

LA HIPOTECA

LUIS JIMENO PEÑA
C.C. Nº. 2'860.051 DE BOGOTÁ

Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar al título de Abogado.

Presidente Honorario: CARLOS LLANOS
SANCHEZ.
Abo.

Director: BLAS CASTILLO.
Abo.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA, 1985

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

4034529

DR#0987

No. INVENTARIO	4034529
PRECIO	
FECHA	27 FEB. 2008
GANJE	DONACION

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

T
346.074
J.61

CUADRO DIRECTIVO

Rector : JOSE CONSUEGRA HIGGINS
Vice Rector : LEONELO MARTHE
Secretario General : RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA
Decano de la Facultad de Derecho: RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA
Secretario de la Facultad : CARLOS LLANOS SANCHEZ
Director de Consultorio Jurídico: ANTONIO SPIRKO

Señor doctor

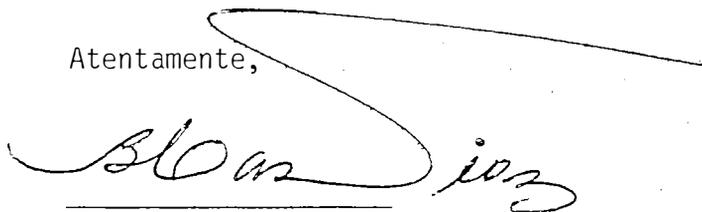
RAFAEL BOLÁÑOS MOVILLA

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Simón Bolívar
E. S. D.

Por medio de la presente rindo concepto favorable del Trabajo de Tesis presentado por el egresado LUIS ALBERTO JIMENO PEÑA, titulada "**La Hipoteca**" que comprende de 18 capítulos profundizando en forma clara sobre los aspectos más importantes, figura de nuestra Legislación Colombiana.

Por lo anterior considero que es un trabajo que reúne los requisitos exigidos por nuestra facultad para optar al título de Abogado.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Blas Castillo Diaz". The signature is written in a cursive style and is positioned above a horizontal line.

BLAS CASTILLO DIAZ.

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, _____ de 1985.

DEDICATORIA

A mi Madre, Esposa, e Hijo
seres queridos y a quienes
debo la razón de mi exis -
tencia y mi lucha.

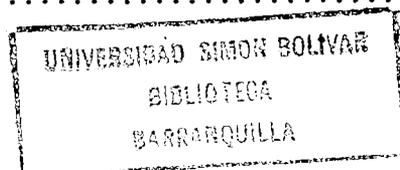
A todos aquellos quienes se
enorgullecen con mis triun
fos.

Luis Alberto

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION.....	1
1 . LA HIPOTECA.....	4
1 .1 IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO.....	4
1 .2 FUENTES DE LA OBLIGACION.....	6
1 .3 ELEMENTOS DE TODO ACTO JURIDICO.....	7
1 .4 LA CAPACIDAD.....	8
1 .4.1 La Capacidad de Goce o de Ejercicio.....	9
1 .4.2 La Capacidad de Adquisición.....	9
1 .4.3 La Capacidad Política.....	9
1 .5 INCAPACIDADES.....	9
1 .5.1 La Incapacidad Absoluta.....	10
1 .5.2 La Incapacidad Relativa.....	10

1 .5.3	La Incapacidad Particular.....	11
2 .	EL CONSENTIMIENTO.....	12
2 .1	CONCEPTO SOBRE EL CONSENTIMIENTO.....	12
2 .2	LA ACEPTACION.....	13
2 .3	EL AUTO CONTRATO.....	13
3 .	EL ERROR.....	15
3 .1	EL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO.....	15
3 .2	ERROR DE HECHO Y DE DERECHO.....	18
3 .3	ERROR DE DERECHO.....	19
3 .4	ERROR MANIFIESTO DE HECHO.....	20
3 .5	ERRORES.....	21
4 .	LA FUERZA.....	23
4 .1	LA FUERZA COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO.....	23
4 .2	ELEMENTO MATERIAL.....	24



5 .	EL DOLO.....	27
6 .	DERECHO REAL.....	34
6 .1	LA HIPOTECA COMO DERECHO REAL.....	34
6 .2	COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE OBLIGACIONES.....	36
7 .	LA CAUSA Y LA HIPOTECA.....	37
7 .1	TEORIA DE LA CAUSA.....	37
7 .2	LA SIMULACION.....	38
7 .3	ACTO JURIDICO.....	39
7 .4	COMPARACION DE LA HIPOTECA CON LA PRENDA.....	42
8 .	LA COSTUMBRE.....	45
9 .	INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.....	47
9 .1	INTERPRETACION GENERAL.....	47
9 .2	INTERPRETACION DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINARIO.....	48
9 .3	LA LEY CONTRACTUAL.....	50

9 .4	CONTRATO.....	52
10.	PROMESA DE CONTRATO.....	55
10.1	LA PROMESA DE CONTRATO.....	55
10.2	EXTINCIÓN DEL CONTRATO.....	59
11.	PROCEDIMIENTO DE LA HIPOTECA.....	62
11.1	PROCEDIMIENTO DEL ACTO O CONSTITUCIÓN DEL ACTO JURÍDICO DE LA HIPOTECA.....	62
11.2	PROYECTO DEL ACTO JURÍDICO O PROMESA DE CONTRATO DE LA HIPOTECA.....	64
11.3	LA OFERTA.....	65
11.4	LA ACEPTACIÓN.....	66
12.	DEFINICIÓN DE LA HIPOTECA.....	69
12.1	LA HIPOTECA EN EL DERECHO COLOMBIANO.....	69
12.2	EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE HIPOTECA.....	70
12.3	PRELACION DEL CRÉDITO.....	72

13.	OBLIGACION PERSONAL.....	74
13.1	LA HIPOTECA COMO OBLIGACION PERSONAL DE CREDITO O QUI- ROGRAFARIA.....	74
13.2	CONCLUSION.....	76
13.3	CAUCION HIPOTECARIA.....	77
13.4	EL ENDOSO.....	79
13.5	EL PLAZO.....	81
14.	CONTRATO DE HIPOTECA Y SUS CARACTERÍSTICAS.....	83
14.1	CARACTERÍSTICAS DE LA HIPOTECA.....	83
14.2	ES CAUSA DE PREFERENCIA.....	85
14.3	LA HIPOTECA ES UN DERECHO ACCESORIO.....	87
14.4	MODALIDADES DE LA HIPOTECA.....	89
14.5	LA HIPOTECA ES INDIVISIBLE.....	90
14.6	EXCEPCION AL DERECHO INDIVISIBLE DE LA HIPOTECA.....	91

15.	BIENES HIPOTECABLES.....	93
15.1	BIENES QUE PUEDEN SER OBJETO DE HIPOTECA.....	93
15.2	LA HIPOTECA DE INMUEBLE EN COMUN.....	94
15.3	HIPOTECA SOBRE DERECHO DE USUFRUCTO EN INMUEBLE.....	95
15.4	HIPOTECA DE PROPIEDAD FIDUCIARIA.....	97
15.5	HIPOTECA DE BIENES FUTUROS.....	98
16.	EXTINCION DE LA HIPOTECA.....	100
16.1	LA HIPOTECA SE EXTINGUE.....	100
16.2	CASOS DE EXTINCION DE LA HIPOTECA.....	101
16.3	EXTINCION DEL CONTRATO DE HIPOTECA DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA DEL APORTE.....	103
16.4	PERDIDA DEL DERECHO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO PARA PERSEGUIR LA FINCA HIPOTECADA.....	104
17.	HIPOTECA GLOBAL.....	105
17.1	COMENTARISTAS DE LA HIPOTECA.....	106

17.2	LA HIPOTECA CERRADA.....	107
17.3	DIFERENCIA DEL CONTRATO DE HIPOTECA CON EL DE COMPRA VENTA.....	108
18.	CAUSALES DE NULIDAD DEL CONTRATO DE HIPOTECA.....	110
18.1	SON NULOS LOS ACTOS.....	110
18.2	INHABILIDADES.....	113
19.	CONCLUSION.....	115
	BIBLIOGRAFIA.....	118

PROLOGO

El tiempo, los años y el cotidiano laborar en el mundo del comercio me ha enseñado que la experiencia se adquiere no por azar, sino que es fruto del esfuerzo permanente realizado por el hombre con el propósito de conseguir una meta digna de los mejores valores sociales . Por eso bien se puede decir, que el hombre es lo que se propone hacer.

Mi experiencia se inició a muy temprana edad, fallecido mi padre me correspondió como hijo mayor, asumir la responsabilidad de jefe de toda la familia con un propósito determinado; que mis hermanos menores culminaran sus estudios profesionales y lo conseguí; ellos respondieron a mis esfuerzos realizados.

Llevada a feliz término la ingente tarea que me impuse, que bien puede ser calificada de "Odisea", rememoré el viejo y conocido proverbio, "Nunca es tarde para estudiar" resolví acometer mi propia superación atendiendo los consejos recibidos de mi padre quien solía expresar que la mejor herencia que se le puede legar a los hijos es la educación.

Por eso ingresé a esta Universidad que me brindó puertas abiertas y donde he recibido los conocimientos calificados para poder aprender con mejores armas, el combate por la existencia.

No ha sido nada fácil en verdad, porque después de 20 años dedicados a otras labores diferentes a las del estudio conlleva un esfuerzo de veras bastante grande el poder adaptarse nuevamente al estudio. Pero no obstante lo que creí lejano lo he conseguido ahora después de diez semestres cursados en esta Universidad, con el empeño de toda persona, que todo hombre de experiencia es capaz de imprimirle a una labor que considero salvadora.

De la variada gama de conocimientos recibidos en la Universidad me he inclinado de manera preferencial por el estudio de Derecho Civil, dentro de este campo escogí para optar mi grado de Abogado, por uno que constituye un tema de actualidad en el campo de las acreencias, como es el contrato de Hipoteca; el cual me propongo exponer siguiendo el criterio jurídico forjado por mis profesores y quienes espero a dejar completamente satisfechos en el desarrollo y conclusión de este trabajo.

Por eso viene a mi mente lo dicho por **Joiserrand** :

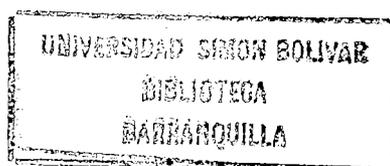
"Los derechos no pueden ser utilizados con un fin cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, y del papel social a que están llamados a llenar.

INTRODUCCION

En un comienzo el acreedor corría un grave peligro en sus intereses o patrimonios, respecto a los créditos concedidos a sus deudores debido a que estos respondían a sus obligaciones con su patrimonio, pero que en el momento en que se declararan insolventes, los acreedores corrían el peligro de perder todo o parte de lo que habían prestado.

Para evitar tal inconveniente, que en cierto modo envolvía un problema de gran envergadura social, los diversos gobiernos, a través del tiempo fueron creando medidas de protección, más o menos eficaces y es así como se crea la garantía "Real" o sea la Hipoteca hasta nuestros días, que no es otra cosa que la afectación de un bien al pago de una deuda

Según el Derecho Romano, la Hipoteca era un derecho real accesorio sobre una cosa mueble o inmueble, destinado a garantizar el pago de una deuda; con la finalidad de obtener una garantía para los acreedores, distintas de las seguridades puramente personales, se acostumbró primeramente lo que se le llamo "Enajenación" Fiduciaria. Quien contraía una deuda, enajenaba a favor del acreedor una cosa determinada, pero conviniendo por medio de un pacto llamado "Fiducia", que al pagarse la deuda volviera la cosa al patrimonio del deudor.



Posteriormente se vio el verdadero origen de la Hipoteca en el arrendamiento, se estableció que por un convenio entre el arrendador y arrendatario, los ganados y utensilios agrícolas llevados al predio por el arrendatario quedaban pignorados sin que éstos salieran del poder de éste. Si éste no pagaba, se permitía al arrendador tomar la posesión de aquella cosa por medio de una acción llamada "Interdicto Salviano".

Más tarde se vio un notable progreso en la institución, mediante convenios entre arrendador y arrendatario de un predio rústico, el primero quedaba investido de un derecho real sobre los ganados y utensilios agrícolas del arrendatario, el cual podía hacer efectivo no sólo contra éste en caso de no pagar, si no contra toda persona que hubiera adquirido las cosas afectadas al pago. Ese gravamen sobre las cosas acompañaba a éstas en cualquier poder en que se hallare, y daba lugar a que el acreedor para hacerse a la posesión si no se le pagaba la deuda. Esta acción del acreedor para hacerse a la posesión de las cosas gravadas, en caso de no ser pagada, se le denominó "Acción Serviana".

Por último, aquella institución se generalizó para todas las cosas, cualesquiera que fuesen la naturaleza y el origen del crédito que trataba de garantizarce. El que contraía una deuda podía por simple convenio con el acreedor, gravar en garantía del pago una o más cosas de su propiedad, muebles o inmuebles, sin que por el sólo hecho del gravamen saliera de su poder. El acreedor adquiriría por ese modo sobre las cosas gravadas un derecho real, que en caso de no ser pagado, ha-

cía efectivo por medio de la acción llamada "Quasi Serviana o Hipotecaria", extensiva a todas las personas que adquirían las cosas gravadas con posterioridad a la constitución del gravamen.

La acción "Quasi Serviana o Hipotecaria" se dirigía en un principio a obtener la posesión de las cosas gravadas en caso de no pagarse la deuda. El acreedor adquiría entonces la posesión y seguía teniéndola a manera de prenda mientras no se le pagara.

Después de mucho tiempo se permitió entre acreedor y deudor, que en caso de no pago el acreedor podía vender las cosas gravadas para pagarse con su precio. Y por último concluyó aquel proceso evolutivo, estableciéndose que sin necesidad de convenio expreso entre las partes, el acreedor hipotecario tenía el derecho de vender las cosas gravadas para pagarse con su precio en caso de que llegado el día del pago, no se hiciera éste.

De ésta forma vino a consagrarse en las instituciones jurídicas de Roma el derecho "Real de la Hipoteca", con las mismas características generales que lo distinguen en el Derecho Civil Moderno, salvo su extensión en cuanto a las cosas susceptibles de él, que era mayor en el Derecho Romano, tenía lugar sobre bienes muebles e inmuebles al paso que el derecho moderno sólo tiene lugar sobre los inmuebles.

1. LA HIPOTECA

1.1 IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO

En el derecho moderno, los tratadistas han querido conservar esa vieja tradición que viene desde el Derecho Romano, en que el contrato de hipoteca lo consideran como un contrato accesorio de Derecho Prendario, forma ésta en que la podemos observar en el Código Civil Colombiano de manera que es poco lo que tales aspectos han cambiado, es decir que su estructura inicial con algunas reformas adjetivas se conserva tal como fue concebida desde su nacimiento a la vida jurídica; a pesar de que el Derecho Mercantil se ha independizado del Derecho Civil, los redactores del Código Comercial no tuvieron en cuenta lo que ha evolucionado el derecho en esta rama y la importancia que en nuestros días tiene el contrato de hipoteca en el medio mercantil. De acuerdo a la evolución que ha tenido nuestro Derecho Mercantil podemos ver o afirmar que la hipoteca es un contrato principal por excelencia, no depende de otros contratos.

Si lo analizamos desde el punto de vista del acto jurídico, la hipoteca es un clásico contrato principal y no como lo define del Código Civil Colombiano en su Artículo 2432, que a la letra dice "la hipoteca es

un derecho de prenda constituido sobre un inmueble que no dejà por eso de permanecer en poder del deudor".

De acuerdo a la definición que nuestro Código Civil en su Artículo 2432, si analizamos desde el punto de vista jurídico que es el derecho de prenda; nos damos cuenta que solamente éste recae sobre las cosas muebles, y se sujeta especialmente a la seguridad o cumplimiento de una obligación, queriendo decir con ésto que la hipoteca no es una prenda o derecho prendario, sino un contrato que recae sobre cosas inmuebles y por lo tanto debe regirse por las normas de todo contrato o derecho real y principal, como lo trae el Artículo 665 del Código Civil porque éste nace de una acción real y no necesita para surgir a la vida jurídica de un contrato principal; algunos comentaristas critican la definición del artículo antes mencionado, porque si el deudor conserva la cosa en su poder, no puede definirse la hipoteca como prenda; por ende, el contrato es un acto que genera obligaciones para las partes.

Ahora si lo miramos desde el punto de vista de la obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe a dar hacer o no hacer una cosa jurídicamente en el contrato de la hipoteca se da el bien inmueble, lo que no se hace es entregar la cosa, que es la diferencia en cuanto a la enajenación.

Hacer implica ejecución de un acto físico y lícitamente posible. No hacer conlleva consigo una abstención de hacer un hecho físico y posiblemente realizable.

1.2 FUENTES DE LA OBLIGACION

Fuente es aquella donde nace la obligación.

Definición del Artículo 1494 del Código Civil Colombiano sobre las obligaciones: "Las obligaciones nacen ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona, que se obliga como la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria daño a otra persona, como en los delitos, ya por disposición de la ley, como entre los delitos; ya por disposición de la ley como entre los padres y los hijos de familia".

El Artículo 1492 del Código Civil concluye que las fuentes de la obligación son: el contrato, cuasicontrato, el delito, cuasidelito y la ley.

Esta clasificación no es una creación del contrato del Derecho Civil Colombiano, ya que en el derecho antiguo se consideró como excepción de la ley.

Entre el contrato y la convención existe una congruencia nula o congruencia, que jurídicamente no son equivalentes desde el punto de vista doctrinario, Planiol clasifica las fuentes de las obligaciones en el acto jurídico y la ley.

Si miramos estas clasificaciones doctrinarias con relación a las fuentes

tes de la obligación encontramos un acto convergente; que es el acto jurídico.

Aquí es donde se desprende el estudio de la teoría del acto jurídico propiamente dicho; el hecho jurídico y el hecho material.

Podemos sacar como conclusión desde el punto de vista de las obligaciones el contrato de hipoteca nace de las obligaciones y por lo tanto un acto jurídico, en razón de que el acto jurídico propiamente dicho es la manifestación de la voluntad encaminada a alcanzar un efecto en el campo del derecho, ejemplo: quien acepta un bien inmueble en hipoteca está buscando un efecto jurídico.

1.3 ELEMENTOS DE TODO ACTO JURIDICO

De acuerdo al Artículo 1502 del Código Civil Colombiano para que exista un contrato o tenga vida jurídica, son necesarios los siguientes requisitos: capacidad, consentimiento, objeto lícito, además elementos esenciales, elementos naturales y elementos accidentales.

Para ser la hipoteca un contrato que genera obligaciones puede ser: bilateral, onerosa, conmutativa, principal, solemne y consensual.

Bilateral: Porque requiere la manifestación de voluntades de dos personas o el concurso de voluntades.

Oneroso: Tiene como objeto la utilidad de ambos contratantes, gravando-

se cada uno en beneficio del otro.

Conmutativa: Porque cada una de las partes se obliga a hacer una cosa que se mira equivalente a lo que a la otra parte debe dar o hacer a su vez.

Principal: Cuando subsiste por si mismo sin la necesidad de otra convención, a la vida jurídica.

Solemne: Porque requiere de las solemnidades para su perfeccionamiento como la escritura pública.

Consensual: Necesita consenso de las partes.

1.4 LA CAPACIDAD

La capacidad no es una creación del derecho moderno, es el resultado del triunfo de las ideas individualistas de la Revolución Francesa antes, el esclavo no tenía capacidad, existían otros con "capitis diminuto", existían pues limitaciones en cuanto a las personas.

Entonces podemos definir la capacidad como la facultad que tienen las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Existen varias clases de capacidades entre las cuales se encuentran las siguientes:

1.4.1 La Capacidad de Goce o de Ejercicio.

Que implica ejercitar sus derechos, contraer obligaciones y realizar actos que tengan incidencia en el derecho.

1.4.2 La Capacidad de Adquisición.

Es la actitud que tienen las personas para acrecentar su patrimonio.

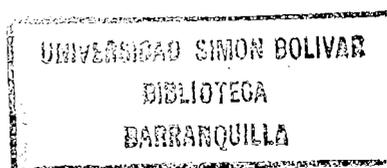
1.4.3 La Capacidad Política.

Es la creación de un derecho público, es la capacidad de poder ejercer el derecho político.

De ninguna manera puede establecerse una verdadera identidad entre las capacidades; por ejemplo: una persona puede tener capacidad de goce y no tener capacidad política. La capacidad de goce conlleva a una presunción legal; todas las personas se presumen capaces legalmente mientras no se pruebe lo contrario, la carga de la prueba la tiene la persona que rebata la capacidad del titular de ella.

1.5 INCAPACIDADES

Las incapacidades son aquellos impedimentos que tienen las personas para ejercer derechos y contraer obligaciones, la incapacidad se refiere exclusivamente a la capacidad de goce de ejercicio y no a la adquisi -



ción y ellas se dividen en: Capacidad absoluta o relativa, incapacidad particular para los doctrinantes se llaman inhabilidades.

1.5.1 La Incapacidad Absoluta.

Son incapaces absolutos, los impúberes, los dementes, los sordomudo que no pueden darse a entender por escrito. El Código de Comercio nos trae otra incapacidad absoluta cuando se trata de comerciantes que han quebrado, que se encuentra impedido para ejercer sus derechos que tiene sobre los bienes, por lo tanto se considera como una incapacidad absoluta. La incapacidad absoluta genera una nulidad absoluta de los actos jurídicos concluidos por quienes están afectados de ella; teniendo efectos "Erga Omnes".

1.5.2 La Incapacidad Relativa.

Se presentan las incapacidades relativas cuando los actos concluidos por los incapaces relativos, pueden tener validez en circunstancias determinadas por la ley; ellos pueden ser: Las personas jurídicas y los interdictos por disipación.

Las personas jurídicas, no se puede predicar que exista la incapacidad y se ha comentado que son capaces, siempre y cuando actúen por medio de sus órganos de representación.

1.5.3 La Incapacidad Particular.

La incapacidad particular consiste en la prohibición que legalmente se ha hecho de determinadas personas para la ejecución de determinados actos. Muchos tratadistas del derecho denominan inhabilidades ejemplo: las que se presentan entre los cónyuges, prohibición de efectuar actos jurídicos entre ellos; los magistrados, jueces funcionarios públicos, los que tienen tutores y curadores.

2. EL CONSENTIMIENTO

2.1 CONCEPTO SOBRE EL CONSENTIMIENTO

Hay tendencias que identifican el consentimiento con la expresión de voluntad; sin embargo desde el punto de vista jurídico, voluntad y consentimiento no son equivalentes.

Doctrinariamente el consentimiento es la suma de voluntades sobre un objeto jurídico o sea que el consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto jurídico. Judicialmente el consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto jurídico constituido por los elementos que son consecutivos y copulativos. Consecutivos por que necesariamente es la consecuencia de otros elementos; Copulativos cuando unidos dan lugar a la existencia del consentimiento.

Por lo que estos dos elementos pueden ser: La oferta y la aceptación . El consentimiento en la tradición debe estar exento de vicios los cuales son: El error, el dolo, la violencia y la lesión.

2.2 LA ACEPTACION

La aceptación es la manifestación positiva que hace el destinatario de querer concluir el acto jurídico sometido a la consideración por la oferta, aquí es donde viene a nacer el consentimiento y ésta puede manifestarse de la siguiente manera: verbal, escrita, entre presente y ausente.

El Código de Comercio establece la oferta por medio de teléfono y para efectos de aceptación se entiende que ha sido entre presentes, cuando la oferta es por escrito ésta debe contestarse dentro de los seis días siguientes a la fecha que se hace; antiguamente era de 24 horas siguientes al recibirse la oferta. Si el beneficiario se encontraba distante del lugar dentro de seis días más.

Esta clase de oferta la vemos con mucha frecuencia en las instituciones bancarias, cuando el presunto deudor hipotecario propone que a través de un inmueble lo dan como garantía para que le concedan cierto dinero, constituyendo una obligación por medio de un contrato de hipoteca para garantizar la obligación.

2.3 EL AUTO CONTRATO

Esta figura se presenta en el contrato de hipoteca cuando una misma persona reviste dos cualidades:

- La persona puede ser acreedor hipotecario.

- Esa misma persona puede ser deudora hipotecaria, ejemplo: A, es representante legal de X, una persona jurídica, X quiere adquirir un bien inmueble que lo tiene A, como propietario de él, cuando A, va a realizar el contrato de hipoteca, éste actúa como deudor hipotecario y acreedor hipotecario.

Pero se ha dicho que no es posible el auto contrato, pero si analizamos el ejemplo anterior nos indica que el acto jurídico se ha celebrado entre una misma persona y por lo tanto no ha existido el cruce de voluntades, actúa una misma persona como acreedor hipotecario y deudor hipotecario.

3. EL ERROR

3.1 EL ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

El consentimiento no siempre está expresado en forma pura y simple; en muchos casos adolece de vicios que tienen consecuencias en cuanto a la conclusión del acto jurídico que puede determinar la inexistencia o la nulidad. Los vicios del consentimiento en nuestra legislación son: el error, el dolo y la fuerza. Los doctrinantes han incluido la lesión enorme como vicio del acto jurídico.

La teoría del error no es creación del derecho moderno; esta figura jurídica existe desde el derecho romano y se aceptaba en aquellos contratos que llevaban una fidelidad de buena fe. Según algunos tratadistas, es la discrepancia entre el concepto y la calidad o realidad.

Demogue: dice que es el estado psicológico de una persona que está en discordancia con la verdad objetiva.

Saleilles: Error es la discordancia entre la verdad real o interna y la verdad declarada.

La jurisprudencia colombiana, dice que el error es la falsa noción que una persona tiene sobre una cosa o sobre un acto. De conformidad con lo previsto en el Artículo 1509, el error de derecho no vicia el consentimiento; "El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento".

De acuerdo con esta definición que dicho principio está fundado en que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. El error de derecho es una creación del Derecho Romano. En un comienzo este postulado ha tenido modificaciones y aceptación en la jurisprudencia y en la doctrina.

La legislación colombiana, el error de hecho vicia el consentimiento de acuerdo al Artículo 1510 del C.C. que a la letra dice: "El error de hecho vicia al consentimiento cuando recae sobre la especie de actos o contratos que se ejecuta o celebra; como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada y el comprador entendiese comprar otra.

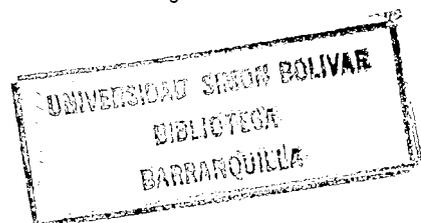
Los Artículos 1510 y 1512 del Código Civil Colombiano establecen que el error de hecho vicia al consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta. Prevé la norma que el error no vicia el consentimiento sino cuando la consideración de esta persona ha sido el motivo determinante.

La Corte ha dicho (Sentencia de casación civil 22 de Julio de 1975, magistrado ponente Dr Humberto Murcia Ballen). Según el sistema de la persuasión racional, el poder demostrativo de la prueba testimonial se examina en función de las declaraciones de los testigos responsivas, exactas y completas. Es responsivas el testimonio, cuando cada contestación se relata donde la razón de la ciencia de lo dicho exacto; cuando la respuesta no deja incertidumbre; completo cuando la deposición no admite circunstancias que pueden ser influyentes en la apreciación de la prueba.

Con el propósito de que el testimonio logre estos requisitos que son indispensables para atribuirles méritos probatorios, el Artículo 228 del C. de P. C. las formalidades de evacuación de la prueba, autoriza al juez para que interrogue al declarante sobre los aspectos previstos en dicho precepto. Pero las formalidades, dado su fin propio, no sólo se observa cuando hay pormenorizado interrogatorio del juez para precisar circunstancias, sino también cuando por otro aspecto el testimonio resulta completo, exacto y responsivo.

Y si ello es así irrazonable sería desestimar las declaraciones que se han recibido con citación y audiencia de las partes..

Como para que el error de hecho tenga trascendencia en casación se requiere que sea determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal, se impone afirmar que sin embargo de no haber apreciado algunos testimonios, el sentenciador no incurrió en error fáctico tras -



cendente, porque las declaraciones si apreciadas, por falta de eficaz impugnación, siguen prestándole apoyo a la sentencia. Y como según, lo ha dicho la doctrina, no se presume el desconocimiento de una prueba por el sentenciador cuando sus conclusiones no pugnan con la estimación que a las mismas ha debido darse, en el presente caso no puede imputarse al Tribunal desconocimiento de las pruebas referidas, puesto que ellas, dado su contenido, no podían tomarse por el juzgador con la fuerza suficiente infirmar o desvirtuar la posesión notoria de que las pruebas apreciadas demuestran.

3.2 ERROR DE HECHO Y DE DERECHO

Cada una de estas especies de error consiste en dejar de ver como un testimonio es sospechoso o que no es responsivo, constituye un error de hecho.

El error de derecho mira a la valoración de los medios de prueba, al poder de convicción que a las probanzas haya concedido o negado el sentenciador. No se refiere a circunstancias objetivas de los medios de persuasión, las cuales fundan el error fáctico, que consiste en ver en la prueba que no existe o en dejar de ver, la que obra en el proceso, lo cual comprende la hipótesis del cercenamiento del real contenido de un medio probatorio o a la adición del mismo.

En cuanto al error de hecho el Tribunal deja de ver que un testigo es sospechoso, cuando no aprecia que carece de las condiciones de exacti

tud, responsabilidad y plenitud, comete error de hecho porque deja de observar cosa que atañen a la objetividad de la prueba.

En cambio, cuando a pesar de haber visto que los testimonios son exactos, responsivos y completos, que no se encuentran en ellos causal de inhabilidad o motivo de sospecha, sin razón, les niega valor de convicción, entonces incurre en error de derecho, desatina relativamente el poder de persuasión que esa prueba tiene.

3.3 ERROR DE DERECHO

A pesar de que el Código de Procedimiento Civil que rige al país desde el primero de Julio de 1971, en punto de valoración de pruebas consagró como regla general el sistema de la persuasión racional, conforme al cual corresponde al fallador ponderar razonablemente su mérito de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como conserve sin embargo la necesidad de observar determinados ritos en la producción de los diferentes medios, el error de derecho, como modalidad de la causal primera de casación, no desapareció absolutamente de su panorama.

Es decir que el error de derecho, en vigencia de acuerdo al nuevo Código de Procedimiento Civil se presenta en los casos en que la tarea valorativa de las pruebas allegadas al proceso, el sentenciador infringe las normas legales que regulan su producción o su eficacia, circunstancias éstas que el censor debe demostrar con cita de las disposiciones pertinentes y con demostración de la influencia del error en la falta

de aplicación o en la indebida aplicación de los preceptos de derecho sustancial que se consideran violados.

3.4 ERROR MANIFIESTO DE HECHO

El error de hecho puede ser de diversas clases: primeramente puede recaer sobre la persona con quien con la intención de negociar o sobre la existencia de determinadas calidades dicha persona, en segundo término puede recaer sobre la misma naturaleza del negocio, en tercer lugar, sobre el objeto. Al lado de estas clases de errores suele distinguirse el error sobre los motivos. La Corte dice :

En casación sólo es palmar o evidente el que salta a la vista. Si el fallador de instancias apoya su resolución en varias pruebas, el recurrente, para salir airoso en su actividad impugnativa, debe atacar todas las pruebas que sirvieron de respaldo a la decisión impugnada, que si el Tribunal tuvo más de un soporte autónomo de su fallo, nada gana el recurrente con destruir varios de ellos si no los derrumba todos, quedando de esta manera uno sólo en pie, el será estribo suficiente del fallo que si no se comprueba, cuando la impugnación se dirige por la vía indirecta, que el error fáctico en que hubiere incurrido el Tribunal, tiene la calidad de ostensible, que el de la estirpe de los palmarios o evidentes, en nada se mejora la situación del recurrente, puesto que no es el simple error de hecho que autoriza la casación, si no el desatino que aparezca de manifiesto en los actos o autos con trascendencia tal que haya sido causa eficiente de la decisión, es de-

cir, con otras palabras, que de no haberse incurrido en ese yerro la resolución del fallador hubiera sido distinta.

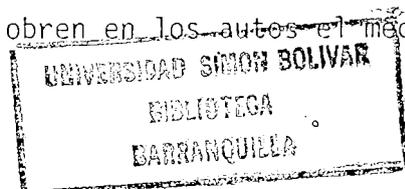
3.5 ERRORES

Errores que puede cometer el juzgador al dictar la sentencia.

La Corte reiteradamente ha dicho:

La Corte reiteradamente en su alta misión de dispensar justicia por medio de las sentencias, fallador puede al realizar la tarea de apreciación probatoria, cometer errores de tal naturaleza que lo induzcan a una equivocada aplicación de la ley sustancial o a una desacertada inaplicación de la misma. Y esos yerros, que pueden ser de hecho o de derecho, tienen trascendencia tal que, sin su ocurrencia en el sentido del fallo hubiera sido diferente al acogido por el Tribunal, entonces pueden fundar un ataque por la causal primera de casación.

Y la posibilidad de un desatino de esa estirpe sólo se presenta en el señalamiento del mérito o valor de persuasión que deba otorgarse o negarse a cada medio de prueba que haya sido llevado al proceso, si no que se presenta, y quizá con más frecuencia en las conclusiones que en el campo fáctico saca el fallador. El error de esta clase se puede presentar si el Tribunal deja de ver, si pasa por alto un medio probatorio que fue aducido legalmente al proceso o adversamente, cuando da por demostrado un hecho fundamental, sin que obren en los autos el medio de



convicción que persuade de su existencia. Variante de estos yerros son los que se cometieron cuando a pesar de que si consta bien la presencia objetiva de una pieza probatoria determinada, el legislador o juez le hace decir lo que ella realmente no expresa o le recortan su contenido verdadero.

Más como antes se insinuó, no sólo todo error de hecho en que haya caído el Tribunal tiene virtud suficiente para aniquilar el fallo. Menester es que dicho error a más de ser trascendente, aparezca de modo manifiesto en los autos. Siendo extraordinario el recurso de casación y no constituyendo una tercera instancia es claro que no basta este recurso, como si se puede en las instancias que le preceden, ensayar simplemente por el impugnador un análisis de la prueba distinta del que hizo el Tribunal para contraponerle al de éste.

Sentencia de Casación Civil del 14 de Julio de 1975.

4. LA FUERZA

4.1 LA FUERZA COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

Algunos doctrinantes opinan de que la expresión legislativa fuerza, como vicio del consentimiento, no debía expresarse la palabra "fuerza" sino que se debía emplear la palabra "violencia" ya que dicen que la fuerza es una consecuencia de la violencia.

Entre los tratadistas del derecho que identifican los términos, se encuentran Marthy y Reinand, y dicen que la fuerza y la violencia, son aquellas coacciones que se ejercen sobre una persona para enderezar su voluntad en determinado sentido y obtener la formación del consentimiento sobre un objeto jurídico. Se ha manifestado de que la fuerza no produce el vicio del consentimiento sino que la amenaza es la que crea un estado psicológico en determinada persona frente a determinado hecho, estado psicológico de inferioridad y así se ha dicho que la persona amenazada y que la amenaza para que pueda viciar el consentimiento debe tener los siguientes elementos: material elemento psicológico, y debe ser injusta.

4.2 ELEMENTO MATERIAL

Son elementos materiales, lo que utiliza el agente para colocar en esa situación de inferioridad al violentado, esos medios pueden ser expresos o tácitos, expresos cuando a la persona se le amenaza con una determinada arma para obrar en determinado sentido. Hay medios materiales implícitos cuando no hay de por medio un objeto sino un cambio de posiciones de la persona, para hacer, obrar, hay una relación de causalidad entre el sujeto pasivo y el sujeto activo.

Nuestro Derecho Colombiano no acoge a ninguna de las dos.

Ambas se encuentran en el Artículo 1513 del Código Civil creándose en él una confusión, dando motivo que la una excluya la otra.

El Código Civil en su Artículo 1513 dice: "La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta a ella, su consorte o algunos de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. El temor reverencial, éste es el sólo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento!"

El Artículo anteriormente expuesto está en concordancia con los Artículos 1029 y 2476; Ley 204 de 1959 Artículo 1º.

Conforme al Artículo 1513 del Código Civil, la fuerza, sea material o moral, no vicia el consentimiento si no cuando es capaz de producir una impresión fuerte a una persona de sano juicio.

La Corte ha dicho que para que exista la violencia es necesario el elemento "Coacta Voluntas" según expresión de los jurisperitos romanos, que consiste en la fuerza que se usa contra alguna persona para obligarla a presión sobre el ánimo que influye de una manera tan determinante en quien padece la violencia, que su voluntad no queda libre sino sometida al agente de la fuerza, tiene ésta carácter su objetivo, porque la violencia no vicia el consentimiento ni inhibe la voluntad, siempre que se ejercita, y por eso es preciso tener en cuenta en cada caso las circunstancias, condiciones, sexo, etc., del que la padece. Tiene también un carácter relativo, porque no es cualquier temor el que constituye la fuerza como vicio del consentimiento o coacción de la voluntad, sino un temor o un mal presente, y de ahí el siguiente texto romano: "Metum praesente suspicionem inferendi ejus". Auto 9 de Junio de 1943 LV 533.

De acuerdo con nuestro régimen legal, y si le damos la estricta aplicabilidad a los Artículos 1513 y 1514 del Código Civil son susceptibles de nulidad por adolecer de vicio en el consentimiento, las enajenaciones son inmuebles, cuando el comprador aprovechándose de las circunstancias de un clima de violencia que ha infundido temor en el ánimo del vendedor, le compra sus bienes. Sentencia 28 de Julio 1958LXXXVIII 561.

La Corte ha dicho en el Artículo 1514 lo siguiente: Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento. "El consentimiento de que trata el Artículo 1514 en relación con el 1502 de nuestro Código Civil, no designa sino la intención ineficaz de vincularse considerada aisladamente en cada una de las partes contratantes de un negocio jurídico. Ello se patentiza si se piensa que para el consentimiento, vincule, configure, la convicción, sea que se trate de una oferta o de una aceptación, se requiere haberlo dado con intención de obligarse y no con otra distinta "Casación 5 de Octubre de 1939 XL VIII , P20"

Podemos concluir que la norma anteriormente citada, no consagra la violencia en los bienes ni en las personas, ha sido una creación doctrinaria, acogida en principio en el derecho francés y posteriormente en el derecho colombiano; para la legislación hasta los descendientes y para la doctrina sobre todo.

Para que la fuerza o violencia sea capaz de viciar el consentimiento se requiere que haya sido determinante, enderazada objetivamente a obtener la desviación de la voluntad de una persona sobre lo que constituye el objeto del acto y del elemento injusto que no le asiste un derecho: Estos se dividen en dos: Violencia física y violencia moral.



5. EL DOLO

El Dolo como Vicio del Consentimiento: El Derecho Romano consideró el dolo como vicio del consentimiento ya que es toda maniobra o artificio que una persona realiza con el fin de inducir a la otra a la realización de un acto jurídico.

Se consideró en la época de los romanos que el dolo podría venir de uno de los contratantes o de un tercero con un resultado jurídico diferente. Cuando era producido por uno de los contratantes, era verdadero dolo que producía vicio del consentimiento, si no que daba lugar a indemnización de perjuicios.

Para los romanos la persona que era sujeto de dolo tenía tres acciones para protegerse: La actio doli; la exceptio doli; y la in integrum restitutio.

El Artículo 63 del Código Civil, en su último inciso define en forma genérica el dolo; cae el Artículo en la intención pero agrega intención positiva. El término positivo lleva el dolo al terreno de la exteriorización en maniobras.

El Artículo citado anteriormente en su inciso primero le da la equivalencia de dolo a la negligencia o a la culpa grave.

La doctrina de Van Thur dice: que el dolo es la conducta que intencionalmente provocó o deja insubsistente una idea errónea que es determinante. Desde los romanos el dolo se ha clasificado así: Dolus bonus, dolus malus, dolo determinante y dolo incidental.

Tanto en el contrato o acto jurídico como en los elementos de las obligaciones, se observa que el contrato de hipoteca llena todos los requisitos de un contrato principal, ya que puede subsistir sin la necesidad de otro a la vida jurídica, a pesar de que los tratadistas sobre esta materia y el Código tienen como un contrato accesorio, confundiéndolo con el derecho de prenda; lo único en que estamos de acuerdo con el Artículo 2432 del Código Civil es que la hipoteca, como contrato recae sobre bienes inmuebles y que es un derecho real.

Sobre el dolo la Corte dice en su Artículo 1515: El dolo no vicia el consentimiento sino cuando obra una de las partes y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra las personas o persona que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra la primera por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado el dolo.

El anterior Artículo está en concordancia con los Artículos 63, 418 , 983, 769, 2343 y 2476.

En su Artículo 1516 la Corte ha dicho: "El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás casos debe probarse. Ejemplo de presunción: de dolo los encontramos en los Artículos 964, 1025, ordinal 5º, 1358 y 2284.

El profesor Eduardo Zuleta Angel sostiene que para que haya dolo son necesarios cinco requisitos a saber:

- Que el dolo haya sido empleado a sabiendas de que se engañaba; es necesario un criterio intencional.
- Que sea reprehensible . Contrario al orden social, inmoral, distinto a las costumbres .
- Que sea ejecutado por el contratante requisito éste que no se da en los otros vicios del consentimiento.
- Que el móvil tenga carácter de determinante.
- Debe ser probado no se presume.

Los grandes expositores estudiando los vicios del consentimiento, considerar las relaciones entre el dolo y el error reconocen de que éste

conduce a aquél; pero justifican la distinción entre los dos entre las otras razones, acerca de las cuales cabe citar por lo procedente de que cuando se alegue el dolo como generador de nulidad, requiere sólo acreditar, en las condiciones legales del caso, los hechos mismos en que consiste ejemplo: (Benness Precis de Droit Civil T II 286). En otras palabras, un error de lo de que de suyo no alcanzarán a viciar el consentimiento de conformidad con lo pertinente en los Artículos 1509 a 1512 del Código Civil viniendo de dolo, por esta sola circunstancia se llega a ese extremo; si de otro lado y apenas hay para que advertirlo, concurren los demás elementos requeridos por el Artículo 1518.

Igualmente observan y puede citarse la obra ("Cours de Droit Civil Positif Francois de Joserrand, II 47, y la Colin y Capitant, Cours Elementaire, de Droit Civil Francais II 38"). Que los hechos generadores del dolo van desde la mentira a las afirmaciones fraudulentas según los casos de acuerdo con las circunstancias y con la vida corriente y normal.

Podemos decir que en lo general se miran con tolerancia benévola ciertos actos de que son ejemplo las exageraciones del vendedor sobre la excelencia de su mercancía, a lo que llegan a lo sumo al llamado dolus bonus y a producir acción de perjuicios; es el dolo malo capaz de invalidar los contratos. Pero para llegar a tanto es necesario demostrar que sin él no se hubiera contratado; así lo establece el Artículo 1515 del Código Civil y el 1616 del Código Francés. De ahí que la distinción entre el dolo principal y el incidental sea aquel (Dolus in causam contractus) capaz de anular, como si se dijera que acción de nulidad cuan-

do ha dado causa, en otras palabras cuando ha sido determinante. (Casación 23 de Noviembre 1936 X L I V 483).

El fraude es una maquinación engañosa para causar perjuicios a terceros y tiende a frustrar la ley de los derechos que de ella se deriven. Está formada por un elemento antecedente, que es el engaño medio o puente para llegar al fraude, que es el fin, objeto que da bases para el engaño.

Engaño y fraude no son sinónimos, puesto que el primero es sólo falta de verdad en lo que se dice, se cree o se piensa, al paso que el fraude es la maquinación para perjudicar a otro. Lo que sucede es que en el fraude el concepto de engaño va unido como atributo que le pertenece por esencia. El dolo no es propiamente el fraude, sino más bien una especie de éste en que el elemento intencional de causar perjuicios a otro predomina, pero en aquel no siempre está condicionado por una maquinación, sino más bien por una sagacidad para causar perjuicios. (auto 9 de Junio 1943, LV 534).

La Corte ha dicho sobre dolo y culpa en su Artículo 63 del Código Civil Colombiano lo siguiente:

La ley distingue tres especies de culpa y descuido:

- Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún en las personas

negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios.

Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

- Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios particulares. Culpa o descuido sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta clase de culpa.

- Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

La Corte dice: Para definir si una persona determinada ha incurrido en culpa grave, levísima o leve, es necesario comparar su conducta con las de las tres categorías abstractas de personas, circunstancias que excluye el examen de elementos objetivos de gran significación, que le quita a la noción de la culpa civil su verdadero alcance científico, a di-

ferencia de la culpa penal, para la cual el Código Penal trae una noción clara y precisa. (Sentencia 28 de Marzo de 1957, LXXXIV, 424).



6. DERECHO REAL

6.1 LA HIPOTECA COMO DERECHO REAL

Derecho Real es el poder que tiene una persona sobre una cosa (Jusinre). Algunos autores consideran el derecho real como una relación de derecho entre el titular del derecho y todas las demás personas obligadas a respetar su derecho. El Artículo 665 del Código Civil dice "Derecho Real es aquel que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona". Los derechos reales son:

- Principales: derecho de propiedad, de herencia y desmembraciones de ese derecho como usufructo, uso, habitación, servidumbres.
- Accesorios: La prenda la hipoteca. De este derecho nacen las acciones reales. La hipoteca según las definiciones antes anotadas es un derecho real y accesorio, porque para que nazca a la vida jurídica necesita de otro derecho; haciendo algunas consideraciones estimo que es un contrato real por excelencia, porque llena todos los requisitos de todo contrato que tiene su fuente principal en las obligaciones.

El contrato de la hipoteca se ha comercializado y modernizado a pesar

de que en nuestros días se sigue rigiendo por las normas del Código Civil Colombiano desde 1873 y que los tratadistas modernos como la junta redactora del nuevo Código de Comercio no le dieron la importancia, a pesar del avance que ha tenido la ciencia jurídica en razón de que el contrato de hipoteca tiene dos acciones para hacer efectiva la obligación, privilegio que no tiene ningún otro contrato y eso lo hace ser principal por excelencia.

La mayoría de los tratadistas afirman de que el contrato de hipoteca es accesorio del contrato de Mutuo, no veo en el sentido jurídico en que se pueda dar esta figura, ya que el contrato de hipoteca en nuestro medio moderno no necesita de otro contrato para nacer a la vida jurídica, porque si analizamos sobre el perfeccionamiento del contrato de mutuo tenemos que éste se perfecciona por medio de la tradición y la tradición transfiere el dominio de las cosas (inmuebles). Al transferirse el dominio de la cosa, no solamente se está dando, sino también se hace la entrega real y material cancelándose la cosa y el derecho inscrito que pesa sobre el bien inmueble; en cambio en el contrato de hipoteca, lo que hace el deudor hipotecario es entregar el inmueble materia del contrato de hipoteca, con el fin de garantizar la obligación, aquí no se transfiere el dominio de la cosa, el deudor hipotecario continúa en el dominio del inmueble; por lo tanto son dos contratos diferentes que tienen vida jurídica independientes y por ende son principales ambos contratos.

6.2 COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE OBLIGACIONES

Todos y cada uno de los bienes y derechos sujetos a hipoteca deben ser de propiedad del titular del inmueble . Esta exigencia se impone porque de conformidad con las reglas de derecho común, sólo el propietario puede disponer de todo cuanto le pertenece y la hipoteca es un típico negocio de disposición. Desde los tiempos antiguos se ha venido admitiendo que la hipoteca es una limitación del derecho de propiedad, en el sentido que a partir del gravamen el titular del dominio ya no dispone de un derecho íntegro y libre en el orden al ejercicio de todas las facultades inherentes a la propiedad. Esta circunstancia explica que desde la constitución de la garantía el titular sólo podrá enajenar el bien inmueble con el consentimiento del acreedor so pena de provocar automáticamente el vencimiento de la obligación. El drástico efecto demuestra la limitación que sufre el titular de la cosa, en el que parecen haber encontrado apoyo algunas opiniones que sostienen que esta clase de garantía real es un principio de enajenación, puesto que con ella el hipotecante cede al acreedor uno de los atributos esenciales del dominio, como es el derecho a que este último se haga pagar con la cosa gravada.

7. LA CAUSA Y LA HIPOTECA

7.1 TEORIA DE LA CAUSA

Sobre la existencia de la causa como consecuencia y como elemento del acto jurídico han existido dos escuelas: La escuela causalista y la escuela anti-causalista.

La escuela causalista defiende la existencia de la causa, debe existir y es incuestionable como parte del acto jurídico; la escuela anti-causalista asume una posición opuesta, sostiene que la causa no debe existir porque es un aspecto difícilmente denominado o definible y es además inconveniente, entre ellos Pianol afirma que todos los problemas al rededor de los actos jurídicos necesariamente se resolverán a través del objeto de las obligaciones del consentimiento, de la capacidad de los contratantes; dice que la causa es falsa, inútil e inconveniente.

Bonfaute observa que en el Derecho Romano "la palabra causa significa igual que la palabra contrato, según esto, la causa no es el motivo, si se quiere, por lo cual la ley reconoce la sanción jurídica, esta es la esencia objetiva de las relaciones entre las partes, el negocio, es decir, que si la causa es el contrato mismo, no puede hablarse lógicamente

te de una causa de contrato".

7.2 LA SIMULACION

En muchas ocasiones se ha dicho que cuando se trata de atacar un acto jurídico, este no puede ser atacado en cuanto no tenga causa si no se recurre más bien a la simulación hay ausencia de causa y se habla de una simulación de carácter absoluto y simulación de carácter relativo.

La simulación de carácter absoluto es aquella en la cual el acto que se crea no viene a modificar el acto, son las escrituras de confianza en donde hay ausencia total de causa lícita. La simulación es relativa, cuando el acto oculto viene a modificar el acto público o aparece como cuando se recurre a la C. V. para modificar.

Esta teoría es relativamente nueva en la jurisprudencia apareció en el año de 1935 para favorecer a los terceros ante maniobras fraudulentas de los acreedores.

Los causalistas sostienen que el contrato simulado es nulo por ausencia de causa porque no existe una obligación recíproca para los contratantes y al no existir hay inexistencia de causa toda vez que parten del punto objetivo.

La simulación es la apariencia, coexistencia de dos actos jurídicos uno

público o aparente , otro falso o mentiroso; por regla general la simulación está dirigida a defraudar los intereses de terceros.

7.3 ACTO JURIDICO

La gran mayoría de autores han definido el acto jurídico como el hecho jurídico voluntario, se dice que es la manifestación de voluntad encaminada a la producción de efectos jurídicos, tales como modificación , creación, o extinción de una relación jurídica. El tratadista Alesandri Rodríguez expresa: "Clásicamente el acto jurídico se define como la manifestación de voluntad que se hace con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho".

De acuerdo a lo anterior dos serían las características que la doctrina clásica asigna al acto jurídico:

- La manifestación de voluntad de una o más personas.
- La intención de producir efectos jurídicos.

La diferenciación consiste en que los actos jurídicos se realizan con la intención de producir efectos en el derecho, y, en cambio los hechos jurídicos se realizan, sea porque emanan de la naturaleza o sea porque el hombre los ejecuta sin la intención de tal efecto. La voluntad de que proviene el acto jurídico puede ser recíproca, vale decir, emanar de diversas partes que intervienen en él o ser simplemente unilateral,

esto es que la obligación surja exclusivamente de la declaración de voluntad de la persona que se obliga.

El acto jurídico es el instrumento que tienen las personas para regular sus diversos intereses. Para V Scialoja la teoría del acto jurídico tuvo su origen en la mitad del siglo pasado; Hugo (1805) fue quien primero hizo la distinción entre acciones humanas y negocio jurídico en la doctrina del derecho común, pero esta teoría es de abolengo romano y figura del Código de Prusia de 1794, Artículo 32 y siguientes del título III y 1º del título IV de la primera parte. Según Alfredo Orgaz, la doctrina francesa y la italiana la han ignorado hasta comienzo de este siglo sin desconocer que los Códigos respectivos hablaron de los actos jurídicos; pero en el Código de Napoleón, como en los dos italianos el vigente y el inmediatamente anterior, las reglas generales que suelen asignarse a los actos (o negocios) jurídicos se hayan establecido sólo con relación a los contratos y testamentos.

Algunos Códigos acogen el concepto de acto o negocio jurídico denominándoles "actos jurídicos" como los del Brasil (Artículo 81 s.s.), y otros hablan específicamente del negocio jurídico como el Código Alemán (libro 1º sec. 3 del Código Civil). El Artículo 944 del Código Civil Argentino define así el acto jurídico: son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos, concepto que sigue como lo observa Orgaz, las definiciones de Savigny, Ortolan y Freitas, en efecto Savigny expresa lo siguiente:

"En cuanto a los actos libres de voluntad del agente es susceptibles de dos modos de actividades :

- Puede tener por objeto inmediato formar destruir la relación de derecho, aun cuando no sea si no es un medio de conseguir un fin ulterior no jurídico; y entonces se llama a los hechos de esta especie manifestaciones de voluntad.

- Puede tener directamente por objeto un fin no jurídico, de suerte que los efectos jurídicos aparezcan a la conciencia como subordinados o no aparezcan en absolutos".

Ortolan dice: "Hay ciertos hechos que tienen especialmente el objeto de establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar , transferir o aniquilar derechos. Estos hechos son los que designamos bajo la calificación general, aunque no romana, de actos jurídicos".

La doctrina alemana distingue entre negocios de declaración y " negocio de voluntad", aplicando a cada uno de estos tipos reglas diferentes. Orgaz define el acto jurídico como el conjunto de elementos de hechos en que se contiene una o varias manifestaciones de voluntad privada que debe producir determinadas consecuencias jurídicas de conformidad con la ley y con el querer de los otorgantes.

Así, pues, el acto jurídico es ante todo un acto voluntario, lícito que contiene una o varias manifestaciones de voluntad privada y que por con

siguiente, produce efectos jurídicos. En general, los efectos o consecuencias jurídicas, son la adquisición, la modificación o la pérdida de un derecho u obligación.

7.4 COMPARACION DE LA HIPOTECA CON LA PRENDA

Entramos a definir lo que significa la palabra "prenda": Alhaja que se da para seguridad de una deuda o contrato.

El Código de Comercio en su Artículo 1200 dice: "Podrá gravarse como prenda toda clase de bienes muebles. La prenda podrá constituirse con o sin la tenencia de la cosa".

Si hacemos un análisis de la norma anteriormente citada y en la definición de la prenda, desde el punto de vista jurídico se encuentra una estrecha relación con el Artículo 2432 del Código Civil al que la prenda recae o cae sobre muebles, no así sobre inmuebles, por lo tanto la hipoteca es un contrato principalísimo, porque puede recaer a la vida jurídica sin ayuda de otro contrato y que existe una diferencia marcada entre el contrato de prenda y el de hipoteca además dicha norma del Código Civil considero que hubo una equivocación al tener la hipoteca como un derecho prendario.

El mismo Código de Comercio en una de sus normas dice: que podría empeñarse cosa ajena sin autorización del dueño. Esto no sucede con la hipoteca ya que en ella lo que se hace es dar un bien inmueble como garantía, para respaldar una obligación y ese inmueble debe ser de pro -

piedad del deudor hipotecario, por tratarse de un derecho real y para perfeccionarse debe llenar ciertas formalidades que la ley señala para esta clase de contratos .

En el contrato de hipoteca si se sabe quien es verdadero titular del bien inmueble, en cambio en la prenda no se llenan estas clases de formalidades que la ley exige y por ende lo puede ejercer cualquier persona y casi siempre es un bien mueble.

El Artículo 1204 del Código de Comercio nos explica cuando el contrato de prenda es con tenencia, lo mismo nos habla el Artículo 1207 de la misma obra sobre el contrato de prenda sin tenencia . Aquí encontramos una diferencia por lo que es un capítulo especial, más no para el contrato de hipoteca, siendo el contrato de hipoteca de acuerdo a las técnicas jurídicas modernas un contrato comercial, este Código trata la hipoteca en su Artículo 1570 y siguientes, pero habla de exclusivamente de naves pesqueras y las aeronaves; de esta forma colabora con el Artículo 2443 del Código Civil en virtud de que esta norma se refiere a la propiedad, sino también sobre el usufructo o sobre naves. El contrato de hipoteca de acuerdo a la evolución del derecho moderno mercantil es común a todos los establecimientos comerciales especialmente en los créditos como en las instituciones bancarias. Por lo tanto siendo este un contrato comercial se sigue rigiendo por las normas del Código Civil .

Por razones de que el Artículo 2448 del Código Civil dice que el dere

cho hipotecario tiene para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas dadas en hipoteca, los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda. Nos está diciendo o nos da a entender que la prenda es lo mismo que la hipoteca; la diferencia es grande dado que la prenda es siempre accesoria, lo que no sucede con el contrato de hipoteca que hoy por hoy subsiste sin estar sometido a otro contrato, por lo tanto es actualmente un contrato principal.

El Artículo 28 de la ley 95 de 1890 que modifica el Artículo 2449 del Código Civil y que 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 éste el derecho de preferencia que corresponde a la primera".

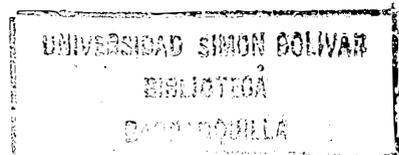
Esto quiere decir que se puede renunciar a la acción hipotecaria real constituida sobre el bien inmueble que se dio para garantizar la obligación y ejerce la acción del crédito o personal o persiguiendo los demás bienes muebles o inmuebles de propiedad del deudor hipotecario o el patrimonio de su propiedad fuera de aquel inmueble que dio en garantía en el contrato de hipoteca con el fin de que el acreedor hipotecario se pague su obligación, más las indemnizaciones a que diere lugar por mora en el pago por el término acordado y aceptado por el deudor hipotecario en la obligación pactada en el acto jurídico y contenida en el instrumento público como es la escritura.

8. LA COSTUMBRE

La Costumbre Mercantil: Según el Código de Comercio, la principal fuente del derecho comercial la constituye la costumbre mercantil y la costumbre comercial siempre y cuando se adecúe a los principios *Segundum legum y prestes legen* y siempre que no contraríen manifiestas y expresamente las leyes según se desprende de lo dispuesto en el Artículo 13 de la ley 153 de 1887 .

La norma de derecho comercial de quien las operaciones propias de este género de objetivo es de mayor rendimiento y productividad, lo que implica el mayor tiempo posible y la búsqueda de un mejor aprovechamiento económico, lo que hace es que se alimenta de la costumbre en este tipo de operaciones, siempre que dichas costumbres sean general, manifiesta y uniforme..

El Artículo 3º del Código de Comercio el cual me permito transcribir , trata sobre la costumbre mercantil y que a la letra dice: La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial siempre que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniforme y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ellas.



En derecho o defecto de costumbre local tendrá en cuenta lo general del país; siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior.

Si bien es cierto que por naturaleza de los contratos, estos pueden ser principales y accesorios, que implica la existencia de dos contratos; pero en el caso del contrato de la hipoteca siempre es principal no es accesorio actualmente ; esto de acuerdo al derecho moderno .

A medida de la agilidad, que cada vez es mayor las operaciones comerciales y mercantiles se han hecho costumbre la celebración del contrato de hipoteca que tradicionalmente lo han considerado como un contrato accesorio, siendo un contrato principal .

El Artículo anteriormente descrito no está demostrando que tiene la misma autoridad que la ley comercial, desde luego mientras no la contrarie en forma manifiesta y tácitamente, esto demuestra que la hipoteca como contrato en los actuales momentos es un contrato principal. Si miramos o hacemos un estudio detenido de las instituciones crediticias, observamos que primero se hace o constituye el contrato de hipoteca, firmando la escritura pública y luego llevándose a la respectiva oficina de registro, con el fin de que se inscriba dicho acto jurídico y es cuando se le va a entregar el dinero al deudor hipotecario que acordó el acreedor hipotecario después de aceptar la oferta que le hiciera el deudor al poner en consideración el proyecto del acto jurídico.

9. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

9.1 INTERPRETACION GENERAL

La interpretación en general está encaminada a precisar el sentido y el alcance de un precepto legal, según las doctrinas la interpretación dirigida en lo más profundo de dicho contrato .

En los contratos, la interpretación está dirigida a desentrañar al verdadero sentido de cada una de las cláusulas del contrato. Se han definido dos criterios o métodos de interpretación como son el criterio objetivo y el criterio subjetivo.

El criterio subjetivo responde a lo que la interpretación de la ley se denomina método exegético es decir, se interpreta la cláusula según sus términos literales, se entiende más en el fondo de las palabras, a su significado etimológico o gramatical independientemente a lo que han querido expresar los contratantes; Artículo 25 del Código Civil. El criterio o método subjetivo es antagónico al anterior. Es aquel que se orienta a investigar y descubrir la voluntad real de las partes, se encuentra la verdadera intención de los contratantes sin hacer énfasis en el significado etimológico o gramatical de las normas.

Nuestra legislación en su Artículo 1618 del Código Civil acoge el criterio subjetivo. Este criterio se conoce también con el nombre de la teoría de la voluntad interna y psicológica.

La misma norma concedida o sea el Artículo 1618 del Código Civil dispone que conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; si en la legislación se adoptó este criterio, no puede hablarse de la existencia de éste sin prescindir del criterio objetivo, porque se trata de interpretar los contratos en su contenido, en toda su extensión y su alcance jurídica.

9.2 INTERPRETACION DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINAL

Desde el punto de vista doctrinario, la interpretación puede ser auténtica y judicial.

La interpretación auténtica es aquella que realizan los contratantes en el desarrollo o ejecución del contrato. Interpretación judicial, es la que realiza el juez cuando se trata de precisar el verdadero alcance de intención de los contratos, por lo tanto es distinto interpretar judicialmente que calificar un contrato.

La calificación lleva al juzgador a determinar la naturaleza jurídica del contrato, que clase de contrato es, con las consecuencias mientras que en la interpretación va a precisar cual es el alcance de una o varias cláusulas sobre las cuales hay disparidad.

Si analizamos los Artículos 1618 y 1624 del Código Civil sobre interpretación de los contratos podemos deducir cuatro clases de interpretaciones:

- Prevalencia del criterio intencional.
- Unidad contractual.
- Aspectos de analogía contractual.
- Interpretación a favor del deudor.

La unidad contractual; el contrato es un todo armónico y la interpretación que se le da a cada una de las cláusulas debe hacerse unas a otras de manera que haya interpretación.

La analogía contractual consiste en la aplicación de una norma a un caso similar que no ha sido contemplado en la ley. En tratándose de la analogía contractual y agotado los medios por el legislador para interpretar los contratos, se recurre a un contrato de la misma naturaleza que las partes hubiesen contratado con los siguientes requisitos:

- Identidad del objeto de la obligación.
- Identidad jurídica de las partes.

Si se dan estos dos requisitos se puede aplicar el principio de la analogía contractual.

La interpretación a favor del deudor significa cuando se presenta la congruencia, ambigüedad en una cláusula ésta debe interpretarse a favor del deudor.

Si presenta la excepción en el caso o en el evento que esa cláusula ambigua hubiera sido dictada por el deudor al acreedor y esa ambigüedad surge de la falta de explicación de quien la dictó esa cláusula se tendrá en contra de quien la dictó .

9.3 LA LEY CONTRACTUAL

Tratándose de contratos encontramos dos clases de ley, como la ley material y la ley contractual.

La ley contractual la podemos definir como aquella que surge del Artículo 1602 del Código Civil que a la letra dice: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

La ley 153 de 1887 en su Artículo 38 establece que en todo contrato se entenderán involucradas las leyes vigentes en el momento que se perfeccionen así no hayan sido conocidas por los contratantes; dicho Artículo de la ley citada presenta dos consecuencias :

- Que la ley vigente en el momento que se perfeccionó el contrato y que determina los requisitos que deben aplicarse, así en el futuro hubiese sido derogada.

- Por leyes interpretativas; no puede menoscabarse las estipulaciones que se hicieron en el respectivo contrato.

Si bien es cierto que la ley que rige es la que existe en el momento en que se celebró el contrato pero cuanto haya referencia a la nueva ley se aplicará esta en cuanto a los procedimientos para hacer efectivas las obligaciones anteriores.

Esta es la forma que se le debe dar al contrato de hipoteca en este momento, cuando ha cambiado de acuerdo a las costumbres mercantiles y la evolución que ha tenido el derecho, una interpretación jurídica como contrato principal, y no en el que se le venía dando desde hace 100 años que es el derecho prendario y un contrato accesorio, ya que la hipoteca era el que garantizaba la obligación del contrato mutuo, que venía a ser el contrato principal. Como lo podemos observar en este momento de la transformación del derecho, su procedimiento es como todo contrato real principal, desde que se hace la oferta hasta cuando concluye con el registro de la escritura pública.

El Código Civil dice: Las estipulaciones regularmente acordadas informan el criterio para definir en cada caso las obligaciones y derechos establecidos en el pacto; sus cláusulas o condiciones son ley para las

partes, en cuanto pugnen con las disposiciones de orden público ni con expresas prohibiciones legales. En este caso la ley concede la facultad para que los contratantes estipulen libremente y así sólo a falta de esto entran en juego las normas del Código Civil para suplir, por decirlo así la voluntad de los que intervienen en esta clase de convenciones. En el caso que las estipulaciones contractuales sean ambiguas, poco claras o deficientes, la ley da normas para definir las deudas y para desatar las situaciones conflictivas que se presenten por esa causa (sent S. de NG 23 de Agosto 1945, LIX 1097).

9.4 CONTRATO

El contrato es un hecho jurídico complejo por exigir varios supuestos. En primer término requiere de dos partes contratantes y sus respectivas declaraciones de voluntad sobre el contenido u objeto; en segundo lugar muchos contratos exigen que las declaraciones de voluntad sean escritas en una forma determinada (los contratos solemnes), finalmente, existen contratos que para su perfeccionamiento requieren del asentimiento o aprobación de un tercero o de autoridad judicial. Así mismo, existen contratos que se forman en un sólo instante, y hay otros en cambio, que requieren un proceso en formación. La Corte ha dicho :

Es ley para las partes. En virtud del principio de irretroactividad de las leyes, los contratos no pueden ser regidos por ley posterior a su celebración. Las relaciones jurídicas nacidas en el pasado se rigen por las leyes vigentes entonces.

(Sentencia de casación civil de 14 de Agosto de 1975, dictado en el proceso ordinario de Josefina Sabogal frente a Carlos L. Quintero. Magistrado, ponente: Doctor Germán Giraldo Zuluaga).

En campos que no están gobernados por leyes que miren al orden público como las llamadas imperativas, el legislador ha otorgado a las personas la importante facultad de crear reglas a las cuales quedan sujetas obligatoriamente, cual si se trata de ordenamientos legales. Pero los acuerdos nacidos del concurso real de voluntades de quienes la pactan, no tienen la generalidad que es característica de la ley, cuyo imperio se extiende a todos los súbditos, en los contratos sólo obligan a quienes contribuyen a su formación, vale decir, a los contratantes y no a los terceros. Y es tal su obligatoriedad y tan firme su fuerza unitiva entre las partes que el "Vinculun iuris" originado en el concierto de voluntades no puede ser variado por leyes posteriores a su formación, siempre que éstas regulen solamente temas del orden jurídico privado, en virtud del principio de la irretroactividad, es claro que la nueva ley puede entrar a regular relaciones jurídicas futuras, es decir, las que nazcan después de que ella entre en vigencia, con la cual quedan fuera de su alcance las relaciones nacidas en el pasado.

En el Artículo 1602 del Código Civil y de una manera muy viva, está asentado el principio de la obligatoriedad de los convenios. Allí se expresa que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes y que no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Cuando Carlos L. Quintero contrajo la obligación de pagar el precio por contados en las fechas convenidas se situó, desde el punto de vista jurídico en la necesidad de ejecutar en el término pactado y no después, la prestación debida. Y como el contrato celebrado era bilateral, incumpliendo. Quintero la cedente Sabogal de Vargas, como acreedor tenía el derecho alternativo de pedir el cumplimiento del contrato o demandar la resolución del mismo, en ambos casos con indemnización de perjuicios como antes del pago del precio se hubieran girado los dos títulos valores referidos no constituyen novación. Con el recibo de los cheques no quedó oportunamente cumplida la obligación de pagar el precio de la enajenación, de tal manera que definitivamente quedará cerrada la posibilidad de que el cedente pudiera demandar la resolución del contrato, para ejercer sólo la acción cambiaria proveniente del no pago de los cheques.

Si la demandante podía promover la petición de que se resolviera el contrato, es claro que el Tribunal no erró el camino al confirmar la sentencia que lo declaró resuelto.

10. PROMESA DE CONTRATO

10.1 LA PROMESA DE CONTRATO

Es una etapa inmediatamente anterior a la celebración del respectivo contrato; esta etapa es discrecional o facultativa.

En los contratos administrativos de compraventa de bienes inmuebles la promesa de contrato es un requisito sine qua-non.

Los pre-contratos o promesa de contratos pueden ser unilaterales o bilaterales. Es unilateral cuando habiendo convenido ambos contratantes sobre los elementos del contrato, resuelven que uno de ellos se obligue a concluir el contrato definitivo en el caso de que el otro contratante decida celebrarlo. El vendedor puede obligarse a vender, si el comprador resuelve comprar. Es bilateral cuando ambos contratantes se obligan mutuamente a concluir el contrato. El vendedor se obliga a vender y el comprador a comprar, cumplida una condición o un término.

La promesa de contrato antes de la expedición de la ley 153 de 1887, estaba disciplinada por el Artículo 1611 del Código Civil conforme a este precepto, la promesa de contrato no generaba obligaciones, los doctrinan

tes no han encontrado explicaciones sobre el origen del Artículo 1611 del Código Civil. En este precepto la promesa de contrato genera obligaciones de hacer, pero para que esa promesa de contrato produzca algún efecto, para que se pueda predicar su existencia, debe reunir cuatro requisitos que faltando uno de ellos no tiene validez. Ellos han encontrado el origen del artículo mencionado del Código Civil con la ley 153 de 1887 en su Artículo 89 que subroga al artículo mencionado del Código Civil y que debe ser :

- Que conste por escrito.
- Que el contrato que se promete no sea de aquellos de que la ley declara ineficaces según el Artículo 1511 del Código Civil.
- Que para su perfeccionamiento del contrato prometido sólo falte la tradición o las formalidades legales.
- Que contenga un plazo o condición del cual se desprenda la fecha en que se ha de realizar el contrato prometido.

La promesa de contrato no es un pre-contrato, es un verdadero contrato que genera una obligación de hacer y que encuentra su cumplimiento en el Artículo 501 del Código de Procedimiento Civil.

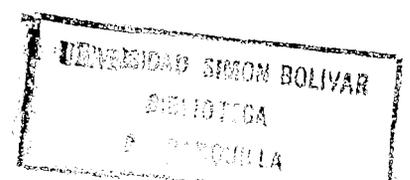
Este artículo del Procedimiento Civil, regula la forma como se debe cumplir o darse cumplimiento a la promesa de contrato que he hablado ante-

riormente, en caso de incumplimiento del promitente vendedor; sin embargo, sobre este Artículo existe disparidad de concepto ya que unos dicen que el escrito debe tener carácter de público, y otros dicen que no debe tener dicho carácter de público.

Como se trata de una obligación, hacer la promesa de contrato de acuerdo con la norma del Código de Procedimiento Civil antes citada, este debe reunir los requisitos. La constancia por escrito, o sea los mismos requisitos que exige la norma sustancial. Sobre la promesa de contrato los tratadistas han discrepado mucho; algunos dicen que dicha promesa de contrato así sea de bienes muebles o inmuebles, necesariamente requieren de escritura pública, aquella promesa de contrato que así lo exija. Estos aplican el Artículo 27 del Código Civil la Jurisprudencia, los Tribunales y la Corte, han acogido estas tesis, es decir que cuando se celebre por documento privado o público tiene validez.

Sobre el perfeccionamiento del contrato prometido que sólo falta la tradición o las formalidades legales, como sucede en la compraventa de bienes inmuebles que faltaren en el otorgamiento de la escritura pública. Caso que en los medios mercantiles y de comercio está sucediendo con el contrato de hipoteca a diferencia de que aquí no se tradita o transfiere la entrega del inmueble, pero si se da el inmueble en garantía de la obligación convenida.

Pero tratándose de promesa de venta de bienes inmuebles es necesario



además que ese bien esté individualmente o individualizado por sus linderos. La Corte ha dicho:

Exhaustivamente lo ha dicho la Corte, con fundamento en la preceptiva legal pertinente, que la promesa de celebrar un contrato es hoy, por virtud de lo establecido con el Artículo 89 de la ley 153 de 1887, fuente jurídica de obligaciones, cuando en su celebración se observan todos los requisitos y circunstancias que dicha disposición determina. Pero ha dicho también que las obligaciones dimanadas de la promesa de celebrar un contrato no pueden confundirse con las que provienen del contrato a que la promesa se refiere, ya celebrado, pues que una y otra son completamente distinta. La promesa de celebrar un contrato genera para los estipulantes de ella, como única obligación propia, el deber de perfeccionar el contrato prometido, obligación es entonces de hacer y no dar. Tratándose, como en el presente caso se trata, de la promesa de venta de un inmueble, los promitentes sólo se obligan a otorgar, salvo estipulaciones adicionales, a otorgar las correspondientes escrituras de venta dentro del plazo convenido y en los términos y condiciones consignadas en el escrito."De la promesa de compraventa. Ha dicho la Corte: Nace como obligación específica para cada una de las partes de concurrir a la celebración eficaz del contrato prometido en el término o al cumplimiento de la condición al efecto estipulado.

Esto es como lo enseña la doctrina, sólo produce obligaciones de hacer. Tratándose de la promesa de compraventa quiere decir que los derechos y obligaciones que la promesa como tal encarna, no son los mismos que la

compraventa genera, esto, es, que la promesa no confiere al promitente vendedor título alguno al pago del precio, ni al promitente comprador título alguno de la entrega de la cosa, efecto que solamente originará la compraventa en cuanto sea celebrada, pero que no podrán ser subsanada por la mera promesa cuyo poder vinculatorio no va más allá de obligar mutuamente y recíprocamente a las partes de la celebración del contrato prometido". (Casación civil de 28 de Julio de 1960 G. J. Tomo X G III-114).

10.2 EXTINCION DEL CONTRATO

Según la norma del Código Civil los contratos pueden extinguirse por mutuo sentimiento de las partes y por las causas legales; sin embargo, hay un intermedio y es la desición unilateral de una de las partes, la promesa por el mutuo consentimiento, un fundamento doctrinario y legal.

Los Artículos 1602 y 1625 del Código Civil según las cuales las obligaciones pueden extinguirse por una convención en que las partes decidan declararla nula. No se trata de que las partes declaren nulo, es la jurisdicción las partes rescinden el contrato.

De acuerdo al Artículo 1625 del Código Civil "Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula . Las obligaciones además se extinguen, en todo o en partes :

- Por la solución o pago en efectivo.

- Por la novación.
- Por la transacción.
- Por la remisión.
- Por la compensación.
- Por la confusión.
- Por la pérdida de la cosa que se debe.
- Por la declaración de nulidad o por la rescisión.
- Por el evento de la condición resolutoria.
- Por la prescripción.

Como podemos observar una vez más dentro de las formalidades de la terminación de los contratos, como contrato tal que es el contrato de hipoteca es la forma o una de las formas que se le pueden aplicar en la terminación de conformidad al Artículo 1625 del Código Civil por las condiciones que van incluidas en forma expresa en dicho contrato de hipoteca, más no en el contrato de mutuo.

Si desaparecen las obligaciones en que ella se hubieren pactado mal po

dríamos afirmar que la hipoteca es un contrato accesorio actualmente.

11. PROCEDIMIENTO DE LA HIPOTECA

11.1 PROCEDIMIENTO DEL ACTO O CONSTITUCION DEL ACTO JURIDICO DE LA HIPOTECA

La hipoteca según el Artículo 2432 del Código Civil es un derecho de prenda constituido por inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor. "Es un derecho real accesorio, indivisible, y el bien no deja de permanecer en poder del deudor.

El Artículo 1592 del Código Civil define la cláusula penal como "aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal". Y la prenda es definida por el Artículo 2409 del Código Civil como la entrega de una cosa inmueble a un acreedor para la seguridad de su crédito"

Para constituir el acto jurídico de la hipoteca es necesario llenar los requisitos siguientes:

El presunto deudor hipotecario tiene que presentar a la institución crediticia un formulario con los siguientes ítem :

- Nombre del solicitante del cónyuge y de otra persona que aporte.

- Balance general del solicitante relacionado con el activo y el pasivo, específicamente en forma clara y precisa sobre sus ahorros, citando las corporaciones dando una descripción de los bienes raíces, además sobre maquinarias, vehículos, equipos, deudas vigentes y papeles de inversión.

- El formulario debe ir debidamente firmado con sus respectivos documentos de identidad de las personas que aparecen inicialmente en el formulario.

- Fotocopias debidamente autenticadas en una notaría de las declaraciones de renta de las personas que aparecen en el formulario.

- Certificación por escrito de los sueldos que devengan en ese momento los solicitantes.

- Demás copias o certificaciones de relaciones que hacen sobre el aporte.

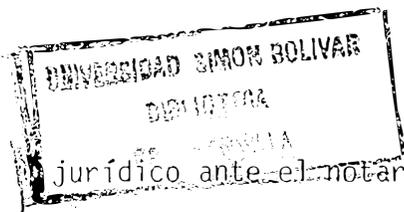
- Al formulario y a los documentos hay que agregarle o anexarle la solicitud de la proposición de la oferta; sobre el contrato de hipoteca con el fin de que le faciliten la totalidad de dicho dinero para la adquisición del inmueble; proponiendo en la oferta del inmueble materia de la adquisición para garantizar la obligación a través del contrato de hipoteca.

La institución crediticia estudia la oferta por intermedio de su oficina jurídica con el fin de aceptar dicha oferta o rechazarla o modificarla de acuerdo al avalúo del inmueble, estas entidades tienen una tabla de porcentaje para darle aplicación de acuerdo al avalúo del inmueble. Para decidir, producida la aceptación del presente acreedor hipotecario, quien fuera la persona o personas que hicieran la oferta del proyecto del acto jurídico de la hipoteca en esta aceptación le dicen a la clase de hipoteca que se va a constituir, por lo regular y de acuerdo a la costumbre mercantil o del derecho comercial moderno es una hipoteca de primer grado, los documentos que tienen que llevar para constituir la promesa del contrato de hipoteca.

11.2 PROYECTO DEL ACTO JURIDICO O PROMESA DE CONTRATO DE LA HIPOTECA

Reunidos todos los elementos o documentos de juicio para la elaboración de la promesa de contrato de hipoteca se lleva a efecto el acto o promesa con las firmas de las partes contratantes, quedando en forma implícita, expresa la fecha en que han de elaborar y firmar la escritura pública, en la cual se halla el contrato de hipoteca, el recorrido que hay que darle al acto jurídico en todo esto está demostrado que el contrato de la hipoteca, está surgiendo a la vida jurídica por sí sólo sin la ayuda de otro contrato esto no es todo para demostrar que si el contrato de hipoteca se le puede calificar de contrato principal.

Una vez firmada la escritura pública en la cual se constituye el acto



jurídico ante el notario público, se lleva a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, para el registro del gravamen hipotecario para que se inscriban en los libros de registros el contrato de hipoteca por el cual se dio un bien inmueble para garantizar una obligación convenida entre las partes contratantes que aparecen en ella. Una vez registrada y sellada la copia de la escritura la pasa al deudor hipotecario al acreedor con el fin de que este haga entrega del dinero de lo antes acordado de conformidad a la escritura de constitución de la hipoteca.

Después de haber hecho estas aclaraciones y de los requisitos que tienen que llenar para que se pueda constituir el contrato de hipoteca estoy demostrando, que el contrato de hipoteca no es necesario, ni que es un derecho prendario, porque tiene vida jurídica independiente de acuerdo a la costumbre mercantil y comercial, porque desde el momento mismo que se hace la oferta hasta que se consuma el acto jurídico podemos decir que es un contrato principal, no tiene la necesidad de vivir ligado a otro contrato principal, esta forma eficaz para darle fortaleza a la obligación que en él se pacta, por eso tenemos que hablar de lo que la oferta y la aceptación para que quede clara su forma de nacer a la vida jurídica en el contrato de hipoteca y como se proyecta en el medio comercial, rigiéndose por las normas del Código Civil.

11.3 LA OFERTA

La oferta es el proyecto definitivo de acto jurídico que se somete a

la aprobación de una persona, quien hace la oferta se llama oferente y quien la recibe o se dirige destinatario, si dicha oferta se hace a un número indeterminado de personas recibe el nombre de póliz. Los requisitos de la oferta son: Seria, expresa, completa y, dirigida a un destinatario.

La oferta para que sea seria necesita que en la intención del oferente debe existir un deseo irrevocable de constituir el acto jurídico que se somete a la consideración de persona. Esa seriedad es la que está señalada con la responsabilidad civil precontractual.

La oferta debe ser completa en forma determinante y específica, debe contener todas las condiciones, requisitos y circunstancias de que forma o como ha de concluir el acto jurídico que se está proponiendo al destinatario, en este caso al presunto acreedor hipotecario ya sea persona jurídica o natural.

Que la oferta debe ser dirigida a un destinatario, esta puede ser en forma determinada o indeterminada a una persona natural o persona jurídica. Si la persona es indeterminada sería póliz, puede suceder que la oferta sobre el acto jurídico sea dirigida a las instituciones crediticias o también a las personas naturales que estén interesadas o en la constitución de la hipoteca.

11.4 LA ACEPTACION

La aceptación de la oferta es la manifestación positiva que hace el

destinatario de querer concluir el acto jurídico ometido a su consideración: La aceptación puede ser de la siguiente manera: Verbal, escrita, entre presentes y, entre ausentes.

En la oferta entre presentes deben estar las personas físicas en el momento de hacerse la oferta, lo que no sucede con la oferta entre ausentes, hay distanciamiento entre el oferente y el destinatario.

El nuevo Código de Comercio establece la oferta por medio del teléfono, y para efectos de aceptación se entiende que ha sido entre presentes.

Cuando la oferta es por escrito, esta debe responderse dentro de los seis días a la fecha en que se hace, a diferencia del Código anterior que sólo requería 24 horas siguientes a recibirse la oferta. Si el beneficiario está distante del lugar se tendrá en cuenta el transporte de acuerdo a la distancia. La aceptación debe ser pura y simple, es decir, no puede estar condicionada a ningún evento ni sujeta a plazo.

Si la aceptación contiene una modificación a la oferta inicial, esta se tiene como una nueva oferta, lo mismo si se hace la aceptación en forma extemporánea queriendo decir con esto, si la oferta se hace fuera del término entonces, se dice que hay una nueva oferta en dos eventos. Vemos en estos fenómenos jurídicos el proceso que tiene el contrato de hipoteca para la constitución, es propio de todo contrato principal autónomo e independiente que tiene su propio procedimiento en caso de incumplimiento, más no hay que recurrir a procedimientos de otros

contratos, aquí observamos la importancia que tiene el contrato de hipoteca que se ha hecho popular en los medios comerciales y mercantiles.

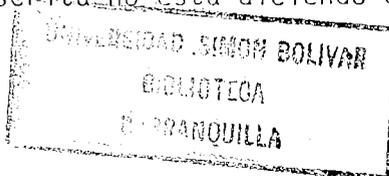
12. DEFINICION DE LA HIPOTECA

12.1 LA HIPOTECA EN EL DERECHO COLOMBIANO

La definición que da el Código Civil en su Artículo 2432, no es exacta y en esto están de acuerdo muchos autores del Derecho Civil. Esta definición presta confusión con la "prenda" forma ésta la cual he hecho mención anteriormente cuando trato de dar una definición en forma más o menos clara y precisa sobre el Derecho Prendario y también sobre la hipoteca, transcribiendo la norma pertinente, analizandola con el fin de tratar de demostrar el error en que se encuentra el actual Código Civil haciendo algunas consideraciones son dos polos opuestos en las definiciones, tanto en la prenda como en la hipoteca. Para complementar que anteriormente hice sobre la hipoteca en su Artículo 2432 del Código Civil éste se refiere en otros Artículos sobre el particular; por ejemplo el Artículo 2433 dice:

"La hipoteca es indivisible. En consecuencia cada una de las cosas hipotecadas una deuda y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda deuda y cada parte de ella".

La norma anteriormente citada y transcrita no está diciendo que la hi-



poteca o el contrato de hipoteca, una vez constituido, la obligación que nace de dicho contrato es indivisible y por ende solidaria, cualquiera de las partes que integran o se integra como deudor hipotecario, es solidario con ella, puede hacerse efectivo el contrato de hipoteca, no solamente responde el inmueble que se dio en garantía para dar cumplimiento a la obligación pactada en el contrato de hipoteca, ni su cuota que le haya pertenecido en la misma, sino que su otro patrimonio es perseguido para hacer efectiva la obligación, cualquiera de los deudores responderán con su patrimonio, en otras palabras, dicha obligación se hace indivisible para cualquiera de ellos y así el acreedor hipotecario puede hacerla efectiva.

12.2 EXTINCION DEL CONTRATO DE HIPOTECA

De acuerdo con el Artículo 2457 del Código Civil del cual me permito transcribir y que a la letra dice :

"La hipoteca se extingue junto con la obligación principal, se extingue, así mismo por la resolución del derecho que la constituyó, o por el evento de la condición resolutoria según las reglas legales. Se extingue además, por la llegada del día hasta cual fue constituida.

Y por la cancelación que el acreedor acordare por escritura pública de que se toma razón del margen de la inscripción respectiva".

Del anterior Artículo transcrito se puede sacar como conclusión que la

hipoteca se extingue o el contrato se extingue por la resolución del derecho que él se constituyó por el evento de la condición resolutoria por llegar el día del plazo o vencimiento, por la hechura de la escritura que hubiere acordado el acreedor y por el pago de la obligación. Estos son fenómenos que se incluyen en los contratos principales, mal podrían decirse como lo dice la primera norma citada en su inciso primero que la hipoteca se extingue con la obligación principal.

El contrato de hipoteca es un contrato principal como lo he manifestado en el presente trabajo; el contrato de hipoteca o la hipoteca para que nazca a la vida jurídica no necesita de otro contrato por poseer la esencia de todo contrato; en este caso lo principal es el contrato de hipoteca, como base principal para que éste se extinga es el pago, en cualquier tiempo o dentro del término pactado: Con esto quiero decir que el deudor o deudores pueden cancelar el crédito hipotecario sin haberse cumplido el vencimiento, o esperar el vencimiento que en ella se ha pactado o fijado.

La Honorable Corte Suprema ha dicho en jurisprudencia: "Se extingue por confusión el derecho real de hipoteca por el hecho de que la finca hipotecada llegue a ser propiedad del acreedor hipotecario". (Ca 22 de Noviembre de 1895, XI, 196). Este otro fenómeno jurídico que surgió como causal para efecto de la extinción del contrato de hipoteca, esto es muy cierto, porque el inmueble que se dio para garantizar la obligación dentro del contrato de hipoteca pasa a poder del acreedor

hipotecario, es natural que se extinga dicho contrato ,porque el inmueble deja tener tal función, que es la de garantizar, sino que se acreedite o se transfiera el dominio del mismo a el acreedor, por lo tanto conlleva a la extinción del contrato de hipoteca.

12.3 PRELACION DEL CREDITO

El Artículo 2488 del Código Civil en concordancia con el Artículo 2452 de la misma obra nos habla de la prelación de crédito que tiene la hipoteca, por lo que permito transcribir la norma.

Artículo 2488. Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor sean presentes o futuros, exceptuándose los no embargables designados en el Artículo 1677.

El Artículo 2452 dice: La hipoteca da a el acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuera el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido.

Sin embargo esta disposición no tendrá lugar contra terceros que hayan adquirido la finca hipotecada en pública subasta ordenada por el juez.

Para que esta excepción surta efecto a favor del tercero, deberá hacerse la subasta con citación personal, en el término de emplazamiento

to de los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca, las cuales serán cubiertas sobre el precio del remate en el orden que le corresponda.

El juez, entre tanto, hará consignar el dinero.

Los anteriores Artículos citados nos pone de presente el derecho que tiene el acreedor de perseguir todo el patrimonio que sea de propiedad del deudor, ya sea los bienes muebles e inmuebles y enseres que tenga en el presente y en el futuro, demostrando con esto que no solamente el inmueble que se dio para garantizar la obligación sino todos los bienes que posea en su patrimonio, convirtiéndose en obligación personal de crédito y abandonando la acción real.



13. OBLIGACION PERSONAL

13.1 LA HIPOTECA COMO OBLIGACION PERSONAL DE CREDITO O QUIROGRAFARIA

El contrato de hipoteca se convierte en una obligación personal cuando al constituirse el acto jurídico de hipoteca no se llega o lleva el instrumento o escritura pública a la oficina de Registro de Instrumento Públicos y Privados para su inscripción dentro del término que fija la ley, en este momento es cuando la hipoteca deja de ser una obligación real, también se puede convertir en una obligación personal o quirografaria; cuando el inmueble que se dio para garantizar la obligación constituida en el contrato de hipoteca y al producirse el incumplimiento de dicha obligación se presenta un deterioro en el inmueble, por culpa del deudor ya que él es responsable hasta la culpa leve con el dominio del inmueble. Y en el caso de la hipoteca o contrato de hipoteca abierta.

El contrato de hipoteca cuando se convierte en una obligación personal o quirografaria viene siendo un título-valor y encaja dentro de la norma estipulada por el Código de Comercio en su Artículo 619 porque se puede perseguir al deudor en los bienes inmuebles o muebles y en los enseres que sean de su propiedad, como lo podrán observar al analizar el Artículo, que a la letra dice: "Los títulos valores son documentos necesa

rios para legitimar el ejercicio literal y autónomo que en ellos se incorporan, pueden ser de contenido crediticio, corporativo, o de participación o de tradición o representativo de mercancía".

De esto podemos decir que el contrato de hipoteca cuando se convierte en un crédito personal o quirografario es un contrato típico comercial mercantil, debiéndose regir por la norma del Código de Comercio.

Esta clase de contrato se encuentra relacionada en el Artículo 488 del Código de Procedimiento Civil y por lo tanto presta mérito ejecutivo.

La norma del Artículo 2488 del Código Civil nos habla de las excepciones o sea de los bienes que se encuentran fuera del comercio que no pueden ser perseguidos por el acreedor y que se encuentran relacionados en forma clara y concisa en el Artículo 1677 del Código Civil este Artículo fue modificado por el Artículo 684 del Código de Procedimiento Civil en forma expresa está señalando cuales son los bienes que no son objeto de embargo.

El Artículo 2542 del Código Civil en su inciso 2º señala que el bien inmueble que es adquirido por un tercero en pública subasta tampoco es objeto de embargo, por lo tanto es del conocimiento, que es otra excepción que es ordenada en pública subasta por el juez del conocimiento, desde luego que esa subasta debe hacerse con la citación personal en emplazamiento a todos los acreedores que tengan un título hipotecario sobre el mismo inmueble que se pretenda llevar a remate.

13.2 CONCLUSION

De acuerdo con los Artículos transcritos anteriormente se puede llegar a la siguiente conclusión.

La hipoteca es un derecho real, accesorio o indivisible, que recae en un inmueble individualizado o singularizado, el cual continúa en poder del constituyente, de hecho tiene su fuente en un contrato solemne y público, el cual se celebra para garantizar el cumplimiento de una obligación, la cual queda ampliamente facultado el acreedor para realizar o hacer, vender el inmueble y pagarse con los dineros de la venta con preferencia de los demás acreedores.

Con la anterior conclusión me encuentro completamente en desacuerdo , porque de acuerdo a las críticas que he hecho anteriormente el contrato de hipoteca no necesita de otro contrato para nacer a la vida jurídica, y por lo tanto no es un contrato accesorio, sino principal de acuerdo con los planteamientos que he venido haciendo, y desde luego que es un derecho real por excelencia en virtud de que el contrato de hipoteca se garantiza una obligación con el inmueble, más no la hipoteca garantiza la obligación contraída.

En cuanto a la indivisibilidad es obvio, porque es una obligación indivisible y solidaria que puede hacerse efectiva a cualquiera de los

deudores que en dicho contrato aparezcan, con preferencia para efectos de pago al acreedor del crédito. Además es un contrato solemne y público, la cual es evidente, por ser una de las cualidades que posee el contrato de hipoteca, lo mismo que el contrato de compraventa.

Dentro de las cualidades del contrato de hipoteca tiene como privilegio de perseguir el inmueble que garantiza la obligación contraída por el deudor y todo su patrimonio que él posea en ese momento o el que esté por adquirir para la total cancelación de la obligación más la indemnización por mora a que diere lugar, esto es con relación a la acción personal de crédito o quirografaria.

Las personas o deudores hipotecarios se le pueden perseguir en todo su patrimonio como la pensión de jubilación, por hacer parte del patrimonio de las personas.

13.3 CAUCION HIPOTECARIA

Caución. Es la prevención, precaución, cautela, seguridad personal que se cumplirá lo pactado, prometido o mandado, viene del verbo caucionar precaver cualquier daño o perjuicio.

La caución hipotecaria es la misma garantía que recae sobre el inmueble que se garantiza la obligación que se contrae o se pacta ya sea por in

cumplimiento, de una indemnización, o por otra causa en donde se incumpla con la obligación que se constituye en el contrato de hipoteca como puede suceder en el caso de la "fianza" o cuando se presenta una caución hipotecaria para garantizar el cumplimiento de un canon de arrendamiento.

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

Insiste en que la constitución del contrato de hipoteca para garantizar determinada obligación, esto no quiere decir que en realidad el contrato de hipoteca se constituye con el fin de garantizar tal o cual obligación, no es cierto, la verdad es otra, que el contrato se constituye a través del inmueble que se da para garantizar la obligación que se ha convenido entre las partes contratantes; y esa obligación debe constituirse dentro del contrato o acto jurídico denominado hipoteca, con el objeto de respaldar cualquier incumplimiento que se presente por parte del deudor.

Esa es la forma de los daños que se pueden presentar o por perjuicio presuntos en un futuro determinado con la caución hipotecaria.

Al constituirse esta clase de contrato, automáticamente desaparece la anterior, quedando como contrato principal el acto jurídico que se constituye que es el hipotecario porque la obligación va a ser respaldada

por el inmueble que se da en garantía para constituirse.

13.4 EL ENDOSO

El Código de Comercio en el Artículo 656, nos dice que el endoso puede ser de tres maneras a saber: En propiedad, en procuración y, en garantía.

En relación al contrato de hipoteca cuando deja de ser obligación real y se convierte en una obligación personal o quirografaria, puede darse aplicación a la norma del endoso en procuración y la siguiente que es la que encaja en esta clase de obligación y el Artículo 658 de la obra citada, nos dice :

"El endoso que tenga la cláusula "en procuración" "al cobre" u otra equivalente, no transfiere la propiedad; pero faculta al endosatario para presentar el documento a la aceptación para cobrarlo judicial o extrajudicialmente para endosarlo en procuración y para protestarlo.

El endosatario tendrá los derechos y obligaciones de su representante e incluso los que requieran cláusula especial, salvo el de transferencia de dominio. La representación contenida en el endoso no termina con la muerte o incapacidad del endosante, pero éste puede revocarla.

El endosante que revoque la representación contenida en el endoso, deberá poner en conocimiento al deudor la revocatoria, cuando ésta no cons-

te en título o en proceso judicial en que se pretenda hacer efectivo dicho título.

Será válido el pago que efectúe el deudor al endosatario ignorando la revocación del poder.

El endoso de que habla en el Artículo transcrito, es el de proporción, puede ser en la forma que nos dice el Artículo 282 del Código de Comercio.

"Notas al margen o al dorso de la escritura". Sólo en las obligaciones personales o quirografarias el contrato de hipoteca deja de ser una obligación real, por vencerse el término y no registrarse el instrumento o inscribirse; u otra forma equivalente al acreedor hipotecario para efecto de su cobro puede endosar dicho instrumento, desde luego, con las advertencias que hace el Artículo 658 del Código de Comercio.

Además como el medio probatorio de la existencia del contrato de hipoteca siempre se da escritura pública, el endoso debe hacerse en el mismo instrumento, al margen con el fin de hacer el cobro judicial o extrajudicialmente.

Hay caso en que el deudor hipotecario, en el caso de ser deudor de otra persona y que el contrato por haberse vencido el término que la ley otorga para tales casos y éste quiera garantizar dicha deuda a terce -

ros , puede acogerse al Artículo 659 del Código de Comercio, sobre endoso en garantía, por tratarse de obligaciones netamente comerciales y además normas que se puedan aplicar de acuerdo a la costumbre por analogía, debido a que el contrato de hipoteca de los cuales no se encuentran contemplados ni en el Código de Comercio ni el Código Civil esta clase de fenómenos jurídicos que se presentan, especialmente sobre la hipoteca.

3.5 EL PLAZO

El plazo según lo define el Artículo 1551 del Código Civil puede ser :
Expreso, tácito, judicial y, legal.

Siendo el contrato de hipoteca un contrato principal y al vencerse la obligación en el término convencional estipulado el acreedor hipotecario no hace efectivo lo pactado y no obliga después de haberse vencido la obligación o que se le pague, sino antes por el contrario acepta el deudor hipotecario intereses por mora y parte del capital, se entenderá automáticamente prorrogado el contrato tácitamente. Esta prórroga conlleva a convertirse el contrato en otro término igual al original.

El Artículo 1708 del Código Civil trata sobre la ampliación del plazo en unos de sus literales dice: La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los deudores salvo que los fiadores o los dueños de las cosas

empeñadas o hipotecadas accedan expresamente en la ampliación. Analizando el literal transcrito la ampliación de la prórroga no se extingue el contrato de hipoteca sino la acción real de la misma quedando vigente la acción personal de crédito o quirografaria a menos de que dicha prórroga se haga mediante instrumento público (Escritura) para que siga vigente la acción real, en razón de que nos encontramos frente a un contrato principal como lo es el de la hipoteca.

14. CONTRATO DE HIPOTECA Y SUS CARACTERISTICAS

14.1 CARACTERISTICAS DE LA HIPOTECA

La hipoteca es el derecho real de garantía de crédito más perfecto. Es te siempre recae sobre bienes inmuebles debidamente singularizados y so metidos al régimen de publicidad del registro inmobiliario, el deudor no pierde la posesión de ellos lo cual constituye una ventaja para él ya que no se altera ni disminuye la explotación normal en que están sometidos; y el acreedor, lo mismo en la prenda, adquiere el derecho de realizar el valor del inmueble en pública subasta y pagarse perfectamente ante los demás acreedores del deudor, en caso de incumplimiento de la obligación.

Nuestro Código Civil Colombiano nos define en su Artículo 2432 la hipoteca en una forma bastante incompleta, porque nada más que señala dos de los diversos caracteres que tienen este derecho es decir recaer sobre inmueble y el continuar estos en poder del deudor. De manera más técnica puede decirse que la hipoteca es un derecho real que recae en inmuebles singularizados, lo que continúan en poder del deudor o constituyente, para garantizar el cumplimiento de la obligación, quedando el acreedor facultado para realizar el valor del inmueble y cancelarse

preferentemente.

De esta definición resultan las siguientes características; esenciales de la hipoteca de acuerdo como lo reglamenta el Código Civil :

- Es un derecho real y accesorio e indivisible.
- Recae en inmuebles individualizados, que continúan en poder del constituyente.
- Tiene su fuente en un contrato, el cual es solemne y está sometido a la publicidad.
- Genera para el acreedor hipotecario el derecho de realizar el valor del inmueble, por pagarse con preferencia a los demás acreedores.

En cuanto a las características de que nos habla el Código Civil. La Corte ha dicho :

La acción real que se genera en el contrato de hipotecario permite al acreedor embargar y hacer vender el bien gravado, cuando la obligación a que accede es exigible, sea quien fuere el postor y cualquier título que haya adquirido, para hacerse pagar. En esto consiste el derecho de persecución que corresponde al acreedor hipotecario, que consagra el Artículo 2452 del Código Civil y que es consecuencia de la calidad de derecho real que tiene la hipoteca, que como tal permite perseguir la

cosa en manos de quien se encuentre. (Sent, 13 de Agosto 1946 LXII,59).

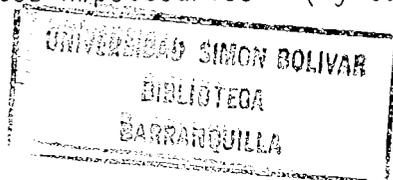
14.2 ES CAUSA DE PREFERENCIA

En el contrato de hipoteca se pueden presentar una serie de conflictos que se presentan cuando varios créditos pretenden satisfacerse sobre una misma finca.

- Según el Artículo 2488, toda obligación faculta al acreedor para perseguir su ejecución sobre los bienes del deudor. Se trata de obligaciones no garantizadas con derechos reales de prenda o hipoteca es decir créditos ordinarios o quirografarios. Los acreedores de créditos no hipotecarios (quirografarios) tienen facultad de hacer vender en pública subasta bienes del deudor, y con el producido, pagarse. Si hubiere varios acreedores y el valor de sus créditos fuere superior al valor que en subasta pública produjo la venta de los bienes del deudor, se aplica entonces la regla del prorrateo, que consiste en que cada crédito se satisface teniendo en cuenta su valor (Artículo 2492).

Así por ejemplo si los créditos valen 50.000 pesos y la finca rematada produce 30.000 pesos, cada crédito puede satisfacerse en tres quintas partes. La regla del prorrateo enseña que en general el Código coloca en un mínimo pie de igualdad los créditos no hipotecarios, es decir, quirografarios y que ningún crédito prefiere a otro.

- La característica especial de los créditos hipotecarios (y también



los prendarios) frente a los créditos no hipotecarios consiste en que los hipotecarios gozan de preferencia, esto es, que son créditos privilegiados para el pago. El valor de una hipoteca estriba esencialmente en que el valor de la finca se destina con preferencia para el pago de crédito asegurado hipotecariamente, de esta suerte, el acreedor hipotecario no tiene porque preocuparse si el deudor contrae nuevas deudas, pues sólo interesa que el valor de la finca sea suficiente para la cancelación de la hipoteca. Supongamos un crédito hipotecario de 30.000 pesos cada uno, con lo que el total del crédito es de 90.000 pesos, esta suma se destina primeramente para la cancelación de la hipoteca, y sobre los 30.000 restantes pueden hacerse efectivos los créditos no hipotecarios, aplicando la regla de prorrateo.

- Si la finca que se remata se encuentra gravada con varias hipotecas, y el valor del remate es inferior al valor total de las hipotecas, se aplica, entonces el principio de la prioridad. Este principio enseña que cuando sobre una misma finca existen varias hipotecas, éstas no ocupan igual posición, como sucede con los créditos no hipotecarios si no que las hipotecas anteriores prefieren a las hipotecas posteriores en razón de que las hipotecas valen según el tiempo de su constitución, y las constituidas primeramente prevalecen sobre las posteriores.(Artículo 2499).

La fecha de inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos y no la del contrato hipotecario, le otorga prioridad a una hipoteca es decir le fija el lugar que le corresponde. Si en una misma fecha se ins-

criben varias escrituras de hipoteca, el puesto que le corresponde se otorga según el orden de las inscripciones.

14.3 LA HIPOTECA ES UN DERECHO ACCESORIO

Esta característica se deduce de su naturaleza jurídica, que señala el objeto o finalidad de constitución para asegurar el pago de una obligación propia o ajena. La doctrina la situa entre los contratos de garantía.

La teoría general de los contratos nos señala que por regla general, éstos son principales y excepcionalmente cuando se configuran como garantía de una prestación, son accesorios y toman el nombre de caución que significa contraer una obligación para asegurar el cumplimiento otra propia de terceros. El concepto legal de esta disposición lo establece el Artículo 1499 del Código Civil que a la letra dice: "El contrato principal cuando subsiste por si mismo sin necesidad de otra convención y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella"

La Corte con relación al Artículo 1499 del Código Civil ha manifestado: "Si dos o más personas son compradoras de una casa contrato del cual nacen ciertos derechos y penden ciertas obligaciones, los compradores son codeudores principales porque sobre ellos radican como sujetos activos o pasivos de la convención de todos los derechos y obligaciones de la compraventa; pero quien se obliga únicamente para con

el vendedor a responder de las obligaciones de los compradores no participan de los derechos de tales; la cosa comprada no pasa a su dominio; él es simple garante de las obligaciones que contrajeron los compradores. Las obligaciones de unos y otros son de distinta naturaleza. (Cas, 15 Mayo de 1930 XXXVII, 535).

Pero también el espíritu de la ley o de la norma citada es, que, el contrato de hipoteca cuando se trata de esta clase de contrato, o sea con las mismas personas, el contrato hipoteca o acto jurídico, es principal, surge a la vida jurídica sin necesidad de otro contrato para tener vida, y si analizamos la formación del contrato de hipoteca actualmente, con certeza podemos afirmar que es contrato principal.

El acto jurídico es principal relacionado al contrato de hipoteca, por que no necesita de otro en este caso de mutuo para que tenga vida jurídica, porque su acción personal de crédito o quirografaria le da suficiente poder al contrato de hipoteca para perseguir cualquier patrimonio del deudor o deudores hipotecarios, esta es la forma en que muchos comentaristas del derecho y la misma norma del Código Civil al ser interpretada la han confundido con el mutuo y es así como equivocadamente que han dicho que el contrato de mutuo es principal y la hipoteca es el contrato accesorio, pero dentro del perfil jurídico la hipoteca es principal y no necesita de otro para vivir ya que sus dos acciones, la real, y la personal la distinguen de cualquier otro contrato.



14.4 MODALIDADES DE LA HIPOTECA

Las modalidades de la hipoteca contempladas en el Artículo 2438 del Código Civil dice: La hipoteca podrá otorgarse bajo condición y desde o hasta cierto día.

Otorgada bajo condición suspensiva o desde día cierto, no valdrá sino desde que se cumpla condición, o desde que llegue el día; será su fecha la misma de la inscripción.

Podrá así mismo otorgarse en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda y correrán desde que se inscriba.

Desde luego el contrato de hipoteca puede constituirse en cualquier momento de acuerdo a lo que dice la norma transcrita del Código Civil sometida, a un plazo y condición queriendo decir que la condición es suspensiva. De acuerdo con la norma antes citada en el sentido, en que dice para que valga necesita que se cumpla la condición, no necesariamente hay que esperar que se cumpla la condición o que llegue el día cierto ella se cumple desde el momento en que se incumple y el contrato suscrito entre las partes contratantes por diferentes causas, como por venta, por embargo o cualquier otro gravamen; hipoteca de segundo grado en que el acreedor de la primera hipoteca no acepta una de segundo grado en este caso el nuevo contrato sobre el inmueble que está garantizado el primero, pero además diría que si se puede constituir una segunda hipoteca o celebrar un segundo contrato sobre el inmueble,

cuando se ha demostrado por medio de peritos expertos que el valor de él es suficiente para garantizar a ambos contratos.

Tampoco la fecha es la inscripción del título en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, sino desde el mismo momento en que se firma en la Notaría el instrumento, más no de su registro o inscripción porque el contrato de hipoteca tiene dos modalidades para hacer efectiva la obligación personal, de crédito o quirografaria.

14.5 LA HIPOTECA ES INDIVISIBLE

La hipoteca es indivisible: Según el Artículo 2433 del Código Civil la hipoteca es indivisible y por lo tanto cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella.

- El crédito puede dividirse entre varios, no así la hipoteca. Esto sucede, por ejemplo, cuando fallece el deudor, caso en el cual la deuda asegurada con hipoteca se divide entre los herederos a prorrata de acuerdo a sus cuotas. En este caso el acreedor puede realizar el valor del inmueble hipotecado, desinteresándose de la división de la deuda. (Artículo 1411). Igualmente se divide el inmueble hipotecado entre los herederos, y alguno de ellos ha cancelado la parte del crédito que le correspondía pagar según la regla del Artículo 1411, el acreedor puede realizar el valor de todo el inmueble por parte del crédito no satisfecha todavía. La regla de la indivisibilidad de la hipoteca contraria ma

nifiestamente, el carácter de la accesoriedad a pesar de la división del inmueble, la hipoteca no se divide y conserva intacta su integridad jurídica.

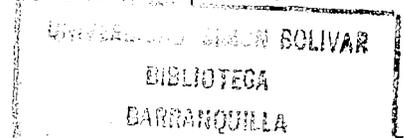
En consecuencia todo el crédito y cada fracción de él se encuentran respaldado por el valor total del inmueble.

- La regla de la indivisibilidad de la hipoteca no es del orden público, sino de orden privado, se ha instituido en garantía del crédito del acreedor y por ello puede renunciarse expresa o tácitamente.

- La indivisibilidad de la hipoteca de manera alguna es regla necesaria para la institución del crédito hipotecario, como lo demuestra el Derecho Suizo, en el impera la regla contraria. Según el Artículo 833 del Código Suizo. Si una porción del inmueble se enajena uno de los varios inmuebles hipotecados, así el inmueble se divide, la garantía hipotecaria se divide proporcionalmente al valor de las diversas fracciones de la hipoteca, salvo que se pacte lo contrario. En el mismo sentido el Derecho Alemán.

14.6 EXCEPCION AL DERECHO INDIVISIBLE DE LA HIPOTECA

La indivisibilidad del derecho de la hipoteca tiene su excepción que se da en la ley 182 de 1948 en concordancia con el Decreto 1335 de 1959 esta ley reglamenta la construcción de edificios multifamiliares por el sistema de propiedad horizontal, donde la hipoteca tiene gran preponderancia en la vida jurídica en virtud de que es de diaria aplicación es



pecialmente con el sistema de créditos en la venta de apartamentos, los cuales los bancos están obligados.

Esta ley y su decreto reglamentario nos está enseñando como se debe constituir el acto jurídico de la hipoteca ya sea en forma bilateral o multilateral, porque cualquiera de los comuneros en forma independiente, puede constituir el contrato de hipoteca o comunmente sobre el edificio, aun cuando sea propietario de cada departamento en forma individual, por lo tanto son responsables de la cuota.

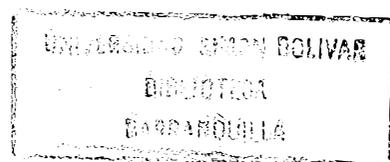
15. BIENES HIPOTECABLES

15.1 BIENES QUE PUEDEN SER OBJETO DE HIPOTECA

El objeto de la hipoteca es garantizar una obligación, y esta siempre recae sobre bienes inmuebles, más sin embargo existe una modalidad especial que recae sobre naves, y aeronaves que se rigen por los Artículos 1570 y ss y 1904 del Código de Comercio, la cual no necesita ser registrada o inscrita en la Registraduría de Instrumentos Públicos y Privados. Solamente la hipoteca sobre bienes inmuebles está sujeta al registro y sólo ella se gobierna directamente por el Código Civil.

Pero no todos los inmuebles pueden ser objeto de hipoteca, sino únicamente los inmuebles por naturaleza que se encuentran en el comercio y que sean predios es decir que estén debidamente individualizados o delimitados y matriculados en el registro de Instrumentos Públicos y Privados, un inmueble que no reuna estos requisitos no es susceptible de hipoteca.

El objeto originario de la hipoteca debe ser un predio, más éste se extiende también a las cosas que hacen parte de él o sea todos los elementos integrantes del inmueble (edificios, máquinas, árboles, cosechas, etc.) estos se encuentran clasificados en nuestro Código Civil con el nom



bre de inmuebles por adherencia , e igualmente se extiende a todas las cosas accesorias que sirven para el cultivo del predio (inmuebles por destinación). Sin embargo, dichas cosas dejan de estar afectadas a la hipoteca desde el momento en que se han separado y pertenecen a terceros. También se extiende la hipoteca a todos los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada. Ejemplo: Todo lo que se siembre, plante o edifique sobre la finca hipotecada, lo mismo que los animales adquiridos para el cultivo, las nuevas servidumbres activas constituidas, las minas que se descubren, las nuevas explotaciones agrícolas e industriales, todas estas quedan sometidas a la garantía hipotecaria.

La hipoteca se extiende sobre las partes integrantes, cosa accesorias y mejoras que se encuentren o realicen dentro de los linderos del inmueble hipotecado; pero no se extiende sobre los inmuebles colindantes que adquiera posteriormente en el constituyente, éstas no son mejoras aunque el propietario los una al primer fundo.

La hipoteca también se hace extensible hasta los frutos civiles, y naturales, pensiones devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados.

15.2 LA HIPOTECA DE INMUEBLE EN COMUN

La hipoteca de sobre inmueble en común tiene lugar a cuando por ejemplo el inmueble se encuentra en el proceso de sucesión y se constituye o se da para garantizar una obligación hipotecaria, y dicho contrato

o acto jurídico ; si lo hacen uno de los herederos solamente constituye dicho contrato sobre la acción o sobre los derechos herenciales que a éste puedan corresponderle; para su individualización y linderos es de toda la finca, para determinar la parte oculta o su totalidad con la fijación que se da en la sentencia de partición. El Artículo 2442 del Código Civil dice: El comunero puede antes de la división de la cosa común hipotecar su cuota; pero verificada la división, la hipoteca afectará solamente los bienes en razón de dicha cuota se adjudiquen si fueren hipotecables, si no fueran caducará la hipoteca.

Podrá con todo subsistir la hipoteca sobre los bienes adjudicados a otros partícipes , si estos consintieron en ello y así constare por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción hipotecaria.

15.3 HIPOTECA SOBRE DERECHO DE USUFRUCTO EN INMUEBLE

El Artículo 823 del Código Civil define el derecho de usufructo. " El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia y restituirla a su dueño si la cosa no es fungible; o con cargo de devolver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor , si la cosa es fungible". (Código Civil 663, 786, Código de Procedimiento Civil 431).

Vera dice sobre el usufructo: Se entiende por sustancia en derecho, el

ser en sí, no sólo la materia de que la cosa se compone, sino también la forma, que es la que hace servir para el destino que el dueño le da. Conservar la sustancia es pues conservar la forma, como lo dicen Laurent y Mariade.

El usufructo es semejante al arriendo (Artículo 1973). Uno y otro dan el goce de la cosa.

La diferencia está en que un derecho real y el otro es personal, además, en el arriendo el arrendador tiene que hacer gozar el arrendatario y el usufructo se deja gozar. El hacer gozar implica un hecho. Idéntica diferencia existe en el usufructo y el mutuo (Artículo 221 del Código Civil). Los derechos del usufructuario están determinados en la ley para en los casos en que no hayan sido por la convención (Demolombe, Auby, Ran y Laurent, comentario al Código Civil por Ortega Torres). El Artículo 824 del Código Civil supone derechos coexistentes: el nudo propietario y el del usufructo.

Por consiguiente tiene una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario y se consolida con la propiedad.

El Doctor Alvaro Pérez Vives en su tratado de teoría general de las obligaciones, página 168, sostiene al respecto: "Sólo puede hipotecarse el inmueble que se posea en plena o nuda propiedad o en usufructo.

Para hipotecar se requiere ser titular de los derechos de usufructo sobre el bien raíz de que se trate. Esto significa que la ley descarta la posibilidad de constituir el gravamen sobre bienes inmuebles incorporales, es decir sobre derechos no susceptibles de materialización con la cosa mínima poseída a título de dueño. La ley no sólo exige la propiedad o el usufructo sino también la posesión del bien a hipotecar. De allí esa expresión que es muy clara; bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo. Excepto el caso de la hipoteca de cuota.

15.4 HIPOTECA DE PROPIEDAD FIDUCIARIA

El Artículo 794 del Código Civil dice: Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por hecho de verificarse una condición.

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso.

Este nombre se da en la cosa constituida en propiedad fiduciaria.

La traslación de la propiedad 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. De esta definición se deduce que el propietario fiduciario de un inmueble es

dueño de ésta 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. Así que el acreedor que reciba como garantía de su crédito una hipoteca de tal naturaleza, debe saber que ella puede desaparecer en cualquier momento al cumplirse el hecho de la condición.

15.5 HIPOTECA DE BIENES FUTUROS

La hipoteca de bienes sólo da al acreedor el derecho de hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor adquiera en lo sucesivo y a medida que los adquiera.

El Artículo 1518 del Código Civil dice: No sólo las cosas existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, si no a las que se esperan que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas o por lo menos en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contengan datos que sirvan para determinarlas.

Si el objeto es un hecho necesario que sea física y moralmente posible.

Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y mo -

ralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

La norma anteriormente transcrita se puede concluir que el deudor puede obligarse hipotecariamente sobre un inmueble que actualmente no tiene la propiedad pero que tiene una certeza firme de poder adquirirlo en un plazo determinado.

En estas condiciones, el derecho real de la hipoteca sobre bienes futuros no nace inmediatamente sino solamente a partir de la fecha en que el deudor haya adquirido la propiedad del inmueble, sólo así se puede correr la respectiva escritura para hacerla inscribir, y precisamente para los efectos del registro que debe hacerse dentro de los 90 ó 180 días, según la fecha de adquisición del inmueble y no a partir de la fecha de constitución de la escritura hipotecaria, de lo contrario no tendría razón de ser el Artículo 2444 del Código Civil.

El Doctor Alvaro Pérez Vives hace un comentario sobre el Artículo 2444 referente a los bienes futuros y dice :

"El que hipoteca un bien futuro hace un acto al vacío. Este es resultado del concepto mismo del bien futuro, por oposición a la idea de un derecho eventual. En este existe un germen, embrión conocido del derecho del bien respectivo: es la cosecha en la perspectiva, es el feto que el animal lleva en su vientre, es el derecho".

16. EXTINCION DE LA HIPOTECA

16.1 LA HIPOTECA SE EXTINGUE

Sobre las formas de extinción de la hipoteca nos habla el Artículo 2457 del Código Civil así :

La hipoteca se extingue junto con la obligación principal.

Se extingue, así mismo, por la resolución del derecho del que la constituyó, o por evento de la condición resolutoria, según las reglas legales. Se extingue, además, por la llegada del día hasta la cual fue constituida.

Y por la cancelación que el acreedor acordare por escritura pública , de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva.

La hipoteca se extingue con la obligación principal ya que la obligación principal siendo característica jurídica, porque la obligación que constituye es garantizada por el inmueble, base ésta del contrato.

Las partes no hablan del contrato de mutuo, su objeto no el mutuo, o su

finalidad no es el mutuo, etc. la intención de las partes contratantes es llevar a cabo el contrato de hipoteca ya que en el se fija la atención de las partes contratantes, el punto principal de ella es la garantía real que se da, es la esencia de la hipoteca más no el contrato de mutuo porque el mutuo, como lo he afirmado anteriormente, no recae nunca sobre el inmueble.

La fuente del contrato de mutuo es el préstamo de consumo crédito, esto quiere decir, ni implica dentro de lo jurídico que una de las modalidades que tiene la hipoteca es la obligación personal de crédito, modalidad ésta que la confunden con la de mutuo, por tanto no hay que confundir, estas dos formas o modalidades ni tener como fuente el vocablo "Crédito" para darle más mérito jurídico, como el de ser principal y el otro accesorio, a sabiendas que en la vida jurídica observamos que en el contrato accesorio tiene mayor importancia y actualmente se ha comercializado más que el principal, en razón de que el mismo contrato dentro del derecho moderno se ha desarrollado y hoy por hoy se habla del contrato de hipoteca en todas las instituciones crediticias, por eso su denominación de accesorio es incoherente por carecer de lógica jurídica, con relación de que la hipoteca se extingue con la obligación principal.

16.2 CASOS DE EXTINCION DE LA HIPOTECA

La hipoteca se extingue en los siguientes casos :

- Si el acreedor hipotecario cancela la hipoteca por medio de escritura

pública y por causa de tal cancelación el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados cancela también la inscripción del gravamen, esta queda definitivamente extinguida.

- La ley 66 de 1968 reglamenta las actividades de urbanización, construcción y créditos para adquirir viviendas y se determina su inspección y vigilancia por la Superintendencia Bancaria.

La hipoteca constituida sin permiso de la mencionada entidad será nula absolutamente y se extinguirá por razón de esta nulidad.

- Si se hace la inscripción de la hipoteca dentro del término perentorio, queda extinguida.

- Por confusión, es decir se extingue cuando se reúne en una misma persona la calidad de propietario y la de acreedor hipotecario.

- Por confusión.

- Cuando un deudor constituye en concordato preventivo sobre un inmueble o varios inmuebles, después de celebrar el contrato de hipoteca sobre los mismos bienes por escritura pública.

- La constitución de hipoteca por un menor incapaz.

- La constitución de hipoteca por un interdicto por disipación decla-

rado, todos estos fenómenos últimos indican que el acto es nulo y por consiguiente conlleva a la extinción del mismo.

De acuerdo al comentario hecho en forma amplia, el contrato de hipotecado tiene dos modalidades :

- La hipoteca es una obligación real.
- Es una obligación personal, de crédito o quirografario, pero sino se hace la inscripción se convierte el contrato de hipoteca en una obligación personal o sea la segunda clase de obligación.

16.3 EXTINCION DEL CONTRATO DE HIPOTECA DE ACUERDO A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE

- Se extingue por confusión el derecho real de hipoteca por el hecho de que la finca hipotecaria llegue a ser propiedad del acreedor hipotecario. (Cas 22 de Noviembre 1895 XI, 196).

- La hipoteca se extingue entre otros medios por la cancelación que el acreedor acordare por escritura pública, de que se toma razón al margen de la inscripción respectiva.

En este caso requiere la escritura como solemnidad y no puede suplirse por otra prueba. Debe diferenciarse el fenómeno de cancelación de las demás declaraciones que puedan hacerse en el mismo instrumento que se

cancela un gravamen hipotecario.

para que aquel fenómeno sea válido no hay necesidad de que el acreedor exprese en la misma escritura cual fue la persona que le hizo el pago este punto puede establecerse por cualquier medio probatorio. (Cas. 26 Noviembre 1935 XL III 390).

- La extinción de la hipoteca como consecuencia de la resolución de una venta por no haberse pagado el precio puede extinguirse la hipoteca constituida por el comprador a favor de un tercero, es preciso que el acreedor hipotecario sea demandado conjuntamente con el comprador, a efecto de que en el fallo se decrete no sólo la resolución de hipoteca. El acreedor hipotecario no puede ser privado de su derecho sin haber sido oído y vencido en juicio. (Auto, 8 de Abril de 1918 GJT XXXVI, página 286).

16.4 PERDIDA DEL DERECHO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO PARA PERSEGUIR LA FINCA HIPOTECADA

- La honorable Corte Suprema ha dicho en reiteradas ocasiones lo siguiente :

"Para que los acreedores hipotecarios no tengan derecho de perseguir la finca hipotecada contra un tercero que la ha adquirido en pública subasta ordenada por el juez, es preciso que la subasta se haya hecho con citación personal de ellos en el término de emplazamiento, y esta for-

malidad no queda surtida si la citación se hace después de la venta o el remate"(Artículo 2452 del Código Civil) (Cas. 29 de Junio de 1898 G:J:T XIII página 349).

- Extinción de la hipoteca y pérdida de la acción real hipotecaria por falta de registro oportuno del instrumento hipotecario :

"Si la escritura de un crédito garantizado con hipoteca no se registra en el libro de anotaciones de hipoteca, la omisión implica solamente que el acreedor carece de la acción personal inherente al crédito " . (Cas. 5 de Septiembre de 1911, GJT, XX, página 264).

Sobre estos dos temas que ha hablado la Corte en las jurisprudencias , el cual he comentado anteriormente en forma amplia y concisa; ejemplo en el segundo caso del párrafo de la jurisprudencia, cuando la escritura pública donde se constituye el contrato de hipoteca que se da en un inmueble para garantizar la obligación, más no la inscribe en la oficina de Instrumentos Públicos y Privados, no está extinguiéndose la hipoteca, lo que se extingue es la acción real, más no la personal de crédito, porque ambas características corresponden al contrato de hipoteca y éste es lo que jurídicamente lo distingue del contrato de mutuo. Forma ésta donde se ha prestado para la confusión, se ha dicho que el contrato principal es el mutuo y que la hipoteca es el contrato accesorio, por tener el mutuo la acción personal , de crédito o quirografaria por ser su característica, la misma del contrato de hipoteca, por lo tanto ambos son principales.

17. HIPOTECA GLOBAL

17.1 COMENTARISTAS DE LA HIPOTECA

Las modalidades o condiciones de la obligación principal repercuten en la hipoteca. Así si aquella es pura y simple, igual será para el gravamen. Si está sujeta a un plazo o condición, la hipoteca tendrá efectividad de la fecha de vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición.

Para los tratadistas o comentaristas del contrato de hipoteca, encuentra que esta disposición es como una excepción al rígido principio de la calidad accesoria de la hipoteca al ser autorizada por la ley, su constitución antes del contrato a que accede, es decir antes de que surja a la vida jurídica la obligación principal.

La hipoteca así constituida en el lenguaje, común se le denomina hipoteca abierta, pero que en realidad se trata de una hipoteca global es de uso frecuente, sobre todo por los bancos. Su importancia es grande, porque facilita o agiliza notoriamente la actividad crediticia.

Es de frecuencia ocurrencia en el desarrollo de operaciones de préstamo

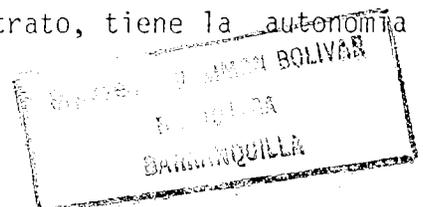
mos especialmente en el crédito bancario señalar a sus clientes un cupo, en otros términos, abrirles un crédito ordinariamente rotatorio.

El Código de Comercio regula sobre la apertura de crédito, y del particular nos habla en el Artículo 1400 y subsiguientes.

Para asegurar el pago de la deuda que se contraiga el beneficiario del crédito abierto, ordinariamente se constituye hipoteca que debe denominarse, hipoteca global y no hipoteca abierta, como se acostumbra a llamarla. Esta especie de garantías de múltiples obligaciones futuras e indeterminadas, es una excepción de carácter accesorio y tiene validez desde su constitución, cuando todavía no existe ninguna obligación principal a la cual acceda, pero deja de serlo al nacer la deuda y adquiere plena efectividad para perseguir la cosa hipotecada si aquella no se paga.

17.2 LA HIPOTECA CERRADA

La hipoteca cerrada es aquella que no admite ningún otro contrato, como por ejemplo: La constituida por el Banco Central Hipotecario que es de primer grado. Esta clase de hipoteca no admite una hipoteca de segundo grado, como tampoco embargos, y mucho menos puede ser objeto compraventa etc. Esta modalidad única de hipoteca cerrada no admite más gravámenes de ninguna otra naturaleza, si este se llegare a dar automáticamente se da por terminado dicho contrato, aún así el vencimiento. El acreedor hipotecario en esta modalidad de contrato, tiene la autonomía



en cualquier momento de dar por concluido el contrato de hipoteca.

17.3 DIFERENCIA DEL CONTRATO DE HIPOTECA CON EL DE COMPRAVENTA

Si estudiamos el contrato de compraventa con claridad meridiana con el de hipoteca podemos concluir que se dan dos actos jurídicos diferentes; cada uno tiene su perfil jurídico y sus formalidades diferentes del uno del otro; por eso no debemos entender que en la minuta que antecede, se tenga el contrato de hipoteca como accesorio, la cual considero un error jurídico, en razón de que el contrato de compraventa y el de hipoteca pueden elaborarse o suscribirse en el mismo instrumento público o escritura pública, no daría lugar a que se le diga que la compraventa sea el contrato principal. Por naturaleza el contrato de compraventa es principal, como lo es el contrato de hipoteca, en el mismo acto en que se suscriben los dos; claramente se puede observar que su vida jurídica es independiente porque al ser inscrita en las oficinas de registro cada uno lo hace por separado y los lleva a libros separados; el contrato de compraventa se perfecciona con la entrega de la cosa que hace el adquirente por el valor del inmueble y el otorgante entrega la cosa materia del contrato, generalmente estas son las formalidades de dicho acto jurídico.

Que el dinero o remanente que falte para completar el valor de la cosa adquirida, se da el mismo inmueble en garantía a través de un contrato de hipoteca, con el fin de garantizar la obligación constituida por las partes contratantes, inscribiendo el instrumento público en las ofici -

nas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados. En este acto de inscripción se hace sobre el inmueble que se da en garantía, aquí es donde podemos apreciar las siguientes diferencias :

- Que el contrato de hipoteca es principal y no accesorio.

- Que la hipoteca no garantiza la obligación; quien garantiza es el inmueble y que ésta garantía se constituye por medio del contrato principal de hipoteca, queriendo decir que el gravamen que pesa sobre él.

18. CAUSALES DE NULIDAD DEL CONTRATO DE HIPOTECA

18.1 SON NULOS LOS ACTOS

Los actos constituidos en el contrato de hipoteca son nulos los siguientes :

- Los de uso público.
- Sobre las cosas que no están en el comercio.
- La que caiga en un bien sobre el cual pesa derecho de uso y habitación.
- Sobre las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez autorice o el acreedor consienta en ella.
- Inmueble en el cual se ha constituido patrimonio de familia.
- Por no haberse aportado u obtenido permiso de la Superintendencia Bancaria para efectos de constituir la hipoteca, de conformidad a la ley 66 de 1968.

- La constitución de hipoteca con incapaz.
- La constitución de hipoteca con interdictos por demencia declarada por sentencia.
- Falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes.
- Librar y seguir ejecución después de morirse el deudor sin dar cumplimiento al Artículo 1434 del Código Civil.

El tratadista J. Ramón Ortega R. en su libro de Nulidades Civiles en la hipoteca, dice que en la hipoteca pueden presentarse los siguientes casos de nulidades.

El Artículo 8º dice: "Con posterioridad al otorgamiento del permiso, la persona propietaria del terreno en el cual se adelanta el plan o programas no podrá constituir gravamen hipotecario. La violación de esta norma hará absolutamente nulo el gravamen hipotecario.

Esta nulidad será declarada en juicio breve y sumario con lo establecido en el Artículo 1203 del Código Judicial con base en la presentación del título que constituye el gravamen posterior".

Hoy día la tramitación se hará conforme al numeral 15 del Artículo 442 del Código de Procedimiento Civil.

Es nula hipoteca que recaiga sobre los siguientes bienes :

- Los de uso público.
- Sobre las cosas que no están en el comercio.
- La que recaiga sobre un bien el cual pesa derecho de uso de habitación.
- Sobre las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez autorice o el acreedor consienta en ella.
- Los inmuebles sobre los cuales se ha constituido patrimonio de familia no embargable. (Ley 70 de 1931; Ley 191 de 1936; Ley 100 de 1944).

Los bienes anteriormente enunciados se consideran fuera del comercio, no pueden venderse ni enajenarse.

Iniciado el proceso no podrá pedirse la venta en pública subasta, lo que haría nulatorio el juicio hipotecario.

La ley considera que hay objeto lícito porque los bienes están fuera del comercio, dándole paso a la nulidad absoluta.

Es nula también la hipoteca ajena porque sólo puede dar en hipoteca el que es dueño del bien (Artículo 2442 del Código Civil). A contrario sensu, no puede dar en hipoteca quien no es dueño, y como el Artículo 1523 del Código Civil dice que hay objeto lícito en todo contrato prohibido

por la ley, se llega a la nulidad absoluta.

18.2 INHABILIDADES

De acuerdo al Código de Comercio las inhabilidades son :

Artículo 14 son inhabilidades para ejercer el comercio, directamente o por interpuesta persona :

- Los comerciantes declarados en quiebra mientras no obtengan su rehabilitación.
- Los funcionarios de entidades oficiales y semi oficiales respecto a las actividades mercantiles.

Si el comercio o determinadas actividades se ejercieren por personas inhábiles ésta será sancionada con multas sucesivas hasta 50.000 pesos que impondrá el juez civil del circuito del domicilio del infractor, de oficio o a solicitud de cualquier persona sin perjuicio de las penas establecidas por normas especiales.

El anterior Artículo está en concordancia con el Artículo 215 del Código de Procedimiento Civil que nos habla en materia de probatoria sobre las inhabilidades absolutas.

El Artículo 18 de la obra citada habla sobre la nulidades provenientes

de la falta de capacidad para ejercer el comercio, que serán declaradas y podrán subsanarse como lo preveen las leyes comunes, sin perjuicio de las disposiciones especiales del Código de Comercio.

19. CONCLUSION

La jurisprudencia y la doctrina colombiana han demostrado una notable apatía sobre el análisis y estudio de la hipoteca o contrato de hipoteca.

Tales antecedentes me inducen a pensar que la hipoteca estudiada nos ocupa en la realidad colombiana de los negocios, la importancia extraordinaria que le corresponde y la que se propuso conferirle el legislador, conciliando prudente y provechosamente los intereses del deudor y acreedor y abriéndole al mundo del crédito un cauce de amplias posibilidades que van en beneficio de la economía general. Es decir se ha venido desaprovechando el capital fijo de la empresa por parte de los empresarios que no tienen inmuebles que hipotecar, los cuales son la mayoría, pero que sí poseen un negocio próspero, productivo, estable del cual pueden disponer financieramente o simplemente oportuna de crédito, para mantener, ampliar, el ritmo de la prosperidad o el que imponen las necesidades tecnológicas e incluso en momentos de transitoria iliquidez.

El contrato de Hipoteca el cual he considerado de gran importancia dentro del campo del Derecho Civil ya habiendo logrado realizar es-



te trabajo he podido concluir que éste no es un contrato accesorio y que a través de mi trabajo trato de demostrar que es un contrato principal y por lo tanto debe consagrarse en la parte general de Código Civil junto con los principios generales del derecho de los cuales forman parte.

Es lógico y espero de quienes sean encargados de una reforma sustancial del Código Civil de la cual ya se está haciendo necesaria, tengan en cuenta los criterios moderno; la inicien con una parte general en la cual se consagran los principios de orden generalísimos, aplicados al resto de las posiciones.

A través de las diferentes obras consultadas he podido apreciar la escasez de doctrina que han derivado resultados patentes en este trabajo.

- El esfuerzo que me impuse para conseguir la mayor claridad posible de las ideas expuestas, tal vez este motivo contribuya a que vuelva una y otra vez sobre los puntos tratados, buscando la certeza y el convencimiento personal.

- Las objeciones que hago en algunas formulaciones de carácter jurídico de la hipoteca o contrato de hipoteca.

- La ausencia absoluta de la cita de autores y de confrontación de opiniones en el presente trabajo.

De esta manera doy por concluído este trabajo el cual no me permitió hacerlo más extenso en virtud de que existe poco material para su acometido. He puesto en él mi devoción y cariño; respetuosamente lo pongo a manos de quien deba calificarlo.

BIBLIOGRAFIA

BRICEÑO, Rafael Angel. De la hipoteca.

CODIGO de Comercio.

ECHANDIA, Devis. Tratado de derecho procesal civil.

ESTATUTO de notariado y registro.

LEUDO, Alberto. Tratado de la hipoteca.

LOPEZ MORALES, Jairo. Código de procedimiento civil.

MEDELLIN, Carlos J. Derecho romano.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código civil colombiano comentado.

PEREZ VIVES, Alvaro. Teoría general de las obligaciones.

VALENCIA ZEA, Arturo. Tratado de las obligaciones.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA