el Derecho Francés no, ya que las hipotecas legales son Tácitas.

2.4.2. Créditos

En cuando se relaciona al valor del crédito. En Colombia no se hipoteca cuando se trata de garantizar un crédito indeterminado.

En Francia, si es posible en cuanto se refiere a la Hipoteca Legal. Pero, las Hipotecas Convencionales y Judiciales garantizan un crédito cierto.

2.4.3. Hipotecas Ocultas

En la legislación colombiana no existen tales hipotecas
pues todos necesitan, exigen su inscripción en el registro.

En cambio, en Francia se dá aunque solamente en la Hipote
ca Convencional.

Se exceptúan entonces en las Hipotecas Legales y Judiacia
les.

Semejanzas.

- En cuanto al principio. El Contrato de hipoteca es un de
recho real accesorio a una obligación.
- Ambas legislaciones no reglamentan la Hipoteca de propie
tario.

FIGURA 4

1. Bienes Inmuebles a) Por Naturaleza
 b) Por destinación
 c) Por adherencia

2. Hipotecas sobre Inmuebles en Común

3. El Derecho de Usufructo

BIENES

HIPOTECABLES

4. Hipoteca sobre el Arriendo, e Indemnización.

5. Hipoteca de Propiedad

6. Hipoteca de Bienes Futuros.

3. BIENES SOBRE LOS CUALES RECAE LA HIPOTECA

Cuando el artículo 2443 del Código Civil habla sobre Bienes inmuebles, se refiere mas que todo " a aquellos denominados por Naturaleza, o sea que por sus elementos que lo conforman" 21

3.1. CLASIFICACION DE LOS BIENES INMUEBLES.

- Por Naturaleza
- Por Destinación
- Por adherencia

3.1.1. Inmuebles por Naturaleza.

" Llamadas también Finca o Bienes raíces, aquellas cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; ejemplos, Minas, Tierras, Arboles, Edificios. Las casas y heredades se denominan Predios o Fuñdos"22

21. ORTEGA TORRES, Op. Cit. p. 1.078.

22. Ibid. p. 266

3.1.2. Inmuebles por Destinación

" Se denomina de esta forma aquellos muebles que destinados al uso cultivo y beneficio de un inmueble permanentemente, aunque se pueda separar sin dañarse"²³

Ejemplos: losas del pavimento, canerías, utensilios de la branza, animales, etc.

3.1.3. Inmuebles por Adherencia

Son los muebles que están dentro de un Edificio, destinados a sus servicios, pero que no pueden separarse sin causar daños. Como vimos anteriormente, la hipoteca debe recaer sobre Bienes:

- Bienes, sujetos a registro,
- Bienes que se encuentran en el Comercio
- Que sean Predios.

O sea, que estén debidamente delimitados y matriculados en los libros de registro. Ese instrumento debe ser inscrito dentro de los 90 días siguiente a su expedición, ya que esa inscripción es una de las solemnidades del act jurídico exigido por la Ley. En el caso de que no se efectue este registro la acción real se convierte en obligación per

23. Ibid. p. 267.

sonal, o crédito, o Quirografaria. Pero, el contrato principal no se perjudica.

Si una persona va a constituir hipoteca sobre un bien, esa persona debe reunir los siguientes requisitos:

- Debe ser capaz de enajenarlos.
- Reunir además los requisitos para su ejenación.

Cuando hablamos de enajenación, nos referimos más que todo al hecho, en que el propietario le transmite al acreedor hipotecario, la facultad de disponer de la cosa, pero solamente en pública subasta, quedando así el derecho de propiedad del deudor hipotecario queda gravado.

La hipoteca se puede constituir sobre bienes que posean en propiedad, ya sea en forma unitaria o colectiva, nuda propiedad o usufructo.

La posibilidad de hipotecar las naves, aéreo naves corresponde más que todo al derecho comercial y no al derecho civil.

3.4. BIENES SUJETOS A HIPOTECA

Los inmuebles por naturaleza.

Los inmuebles por destinación o adherencia, pueden ser ob

jeto de prenda agraria o industrial, aún antes de separar los.

Los conflictos que se presenten entre los acreedores prendarios e hipotecarios son muchos, pero tienen referencia legal los acreedores prendarios.

3.5. EXTENSION DE LA HIPOTECA

El objeto originario de una hipoteca, debe ser un predio, pero dicha hipoteca cubre también todas aquellas cosas que lo conforman, como son:

- Inmuebles por adherencia
- Inmuebles por destinación
- Aumentos mejoras de la cosa hipotecada.

-Frutos Civiles, o sea las participaciones que correspondan al propietario por el aporte hecho a una sociedad.

-Frutos Naturales.

- Indemnizaciones por daños causados por terceros, o por el valor del seguro de inmueble.

-En el caso de expropiación de inmuebles, recaerá la hipoteca sobre el valor de la indemnización, si es por utilidad pública.

Cuando la hipoteca sea sobre un usufructo o sobre minas se extenderá:

- Frutos no percibidos
- Sustancias minerales no separadas aún del suelo.

3.6. COSAS QUE NO PUEDEN HIPOTECARSE

Aquellas cosas que bien sean:

- a) De uso público
- b) O que estén embargados
- c) la que caiga en un bien sobre el cual pesa de recho de uso, o habitación.
- d) Sobre las cosas embargadas por Decretos judiciales a menos que el juez autorice al acreedor conciente en ella.
- e) inmueble que constituye patrimonio de familia
- f) Por no haberse aportado ó obtenido permiso de la Superintendencia Bancaria, para efectos de constituir la hipoteca, de conformidad con la ley 66 de 1.968.
- g) La constitución de hipoteca con un incapaz.
- h) la constitución de hipoteca con interdictos por demencia declarada por sentencia.
- i) Falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes.
- j) Librar y seguir ejecución después de morir el deudor sin dar cumplimiento al artículo 1434 del C.C. 24

Cuando se constituya una hipoteca sobre los anteriores bienes

24. Ibid. p. 606.

nes, se considerará nula, ya que se encuentran fuera del comercio, lo mismo que cuando se efectúe con los incapaces directamente.

3.7. DERECHOS.

Dentro de los derechos que pueden ser hipotecados tenemos:

- El Derecho de Propiedad,

- El Derecho de Usufructo sobre un bien raíz.

- Derecho de Usufructo. Vemos que es el único inmueble incorporeal que puede ser objeto de hipoteca en la legislación Colombiana.

Primero veremos en que consiste el - Derecho de Usufructo

" Es un Derecho real en virtud del cual una persona, el usufructuario, puede gozar temporalmente de la cosa que pertenece a otro, sin alterar su esencia" 25

Generalmente el usufructo recae sobre cosas, pero según la doctrina actual puede recaer sobre un derecho, por ejemplo créditos, pero más que todo la tendencia del usufructo es de recaer sobre cosas como el derecho de propiedad.

Esas cosas pueden ser: Bienes Inmuebles, por ser estable

25. Ibid, p. 348.

y de fácil identificación, Bienes mueble de alto valor, pero es muy raro este caso;

El Código Civil nos habla de un usufructo sobre cosas fungibles para ser devueltas otra pero el género y de igual calidad.

- Sobre universalidad jurídica, " Cuando los padres ejercen la patria potestad sobre sus hijos menores de edad"26

El Derecho de Usufructo se constituye por:

- Por ley
- Testamento
- Acto entre vivos.

Ya vimos en forma somera lo que es el usufructo. Ahora si vamos con el usufructo, que recae sobre un inmueble, como en el caso de un bien o edificio comercial.

El Artículo 2443 del Código civil Colombiano, nos hace una buena descripción de los bienes que pueden hipotecarse, en el caso de usufructo, ya que establece " Que los bienes, que se posean en Usufructo pueden hipotecarse, pero, el Usufructuario no es dueño del inmueble sobre el cual él tiene el usufructo legal, solamente es el tenedor de la cosa, ya que lo

26. Ibid. p. 162

único que posee es el derecho de Usufructo" 27

"El Derecho de Usufructo tiene su tiempo límite de duración, entonces, el derecho con que se gravaría, en éste caso el de hipoteca, es de duración limitada" 28.

Ahora en el caso de la acción Real Hipotecaria, la persona que adquiera ese bien, el Usufructo que ese tenga en esos momentos será de una duración igual en que se constituyó.

3.8. DERECHOS QUE NO PUEDEN HIPOTECARSE

Así como hay derechos que pueden hipotecarse, también existen otros que son la excepción, como veremos más adelante:

- El Derecho de Servidumbre
- El Derecho de Usufructo legal del padre de familia, sobre los bienes del hijo.
- El Derecho de Uso y Habitación.
- El Derecho de Prenda
- El Derecho de Hipoteca,
- Construcción en suelo ajeno, tampoco puede hipotecarse.

3.8.1. Servidumbre

27. Ibid. p. 1.072.

28. Ibid. p. 1.073.

Este derecho no puede ser enajenado, y según se ha visto la hipoteca es un principio de enajenación. La servidumbre no se puede separar del inmueble, o predio dominante, o sea que al hipotecarse un predio y de existir una servidumbre sobre éste, quedaría inmediatamente hipotecada esa servidumbre.

3.8.2. El Derecho de Usufructo Legal del padre de Familia sobre los bienes del Hijo.

En éste caso no se puede dar la hipoteca ya que es un derecho onherente a la persona del padre, no pudiendo existir en cabeza de otra persona diferente.

Otro punto, es aquel, en que éste usufructo no puede ser embargado o por su naturaleza carece del principio de enajenación.

3.8.3. El Derecho de Uso y Habitación.

Estos derechos no son susceptibles de gravar con hipoteca, ya que no pueden ser enajenados y debe permanecer en cabeza de quien los disfruta.

3.9. BIENES FUTUROS

En el Artículo 2444 del Código Civil, encontramos que:

El contrato de hipoteca se puede constituir sobre bienes que no tenga el deudor en esos momentos, si no posteriormente. Sin embargo, esta hipoteca de berá hacerse sobre bienes determinados, específica y no en forma abstracta., evitando así la existencia de hipotecas Generales y asie el acreedor hipotecar los bienes que vayan adquiriendo el deudor. 29

En este caso, se debe evitar confundir el contrato de hipoteca, con el de promesa de hipoteca, y que ésta última se hace a través de un documento privado y la hipoteca en escritura pública, en el Código Civil Colombiano encontramos, que el derecho de dominio se designan por los linderos y no en forma abstracta; y por lo tanto encontramos en el Artículo que habla sobre las obligaciones indeterminadas, las obligaciones futuras, y de allí se deriva a considerar la garantía general hipotecaria, o Hipoteca abierta útil hoy en día, especialmente en las transacciones bancarias.

El Artículo 2444 del C.C y el Artículo 1513 están en concordancia, y se refieren más que todo " a la validez del contrato de hipoteca, o lo que es lo mismo a la escritura pública" 30

El deudor puede obligarse a hipotecar un inmueble del cual

29. Ibid, p. 1.073.

30. Ibid, p. 640.

no es propietario actualmente, pero que espera adquirir. En este caso el Derecho Real de Hipoteca no nace en favor del acreedor, si ya en el momento en que el deudor lo ha ya adquirido y pueda a su vez inscribir la escritura pública en el registro de instrumentos Públicos y Privados.

Requisitos de la Hipoteca de un inmueble futuro:

Primero. El inmueble debe estar determinado en el Contrato de Hipoteca, para que sea especial y no general al no determinarse.

Segundo. El plazo de los 90 días para la inscripción correspondiente empezará a contarse a partir del día de la compra del bien, y no desde el día de la celebración de la escritura.

3.10. HIPOTECAS SOBRE EL ARRIENDO E INDEMNIZACION.

Para efecto de garantizar un canon de arrendamiento, o indemnización, constituyendo un contrato de hipoteca y en él se dá un inmueble o finca para que garantice dicha obligación, en caso de incumplimiento en el pago del arriendo, o para garantizar perjuicios que causen terceros o el propio hipotecante, ya sea por daños o destrucción del inmueble.

En el Código Civil, Art. 2446 dice: "se extiende la hipoteca a las pensiones devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados, y a la indemnización debida por los aseguradores de los mismos bienes" 31

Esta situación se da en el caso cuando se constituye un contrato accesorio de administración, con el fin de que el deudor vaya capitalizado o amortizando con dichos cánones el capital que le fué dado por el deudor. Este contrato de administración es sobre el mismo inmueble en que se constituye el contrato de Hipoteca, que no es lo mismo que si fuera en general. Sino a través del contrato de administración es que se constituye en garantía, como los contratos del Banco Central Hipotecario, ya que el contrato de hipoteca abarca todo, hasta lo accesorio.

Esta clase de contrato se considera mercantil. aunque el Código de Comercio no lo acogió, se dice que es mixto, porque se rige por el Código Civil, y el comercial según el caso.

3.11. HIPOTECA DE PROPIEDAD FIDUCIARIA

Artículo 994 del C. de C. " se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por

31. Ibid. p. 339.

el hecho de verificarse una condición" 32.

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama Fideicomiso. Este nombre se le da también a la casa constituida en propiedad fiduciaria.

Cuando se le devuelve el bien a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución.

La propiedad fiduciaria es aquella que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse la condición. Se deduce entonces que el propietario fiduciario de un inmueble es dueño de éste mientras no se cumpla la condición establecida mediante la constitución del fideicomiso y puede hipotecar el derecho de dominio condicional que tiene sobre el inmueble. En éste caso si un acreedor recibe como garantía de su crédito una hipoteca - tal, sabe que puede desaparecer dicha hipoteca en cualquier momento al cumplirse el hecho de la condición.

32. Ibid. p. 341.

4. MODALIDADES DE LA HIPOTECA

El Artículo 2438 del Código Civil, estatuye que "la hipoteca podrá otorgarse bajo cualquiera condición, y desde o hasta cierto día" 33

La hipoteca es un derecho real accesorio cuya existencia depende de la existencia de otra obligación principal que entra a garantizar. Ahora bien, si ese contrato principal está sujeto a modalidades pues la hipoteca también las tendrá.

Más la hipoteca puede tener también modalidades a las cuales debe sujetarse, por sí sola, sin ninguna clase de derivación de la obligación principal, es decir independientemente. Estas modalidades son:

- A plazo
- Condición suspensiva
- Condición Resolutoria.

4.1. A PLAZO

33. Ibid. p. 1.068.

En este caso hipoteca, por disposición del constituyente solo tendrá vigencia hasta cierto día, llegado ese la hipoteca quedará resuelta. O también disponer que la hipoteca solo tendrá vigencia desde tal fecha, y desde cual empezará a tener vigencia.

4.2. CONDICION SUSPENSIVA

Esta hipoteca no vendrá sino hasta que se cumpla la condición, la fecha de inscripción será la del día en que se cumpla la condición, o sea que el cumplimiento de la condición tiene un efecto retroactivo en relación con la fecha de inscripción de la escritura de constitución. Esta última no influencia en el caso de que haya varias hipotecas, porque se prefiere la que primero se inscribió. La hipoteca que se constituya antes de celebrarse el contrato principal a que va a acceder, o sea antes de nacer la obligación principal, es un claro ejemplo de la condición suspensiva, y solo va a tener eficacia cuando el contrato principal se celebre.

4.3. CONDICION RESOLUTORIA

Si no se cumple con la condición pactada, se resolverá dicha hipoteca.

4.4. FORMAS DE HIPOTECA

- Hipoteca Abierta o Global,
- Hipoteca Cerrada
- Hipoteca Aérea
- Hipoteca Naval
- Hipoteca de Inmueble.

4.4.1. Hipoteca Abierta o Global

Las modalidades de la obligación principal repercuten en la hipoteca. Si es pura y Simple, así será el gravamen. De el mismo modo, si ésta sujeta a un plazo o condición, dicha hipoteca tendrá efectividad desde la fecha del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición. Este sistema, es una excepción a la rigidez de la regla general de la hipoteca que es un derecho real accesorio, ya que se otorga una escritura antes de constituirse la obligación principal.

Esta hipoteca se denomina -Hipoteca Abierta o Global-, es muy utilizada diariamente en los bancos. Agiliza la actividad crediticia. Los bancos, cuando de préstamo se trata, las señalan a sus clientes un crédito rotatorio.

Este crédito rotatorio, se celebra por escrito, y se le señalan sumas de dinero, con un término no pactado. Si no se establece allí la duración de ese contrato, será considera

do como de término indefinido" 34

Esta hipoteca, tiene una norma legal que lo ampara dentro del Código Civil, y es el Artículo 2438, que dice "que se puede otorgar en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda y correrá desde que se inscriba"35

Esta hipoteca global, se dá por ejemplo cuando una persona es deudora de varias obligaciones personales y quiere garantizarlas con un bien inmueble, y se pone de acuerdo con su acreedor, en éste caso el banco, para que ampare también otras obligaciones futuras.

4.4.2. Hipoteca Cerrada.

Es aquella que no admite otro tipo de contrato, y que no admite por ser de segundo grado,. La primera siendo de primer grado, no admite embargos, contrato de compraventa. Si se da el caso de constituir otro gravamen sobre ésta hipoteca, el acreedor hipotecario tiene todo el derecho de dar por terminado ese contrato aunque no haya llegado la fecha de vencimiento.

4.4.3. Hipoteca Aérea.

34. CASTRO F, Op. Cit. p. 299.

35. ORTEGA TORRES, Op. Cit. p. 143.

Esta clase de contrato de hipoteca, recae como su nombre lo indica, en una cosa mueble de transporte aéreo, como son los aviones, helicópteros etc.

Nuestra legislación aérea era incompleta. No teníamos un Código del Aire, ni disposiciones que regularan eficazmente la industria aérea.

Las normas existentes eran inconexas, dictadas al tratar de resolver problemas determinadas que se fueran presentando.

La Ley más importante, la del 89 de 1.983 no dijo nada referente al Contrato de Hipotecas de aeronaves.

En otros países si existían ya disposiciones acorde con el desarrollo aéreo, como por ejemplo en Italia, tienen el Código de la Navegación Artículo 1.029; en España Bases del Código del aire.

Pero, con la expedición del Código de Comercio de 1.971, se reguló lo relativo a la aeronáutica de 1.773-1909, y en la hipoteca de los artículos 1.904-1.909.

4.4.3. Naturaleza Jurídica de las Aeronaves.

Donia, conceptúa " es un bien mueble de circulación contro

lada sujeta al régimen de publicidad, que constituye una universalidad". 36

Por excepción del contrato de hipoteca, éste tipo se da sobre un objeto mueble, pero además se está teniendo en cuenta el gran valor comercial que ellos tienen; y el registro de esos bienes en la Aeronáutica Civil, ya que la hipoteca se da sobre bienes sometidos a registro.

Esta clase de contratos de hipoteca no está regulado en nuestro Código Civil, todas sus normas se encuentran codificados en el Código de Comercio, artículos 1904-1909.

En mi concepto personal, creo que nuestro Código Civil no creó normas para éstos objetos muebles, por seguir la tradición romana; sin embargo, en la época de Justiniano del derecho pretotiano no había transporte aéreo; o sea, que el Código Civil erró al señalarlo solamente como lo hizo, sino hacer una serie de disposiciones acordes a la función que desempeñan éstos muebles de servicio aéreo hoy en día, claro que está que nuestro Código Civil, es muy antiguo, y no había el desarrollo aéreo comercial que disfrutamos hoy día.

De acuerdo a éstas ideas era exigido por la ley 89 de

36 DONIA, citado en Ibid, p.309

1938, para su validez, las siguientes solemnidades en los casos de:

Primero. Enajenación de una Aeronave,

- Otorgamiento de escritura pública,
- Inscripción en el registro de la Aeronáutica Civil Nacional,
- Entrega material de la aeronave.

Segundo. Actos que Graven, o Límiten el dominio de una aeronave, debían llenar los siguientes requisitos:

- Escritura pública,
- Inscripción en el Registro de la Aeronáutica Nacional.

4.4.3.2. Categorías de Aeronaves

Son considerados para efectos legales del Código de Comercio, como aeronave.

Todo aparato que puede mantenerse en el espacio y desplazarse por éste, siempre que sea apto para el transporte de personas o cosas.

4.4.3.3. Características

- Mantenerse en el aire,

- Maniobrar en vuelo,
- Capacidad de desplazamiento en el espacio,
- Aptitud para el transporte de personas o cosas.

De aquí se deduce que: A las cometas, globos, dirigibles, aeromodelos a control remoto no se consideran aeronaves, por el código de Comercio, ya que pueden transportar personas, o cosas; y en el caso de un globo cautivo que puede cargar a una persona, pero no navegar de un lugar a otro tampoco es aeronave.

4.4.3.4. Aeronaves que Pueden ser Objeto de Hipoteca

En Colombia, pueden gravarse con hipoteca, las siguientes aeronaves:

- Aeronaves matriculadas en Colombia,
- Aeronaves en construcción, siempre y cuando llenen los requisitos para su inscripción en el registro aeronáutico. Ejemplo. Nombre del dueño, medidas, características.

4.4.3.5. Contenido del Contrato de Hipoteca Aéreo

- Signos distintivos de sus partes,
- Nombre del propietario, ya sea natural, o una Compañía de Aviación, que en éste caso se convierte en deudor hipo

tecario, su domicilio, nacionalidad; y los datos del acreedor,

- Accesorios del avión,
- Valor del crédito que garantiza, intereses, en caso de que sea abierta, la cuantía máxima,
- Fecha del vencimiento para el pago del capital e intereses,
- Nombre, tipo, tonelaje, señas del avión;
- Valor de la aeronave;
- Indicaciones sobre seguros;
- Acuerdo de las partes, que consideren convenientes.

Los autores, y nuestra Corte Suprema de Justicia, están acordes en aplicar a la aeronave los principios que regulan la navegación marítima.

Ellos asimilan:

1. El avión al buque
2. El piloto al capitán del buque
3. Empleo de la palabra navegar

Además, que nuestro código de Comercio en el artículo 1718 dispone que:

Si una materia no está prevista en éste libro, se Acudirá, imperativamente, no dice puedo, a:

- a. Principios generales de derecho
- b. Normas y principios del Derecho Marítimo
- c. Principios generales del derecho común.

Ahora bien, si las naves son hipotecables, pues las aeronaves lo seguirán con igual razón ya que gozan de iguales requisitos como son:

1. Son susceptibles de ser individualizados, iden

- tificados;
2. Son susceptibles de persecución del territorio nacional;
 3. Son susceptibles de ser subastados para el pago de la obligación;
 4. Su registro o inscripción, matrícula;
 5. Además de ser susceptibles de ser transformados a otro, mediante el cambio del titular de la inscripción. 37

4.4.3.6. Derechos

Todos sabemos que las causas de preferencia son el Privilegio y la hipoteca. Lo que quiere decir, que son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran, en aquellos casos de:

- Cesión,
- Subrogación,
- Por otras causas.

Así que aunque el acreedor hipotecario aéreo tienen iguales derechos que el civil, la afectan los privilegios que establece la ley.

Por lo demás a ésta hipoteca se le pueden aplicar las normas del Código Civil.

37. CASTRO F, Op. Cit. p.410

Sin embargo la preferencia en el caso de seguros e indemnizaciones que reemplacen el objeto gravado, éstos gozan de preferencia frente a cualquier crédito.

Excepción. Las siguientes son las excepciones al goce de preferencia:

- Impuestos a favor del fisco que graven la aeronave. En éste caso tanto la nave como la aeronave se considera como un patrimonio dotado de cierta personalidad, de cierta autonomía; en virtud de la cual se dice, la nave tanto debe, por ejemplo.

De allí que cada aeronave se le abre un concurso, lo que no ocurre con los demás bienes del deudor, los que forman en su conjunto la masa del concurso; más sin embargo, la aeronave en sí como patrimonio separado tiene su propio concurso, privilegios.

4.4.3.6.1. Diferencia con el Derecho Civil

Cuando se trata de impuestos a favor del fisco, encontramos en el artículo 2495 C.C. "Que dichos impuestos ocupan el sexto -6º- lugar de prelación, dentro de los créditos de 1ª clase en el Derecho aeronáutico". 38

38. ORTEGA TORRES, Op. Cit. p.1.094

4.4.3.6.2. Orden de Prelación Sobre la Hipoteca

Salarios de la tripulación por el último mes.

Civil. Ocupan 4^a lugar provenientes del contrato de trabajo.

4.4.3.6.3. Remuneraciones

Créditos surgidos después de la inscripción de la hipoteca en el Registro Aeronáutico. Consecuencia del principio según el cual la hipoteca solo produce efectos desde el día de la inscripción.

En ésta institución de la asistencia y salvamento, en donde se han aplicado los modernos conceptos de lesión y de reducción del precio, o rebaja de las prestaciones prometidas en estado de necesidad.

4.4.3.6.4. Juicio Hipotecario

C.C., artículo 2491 N^o 1 "Privilegios Créditos en favor de todos los acreedores". 39

Hoy es obligación el seguro o garantía por daños causados

39. Ibid, p.1.090

puede que no opere ésta exclusión.

4.4.3.7. Prohibiciones al Deudor Hipotecario Aéreo

Dentro de éste contrato al deudor hipotecario, el Código de Comercio le hace una serie de prohibiciones, a fin de proteger los derechos en forma íntegra del acreedor hipotecario aéreo, y ya no en una forma legal solamente, sino en las partes referentes alla cosa hipotecada, los elementos que la conforman como son:

- Las Partes Accesorias del Objeto Gravado. Sin permiso escrito del acreedor, no las podrá separar o sacar. O sea que sí lo podría hacer si media un permiso escrito de su acreedor, pero que sin embargo es muy raro que lo otorgue.
- En lo referente a las características de la aeronave, no podrá modificar las referentes a su construcción o funcionamiento.

Y ésta última es una de las más importantes, ya que de aquí depende el reconocimiento de la aeronave, su identificación, si se cambia una de ellas varía sustancialmente la cosa gravada.

4.4.3.8. Embargo y Secuestro de la Aeronave

4.4.3.8.1. Emabargo

En el caso de embargo de las aeronaves, se hace la respectiva inscripción en la Aeronáutica Civil, del gravamen constituido sobre ella.

4.4.3.8.2. Secuestro

Cuando se dé el caso que sea un avión comercial, sobre el cual recaiga un gravamen de hipoteca, y éste sea uno de los matriculados en Colombia, no se puede realizar; sino después de la ejecutoria de la Sentencia que ha ordenado seguir adelante con la ejecución.

Para que se realice conjuntamente el Emabargo con el secuestro de la aeronave, ésta debe estar en reparación por más de un -1- mes; o sea que esté fuera de servicio.

4.4.3.9. Desembargo y Levantamiento del Secuestro

Se puede hacer, siempre y cuando se preste una caución. Esa caución puede ser: Real, Bancaria, o de una Compañía de Seguros.

Esta caución tendrá un valor igual al doble de la obligación demandada, pero no va incluido en ese valor los inte

reses, costas del juicio.

En el caso que se esté secuestrando una aeronave, y en ese momento dentro de la diligencia de Secuestro se constituye una Caución, el juez de plano decretará el desembargo y el levantamiento del Secuestro.

4.4.3.10. Providencias Dictadas por el Juez

En éstos caso el juez que esté conociendo de los embargos secuestro, resuelve de plano.

4.4.3.11. Recurso de Apelación

"El acreedor hipotecario aéreo, podrá interponer contra la providencia que aceptó la caución y ordena el levantamiento del secuestro y desembargo, éste Recurso. Dicho recurso se surte en el efecto Devolutivo". 40

La apelación en éste efecto, significa que si el juez acepta la caución, a pesar de recurso su decisión se cumple y se levantan los Embargos y Secuestros.

4.4.4. Hipoteca Naval

40. BONILLA, Oscar. Código de Procedimiento Civil, Colombiana. Bogotá, 1.981. p.680

4.4.4.1. Principio

Tiene un antecedente en el Droit de Suite del derecho Francés contra la nave dada en garantía de un crédito.

La hipoteca sobre naves, poco usada entre nosotros y en algunos países por falta de seguridad; sin embargo, a los alemanes les sirvió para reconstruir su flota mercante después de la guerra de 1914 a 1918.

A Francia e Italia esta clase de hipoteca les fué muy útil también ya que renovaron su flota naval.

Vimos en el artículo 2443 del Código Civil Colombiano, que permite ésta clase de gravamen en su Inciso 2º, pero que se rige por el Código de Comercio, en los artículos 1570 1577.

4.4.4.2. Naturaleza Jurídica de las Naves

Según la legislación universal son muebles, pero asimilados por la ley a los inmuebles; para algunos casos como son los referentes al contrato de hipoteca. Un ejemplo de ello lo tenemos en la legislación española.

En Colombia, en el Código de Comercio, Artículo 7º, dice:

"Las naves son muebles en lo general, sin embargo están sujetos a todas las modificaciones que introduce éste código en los principios que regulen la condición legal de los bienes muebles". 41

Artículo 1435 del Código de Comercio vigente: "La nave es una universalidad mueble de hecho, sujeta al régimen de excepción previsto en éste código." 42

4.4.4.3. Definición de Hipoteca Naval

La hipoteca naval es una garantía real, constituída sobre una nave en seguridad de un crédito en dinero.

Esa garantía tiene las mismas características de la hipoteca civil, y son:

- Es accesoria e indivisible
- No implica desposesión del deudor
- Da derecho al acreedor de: Persecución, Preferencia.

Pero, se puede ver mucho más afectada que la hipoteca Civil, debido a los Privilegios marítimos.

41. CASTRO F. Op. Cit. P. 422

42. Ibid, p.429

4.4.4.4. Privilegios Marítimos y la Hipoteca

En los artículos 1555-1569 del Código de comercio colombiano se establecen los privilegios, clasificándolos en dos -2- partes:

1. Si recaen sobre la nave, o
2. Si recaen sobre las cosas cargadas en ellas.

Dichos privilegios se tienen prelación sobre la hipoteca, si bien no se van a extender a las cantidades pagadas por los aseguradores, y tampoco lo estipulaba la hipoteca comercial. 43

Esta era una de las razones por el cual el crédito hipotecario marítimo no había tenido suficiente desarrollo pero la Convención Internacional afectada en Bruselas, en 1926, disminuye al máximo esos privilegios.

4.4.4.5. Préstamo de la Gruesa Ventura

Es un contrato real unilateral, oneroso condicional y aleatorio, tiene por objeto amparar los suministros al capitán o al naviero para fines de aprovisionamiento, acondicionamiento de la nave, e implica para quien hizo dicho préstamo la asunción de los riesgos marítimos.

- Sobre que Recae:

43. Ibid, p.432

Primero. Recae sobre la quilla y el caso de la embarcación, comprendiendo los aparejos, armamentos y accesorios en general;

Segundo. O sobre una parte u objeto determinado de la nave, si es equivalente al valor estimativo o convencional de la nave; o de no

Tercero. sobre el valor de la carga.

4.4.4.6. Diferencia entre Prestamo a la Gruesa y el Contrato de Hipoteca

Primero. Si la nave desaparece durante el viaje por caso fortuito o fuerza mayor, el prestamista pierde lo prestado y nada puede reclamar del deudor naval.

Pero en la hipoteca, que es una garantía real no implica alea alguna ya que si la cosa objeto del gravamen desaparece o sufre deterioros, el deudor está obligado a reponerla o dar otra garantía similar o de lo contrario la obligación se hace exigible inmediatamente.

Segundo. La hipoteca es un contrato solemne, lleno de requisitos legales.

El préstamo a la gruesa es real, pero se perfecciona con la entrega de la cosa que es su objeto por el dador al to

mador.

El seguro marítimo ha entrado junto con la Hipoteca naval, a sustituir el préstamo a la Gruesa.

Las naves menores no se hipotecan, sino que se constituye prenda sobre ellas.

Esas naves hipotecables pueden ser:

- Nacionales, ya vimos su trámite;
- Extranjeras. Estas pueden hipotecarse en el país de matrícula y perseguirse ante los jueces de ese determinado país.

Según el tratado de Bruselas, se pueden perseguir estas naves extranjeras, en un país distinto de su matrícula por obligaciones contraídas allí ese país.

Aquí en Colombia, no ha sido ratificado ese tratado por el Congreso.

En el Código de Comercio marítimo derogado no había disposiciones sobre las solemnidades que exigía el contrato de hipoteca Naval, se aplicaban las del código Civil, pero hoy día en los artículos 1427-1445 del Código de Comercio,

se recogió todos esos principios y lo dicho en relación con el Código de Comercio marítimo derogado se aplica hoy.

4.4.4.6.1. Quienes Pueden Hipotecar las Naves

Se aplican las reglas del Código Civil Colombiano:

- Su Propietario, o
- Su Usufructuario.

4.4.4.6.2. Derechos del Acreedor Hipotecario Naval

Goza de los derechos de: Persecución; Preferencia.

4.4.4.6.2.1. Persecución

Se puede perseguir en poder de quien se encuentre, y siempre y cuando que esté al alcance de la coacción o poder jurisdiccional de las autoridades colombianas, pues de lo contrario tendría que acudir a la intervención de los tribunales del país en que se encuentre.

4.4.4.6.2.2. Preferencia

El acreedor tendrá derecho de hacerse pagar preferentemente frente a otros acreedores.

Excepciones. Gastos, impuestos al fisco, créditos deriva

dos del contrato de trabajo, cantidades que se debían a los proveedores de materiales, artesanos, etc.

Entonces, vemos que la hipoteca naval cede, conforme se ha visto, en favor de : los Privilegios marítimos,

- Ante la prenda cede sobre lo que esté constituida, por ejemplo implementos de pesca;
- Prenda industrial sobre accesorios de la nave.

4.4.4.6.3. Registro del Contrato de Hipoteca Naval

La inscripción de constitución de hipoteca se hará en la capitanía de Puerto, donde la nave esté matriculada.

- Naves en construcción. Se hará en el respectivo registro en la capitanía del Puerto, del lugar donde se encuentra el astillero. Este registro contendrá. Si se trata de nave en construcción:

Primero. De todas las especificaciones necesarias para su identificación;

Segundo. Fecha y número de la escritura, notaría en que se otorgó.

- La fecha de Inscripción. Será dentro de los treinta -30- días siguientes a la fecha de la escritura, a nivel nacio

nal.

En el exterior. Dentro de los noventa -90- días siguientes.

- Obligatoriedad. Toda embarcación con un gravamen hipotecario debe tener un cuadro con las inscripciones hipotecarias vigentes, el día de su salida, fecha, nombre de los acreedores, valor de la obligación, colocado en el despacho del capitán.

- Prescripción. Dos -2- años contados desde la fecha del vencimiento de la obligación respectiva.

Extinción. Igual que las de la hipoteca civil, por los mismos medios y en la misma forma.

4.4.5. Hipoteca de Inmueble

No voy a referirme a ésta clase de hipoteca en ésta sección, ya que hice un amplio desarrollo de éste tema en el capítulo 3.

Sin embargo, puedo decir, que la principal característica su uso más frecuente se dé sobre bienes raíces, que no pueden ser trasladados de un lado para otro con mucha faci

lidad, y digo de ésta forma ya que los edificios pueden ser trasladados de un lugar a otro debido a los avances de la Ingeniería y arquitectura, hoy en día.

A estos inmuebles, el Código Civil Colombiano se refiere a ellos con el nombre finca, Predios.

5. DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

Hasta el momento, he hecho un estudio pormenorizado de la definición del Contrato de hipoteca, como es su análisis, su constitución, requisitos, Bienes hipotecables, modalidades y su extensión.

Continuamos en éste capítulo con la parte correspondiente de la definición, que le confiere al acreedor algunos de rechos para el supuesto caso en que el deudor le incumpla.

5.1. DERECHOS

"El acreedor hipotecario tiene los mismos derechos que el acreedor". 44. Esta disposición la encontramos en nuestro Código Civil artículo 2448.

El artículo 2422 otorga al acreedor prendario:

44. ORTEGA TORRES. Op. Cit, p.1.074

El derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que con el producto se le pague; o que a falta de postura admisible sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago hasta concurrencia de su crédito, sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de sus derechos para perseguir la obligación principal por otros medios. Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros diferentes que los aquí señalados. 45

De esto se deduce que el acreedor hipotecario tiene el derecho de hacerlo efectivo sobre los bienes hipotecados y sobre los demás del deudor no afectos a la garantía real aquella obligación incumplida.

Como lo va hacer?. A través de la persecución y de la preferencia, pero éstos no existen para los simples acreedores quirografarios.

Este pago se puede hacer, o lograr mediante:

- El remate del inmueble gravado, para que con el producto de la subasta se le cubra el valor de su acreencia.
- La acción propia de la calidad del acreedor que tiene a favor un crédito, para obtener el pago sobre la totalidad del patrimonio del deudor.

45. Ibid. p. 1.062.

- Adjudicación de la Cosa Hipotecaria, si no hay postura admisible.

5.2. EN QUE MOMENTO EL ACREEDOR PUEDE HACER USO DE SUS DERECHOS

En el momento en que se haga exigible ésta obligación. No tiene importancia que la obligación sea: Pura y simple, A Plazo, o Condición. Ya que en los últimos casos, en los -2-, porque se dá cuando se cumpla la condición, o llegue el día.

5.3. LUGAR QUE OCUPA ESOS DERECHOS

Cuando nos referimos a la Prelación de los Derechos del acreedor hipotecario del artículo 2448 , tenemos que ver qué lugar le corresponde.

Así si se trata de concurso de acreedores,

- Categoría...Prenda Agraria
- Categoría...Créditos prendarios
- Categoría...Créditos hipotecarios.

Estos últimos pueden verse obligados a ceder ante los créditos de primera clase, si los bienes no afectados con la garantía son insuficientes para cubrir los de primera cla

se, si los bienes no afectados con la garantía son insuficientes para cubrir los de primera clase.

Pero, en cambio los acreedores hipotecarios están favorecidos por la ley ya que les permite a éstos no esperar el resultado del concurso general, sino que abren a cada finca gravada un concurso particular al cual pueden entrar todos los acreedores que tuvieren créditos respaldados con hipoteca sobre el mismo bien.

La prelación se va a regir por el orden de inscripción en el Registro.

Así a través de la consignación de una suma determinada para pagar los créditos de primera clase, se le permite al acreedor -es- hipotecarios sustraer de la masa del quebrado los inmuebles gravados, y si hay un remanente tienen la obligación de devolverlo al pagar esos créditos e intentar la acción real ante el juez que conoce de la quiebra.

Las costas judiciales de un juicio especial hipotecario gozan del mismo privilegio del gravamen.

Esas mismas costas judiciales en un concurso de acreedores gozan del mismo privilegio de los créditos de primera

clase.

Hay que hacer diferencia en la persecución de:

- La cosa hipotecada en el juicio Especial que la ley consagra,
- La persecución de ella dentro de un juicio ejecutivo; ejemplo: En juicio ejecutivo y entra un acreedor hipotecario desplazando al ejecutivo simple, o singular;
- La persecución de los otros bienes del deudor no gravados con garantía.

5.3.1. Adjudicación

El acreedor hipotecario tiene derecho a que se le adjudique la cosa hipotecada, es decir, que se le transfiera por un determinado valor, para pagarle, logrando la concurrencia entre el valor del bien y el del crédito.

En el artículo 557 del C.P.C, se tiene como un remedio subsidiario y se da:

- a. En el caso de que haya salido a subasta por dos -2- veces y no hay postura admisible;
- b. Abandono del bien gravado, al acreedor hipotecario.

En el primer caso es una facultad legal del acreedor; hace la solicitud respectiva dentro de los

cinco -5- días siguientes a la fecha de la licitación desierta; y no de oficio por parte del juez.

Si son varios acreedores, prevalece el de mejor derecho. Si es el caso de que no la solicite, los otros acreedores no lo pueden solicitar. Excepción. Solo en el caso de que sean acreedores solidarios Si no hay solicitud de adjudicación, se hace una subasta nuevamente previo reavalúo de los bienes gravados. 46

5.3.2. Acciones

Algunas legislaciones y ciertos autores, hablan del procedimiento de ejecutivo.

Se caracteriza éste juicio porque procura la satisfacción sin, o en contra de la voluntad del obligado; del crédito protegido al titular del derecho subjetivo.

El tratadista Guasp, dice:

En el proceso de ejecución no se trata, pues de examinar una pretensión para formar la orden de que sea actuada, sino pura y simplemente de actuarla; de aquí que en el desarrollo de ésta manifestación específica de la tutela procesal falta normalmente una fase destinada a que el juez reciba y compare las posibles alegaciones contradictorias de las partes. 47

Al juicio ejecutivo le falta la característica más relevan

46. BONILLA, Op. Cit. p.986

47. GUASP, citado en Ibid, p.990

te de éste tipo de proceso y es la etapa procesal del estudio de alegatos propuestos por cada de las partes intervinientes, y sin lugar a dudas hay una fase destinada a la Cognitio judicial, y ea que el Juez debe estudiar esa posición, y los fundamentos en que se basa el deudor para ello; o sea la proposición de excepciones, las cuales abren la Etapa de Cognitio Judiciales

Entonces, todo lo dicho anteriormente es muy importante para entrar a desarrollar las acciones que la ley otorga al acreedor hipotecario para hacer efectiva la garantía real y de los otros caminos que se ofrecen; pues como vimos antes, el acreedor goza de ciertos derechos y si goza de esos derechos, pues entonces también dispone de acciones contra el deudor hipotecario.

Esos derechos son: Derecho Personal, que es correlativo a la obligación principal que se garantiza con la hipoteca y Derecho real Accesorio de Hipoteca.

Esto nos lleva a concluir que si el goza de ciertos derechos, pues entonces tambien dispone de ciertas acciones contra el deudor.

Dentro de esas acciones tenemos:

- Acción Personal. mediante la cual puede perseguir todos

los bienes del deudor para hacerse pagar su crédito.

- Acción Real. En este caso solo entraría a perseguir el bien hipotecado para hacerlo vender en público subasta, y pagarse con el producto de la venta.

- Adción Mixta. Se produce en el caso de que el acreedor hipotecario acumula dos acciones en la misma demanda, o sea no escoje entre la real y la personal. Se da en los casos en que el deudor es a la vez dueño del bien hipotecario.

5.3.1. Acción Personal

El Acreedor de una obligación tiene derecho a ésta acción, cuando tiene en su poder un documento que preste mérito ejecutivo.

Finalidad. La finalidad de ésta acción es el pago de la obligación principal por parte del deudor.

Preferencia. Solo goza de preferencia en el caso de que lo tenga el crédito personal de donde proviene; pero es distinta a la hipotecaria.

La acción personal se deriva del derecho de ser poseedor de un crédito en contra de su deudor.

"Si la obligación principal conta de un documento que pres te mérito ejecutivo, según lo contenido en el Art.488 del Código del Código de Procedimiento Civil, la acción personal de hará à través de los trámites establecidos para el proceso Ejecutivo Singular"48. Art. 497 y ss, del C.de P.C.

Requisitos para que un documento preste mérito Ejecutivo:

Que sea:

- Expreso
- Claro
- Exigible.

5.4. CLASES DE DOCUMENTOS

Sirven para demandar, los documentos que proveengan de su deudor para que se cumplan:

- Títulos Valores -Cheques, letras, pagarés-
- Providencias Judiciales y Administrativas.
- Documentos: Públicos y Privados: Auténticos y No auténticos -Se requiere prueba sumaria para iniciar el proceso-
- Cualquier documento en que conste una obligación.
- Confesión.

En el caso en que una obligación o crédito sea superior al de un bien inmueble hipotecado, y a la vez el deudor no ten

48. Ibid. p. 903.

ga más acreedores, también puede ejercer ésta acción.

5.4.1. Acción Real

Esta acción la puede ejercer aquel acreedor que tenga el derecho de hipoteca sobre un bien inmueble.

A esta acción se le conoce con el nombre de -Acción Hipotecaria-.

En el Derecho Romano, antiguamente, existía una Actio Hypothecaria, pero no es la misma que se utiliza hoy; en aquel tiempo caracterizaba porque seguía los pasos de la acción reivindicatoria. Antiguamente; el acreedor hipotecario entraba en posesión al caso y la retenía en su poder, y el deudor quedaba libre de su obligación al entregar la cosa.

Más tarde se produjo un cambio, ya que se pactaba la venta a favor del acreedor en forma privativa y pagarse con el precio obtenido con la venta, en forma expresa. Al final ya no era expresa sino tácita.

Encontramos que en el derecho francés y el germano, no siguieron ésta regla, sino que le concedieron al acreedor la facultad de hacer vender la cosa en subasta pública. En nuestro derecho, la acción hipotecaria, le concede : -la Facul

tad al acreedor de obtener el valor del inmueble hipotecado a través de una subasta pública;

- Pagarse con preferencia de los demás acreedores, el crédito garantizado con hipoteca.

Finalidad. La finalidad de ésta acción es que si éste Bien, sirvió de garantía, ésta garantía se remate en pública subasta para que se pague el valor de la hipoteca.

Aquí no hay mandamiento de pago como en el personal, sino la orden del juez que decreta la sentencia de la venta en pública subasta.

5.4.2. Requisitos para Ejercer Esta Acción

El acreedor hipotecario debe:

1. Acreditar la existencia de la hipoteca con la respectiva escritura pública, debidamente registrada en el registro, dentro de los 90 días correspondiente.

En el caso que una persona no inscriba la escritura dentro de éste término, quedaría nulo el valor probatorio del hipotecario solamente le serviría para el proceso ejecutivo singular como título de ejecución, ya que solo consta el gravamen, y persigue otro u otros bienes distintos al hipotecado.

2. El acreedor deberá acreditar también que el bien inmueble pertenece o pertenecía al constitu

yente en el momento de celebrarse el contrato ni potecario. No importa que ese bien no le pertenezca ya éste señor, porque lo que se va a perseguir es el bien, porque es un gravamen real, y no personal.

Acreditar la existencia del crédito garantizado con hipoteca, en razón de ser ésta accesoria al primero.

En el caso de una demanda, se deben llenar los siguientes requisitos, por parte del acreedor. Llenar los requisitos exigidos por el artículo 75 C. P.C., y se acompaña la demanda con:

1. La escritura, debe ser la primera copia de la escritura de hipoteca, debidamente registrada en la oficina de registros de instrumentos públicos y privados, que le va a servir como título de ejecución.

2. Certificado de la oficina de registro de Instrumentos Públicos y Privados.

3. Se dirige esa demanda contra el actual propietario del bien sobre el cual existe el gravamen, o sea el que aparece en el certificado de propiedad inmobiliaria, sin embargo que éste bien ya le pertenezca a otra, lo que se persigue es el Bien.

El trámite de ésta acción lo encontramos en los artículos 554 y ss. del código de Procedimiento Civil. 49

5.4.3. Venta del Bien Inmueble

La realización del bien inmueble hipotecado debe hacerse mediante venta judicial.

Primero. Cuando se trata de la venta del bien hipotecado, a solicitud del acreedor, el juez decreta la venta en pú

49. BONILLA, Op. Cit. p.139

blica subasta del bien inmueble, y ordena el embargo y sequestro del mismo.

Una vez rematado el inmueble, con el dinero obtenido se paga al acreedor, y el sobrante, si lo hay, se entrega al deudor.

Segundo. Al ser rematado el bien, se extingue la hipoteca de lo cual se deduce claramente que el comprador la adquiere libre de todo gravamen, que dió origen a dicha venta.

Pero, en cuanto al crédito, si el valor de la subasta alcanza a cubrirlo, se extingue; de lo contrario el crédito subsistirá en forma parcial, sin garantía hipotecaria.

Queda así establecido, que en la legislación civil colombiana el crédito no tiene similitud con la hipoteca, ni sigue su suerte, ya que la hipoteca solo refuerza el crédito, el crédito conserva su propia identidad, sustantividad.

5.4.4. Acción Mixta

Estudiando la naturaleza de las acciones vemos que no existen acciones o pretensiones mixtas, o sea que participen de los caracteres de la real y de la personal simultanea

mente, porque no hay derechos mixtos, al revés de lo que sucedía en el derecho Romano.

En la antigua Roma se consideraban mixtas las siguientes acciones:

- Familiae erciscundae, se dirigía a conseguir la división de la herencia,
- Communi dividundo, se dirigía a conseguir la división de la comunidad singular,
- Finium regondurum, obtener la separación de predios limítrofes para establecer los linderos.

En éstas acciones todas las partes asumen coetáneamente su papel de demandantes y demandados, pues todas pretendía algo en la esfera jurídica de la otra.

Entre nosotros siguió conservándose dicha denominación, en cuanto se trata de la acción mixta, a la ejecutiva que dirige el acreedor hipotecario, o prendario cuando persigue el bien materia del gravamen y otros bienes del deudor -ley 95 de 1890 artículo 28-. Pero ést; no es exacto, ya que aquí se trata de una sola pretensión que recae sobre diversos bienes.

Cuando un sujeto de derecho adquiere una obligación y la garantiza con hipoteca o prenda, no por eso se sustrae al compromiso que todo su patrimonio va a responder por su cumplimiento en forma total. De allí, que el acreedor puede perseguir tanto el bien hipotecado como otros bienes del deudor.⁵⁰

50. Ibid, p.207

El artículo 28 de la ley 95 de 1890, nos dice:

El ejercicio de la acción hipotecaria no perjudica la acción personal del acreedor para hacerse pagar sobre los bienes del deudor que no le han sido hipotecados, y puede ejercitarlas ambas conjuntamente, aun respecto de los herederos del deudor difunto, pero aquella no comunica a ésta el derecho de preferencia que le corresponde a la primera. 51

Esta disposición le otorgaba la acción mixta unidamente a la hipoteca. Pero en el artículo 554 del C.P.C., encontramos otra disposición que llena el vacío dejando por la ley 95, ya que se refiere a la acción mixta, señalando que cuando el acreedor persiga, además bienes distintos de los gravados con hipoteca o Prenda, se seguirá el procedimiento señalado en los capítulos anteriores, o sea opera para ambas.

La acción mixta deriva su nombre del hecho que simultáneamente se persigue hacer efectiva la garantía real junto con la personal sobre todos los bienes del deudor.

Porque se acude a ésta acción. Porque la cuantía de la obligación no alcanzan a cubrirse con el dinero obtenido con la venta del bien hipotecado ya que la cuantía ha aumentado, y podría quedar un saldo insoluto, entonces con ésta

51. Ibid, p. 209

acción se asegura con el embargo de otros bienes el pago de toda la obligación.

5.4.4.1. Característica de Esta Acción la Simultaneidad

Esta característica se refiere a que en la misma demanda, en un mismo acto procesal, en unico proceso se ejerciten la garantía Real más la Garantía Personal. Tiene que haber simultaneidad en la demanda, la realización a través del proceso ejecutivo, a más del Bien que se constituyó en hipoteca, de otros bienes, o sea los que integran la Garantía Personal.

No hay posibilidad de que se apongán al derecho del acreedor hipotecario de primer grado de iniciar el juicio ejecutivo con título hipotecario ejercitando la acción mixta y, si la ejercita, se pedirá el embargo del bien objeto de la hipoteca y va a llegarle al registrador de Instrumentos Públicos y privados, un oficio en el cual se establece el embargo de ese bien pero, ese bien estaba ya embargado por un juicio ejecutivo con título hipotecario, pongamos el caso, y al cual fué citado a éste acreedor que no compareció allí, pero está ejercitando su derecho a través del juicio ejecutivo con título hipotecario con acción mixta.

En éste caso que sucederá con éstos embargos: "Prevalece el gravamen del inmueble que primero se registró, o sea la hipoteca que se registró primero, y no el embargo". 52

Entonces, ese embargo comprende el bien objeto del gravamen, como otras propiedades del deudor, o sea la clásica acción mixta, éste proceso continúa, en cambio, el juicio ejecutivo con título hipotecario termine porque carece e objeto, ya que éste proceso tiene por finalidad rematar un bien y si queda desembargado nunca se podrá rematar.

Este acreedor perjudicado puede:

- Esperar a que termine el juicio ejecutivo con título hipotecario con acción mixta, para ver que queda;
- Comparece a éste juicio con la misma finalidad, para ver si queda un renuante, y le paguen.

Entonces, vemos que la hipoteca de Primer Grado mantuvo su eficacia; primero se le paga al acreedor hipotecario de primer grado, y si queda algo, se le paga al acreedor de segundo grado.

El ejercer ésta acción no le quita al acreedor hipoteca

52. Ibid, p.980

rio su privilegio y venga ser considerado como quirografario, ya que él seguirá teniendo el derecho de preferencia sobre los otros acreedores, y con lo restante se les paga a éstos últimos.

El trámite del proceso ejecutivo con acción mixta se sujeta a los pasos del juicio ejecutivo con garantía personal sin sufrir perjuicios, ya que está ampliando sus posibilidades de fuentes de pago. Y, es que al tramitarse éste proceso como base en el derecho personal, es posible, es posible la intervención de otros terceros ya sea con garantía personal, o real. De allí que el titular del crédito tiene un privilegio respecto del bien dado en hipoteca pero con relación a otros bienes embargados ninguna venta ya tiene el acreedor con garantía real, sobre otros acreedores, y solo por la sencilla razón que al ejercer la acción mixta, no perjudica al acreedor hipotecario sobre el bien afectado por dichos gravámenes, y tampoco puede extenderse ese privilegio con referencia a los otros bienes.

Para que haya lugar al trámite de la acción mixta, el demandante debe decirlo expresamente en la demanda ejecutiva, ya que el juez no puede presumirlo, sino que debe ser solicitado.

5.5. ACCION PERSECUTORIA DE LA COSA HIPOTECADA

El artículo 2452 del código Civil dispone: " La hipoteca dá al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido". 53

Este artículo, viene a hacer valer lo dicho anteriormente, cuando se habló sobre la acción real, que la acción hipotecaria puede ejercerse sin tener en cuenta de la cosa hipotecada, ya que la acción se dirige más que todo contra el bien y pedirse que se venda en pública subasta.

Entonces podemos establecer que:

- El derecho de hipoteca es real,
- Existe erga omnes. De esto último se deduce que puede hacerse valer contra cualquier persona que haya adquirido ese bien, no importa el título por medio del cual lo adquirió.

5.5.1. Purga de Hipotecas

En el artículo 2452, en sus incisos segundo y tercero, establece:

Que la acción persecutoria cese y deje libre el acreedor hipotecario a la persona que adquirió dicho bien, a través de la subasta pública. Por que? Simple y llanamente el juez ordenó esta venta, en el

53. ORTEGA TORRES, Op. Cit. p. 1.075

proceso ejecutivo él mismo citó personalmente a los acreedores; es que tuvieren hipotecas sobre el mismo bien.

De tal forma, que quien adquiere el bien en subasta pública lo adquiere libre de todo gravamen, sin acción persecutoria de acreedores hipotecario que había constituido derechos, anteriormente, antes de la subasta. 54

Además, que el Código de Procedimiento Civil, establece:

Que el juez al ordenar la subasta pública de un bien, debe decretar también la cancelación de dichos gravámenes. Entonces, se envían la comunicación respectiva al notorio ante quien se otorgó la escritura, para que cancelara la escritura de la hipoteca; y al registrador para que cancele la inscripción de la hipoteca. 55

Sin embargo, es de anotar que debido a cualquier circunstancia no aparezca el nombre de un acreedor hipotecario en el certificado de registro que acompaña a la demanda, y por ello no se le cita, su hipoteca no queda purgada con la venta del bien, de lo cual se deduce que ese acreedor hipotecario puede perseguir el bien de quien lo haya rematado.

Entonces de éste artículo deducimos que:

- Si no se notifica personalmente al acreedor hipotecario éste puede perseguir al rematante.

54. Ibid, p. 653.

55. Ibid, p. 658

- Si al tercero, que señale el certificado de registro como acreedor hipotecario, no se le cita personalmente el proceso queda viciado de nulidad.

"En este caso, el acreedor tiene dos vías. Si el proceso continúa se practica y aprueba el remate, ordenándose la cancelación del crédito hipotecario, podrá interponer el recurso extraordinario de revisión para que se declare nulo el proceso ejecutivo!" 56 -Art.380 No. 1 C.P.C.

Ahora bien, si no se ordenó su pago al aprobarse el remate, el crédito queda intacto, y entonces ese tercero puede perseguir al rematante.

El rematante a su vez, queda expuesto a sufrir un perjuicio, y podrá ejercer una acción de responsabilidad civil extra-contractual en contra del Estado para que lo indemnice.

5.5.2. Venta Forzadas.

Para que logre la purga de hipotecas su cometido, debe ser en su subasta pública, para satisfacer obligaciones, ordenadas por el juez. En esa forma si queda el bien libre de gravámenes.

56. IBid. p. 663.

En cambio de las ventas voluntarias no se da la purga de hipotecas, el bien queda gravado a pesar de la venta. En ésta el juez solamente autoriza la venta, no lo ordena. Ejemplo: enajenación de bienes inmuebles de incapaces.

6. SITUACION DEL TERCER POSEEDOR

Tercer poseedor es aquella persona, que actualmente es la dueña de un bien inmueble, que garantiza a través de un contrato de hipoteca, una deuda.

Anteriormente estudiamos la acción hipotecaria, cuando el bien hipotecado estaba en manos de su constituyente, y a la vez propietario del bien, pero ahora ocupamos de la acción hipotecaria cuando se relaciona con terceros poseedores del bien hipotecado. Esto se dá en los siguientes casos:

- Cuando la persona del constituyente de la hipoteca fué persona distinta del deudor;
- El deudor enajenó el bien y éste se encuentra en poder del adquirente;
- La propiedad del constituyente se extingue, pero no la hipoteca -negocios simulados-.

En los dos primeros casos, el propietario, por serlo sola

mente; actualmente, va a ser el sujeto pasivo de la acción hipotecaria. Entonces, vemos que ese propietario del bien hipotecado, que no es deudor y por lo tanto no está obligado al pago de la obligación que la hipoteca garantiza, es a quien se le conoce con el nombre de tercer poseedor.

El derecho de persecución propio de toda acción real, va a estar dirigida contra éste señor, va a ser demandado ya que es el titular de la legitimación en causa pasiva, cuando se pide al juez la venta en subasta pública del bien hipotecado, y así con el dinero obtenido en la venta se le pague al acreedor demandante su crédito.

6.1. ACTITUDES QUE PUEDE ASUMIR EL TERCER POSEEDOR DEMANDADO CON ACCION HIPOTECARIA

En este caso de demanda hipotecaria, el tercer poseedores tiene dos opciones:

- Satisfacer la deuda completamente; o
- No pagar y dejar que el proceso continúe y el bien sea subastado públicamente, y rematado.

Veamos la primera hipótesis. En éste caso el tercer poseedor se subroga legalmente en los derechos del acreedor hi

potecario en contra del deudor. Pero, se produce una confusión de calidades en ese tercero, de acreedor y de propietario del bien hipotecado, causando a la vez la extinción de la hipoteca por vía directa.

Esa subrogación será en cuanto al valor del crédito, no el de la hipoteca, pues el bien que se persigue es el suyo.

Dicha subrogación opera por ministerio de la ley, pero ésta, está regida por normas diferentes; se tiene en cuenta:

- Si el tercero adquirió el bien estando gravado, o
- El tercer poseedor es el constituyente de la hipoteca.

En el caso aquel en que se adquirió el bien con hipoteca; tenemos los artículos del Código civil 1668, numeral 2 y 2453.

Artículo 1668 numeral 2:

Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún en contra de la voluntad del acreedor en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio: 2. Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado. 57

57. ORTEGA TORRES, Op. Cit. p.1.078

- Actitud de no pagar y dejar que el Proceso continúe continúe. En éste caso el tercer poseedor pierde su derecho de dominio sobre el bien hipotecado, con su venta, ocasionándole los perjuicios respectivos.

Si no hubo pago, pues no hay derecho a subrogación legal.

El Artículo 2453, en su inciso tercero -3- dispone "que ese poseedor se indemnice por parte del deudor, incluyendo las mejoras que hubiere hecho, en el caso que sea desposeído de la finca o la abandonaré". 58

- Obligación de citar al deudor al juicio ejecutivo con título hipotecario cuando el propietario del bien gravado es una persona diferente.

La hipoteca y la prenda son derechos reales accesorios por definición, es decir, que tienen existencia en cuanto algo principal exista, y ese algo principal es una obligación, la excepción a éste concepto es la hipoteca abierta, que se otorga ante una obligación enexistente.

En cuanto a las obligaciones que se pueden garantizar con hipoteca, tenemos:

58. Ibid, p.720

- Obligación Propia,
- Obligación ajena, que puede comprender así: El deudor es amigo, o en el caso de venta.

En el caso de Obligación Ajena, la calidad de propietario único se parte en dos, uno es el deudor y el otro es el garante.

A mi juicio se debe citar a ese deudor al proceso ejecutivo con título hipotecario, para que al momento en que el actual propietario le exija una indemnización por responsabilidad, no se niegue a ello por no haber sido citado al juicio.

Pongamos el caso, que de mande al actual propietario, estando bifurcada la calidad de deudor y de garante, en un juicio ejecutivo con título hipotecario, donde se persigue:

- Obtener el pago de una obligación, o sea, del deudor;
- Obtener ese pago a través de la venta del Bien hipotecado.

Entonces, para obtener el pago de esa obligación es necesario citar esas dos -2- personas; y no solo al actual propietario.

pietario.

Por qué. Porque otra razón valedera es que ese juicio ejecutivo se promueve por la existencia de un título, en éste caso el hipotecario que según el artículo 488 C.P.C., se anexa a la demanda:

- Un título que preste mérito ejecutivo;
- Que provenga de su deudor, y el cual se va a hacer efectivo contra ese, que es el deudor;
- Certificado del registrador de instrumentos públicos y Privados, del Bien sometido a registro.

Entonces, si se anexa la comprobación de la existencia de la hipoteca, es porque se va a hacer efectiva esa garantía, pero encontrándose esa garantía en cabeza de otra persona, pues esa otra persona también debe ser demandada.

Vemos, que si la demanda se dirige unicamente en contra del actual propietario, se está cometiendo un grave error, perjuicios, ya que él no tiene la doble calidad de garante y deudor, no tiene formas adecuadas de defenderse, y en éste caso el proceso avanza, se remata el bien y lo pierde.

En nuestro Código Civil, ésta pérdida del bien a través

de sentencia judicial se llama Evicción pero, en el artículo 2453 C.C., estipula que ese tercer poseedor reconvenido no tiene derecho al Beneficio de excusión, para que se persiga el deudor primero en sus bienes, y luego al tercer poseedor. Pero éste puede abocar el artículo 1899 del C.C., por medio del cual se puede citar al vendedor de la cosa; y si no se cita no se puede invocar.

Aquí en éste caso se dará la circunstancia de un litis consorcio necesario.

Otra razón, es la definición que da el C.C., sobre la hipoteca cuando dice: "Es un derecho Real accesorio de garantía"⁵⁹, y si es así pues ésta accesoriedad le permite seguir la suerte de lo principal por lo tanto de allí la necesidad de citar al deudor a pesar de no ser el propietario actual.

6.2. EXCEPCIONES QUE PUEDE PROPONER ESE TERCER POSEEDOR

En éste caso el Código civil no dice expresamente que el tercer poseedor puede oponerse al acreedor hipotecario con excepciones iguales a las que se utilizan para la obligación principal y que puede derivar la declaratoria de ex

59. Ibid, p.890

tinción de ésta. Por que. Simplemente porque el derecho de hipoteca es accesorio, y solo existen en la medida en que existe la obligación principal, y si se extingue la principal, se extinguirá lo accesorio.

Más sin embargo en nuestro código de procedimiento civil, en el artículo 555, numeral segundo -2-, cuando dice: "Si se proponen excepciones, se aplicará lo previsto en los artículos 509 y 510" 60

En el 509 encontramos las excepciones que deben proponer, y probar dentro del proceso.

Excepciones que el tercer poseedor puede proponer.

Primero. En relación con el contrato principal.

- Pago
- Novación
- Prescripción
- Nulidad absoluta
- Transacción
- Cosa juzgada

Todas éstas son excepciones reales. Pero en tratándose de

60. BONILLA, Op. Cit. p.1.048

excepciones personales, o establecida por la ley en beneficio solamente de la persona del deudor de la obligación principal no las podrá proponer, y son:

- Nulidad relativa por vicio del consentimiento - error, fuerza, dolo-,
- Incapacidad relativa.

Segundo. Excepciones en relación con la hipoteca directamente.

- Nulidad del contrato de hipoteca
- Hechos que extinguen la hipoteca.

6.3. PROHIBICIONES AL TERCER POSEEDOR

Como lo dijimos anteriormente no puede proponer excepciones personales que favorezcan al deudor exclusivamente.

Estas son: Nulidad por vicio del consentimiento, o por Incapacidad relativa.

Tampoco puede oponer el Beneficio de Excusión. Este consiste en obligar al acreedor a que primero persiga los bienes del deudor para el pago del crédito; y que solo en el caso de que sean insuficientes o no existan, se satisfaga

sobre los bienes de quien no es deudor. En nuestra legislación solo gozan de éste beneficio los fiadores.

7. EXTINCION DEL DERECHO DE HIPOTECA

El acreedor hipotecario debe cancelar la hipoteca en todos los casos en que se extinga la obligación asegurada; pero también puede hacerlo independientemente de la extinción de la obligación.

Pero, el derecho de hipoteca es accesorio, puede extinguirse como consecuencia de haberse extinguido la obligación principal, e independientemente porque es un derecho distinto del crédito que garantiza.

Hay dos grandes formas de extinción del derecho de hipoteca, son;

- Por Vía directa
- Por vía indirecta.

Primeró veremos las que se producen por vía directa.

7.1. EXTINCION POR VIA DIRECTA

En el inciso segundo -2- del artículo 2457, establece al

gunos de los casos de extinción de hipotecas, como son:
"La resolución del derecho del que la constituyó, o por el evento de la condición resolutoria, según las reglas legales. Se extingue además, por la llegada del día hasta el cual fué constituida". 61

7.1.1. Por Resolución del Derecho del Constituyente

En relación con el acreedor hipotecario operará ésta forma de extinción, solamente en el caso de que conozca la condición resolutoria.

Aquí se dá aplicación al artículo 2441 del C.C. el que solo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual limitado y rescindible, no se entiende hipotecarla sino con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho. Así pues si una persona ha comparado un inmueble a plazo y lo hipoteca; pero es demandado por incumplimiento en el pago, a través de una acción resolutoria del contrato por el vendedor, la sentencia judicial que declare la resolución, al eliminar su derecho de dominio sobre la cosa gravada con hipoteca, produce de hecho la extinción del derecho de hipoteca. El hipotecante nunca fué dueño de la cosa, ni siquiera cuando lo hipotecó, y por ello el acreedor hipotecario no adquirió tal derecho.

61. Ibid, p.1.079

7.1.2. Por el Cumplimiento de la Condición Resolutora

De acuerdo al artículo 2438 del C.C. si se cumple con esa condición se extingue la hipoteca. Si esa condición además hasta cierto día, la llegada de ese día, determina su extinción.

7.1.3. Por Adquirir el Acreedor el Dominio del Bien Hipotecado

Si en virtud de cualquier circunstancia el acreedor entra en posesión del bien con ánimo de señor y dueño, la hipoteca subsistirá.

Esa adquisición debe ser en forma definitiva e irrevocable, que no halla lugar a una nulidad, o resolución, del contrato de adquisición.

7.1.4. Por la Expropiación del bien hipotecado

El servicio público se antepone a las necesidades personales de cada quien. En éste caso, el bien es expropiado por una entidad de derecho público no subsistirá dicha hipoteca; al acreedor se le da el derecho de recibir el precio de la indemnización que correspondería al valor de la hipoteca. En caso que no se le pague el acreedor perseguirá dicho valor. 62

62. Ibid, p.1.068

7.1.5. Por Purga de Hipotecas

"El bien que se adquiriera en pública subasta, lo adquiere libre de todo gravamen".⁶³ Artículo 2452, inciso segundo -2- del C.C.

7.1.6. Por Ampliación del Plazo de la Obligación principal

Esta forma rige únicamente en los casos aquellos en que un tercero hipoteca un bien suyo para garantizar una obligación ajena. Es la circunstancia en que el acreedor amplía el plazo para el pago de dicha deuda a favor del deudor, ya que la hipoteca fué constituida en los mismos términos de la obligación principal, y cualquier modificación que se le haga no se extiende a la hipoteca. No se extingue la hipoteca si el tercero constituyente, aprueba dicha ampliación.

7.1.7 Por pagar el Tercer Poseedor la Deuda Garantizada

Con éste pago hecho por el tercer poseedor se subroga legalmente en los derechos del acreedor hipotecario en contra del deudor.

Sin embargo, la obligación principal subsiste, pero con el

63. Ibid, p. 1.075

tercero que pagó, como acreedor.

Lo que se extingue es la hipoteca, ya que se da la confusión por estar ambas calidades de acreedor y dueño del bien.

7.2. EXTINCION POR VIA INDIRECTA

Esta se produce cuando es consecuencia de la extinción de la obligación principal que garantiza la hipoteca.

En el artículo 2457 del C.C., encontramos: "La hipoteca se extingue junto con la obligación principal que ella garantiza. En ésta clase de extinciones se tiene en cuenta el principio general aquel que dice, lo accesorio sigue la suerte de lo principal". 64

En el artículo 1625 del C.C.:

Encontramos las formas de extinción de las obligaciones, y si así se extinguen ellas, pues también se extinguirán los gravámenes que sobre determinados bienes pesen. Ahora bien, es requisito sine equanone que se extingue en forma total y definitiva dicha obligación para que se dé por terminado el contrato de hipoteca. 65

64. Ibid, p.1.080

65. Ibid, p.1.092

Esos medios indirectos de extinción son los siguientes:

7.2.1. Por Pago de la Obligación Principal, o Solución

Es la forma más simple, normal de extinguirse cualquier obligación. La hipoteca se extingue si el deudor paga, cumple con la obligación por la cual se constituyó dicha hipoteca.

Requisitos. Que sea el deudor, el que haga el pago directamente, pues de lo contrario no se considera extinguida la hipoteca.

Casos en que no se extingue la hipoteca a pesar de haber habido pago.

- Cuando paga un tercero, quien se subroga en los derechos del acreedor hipotecario, la hipoteca subsiste, y es uno de los principales derechos donde se da la subrogación legal.

- Cuando el pago hecho es con dinero prestado, y éste hecho consta en una escritura pública. La persona que le prestó el dinero se subroga en los derechos del acreedor hipotecario.

7.2.2. Por Novación

Uno de los principios del contrato de hipoteca, es el de su especialidad. Dicho contrato se estipula solamente para una obligación al que va a garantizar. Si se trata de estipular o constituir para otra distinta se extingue.

La Novación, extingue una obligación, la cual queda sustituida por otra nueva.

Siguiendo dichos anteriormente, una hipoteca que constituya un tercero para garantizar la obligación extinguida, no sirve de garantía a la nueva, sino que se extingue; solamente en el caso de que lo autorice expresamente la persona que lo constituyó, subsistirá la hipoteca.

En el caso que sea el deudor y el acreedor quienes estipulen que la hipoteca subsista, pero tiene que ser en forma expresa, tampoco se extingue.

7.2.3. Por Confusión

En el caso de que se dé la circunstancia que en una misma persona concurren las calidades de deudor y acreedor hipotecario, trae como consecuencia lógica la extinción de la obligación principal, y por derivación, del contrato de

hipoteca. Requisitos.

- Debe ser perfecta esa confusión, sin vicios.
- Irrevocable.

Excepción. Se da en el caso de que un hijo sea deudor. El acreedor es su padre, quien lo nombra heredero testamentario; pero, el testamento es anulado, ya no es heredero ese hijo y por lo tanto la hipoteca no se extingue.

7.2.4. Por Prescripción.

En el caso que prescriba una obligación principal sobre la cual había constituido un contrato de hipoteca, éste último se extingue también por la misma razón.

Los artículos 2537 y 2457 del Código Civil están en concordancia porque el primero estipula: "La acción hipotecaria y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden".⁶⁶ y, el segundo, cuando hace referencia la extinción por vía indirecta, "se extingue junto con la obligación principal"⁶⁷.

Esta extinción está ligada únicamente con la obligación

⁶⁶. Ibid, p.1.117

⁶⁷. Ibid, p.1.079

principal, no con las acciones que hacen efectiva dicha obligación.

8. CANCELACION DEL CONTRATO DE HIPOTECA

El artículo 2457 del Código Civil, dice en su inciso tercero: "Y por la cancelación que el acreedor acordare por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva". 68

Una persona que lea éste inciso dice enseguida; Aquí hay otra forma de extinción del contrato de hipoteca. No es así como parece, sino que es solamente la consecuencia lógica de cualquier forma de extinción del contrato de hipoteca.

Al extinguirse la hipoteca, el acreedor debe extender una escritura pública, por la cual se declare extinguida dicha hipoteca, cancelándose el registro de la escritura que le dió constitución.

Dentro de los deberes del acreedor hipotecario, ésta el de cancelar la hipoteca entodos aquellos casos en que se

68. Ibid, p. 1.079

extinga la obligación así garantizada, pero también puede hacerlo en forma independiente de la extinción de la obligación.

8.1. REQUISITOS

La cancelación exige:

- Una escritura pública, hecha por el acreedor, o titular del derecho,
- Hacer la inscripción respectiva de la cancelación, en la matrícula del inmueble.

Si no se hace de ésta forma, requiere: Una sentencia judicial, que decrete dicha cancelación.

Esta última procede en aquellos casos en que el acreedor, o sus sucesores no quieren extender la escritura pública de cancelación, y mientras no lo hagan la hipoteca subsistirá ya que el registrador de instrumentos público y privados, no lo puede hacer de oficio.

Entonces, el juez, previene a dichas personas que están en la obligación de extenderla, que tiene tres días para hacerlo. Si no lo hacen el juez lo hace en su nombre.

Otros casos de cancelación de hipoteca.

El representante del acreedor, causa habiente. En éstos casos, dichas personas deben acreditar tal calidad, mediante los documentos respectivos. En la escritura de cancelación se hará la clarificación de ellos, de lo cual dará fé el notario.

El cesionario de un crédito hipotecario, deberá presentar la escritura original de la hipoteca correspondiente nota de cesión con la firma del acreedor.

Sucesores por causa de muerte. En tratándose de sucesiones ilíquidas, o cuando el crédito no se ha adjudicado, la cancelación la podrán hacer:

- Los herederos que hayan aceptado la herencia
- El cónyuge sobreviviente.

Documentos. Copias de autos de reconocimiento, Certificación de que no existen otros herederos reconocidos.

Sucesión testada. Hay de por medio un albacea con tenencia de bienes, entonces en éste caso, podrán hacer las cancelaciones respectivas el cónyuge sobreviviente y dicha albacea.

Documentos. Este documento deberá contener la extensión y tiempo de duración del albaceazgo.

Calidad del cónyuge. Procedimiento. Si el notario extendió la escritura pública de cancelación, él pondrá una nota de Cancelado, en el original de la escritura, indicando el número y fecha del instrumento de cancelación. En el caso que el instrumento de cancelación haya sido otorgado por otro notario, éste último deberá expedir un certificado dirigido al notario que tiene en su poder la escritura original de constitución de la hipoteca, para que extienda la nota respectiva. Además deberá expedir un certificado de cancelación con destino al registrador de instrumentos públicos, para que éste proceda a extender el asiento correspondiente de cancelación en el folio del inmueble a continuación del asiento de inscripción de la hipoteca.

CONCLUSIONES

En la introducción hice hincapié en que la hipoteca nuestra es hija del derecho romano, pretoriano, y no del griego por las diferencias existentes entre uno y otro. Además, que no varió la tesis del derecho colombiano, siguió con las teorías iguales, solo hubo un ligero cambio, no mucho.

Nuestros legisladores se han anquilosado, parece que les costara trabajo, pero mucho trabajo, casi sobrehumano legislar sobre el famoso contrato de hipoteca.

En el caso de una reforma, que se esta necesitando con urgencia entre otras cosas, propondría un cambio en lo que se refiere al trato, categoría que se le está otorgando actualmente al contrato de hipoteca, sobre los siguientes puntos:

- Es un derecho Real Accesorio;
- Los Contratos deben regirse por el Derecho Comercial;
- Definición del Contrato de Hipoteca, debe ser establecido

por el Código de Comercio, pero con una definición propia, usos del derecho actual, evolucionado en que nos desenvolvemos.

Primero. Es un Derecho Real Accesorio. Todos los comentaristas del derecho, en cuanto al contrato de hipoteca lo han mirado desde el punto de vista del código Civil, por ser un Derecho Real, más no han hecho el análisis sobre las diferentes formas y cualidades; y además la forma cambia donde puede llegar jurídicamente la hipoteca, como acto jurídico.

La Hipoteca, es un Derecho Real accesorio e Indivisible que recae en un inmueble singularizado, el cual se celebra para garantizar el cumplimiento de una obligación, en el cual queda ampliamente facultado el acreedor para realizar, o hacer vender el inmueble y pagarse con esos dineros con preferencia de los demás acreedores.

Esta sería la conclusión más adecuada si me adhiero a las disposiciones tradicionalistas de nuestro anquilosado Derecho Civil, al Código Civil, a que llegaría, después de haber estudiado, en otros transcribí esas normas en el trabajo que estoy efectuando sobre el Contrato de hipoteca.

En mi sincera opinión creo que el contrato de Hipoteca es

un -Contrato Principal; y no Accesorio-. Como se ha establecido desde la antigua Roma.

- Es un Derecho Real- Digo que es un derecho real, ya que en el contrato de hipoteca garantiza la obligación contraída directamente por el inmueble, y no la hipoteca.

Tan Real es éste contrato que al perseguir el cumplimiento de una obligación, no se va a tener en cuenta la persona que detente el bien en esos momentos, ya sea el deudor constituyente o un tercero cualquiera, no tiene importancia, porque no es una Garantía Personal, no se está persiguiendo a la persona para que cumpla, sino a ese bien inmueble, corporal que es el que va a responder por dicha obligación, con su valor.

La Hipoteca es una deuda Civil. En nuestro Derecho Civil, las obligaciones se clasifican en:

- Civiles. Las cuales dan derecho para exigir su cumplimiento. Ejemplo el contrato de hipoteca.

- Naturales. No confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidos autorizan por retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellos. Ejemplo Deudas de juego.

- Caución. En el artículo 65 del C.C., nos define: "Caucción significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la Fianza, Prenda, Hipoteca"
69.

La caución es un término genérico y comprende:

Primero: Reales, Prenda, Anticresis. Hipoteca.

Segundo: Personales. La Fianza, Cláusula penal.

En nuestro C. de Procedimiento Civil, se establecen las siguientes clases de cauciones:

a) En dinero.

b) Reales

c) Bancarios u otorgadas por compañías de Seguros, o entidades Créditos legalmente autorizada para esta clase operaciones. 70

Es un Contrato Accesorio. No estoy de acuerdo con este término, característica que desde tiempos remotos se le ha venido imponiendo al Contrato de Hipoteca.

Primero. No Necesita de otro contrato para nacer a la vida

69. Ibid, p. 81.

70. BONILLA, Op. Cit. p. 1.127.

jurídica. Si ésto es cierto, deja de ser accesorio para convertirse en un Contrato Principal.

- Cuando dos o más personas tratan de hacer un convenio, o contrato en el cual se establece una obligación, pero basándose, y digo basándose en sus garantía, o sea si no existe esa pagarántia, no hay contrato principal, porque con qué va a respaldar esa obligación, ¿qué es lo que le está ofreciendo el posible constituyente, al posible acreedor hipotecario? Nada.

Haciéndole un análisis al procedimiento efectuado por las entidades crediticias, llegamos a una conclusión de que el contrato de hipoteca es principal. Veamos por qué

Primero, se constituye el Contrato de Hipoteca, se firma dicha escritura.

Segundo. Se lleva a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados para su respectiva inscripción.

Tercero. El último paso, es la entrega del dinero al deudor hipotecario que le solicitó al acreedor hipotecario, en éste caso la entidad crediticia.

- Cuando un posible acreedor, ve que un posible deudor,

digo posible, porque todavía no se sabe si llegan a un acuerdo, o no tiene un bien con que cancelarle la deuda, pues no tiene preocupación alguna, ya que dice: No importa que no me pague en efectivo, ya que ese bien es como si fuese dinero constante.

- Requisitos exigidos para un Contrato Principal. El contrato de hipoteca, los llena como vemos: nominado, convencional, Oneroso, etc. En la obligación principal se da el acuerdo entre las partes contratantes, lo mismo que en el contrato de hipoteca. Y, no paran allí esos requisitos, pues éste último requiere, exige de un título debidamente inscrito en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del lugar donde se encuentra situado el bien.

- En cuanto al acto en sí, es principal. El acto jurídico que se establece al efectuarse un contrato de hipoteca, es principal, ya que no necesita de otro para hacer valer sus derechos, cuales son: Una acción personal o quirografaria, Una acción real.

Estas dos acciones le permiten perseguir el patrimonio del deudor, y no necesita de otro contrato para exigir ese derecho.

Segundo. Todos los Contratos Deben Regirse por el Código de Comercio. Si el contrato de hipoteca no necesita para existir de otro contrato, ya que es un contrato Real que le va bien a todos los inmuebles por su seguridad en el pago, por qué se le sigue dando ese concepto de segundo dentro del Derecho Civil Colombiano.

Como anteriormente dije en una crítica, el Código Civil y sus legisladores se quedaron encasillados en la antigua escuela legislativa del derecho pretoriano.

El código de Comercio, al hacer una serie de disposiciones sobre hipoteca Aerea, hipoteca Naval, no se apartó del Código Civil; sino que lo apoya. ¿Por qué digo esto?

En el artículo 2443 del Código Civil encontramos: "a. Hipoteca sobre la propiedad, b. Hipoteca sobre el usufructo, de un bien inmueble, c. Hipoteca sobre Naves, d. Hipoteca sobre Aeronaves". 71

Ya aquí esos contratos, los dos últimos son contratos comerciales, mercantil, entonces todas las hipotecas deben ser comerciales también.

Este contrato de hipoteca es muy usado hoy día por los Ban

71. Ibid, p.1.130

cos, compañías; las de Seguros, o sea establecimientos comerciales que giran alrededor de créditos, en forma nacional.

Hay una tendencia hoy en día de establecer si el contrato de hipoteca es civil, o comercial.

El código de comercio, dice: "que cuando el contrato es celebrado por un comerciante, será de Derecho Comercial. pero, si es celebrado por dos personas que no lo sean, será de carácter Civil". 72.

Sin embargo hoy en día la mayoría de las entidades comerciales hacen éste tipo de contrato, su uso es general, y lo celebran con personas que son unas veces comerciantes, entonces sería de Derechos Comercial, pero a la vez también lo celebra con personas que no son comerciantes, entonces también será comercial, porque la entidad crediticia es de carácter comercial, pero dichas entidades se rigen por el Derecho Civil porque son personas jurídicas.

Esto nos llevaría a concluir, la clase de contrato de hipoteca es de carácter mixto.

Como dije anteriormente, el código de comercio no lo es

72. Ibid, p.l.134

tipuló como contrato comercial, sino más bien se dedicó a hablar de la hipoteca sobre naves y aeronaves, no le dió la tipificación de contrato Mercantil.

Tercero. La definición del Contrato de hipoteca debe estipularse dentro del código de Comercio.

Como dije antes, la definición que dá el código civil colombiano es muy deficiente, obsoleta desde el punto de vista del derecho moderno, ya que las leyes van cambiando de la misma manera que ha ido evolucionando la sociedad, las estructuras económicas; todo ésto genera otra cadena de modificaciones.

Por ello, discrepo del código civil, de las definiciones de los tratadistas del derecho, cuando dicen "que es un Contrato accesorio, el de hipoteca" 73, y establecí las razones para ello. Y, hoy por hoy debido a esa evolución no podemos seguir diciendo que el contrato de hipoteca es accesorio, ya que su perfil jurídico es desde todo punto de vista, principal.

Una de las fuentes del Derecho Comercial es la costumbre. Y, hoy la costumbre vuelve a hacer ley, porque el contra

73. Ibid, p. 1:138

to de hipoteca se usa como principal, y no accesorio. y digo que vuelve a constituir una ley, porque estos contratos se celebran en forma pública, uniforme y reiterada, a nivel nacional, municipal.

Si bien es cierto que la ley rige es la que esté vigente en el momento de celebrar un contrato, pero si sale una nueva ley debe dársele cumplimiento inmediato.

De todo lo escrito con anterioridad, mis conceptos sobre el contrato de Hipoteca, se refieren más que todo, a que éste debe adecuarse al Derecho Moderno, actualizarlo de acuerdo a la costumbre Comercial, y a los diferentes cambios que en el Derecho Colombiano, y las relaciones económicas se están dando.

Atrás critiqué el hecho de que se le trate como un Derecho de Prenda, y además de ello, accesorio. Una situación muy diferente estamos viviendo hoy en día, a la época en que se le dió vida al código civil.

Entonces, concluyo que todas las normas referentes a los contratos deben estar codificadas dentro del código de Comercio, sus procedimientos, aunque tenemos un código de procedimiento Civil, muy bueno actualmente; y no en el Código Civil. Los comerciantes y no comerciantes al hacer sus trans

sacciones, tendrían un Código perfecto, sin vacíos, y además los jueces no trabajarían tanto buscando casos análogos. Y lo impondría la vida moderna, y la costumbre mercantil.

BIBLIOGRAFIA

- BONIVENTO FERNANDEZ, Alejandro. Principales Contratos Civiles. 4.ed. Librería del Profesional. Bogotá, 1.979.
- BONILLA ECHEVERRY, Oscar. Código de Procedimiento Civil. Colombiana. Bogotá, 1.981. tomo 1-2.
- CASTRO F, José. Código de Comercio. Publicitaria, Bogotá, 1.982. pp. 343-344
- ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Temis, Bogotá, 1.977. tomo 2.
- JOSSERAND, Luis. Derecho Civil, La Familia. Jurídicas, Buenos Aires, 1.952.
- ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil Comentado. Temis, Bogotá, 1.980.
- OMEBA. Enciclopedia Jurídica. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1.956. tomo 9.
- SALAMANCA, Hernán. Derecho Civil, Contratos. 5.ed. Externado de Colombia, Bogotá, 1.979.
- VALENCIA ZEA, Arturo. Derechos Reales. 6.ed. Temis, Bogotá, 1980. tomo 2.

MODELO DE LA MINUTA PARA HIPOTECA ABIERTA

Compareció el señor CARLOS ALBERTO GROSSO GRIMALDI, quien en el texto de ésta escritura se denominará el hipotecante, y expuso las siguiente: Primero. Que constituye hipoteca a favor de El Banco de Bogotá-, quien en el texto de esta escritura se llamará simplemente el acreedor, sobre la finca denominada -Picapleitos- ubicada en Betulia, Sucre. Segundo. Que el inmueble dado en el contrato de hipoteca que garantiza la obligación no es el objeto de ninguna demanda civil ni de embargo judicial; sobre su dominio no ha recaído ninguna distinta de la presente, ni condición resolutoria, ni soporta censo ni anticrisis, ni gravamen de ninguna naturaleza. Tercero. Que el mismo inmueble fue el adquirido por el hipotecante según escritura No. 12345. Cuarto. Que a ésta el inmueble dé hipoteca garantiza al Banco de Bogotá, cualquier obligación que por cualquier causa contraiga el hipotecante de un -1- año, contado desde la Fecha del otorgamiento de ésta escritura, además de las que tenga contraídas con anterioridad a ella aunque su vencimiento sea posterior al de éste término, y siempre que el monto de las obligaciones garantizadas en el contrato de hipoteca no

excedieren de la cantidad -dos millones \$2.000.000.00 de pesos por razón de capital, quedando convenido que asegurará también los intereses durante el plazo y en caso de mora, si la hubiere, y el cumplimiento de todas las obligaciones que haga constar en los diferentes documentos que el hipotecante suscribe a favor de el Banco Bogotá, las costas judiciales y cualesquiera -El Banco de Bogotá- hiciera en la cobranza. Quinto. El inmueble que en el contrato de hipoteca se comprenden las mejoras y anexidades, presentes y futuras, y las posesiones e indemnizaciones que conforma a la ley civil quedan comprendidas en ella. Sexto. Que el otorgamiento de la presente escritura y la constitución del contrato de hipoteca anterior no implica obligaciones ni promesa alguna de El Banco de Bogotá- de hacer préstamo al hipotecante ni concederle prorrogas o renovaciones. Séptimo. Que si -El Banco de Bogotá- necesita re hacer efectivas judicialmente las obligaciones de las garantizadas con ésta hipoteca global a cargo del hipotecante, le bastará el afecto presentar en legal forma las respectivas pagarés o instrumentos en que conste las deudas y copias registradas de la presente escritura. Octavo. Que El Banco de Bogotá-, podrá dar por vencidas cualesquiera deudas u obligaciones de las garantizadas con ésta hipoteca a todas ellas y demandar su pago judicialmente, en el caso de incumplimiento por parte del deudor de alguna o algunas de las estipulaciones de los documentos sus

critos a favor de -El Banco de Bogotá- b. Si el deudor constituye prenda agraria o industrial a favor de terceros sobre los frutos, plantaciones, maquinarias existentes en el inmueble sin el previo consentimiento del Banco de Bogotá-, c. Si los bienes que por este contrato se dan garantía fueren perseguidos judicialmente por terceros, en juicio o extrajuicio o sufrieren desmejoras o depreciación tales que ya no presten garantía suficiente para la plena seguridad de -El Banco de Bogotá-, juicio de perito designado por aquel. Tanto en caso de constitución de prenda como en los de persecución por terceros o desmejora del precio, -El Banco de Bogotá-, podrá optar por la subsistencia del plazo si el deudor da una nueva garantía a satisfacción de él. Noveno. Que si para cualquiera de las obligaciones garantizadas en el contrato de hipoteca -El Banco de Bogotá-, establece acción judicial, el hipotecante renuncia en favor de él al derecho de nombrar depositario de bienes y pedir que los bienes embargados se dividan en lotes para los efectos de la subasta pública. Decimo. Que son de cargo del hipotecante los gastos a que diere lugar el otorgamiento de la presente escritura, su registro, anotaciones, y cancelación, cuando llegare el caso, los de una copia registrada para el acreedor y un certificado de libertad y de propiedad de veinte años del inmueble hipotecado, que permanecerá en poder del acreedor hasta la cancelación de ésta escritura. Undecimo. Que el hi

potecante desde ahora da su consentimiento para que sin necesidad de requisito alguno, el notario expida al acreedor el número de copias autenticas que quisiera solicitar de la presente escritura en cualquier momento. Presente el señor Jose de la Vega, en representación de -El Banco de Bogotá, cuya cédula de ciudadanía expedida en Barranquilla No.3.888.690, varón mayor de edad y vecino de ésta ciudad a quién conozco personalmente manifiesta que acepta como en efecto lo hace, ésta escritura y el contrato de hipoteca que por medio de ella se constituye.