LA HIPOTECA

JANETH DEL SOCORRO OSORIO GRANADOS

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA, 1986

034494

DR 0952

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA
No. INVENTARIO 403494
FECHA 25 FEB 2008
CANJE DONACION

LA HIPOTECA

JANETH DEL SOCORRO OSORIO GRANADOS

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

ASESOR: DR. PEDRO U. SOCARRAS RIVERA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA, 1986

Nota de Aceptación

_____

_____

_____

_____

Presidente del Jurado

_____

Jurado

_____

Jurado

Barranquilla, 1986

P E R S O N A L D I R E C T I V O

RECTOR	:	DR. JOSE CONSUEGRA HIGGINS
DECANO	:	DR. CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ
VICE-DECANO	:	DRA. EMILIA MARIA DAZA ALVAREZ
SECRETARIO GENERAL	:	DR. RAFAEL BOLAÑO MOVILLA
SECRETARIA ACADEMICA	:	DRA. BLANCA FRANCO DE CASTRO

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA. 1986

Emilia Daza Alvarez

ABOGADA TITULADA

Edificio Escolar Calle 38 No. 45-46 Piso 2o. Of. 9 Teléfono 324-795
Barranquilla - Colombia

Barranquilla, Noviembre 10 de 1.986.-

SEÑORES
UNIVERSIDAD SIMON B LIVAR
EECANO FACULTAD DE DERECHO
DR. CARLOS LLANOS SANCHEZ
E. S. D.

Apreciado Doctor;

De la manera mas cordial, me dirijo a Ud. para comunicarle, que atendiendo la designación que me hizo como Director de la Tesis de Grado presentada por la Egresada señorita JANETH OSORIO GRANADOS, bajo el rubro " LA HIPOTECA ", y encaminada a optar el titulo de Abogado de la Facultad de Derecho de esa Alma Mater.
Hice un estudio de los distintos títulos y capítulos del prsente trabajo,encontrando en él el valioso contenido Jurídico que demuestra el gran esfuerzo de la egresada en la investigación del tema escogido.
En mi concepto la materia a que se refiere la tesis expresada, ha sido tratada con acertado tino didáctico y en forma por demas completa, que acreditan sin lugar a dudas que la interesada se ha valido de abundante estudio sobre el expresado tema, presentando sus conceptos propios en un afan de esboazar una tería en relación con tan importante aspecto del Drecho.-

EStimo que la obrea reune, pués, los requisitos académicos exigidos por la Universidad al respecto, y en lo que concierne a la suscrita, le imparte su aprobación en todas sus partes.-

Del Señor Decano, atentamente;

Emilia Daza Alvarez

EMILIA DAZA ALVAREZ

Ditector de Tesis.-

AGRADECIMIENTOS

La autora expresa sus agradecimientos:

A EMILIA DAZA ALVAREZ, Directora de Tesis, quien con su experiencia y espíritu de colaboración contribuyó a la elaboración de este trabajo.

A PEDRO U. SOCARRAS RIVERA, quien con su sapiencia y nobleza ayudó ampliamente al desarrollo de esta investigación.

Y a todas las demás personas, que de una u otra manera, hicieron posible este trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION.....	10
1. MARCO HISTORICO.....	12
1.1 LA HIPOTECA EN LA ANTIGUEDAD.....	12
1.2 FENICIOS.....	13
1.3 GRIEGOS.....	14
1.4 OTROS PUEBLOS ANTIGUOS.....	14
2. MARCO LEGAL.....	16
2.1 LA HIPOTECA COMO SERVIDUMBRE PERSONAL.....	16
2.2 DEL USUFRUCTO.....	17
2.3 JUS IN AGRO VECTIGALIS.....	18
2.4 ENFITEUSIS.....	18
2.5 PARALELISMO ENTRE ESTOS CONCEPTOS, SU DIFERENCIA CON LA HIPOTECA.....	18

Pág.

3. MARCO JURIDICO..... 20

3.1 LA HIPOTECA EN EL DERECHO COLOMBIANO..... 20

3.1.1 Definición..... 20

3.2 CARACTERISTICAS ESENCIALES DE LA HIPOTECA..... 21

3.2.1 La Hipoteca es un Derecho Real Accesorio e Indivisible..... 21

3.2.1.1 La Hipoteca es Accesoria a un Crédito..... 21

3.2.1.2 Determinación del Crédito..... 22

3.2.1.3 La Hipoteca es Indivisible..... 24

3.2.2 La Hipoteca Recae en Inmuebles Individualizados.... 25

3.2.3 La Hipoteca tiene su Fuente Exclusiva en el Contrato..... 26

3.2.4 La Hipoteca es Derecho Real..... 27

3.3 CONSTITUCION DE LA HIPOTECA..... 28

3.3.1 Escritura Pública..... 28

3.3.2 Inscripción..... 28

3.3.3 Contenido del Contrato Hipotecario..... 29

3.3.3.1 Cláusulas Prohibidas..... 29

3.3.4 Publicidad de la Hipoteca..... 30

3.3.5 Término para el Registro de la Hipoteca..... 31

3.3.6 Lugar del Registro de la Hipoteca..... 32

Pág.

3.3.7 Validez de la Hipoteca Constituída en País Extranjero..... 32

3.4 MODALIDADES DE LA HIPOTECA..... 33

3.5 ELEMENTOS ESENCIALES DE LA HIPOTECA..... 34

3.5.1 Consentimiento..... 34

3.5.2 Aceptación..... 35

3.5.3 El Autocontrato..... 36

3.5.4 Vicios del Consentimiento..... 36

3.5.4.1 El Error..... 37

3.5.4.1.1 Error Obstáculo..... 38

3.5.4.1.2 Error Nulidad..... 39

3.5.4.1.3 Error Indiferente..... 39

3.5.4.2 La Fuerza..... 40

3.5.4.3 El Dolo..... 41

3.5.5 El Objeto..... 42

3.6 CAPACIDAD PARA CONSTITUIR HIPOTECA..... 43

3.6.1 De los Incapaces..... 44

3.6.2 Inmuebles Adquiridos en Pagos de Rentas Vitalicias. 46

3.6.2.1 Condición Resolutoria..... 47

3.6.2.2 Consecuencia de la Expropiación de Inmuebles en Relación con la Hipoteca..... 47

3.6.3 Propietario Aparente..... 48

Pág.

3.6.3.1 Situación Respecto al Heredero Aparente..... 49

3.6.3.2 Incidencia de las Incapacidades en la Validez o Invalidez de la Hipoteca..... 49

4. MARCO ANALITICO..... 52

4.1 BIENES HIPOTECABLES..... 52

4.1.1 Hipoteca de Nuda Propiedad..... 53

4.1.2 Hipoteca de Cuota Pro-indiviso..... 53

4.1.3 Hipoteca de Inmuebles..... 54

4.1.4 Hipoteca sobre el Arriendo e Indemnización..... 55

4.1.5 Hipotecas de Naves Marítimas..... 57

4.1.5.1 Naves que Pueden Hipotecarse..... 57

4.1.5.2 Requisitos Formales de la Hipoteca de Naves Marítimas..... 58

4.1.5.3 Plazo para el Registro..... 59

4.1.5.4 Extensión de la Hipoteca..... 59

4.1.5.5 Extinción de la Hipoteca de Naves Marítimas..... 60

4.1.6 Hipoteca de Naves Aéreas..... 60

4.1.6.1 Requisitos Formales..... 61

4.1.6.2 Plazo para el Registro de Hipoteca..... 62

4.1.6.3 Extensión de la Hipoteca..... 62

4.1.6.4 Extinción de la Hipoteca..... 62

4.2 COMERCIALIDAD DEL BIEN QUE SE HIPOTECA..... 63

Pág.

4.2.1 Hipoteca de Cosa Ajena..... 63

4.3 EFECTOS DE LA HIPOTECA..... 65

4.3.1 Fianza Hipotecaria..... 68

4.3.1.1 Abandono de la Cosa Hipotecada..... 70

4.3.1.2 Limitación y Reducción de la Hipoteca..... 72

4.3.1.3 Procedimiento de la Reducción de la Hipoteca.... 73

4.3.1.4 Desmejora de la Garantía Hipotecaria..... 74

4.3.1.5 Ejercicio de la Acción Hipotecaria..... 74

4.4 EXTINCION DE LA HIPOTECA..... 75

5. CONCLUSIONES..... 79

BIBLIOGRAFIA..... 82

INTRODUCCION

Como requisito esencial para obtener mi título de Abogado, me he limitado a hacer un trabajo de investigación sobre La Hipoteca, debido a la importancia que ha tenido ella últimamente en las transacciones comerciales. Esta importancia ha sido generalizada y puesta en práctica por entidades bancarias y demás personas naturales o jurídicas, que por razón de su actividad comercial se han ido formando un criterio acertado de su alcance y de su realidad como garantía real de mucha trascendencia para el desarrollo económico del país.

He dividido en cuatro marcos este trabajo:

- El Marco Histórico, en el cual a grandes rasgos he seguido las huellas que este fenómeno jurídico de la hipoteca ha dejado en los pueblos más civilizados de la humanidad. No he profundizado en estudios, por no creerlo pertinente al reducido ámbito de mi investigación.

- En el Marco Legal he dejado establecidas los principios generales aceptados por el Derecho para esta clase de transacciones; y aún cuando son múltiples las diversificaciones que ellas han tomado en

el desarrollo mercantil de la historia, me he limitado, sin embargo, a las disposiciones atinentes a la hipoteca, por ser ésta el centro de mi trabajo.

- En el tercer Marco he versado sobre la existencia y desarrollo actual de la hipoteca en el Derecho Civil Colombiano, no siguiendo la historia de su desenvolvimiento, que ha sido un informe en todas las Naciones modernas, sino, observando y analizando el tratamiento sui generis que el legislador colombiano le ha dado.

- Finalmente en el Marco Analítico me he adentrado, con ánimo investigativo, en los diferentes matices con que este fenómeno se halla asentado en nuestro estatuto civil. Y son estos diferentes matices que examinaré en las conclusiones con un enfoque sobre algunos de ellos.

Dejo así, varias inquietudes a mis estudiosos compañeros de la Universidad, anhelantes de contribuir al enriquecimiento de nuestro estado civil, mediante reformas oportunas dentro del planteamiento científico.

1. MARCO HISTORICO

1.1 LA HIPOTECA EN LA ANTIGUEDAD

La hipoteca como el fenómeno jurídico que hoy conocemos, no tiene ciertamente una historia clara y definida, pues de ningún pueblo antiguo se conoce que existiera esta transacción comercial. No obstante, existen detalles muy dicientes que nos llevan a afirmar como hipótesis muy probable, que mucho antes que los griegos le dieran el nombre de hipoteca, ya los pueblos comerciantes, en su época, la utilizaban no sabemos con qué nombre. Si bien examinamos detalles, como el de los hijos de Jacob, cuando se ven precisados a dejar al administrador del Faraón, a su hermano Rubén como rehén por el supuesto hurto de una copa de oro, nos lleva a pensar que ya existía el concepto, muy fácilmente extendible al comercio, de dejar algo en depósito a causa de una deuda. Su significado nos lo dan los componentes griegos. A muchos otros detalles históricos se puede extender nuestra consideración, como por ejemplo: Jenofonte en La Anábasis nos relata como los ejércitos griegos al invadir Asia Menor exigían a los reyes vencidos prendas, inmuebles, etc., en garantía de no atacar la expedición militar que pasaba por su territorio; los mismos griegos, a base de garantías comerciales, se apoderaron del sur de Italia en donde organizaron la Magna Grecia sin

acudir a las armas.

1.2 FENICIOS

En el mundo antiguo, los fenicios son famosos por su habilidad comercial y naval. Fenicia exportaba vinos, maderas y objetos de artesanía, pero los mercaderes fenicios no se circunscribían a estas mercaderías. El comercio fenicio estaba principalmente sometido a las conveniencias del país. Es decir que tendía a la exportación de los productos manufacturados en Fenicia y que tenían gran aceptación en el mundo de entonces y a importar de los otros países las materias que necesitaban para su industria o para reexpedirlos a quienes la demandaran con la consiguiente ganancia para sus reexportadores. Se les llegó a atribuir la invención de la moneda, pero no se ha confirmado esta suposición. Por otra parte los fenicios no usaban ni necesitaban el numerario, en las transacciones, al menos para comerciar en los pueblos bárbaros, pues, el sistema empleado era el de trueque y ya se cuidaban de presentar productos vistosos de poco valor, para cambiarlos por otros géneros más valiosos, que la ingenuidad de sus atrasados clientes, desconocedores de su verdadero valor.

Todo este vasto comercio presupone el crédito, y ese crédito presupone la garantía o hipoteca. Así, sabemos que los comerciantes fenicios compraban con sus avalorios las próximas cosechas de perlas, esponjas y múrices que negociaban con los pueblos del mar Mediterráneo; todo esto nos indica que se practicaba la hipoteca aún cuando ignoramos el

nombre que le daban.

1.3 GRIEGOS

Llegó en la historia el turno para los griegos, quienes sucedieron en el comercio a los fenicios; ellos si les dieron nombres a esa garantía, la llamaron hipoteca, Hipos: debajo, encubierto y Theca: depósito, o sea dejar algo como prenda de garantía de una deuda, pues quedaba bajo depósito algún artículo mercantil, o una promesa de negocios respondiendo por un dinero adelantado, que ellos daban a sus tratantes para realizar una compra-venta.

Grecia es un país montañoso mal regado de escasa fertilidad litoral, muy accidentado y con cordilleras que lo cruzan en todas direcciones.

En Grecia se desarrollaron desde muy temprano la navegación y el comercio marítimo. La pobreza del suelo y en consecuencia la escasez de sus productos, por una parte, y la abundancia de las materias primas, por otra, contribuyeron a la expansión del comercio y de múltiples manufacturas.

1.4 OTROS PUEBLOS ANTIGUOS

Análogas consideraciones extendemos a pueblos comerciantes anteriores a fenicios y griegos a los cuales sólo mencionamos por carecer, en la historia, de datos concretos, pero si tener referencias suyas en diver

sos monumentos. Los chinos fueron también navegantes que ejercieron su comercio en todas las islas del Pacífico y probablemente con el Japón.

Los árabes, pobladores primero de toda la Arabia y luego invasores de Persia (Irán), Asiria, Caldea, etc., eran grandes traficantes del de sierto trayendo sus mercancías de la India a través de Beluchistán y Afganistán consistentes en piedras preciosas, alfombras y tejidos traídos de Persia, hasta las Costas del Mediterráneo. Egipto fue célebre por su exportación de trigo, con el cual le regalaban las periódicas inundaciones del Nilo.

Todos estos pueblos practicaban las garantías para asegurar sus transacciones. Podemos pues asegurar en forma general que la hipoteca fue una práctica comercial sin nombre hasta los griegos.

2. MARCO LEGAL

2.1 LA HIPOTECA COMO SERVIDUMBRE PERSONAL

Hemos visto que los griegos le dieron el nombre al fenómeno jurídico de la hipoteca, pero ellos no lo reglamentaron, sencillamente porque no tuvieron nunca un código o compilación de normas concatenadas en las diversas materias en que se ramifica el Derecho Civil.

Es a los romanos a quienes debemos el primer Código Civil del mundo, con su perfecta ramificación, produciendo una legislación científica mente planeada. En esa soberbia obra denominada Corpus Civile, que aplicaron solamente a los ciudadanos romanos (Decives = ciudadanos) regularon el fenómeno de la hipoteca como una derivación del contrato de depósito, cuyas características son:

- Es garantía que el objeto hipotecado representa al hipotecante por un préstamo de consumo o de uso concedido al hipotecado.

- A diferencia de las otras servidumbres personales, la hipoteca no es gratuita, sino que conlleva el establecimiento de un interés mensual o anual en favor del hipotecante.

- En caso de no pago de ese interés, el hipotecante mediante autorización del pretor, puede obtener el dominio del bien hipotecado.

- Mientras esa autorización no hubiese sido obtenida, no puede el hipotecante, ni disponer del bien, ni usarlo, sin consentimiento del pretor, en determinados casos. En los demás aspectos rigen para la hipoteca los mismos requisitos exigidos para el contrato de depósito.

2.2 DEL USUFRUCTO

El usufructo es el derecho de usar de la cosa de otro y de percibir los frutos sin alterar la sustancia.

Es la más importante de las servidumbres personales, puesto que comprende el jus utendi y el jus fruendi.

El propietario de la cosa gravada con usufructo, sólo conserva el jus abutendi limitado por la necesidad de respetar el derecho del usufructuario y la ventaja de guardar algunos productos de su propiedad; por tanto está destituída de sus principales atributos: se la califica de nuda propietar, y el mismo es un nudo propietario.

El usufructo puede establecerse sobre todas las cosas corporales, muebles o inmuebles, que estén en el patrimonio de los particulares, salvo los que se consumen por el uso, pues el jus utendi se confunde con

el jus abutendi.

2.3 JUS IN AGRO VECTIGALIS

El jus in agro vectigalis era un derecho de arriendo de un terreno cuyo canon se pagaba con frutos del mismo; aparentemente hay parecido con la hipoteca, más en realidad se trata de una especie de enfiteu sis.

2.4 ENFITEUSIS

La enfiteusis consiste en la facultad que tiene una persona de gozar de un fundo ajeno, ésto es, obtener de él las ventajas que pueda sumi nistrar.

La enfiteusis difiere del usufructo, pues, éste tiene una duración li mitada, en cambio la enfiteusis es trasmisible por causa de muerte, pues su duración es en principio indeterminada.

2.5 PARALELISMO ENTRE ESTOS CONCEPTOS, SU DIFERENCIA CON LA HIPOTECA

Existen en el Corpus Civile otras situaciones en las relaciones patri moniales que aparentemente presentan confusión en el fenómeno jurídico de la hipoteca, pero que bien examinadas, arrojan claridad sobre el asunto, así: entre la hipoteca y el usufructo existen pues hondas di ferencias, que no permiten en forma alguna confundirla, aún en el caso

que se estipule en la hipoteca el uso del bien hipotecado, pues este uso no es nunca un goce que constituya dominio sobre el usufructo.

La servidumbre personal de uso que, como explicaba anteriormente, puede darse en la hipoteca, tampoco es confundible con ésta, pues, en el primero este uso constituyente una verdadera propiedad para el usuario, en tanto que en la hipoteca es solamente una concepción transaccional, o sea, estipulada entre las partes y que sólo en virtud de ella es aceptada en la obligación.

No comparo la hipoteca con otras servidumbres personales, porque estimo que la importancia de ese estudio corresponde sólo al Derecho Romano, ya que en nuestro Derecho Civil carece de importancia, pues establece disposiciones que para las servidumbres reales nada más.

3. MARCO JURIDICO

3.1 LA HIPOTECA EN EL DERECHO COLOMBIANO

3.1.1 Definición

La hipoteca es un derecho de prenda constituído sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor; es el más perfecto derecho real de garantías de créditos, pues al mismo tiempo que recae sobre bienes inmuebles debidamente singularizados y sometidos 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 o disminuye la explotación normal a que están sometidos, y el acreedor lo mismo que en la prenda, adquiere el derecho de realizar el valor del inmueble en pública subasta y pagarse preferentemente ante los demás acreedores del deudor, en caso de incumplimiento de la obligación.

La definición que sobre la hipoteca nos presenta el Artículo 2432 del Código Civil es incompleta, pues sólo señala dos de los diversos caracteres que tiene este derecho, es decir, el de recaer sobre inmuebles y el de continuar éstos en poder del deudor. De manera más téc

nica, puede decirse que la hipoteca es un derecho real que recae so bre inmuebles singularizados, los que continúan en poder del deudor o constituyente para garantía del cumplimiento de una obligación, quedando facultado el acreedor para realizar el valor del inmueble y pagarse preferentemente.

3.2 CARACTERISTICAS ESENCIALES DE LA HIPOTECA

Las características de la hipoteca las reglamenta el Código Civil.

3.2.1 La Hipoteca es un Derecho Real Accesorio e Indivisible

La hipoteca es accesoria a la existencia de un crédito y es indivisi ble. En esto, el Código sigue de cerca los mismos principios del De recho Romano.

3.2.1.1 La Hipoteca es Accesoria a un Crédito

Que la hipoteca sea accesoria a un crédito, indica que se constituye para garantizar el cumplimiento de una obligación, y que no puede cons tituírse en forma autónoma. La hipoteca sólo nace cuando nace el cré dito asegurado; su validez se condiciona a la del crédito y se extin gue con la extinción de la obligación (Artículo 2457, párrafo 1 del Có digo Civil).

El nacimiento del derecho real de hipoteca y el nacimiento del crédito

suelen ser coetáneos, pero ello no se opone a que el contrato hipotecario se celebre antes que el contrato de donde nace el crédito (Artículo 2438, párrafo 3 del Código Civil), ni tampoco se opone a que se aseguren con hipotecas obligaciones futuras, es decir, que no han nacido aún, pero se espera que nazcan; en este caso se tratará de una hipoteca sometida a condición suspensiva, o sea que si nace el crédito, la hipoteca queda en firme desde el día de su constitución; y si el crédito no llega a existir, se supondrá que existió (Artículo 2438, párrafo 2 del Código Civil).

La invalidez de la constitución de la hipoteca no implica invalidez del crédito; pero la invalidez de éste implica la extinción de la hipoteca.

Puede cederse el crédito sin cederse la hipoteca, y en este caso, aquella se extingue; en cambio, la cesión de la hipoteca no puede realizarse sin la cesión del crédito, y por este motivo debe hablarse de cesión del crédito hipotecario y no de cesión de la hipoteca. Esto conduce a afirmar que el acreedor hipotecario debe ser siempre el acreedor del crédito, pues en ningún caso pueden estar disgregadas estas dos calidades. En cambio, una persona puede ser el deudor y otra distinta la constituyente de la hipoteca.

3.2.1.2 Determinación del Crédito

En nuestra legislación, todas las obligaciones pueden asegurarse con

hipoteca, tanto las de dar ciertos cuerpos o sumas de dinero, como las de hacer y no hacer; pero lo más frecuente es que se constituya en garantía de obligaciones de pagar sumas de dinero. Aunque originariamente la obligación no consista en pagar una suma de dinero, no obstante la hipoteca no puede realizarse sin que previamente se convierta en obligación pecuniaria, el crédito asegurado. El Artículo 2455 del Código Civil advierte que la hipoteca puede limitarse a una determinada suma de dinero, más no dice que invariablemente debe limitarse al pago de sumas de dinero. En todo caso el crédito debe estar determinado en forma que sea posible su avalúo en dinero, y con frecuencia este avalúo en dinero, se hace en el mismo contrato, pero también puede hacerse posteriormente.

Sin la existencia de uno o varios créditos determinados, no puede existir la hipoteca, y por este motivo el derecho moderno rechaza las antiguas hipotecas que garantizaban créditos en general. Así, no puede constituírse una hipoteca por todos los créditos que un deudor contraiga frente a su acreedor ya que el Código Civil desconoce las hipotecas generales. En Derecho Francés, en cambio, las hipotecas son generales y especiales. Estas últimas se caracterizan por ser convencionales y especiales respecto al crédito y a los bienes sobre los cuales recaen. Andrés Bello eliminó las hipotecas generales y solo reglamentó las especiales, por lo cual la Doctrina Francesa que trata de la especialidad de la hipoteca, en cuanto al crédito asegurado en las hipotecas convencionales, es perfectamente aplicable al derecho colombiano. Al respecto advierte Becque:

> El principio, conforme al cual la hipoteca convencional no puede garantizar más créditos especiales y limitados, se justifica tanto por el interés de los terceros futuros acreedores o adquirientes, como por el interés del deudor mismo. Toda hipoteca que garantice un crédito indeterminado en cuanto a su causa, o ilimitado en cuanto a su importe, arruina el crédito de la persona a quien grava, aún cuando esta persona posea inmuebles de considerable valor: un nuevo acreedor tendrá siempre el temor de ver aumentar inopinadamente la deuda asegurada por la hipoteca que le precede. 1

3.2.1.3 La Hipoteca es Indivisible

Según el Artículo 2433 del Código, 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 sus cuotas. En este caso, el acreedor puede realizar el valor del inmueble hipotecado, desinteresándose de la división de la deuda (Artículo 1411 del Código Civil). Igualmente, si 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 del Código Civil, el acreedor puede realizar el valor de todo el inmueble por la parte del crédito no satisfecha todavía.

---

1 BECQUE, citado por VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Derechos Reales. 6ed., Bogotá, Temis, 1980.

La regla de la indivisibilidad de la hipoteca contraría manifiesta mente el carácter de la accesoriedad, pues a pesar de la división del crédito o 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 respaldados por el valor total del inmueble.

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

La indivisibilidad de la hipoteca en manera alguna es regla necesaria para la institución del crédito hipotecario, como lo demuestra el Derecho Suizo, en el cual impera la regla contraria. Según el Artículo 833 del Côdigo Suizo, si una porción del inmueble se enajena o se enajena uno de los varios inmuebles hipotecados, o si 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.

3.2.2 La Hipoteca Recae en Inmuebles Individualizados

La principal diferencia entre la hipoteca y la prenda de derecho común, estriba en que la prenda recae en cosas muebles, y la hipoteca en inmuebles; en la prenda de derecho común, el constituyente debe hacer entrega de la cosa al acreedor; en cambio la hipoteca no implica

entrega del inmueble al acreedor.

En Derecho Romano la hipoteca podía recaer indistintamente sobre mue bles e inmuebles, y la variación de la regla romana en el sentido de reservar la hipoteca para los inmuebles, ha obedecido al hecho de la publicidad que es necesario dar a las hipotecas en el registro inmo biliario, hecho que indica que no pueden constituírse hipotecas sino sobre inmuebles debidamente matriculados en el registro, y que los inmuebles no matriculados no son susceptibles de hipoteca. Los mue bles en general, no están sometidos a ese régimen de publicidad. Cla ro está que hoy día la característica de que el inmueble hipotecado no está sujeto a ser entregado al acreedor, es esencial a la hipote ca, más no una nota exclusiva y diferencial, pues el comercio moderno conoce la prenda de cosas muebles que no implican entrega al acreedor (prenda agraria e industrial).

3.2.3 La Hipoteca tiene su Fuente Exclusiva en el Contrato

El Código Civil reglamenta en forma exclusiva las hipotecas que tienen como fuente un contrato entre el acreedor y el constituyente de la hi poteca, y desconoce las hipotecas generales que tienen su fuente en la ley o sentencia judicial.

Si bien es verdad que Bello, en sus primeros proyectos siguió de cer ca la tradición europea y contempló al lado de la hipoteca contractual la hipoteca legal, no obstante en el último proyecto eliminó la última

clase. La hipoteca legal en los primeros proyectos era una hipoteca general y tácita; recaía sobre patrimonios, como la hipoteca del fisco sobre los bienes de los recaudadores, o la de la mujer casada sobre los bienes del marido, etc. Estas hipotecas legales se suprimieron y se convirtieron en los actuales privilegios de cuarta clase a que se refiere el Artículo 2502 del Código Civil.

Esta innovación tiene máxima importancia, pues se vinculó la hipoteca al sistema de publicidad mediante el registro, aproximando el sistema nacional hipotecario a los actuales sistemas de Alemania y Suiza.

El Contrato Hipotecario ha de celebrarse mediante Escritura Pública y ésta debe inscribirse en el Registro de Instrumentos Públicos (Artículos 2434 y 2435 del Código Civil).

3.2.4 La Hipoteca es Derecho Real

Faculta al acreedor para realizar el valor de la finca hipotecada y pagarse con preferencia de los demás acreedores.

No cabe discutir hoy que la hipoteca sea un derecho real, de modo especial en derecho colombiano, en el cual se desconocen las hipotecas generales establecidas directamente por la ley o sentencia judicial. Y ese derecho recae directamente sobre un inmueble determinado y faculta al titular de la hipoteca para que realice su valor por interme dio de la justicia. Para realizar este derecho, el acreedor puede

desposeer no sólo al deudor hipotecario, sino a cualquier tercero en cuyo poder se encuentre la finca y en el caso de ser realizado el in mueble tiene un derecho de preferencia para pagarse.

3.3 CONSTITUCION DE LA HIPOTECA

La constitución del derecho real de hipoteca exige invariablemente dos solemnidades:

- Primero : Escritura Pública, y

- Segundo : Inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (Artículos 2434 y 2435 del Código Civil).

3.3.1 Escritura Pública

En general, toda hipoteca debe constituirse por Escritura Pública; pe ro, excepcionalmente los Institutos oficiales dedicados a la construc ción de viviendas para la clase obrera y la clase media, pueden asegu rarse en razón del precio de la vivienda mediante hipoteca celebrada por Escritura Privada.

3.3.2 Inscripción

La Escritura Pública de hipoteca debe inscribirse en la matrícula co rrespondiente al inmueble.

La Escritura Pública debe inscribirse dentro de los noventa días subsiguientes al de su otorgamiento. (Artículo 32 del E. de R. de I.P.)

3.3.3 Contenido del Contrato Hipotecario

La Escritura Pública debe contener los elementos esenciales de la hipoteca.

En primer término, los nombres del deudor y del acreedor, el nombre del propietario de la finca si se trata de hipotecas constituídas por un tercero; la expresión del lugar en que está ubicado, sus linderos, el nombre si fuere rural o no y calle si fuere urbana, con los elementos que deben mencionarse en el instrumento hipotecario y constituye la especialidad de la hipoteca en relación a la finca que se grava. Esta especialidad desde el punto de vista de la obligación garantizada con la hipoteca consiste en el señalamiento o determinación del monto de la deuda en dinero o la especificación clara de la obligación cuando es de otra índole, como ejecutar una obra, hacer alguna cosa.

3.3.3.1 Cláusulas Prohibidas

En primer lugar, se prohibe la cláusula en virtud de la cual el deudor autoriza al acreedor para retener en propiedad el inmueble, una vez vencido el plazo para cancelar el crédito.

Sobre el particular rige la misma disposición que para la prenda (Artículo 2448 del Código Civil). Se trata en este caso del pacto de comiso o ley comisoria, unánimemente prohibido por las legislaciones actuales, en razón de que entrega al deudor del inmueble a la voluntad del acreedor permitiéndole que este se aproveche con beneficio desmedido del menor apuro de aquél.

En segundo término, está prohibida la cláusula en virtud de la cual el deudor faculta al acreedor para que realice el valor del inmueble prescindiendo del procedimiento indicado por la ley, y ello porque la realización del valor del inmueble hipotecado en subasta judicial, es procedimiento establecido por motivos de orden público.

En tercer lugar, no se admite pactar que el deudor no puede enajenar el bien hipotecado (Artículo 2440 del Código Civil). Estas cláusulas no afectan la validez del contrato, sino que simplemente se tienen como no escritas.

3.3.4 Publicidad de la Hipoteca

Según el Artículo 2435 de nuestro Código Civil que dice: "La hipoteca deberá además ser inscrita en el registro de instrumentos públicos; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha si no desde la inscripción".

El registro del instrumento que contiene la hipoteca es el medio de

darla a conocer al público. Sin el no habría manera de establecer en cualquier momento, si una finca está o no gravada, lo cual iría en perjuicios de deudores, acreedores y terceros.

El registro de la hipoteca, o mejor del instrumento que la contiene deberá efectuarse en la forma establecida en el Artículo 22 y siguientes del Decreto 1250 de 1970 del Código Civil.

3.3.5 Término para el Registro de la Hipoteca

Existe diferencia en el plazo para el registro de la hipoteca constituída en Colombia y la constituída en el exterior. Para el primer caso, el plazo legal y perentorio es el de noventa días a partir de su otorgamiento como lo manda el Artículo 32 del Decreto 1250 de 1970, que expresa: "La hipoteca y el patrimonio de familia inembargable sólo pueden inscribirse dentro de los noventa días siguientes a su otorgamiento".

En cuanto al plazo para el registro de la hipoteca constituída fuera de nuestro país, nada expresa el nuevo estatuto de registro, pero tampoco deroga explícitamente las normas pertinentes de la Ley 56 de 1904 que dispone que la escritura de la hipotecación otorgada en país extranjero puede registrarse válidamente dentro de 180 días siguientes al otorgamiento.

Ese término debe comenzar como todo término legal desde el día siguien

te de la constitución del gravamen, o sea desde el día siguiente de la fecha del instrumento por medio del cual se otorga la hipoteca. Los días de que hablan las disposiciones legales son los hábiles, o mejor, que al hacer la cuenta, se excluyan los festivos y aquellos que aunque no lo sean fueren de vacancia, en la respectiva oficina de registros públicos y privados.

3.3.6 Lugar del Registro de la Hipoteca

La inscripción o registro de la escritura de la hipoteca debe hacerse en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos del circuito a que corresponda el municipio en donde se encuentra ubicado el inmueble hipotecado. La escritura de hipoteca como todo instrumento público puede otorgarse en cualquier notaría del país o ante el Cónsul de Colombia en cualquier país extranjero, o según lo establezcan los tratados públicos; pero el registro de dicho instrumento debe hacerse en Colombia en el lugar correspondiente, como se acaba de expresar, dentro del término perentorio que la ley señala.

3.3.7 Validez de la Hipoteca Constituída en País Extranjero

Según el Artículo 2436 de nuestro Código Civil que dice: "Los contratos hipotecarios celebrados fuera de la República o de un territorio darán hipoteca sobre bienes situados en cualquier punto de ella o del respectivo territorio, con tal que se inscriban en el respectivo competente registro".

No obstante la amplitud del texto transcrito, conviene tener en cuenta los requisitos del contrato de conformidad con el Derecho Internacional Privado. Siendo la hipoteca un derecho real sobre bienes raíces, la ley del país en donde éstos se encuentran es la que debe regir para la regulación de las formalidades y requisitos, tanto de fondo como de forma, del acto constitutivo de la hipoteca.

Por otro aspecto, siendo la hipoteca un derecho accesorio, es claro que ella no tendrá validez en nuestro país, si la obligación principal no tuviere una causa lícita de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico.

3.4 MODALIDADES DE LA HIPOTECA

Las modalidades o condiciones de la obligación principal repercuten en la hipoteca. Así, si aquella es pura y simple, igual será el gravamen. Si está sujeta a un plazo o condición, la hipoteca tendrá efectividad desde la fecha del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición. Lo anterior se confirma del texto del Artículo 2438 del Código Civil que dice:

> La hipoteca podrá otorgarse bajo cualquier condición, y desde o hasta cierto día.
>
> Otorgada bajo condición suspensiva o desde día cierto, no valdrá sino desde que se cumpla la condición o desde que llega el día; pero cumplida la condición o llegado el día, será su fecha la misma de la inscripción.
>
> Podrá asimismo otorgarse en cualquier tiempo, antes o des

pués de los contratos a que acceda; y correrá desde que se inscriba.

En esta disposición encontramos algo así como una excepción al principio rígido de la calidad accesoria de la hipoteca, al ser autorizada por la ley su constitución antes del contrato a que accede, es decir antes que surja a la vida jurídica la obligación principal.

3.5 ELEMENTOS ESENCIALES DE LA HIPOTECA

3.5.1 Consentimiento

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto jurídico constituído por dos elementos, que son consecutivos y copulativos.

Consecutivos, porque necesariamente es la consecuencia de otro elemento; copulativos porque unidos dan lugar a la existencia del consentimiento.

Estos dos elementos pueden ser: la oferta y la aceptación. La oferta es aquel proyecto definitivo del acto jurídico que se somete a la aprobación de una persona. La aceptación es la consecuencia de la oferta.

3.5.2 Aceptación

Es la manifestación positiva que hace el destinatario de querer concluir el acto jurídico sometido a su consideración por la oferta; es donde viene a nacer el consentimiento y ella puede ser verbal, escrita entre presente y ausente.

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

Cuando la oferta es por escrito ésta debe responderse dentro de los seis días siguientes a la fecha en que se hace.

La aceptación de la oferta debe ser pura y simple, es decir no puede estar condicionada a ningún evento ni sujeta a plazo. Tanto la oferta como la aceptación es el procesamiento inicial que utilizaban las instituciones bancarias como personas jurídicas; no sólo ellas, sino también las personas naturales. Por eso, si la aceptación contiene una modificación de la oferta inicial, ésta se tiene como una nueva oferta, lo mismo si se hace la aceptación en forma extemporánea, o sea aquella que se hace fuera de términos, es decir que hay nuevas ofertas en dos eventos.

3.5.3 El Autocontrato

El autocontrato se puede presentar en el contrato de hipoteca en la cual la misma reviste dos casos: esta misma persona puede ser acreedor hipotecario y deudor hipotecario.

Pero se ha dicho que no es posible el autocontrato; esto si analizamos que el consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades en relación de un acto jurídico; pero teniendo en cuenta la presentación, bien que la persona jurídica confiera un poder a una tercera persona a efectos de concluir el contrato o acto jurídico. Sobre la presentación de dicho contrato, es válido pero dentro de lo jurídico es nulo ya que se trata de un solo consentimiento o voluntad y no de las dos voluntades, en consecuencia nos encontraríamos frente a un contrato inexistente; en esta forma discrepa de dicho concepto de autocontrato con el de hipoteca.

3.5.4 Vicios del Consentimiento

El consentimiento no siempre está expresado en forma pura y similar; 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, la fuerza y el dolo.

3.5.4.1 El Error

Según algunos tratadistas, el error es la discrepancia entre el con cepto y la calidad o la realidad.

La Jurisprudencia al respecto del error, dice: "El error es la falsa noción que una persona tiene sobre una cosa o sobre un acto".

Existe diferencia entre el error y la ignorancia; el error implica una posición negativa de la inteligencia, es no saber nada y a la vez este error se divide en error de hecho y error de derecho.

Según el Artículo 1509 del Código Civil el error de derecho no vicia el consentimiento: "el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento" queriendo decir con esta definición que dicho princi pio está fundado en que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

El error de hecho vicia el consentimiento de acuerdo con lo estableci do en el Artículo 1510 del Código Civil que dice: "El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o con trato que se ejecuta o celebra", como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa especí fica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor en tiéndese vender cierta cosa determinada, y el comprador entiéndese comprar otra.

Siempre y cuando que la causa o motivo del contrato radique precisa mente en el error o ignorancia del hecho; así quien compra un cuadro precisamente porque el vendedor le dice que es de Obregón y luego re sulta que no lo es, la causa de la compra era el ser de Obregón, lo que resultó errado, y por tanto la compra es nula.

El Artículo 2315 del Código Civil da facultad para repetir, aún lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aún una obligación puramente natural.

La Corte ha dicho lo siguiente: Para la acción consagrada en el Ar tículo 2315 se requieren el pago, la falta de causa, el error de he cho o de derecho de quien paga, la ausencia siquiera de una obliga ción natural que pudiera autorizar una retención de lo indebidamente pagado.

La Doctrina ha hecho una clasificación relacionada al error. Josse rand habla de la clasificación tripartita y nuestra legislación la acoge: error obstáculo, error nulidad y error indiferente.

3.5.4.1.1 Error Obstáculo

Es el que recae sobre el objeto, la causa y naturaleza del acto o con trato. Se presenta el error sobre el objeto cuando una de las partes entendiese hipotecar una cosa y la otra hipotecar otra cosa diferente. El error sobre la causa se presenta cuando existe una noción equivoca

da con relación al móvil que ha llevado al contratante a concluir el acto o contrato.

El error sobre la naturaleza se presenta cuando una de las partes en tendiese celebrar un contrato determinado y la otra entendiese otro.

3.5.4.1.2 Error Nulidad

Es aquel que acarrea nulidad relativa del acto; existe el consenti miento pero viciado; el acto existe pero viciado por la falsa noción, y se puede dividir en error sobre la sustancia y sobre la persona.

Existe error en sustancia cuando hay una falsa noción sobre la mate ria de que está hecha la cosa.

En cuanto al error sobre la persona tiene su vigencia cuando los ac tos o contratos celebrados son intuitu-personae o sea, en considera ción a las personas por ejemplo el mandato, las sociedades de perso nas, etc. El error in-persona se refiere a la identidad física de las personas y no a la jurídica o civil.

3.5.4.1.3 Error Indiferente

Es aquel que no tiene incidencia con respecto al resultado jurídico. En consecuencia el consentimiento viciado implica una manifestación de voluntad cuando surge el contrato y está viciado por el error si

ha existido la manifestación de la voluntad, pero equivocada; así co mo el error, en cuanto a la existencia y validez de un acto jurídico, existe un tipo de error que da valor a los actos jurídicos, y ese se llama error común.

El error común se ha definido como aquella falsa creencia que existe en un grupo de personas y que es consecuencia de un hecho que no pue de preveerse.

3.5.4.2 La Fuerza

Es aquella coacción que se ejerce sobre una persona para enderezar su voluntad en determinado sentido y obtener la formación del consenti miento sobre un objeto jurídico.

Se ha dicho que la fuerza no produce el vicio del consentimiento, si no que la amenaza es lo que la crea, o sea la situación sicológica en que se encuentra una persona frente a determinado hecho. Esta amena za para que pueda viciar el consentimiento debe tener los siguientes elementos: elemento material, elemento sicológico y debe ser injusta.

Son elementos materiales los medios que utiliza el agente para colo car en esa situación de inferioridad al violentado. Esos medios pue den ser expresos o tácitos. Expresos cuando a la persona se le amena za con una determinada arma para obrar en determinado sentido; hay me dios 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.

Según el Artículo 1513 del Código Civil, la fuerza material o moral no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio. Con relación al mismo, la Corte ha dicho igualmente: "Para que exista la violencia es necesario el elemento coacta-voluntas", expresión romana que consiste en la fuerza que se usa contra alguna persona para obligarla a hacer lo que no quiere. Es una 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.

3.5.4.3 El Dolo

El dolo se consideró desde el Derecho Romano como vicio del consentimiento, ya que es toda maniobra o artificio que una persona realiza con el fín de inducir a la otra a la realización de un acto jurídico.

Se consideró que el dolo podrá provenir de unos contratantes o de un tercero con un resultado diferente. Cuando era producido por uno de los contratantes, era el verdadero dolo, que producía vicio del consentimiento, mientras el proveniente de un tercero no viciaba el consentimiento, sino que daba lugar a indemnización de perjuicios.

El Artículo 63 del Código Civil, en su último inciso define en forma

genérica el dolo; consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, care el Artículo en la intención pero agrega intención positiva, el término positivo lleva el dolo al terreno de la exteriorización y maniobra.

Sobre el dolo la Corte dice lo siguiente: El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y además aparece claramente que sin él no hubiera contratado.

En los demás casos el dolo da lugar a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado.

El profesor Eduardo Zuleta Angel dice: Para que haya dolo son necesarios cinco requisitos:

- Que el dolo haya sido empleado a sabiendas de que engañaba,
- Que sea reprensible, contrario al orden social y moral,
- Que sea ejecutado por el contratante,
- Que el móvil tenga carácter de determinante, y
- Debe ser probado, es decir no se presume.

3.5.5 El Objeto

El Artículo 1517 del Código Civil nos dice: "Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de

la declaración".

El contrato se identifica con las obligaciones de las partes; pueden ser objeto de la obligación no sólo las cosas corporales que tienen existencia real, sino también las incorporales como las intangibles.

Pueden ser objeto de obligaciones las cosas actuales, las cosas futuras; estas están sometidas a una condición suspensiva, es decir que si llegado el término que las partes acuerdan y el objeto existe se habrá perfeccionado el acto jurídico, caso de la hipoteca; para que pueda ser objeto de obligaciones se requiere:

- Existir por lo menos o esperar que existan;
- El objeto debe estar en el comercio;
- Debe ser determinado o determinable;
- Debe ser lícito;
- Debe tener un interés para el acreedor.

3.6 CAPACIDAD PARA CONSTITUIR HIPOTECA

No podrá constituir hipoteca sino la persona que sea capaz de enajenar, y siempre que se llenen los mismos requisitos exigidos para la enajenación. (Artículo 2439 del Código Civil).

La capacidad legal para contratar es la facultad que tiene la persona para obligarse por sí mismo, y sin el ministerio o la autorización de

otra.

La capacidad requerida para que una persona hipoteque válidamente sus bienes es compleja, pues, esa persona debe ser capaz para obligarse, capaz para enajenar sus inmuebles y ser propietaria de la cosa que se hipoteca. La falta de cualquiera de tales circunstancias incide en la nulidad del gravamen. De lo dicho se desprenden las siguientes consecuencias:

3.6.1 De los Incapaces

- El menor de edad no puede enajenar ni hipotecar sus bienes raíces sin autorización judicial, la cual no se concederá sin conocimiento de causa. Dentro de esta denominación están los menores impúberes y los menores adultos. El juez, para conceder la autorización deberá estudiar la utilidad o la necesidad manifiesta de la hipotecación. No es necesaria la autorización judicial para que el representante del menor hipoteque los bienes de éste cuando aquêllo se ha transferido con la carga de constituir la hipoteca.

- Los actos del demente son absolutamente nulos porque carece de facultad de consentimiento por falta de razón o juicio. Sin embargo, por el aspecto procesal o probatorio de esa nulidad, es necesario distinguir la situación del acto o contrato celebrado por el demente ya sea que éste se encuentre o no, bajo interdicción judicial. Es decir que una hipoteca constituída por un demente sería absolu

tamente nula, si en el momento de constituirse existía decreto de interdicción judicial por causa de la demencia. No mediado tal decreto la hipoteca sería válida, a menos de probarse que en el momento de la hipotecación el hipotecante no estaba demente.

- Son también incapaces para constituir hipotecas los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito; esto quiere decir que la incapacidad no radica en la sordomudez sino que existe ausencia de ilustración que impide al sordomudo manifestar su consentimien to de la única manera que podía hacerlo, o sea por medio de la es critura. De lo anterior se deduce que la hipoteca constituída por una persona que sufre tal defecto está viciada de nulidad absoluta.

- El disipador, la incapacidad de disipador para contraer y por en de para hipotecar surge de una decisión judicial que lo coloca en interdicción de administrar, enajenar o gravar sus bienes.

- Concursados y quebrados. En el concurso de acreedores y en la quiebra, decretados judicialmente, el concursado o quebrado según el caso, quedan separados de la administración de sus bienes y mientras esté vigente esa especie de interdicción no pueden hipote car sus bienes inmuebles.

- Personas Jurídicas. La ley coloca a las personas jurídicas como incapaces relativas para celebrar contratos, pero esa incapacidad sólo afecta a las corporaciones y fundaciones de interês común o

beneficiencia pública; a la Nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de instrucción pública, las iglesias.

La incapacidad relativa de las personas jurídicas enunciadas tienden un fundamento de protección, para que sus actos o contratos no lo perjudiquen patrimonialmente. Se manifiesta esa protección legal en la exigencia de determinados requisitos para contratar, especialmente en los actos de disposición y en la necesidad de la designación de un representante legal.

En el caso de hipotecación de los inmuebles pertenecientes a las citadas personas, se requieren, en su orden autorizaciones previas por medio de leyes, ordenanzas o acuerdos y de documentos auténticos del superior legítimo cuando se trata de entidades religiosas; pero, las autorizaciones no sólo deben referirse a la hipotecación, sino, en primer lugar al contrato principal, a la obligación principal a que accede el gravamen hipotecario.

3.6.2 Inmuebles Adquiridos en Pagos de Rentas Vitalicias

Para formarse un concepto aceptado sobre la situación jurídica del derecho de propiedad sobre un inmueble adquirido en pago de una renta vitalicia, debemos repasar las normas de nuestro Código Civil, que puntualizan los hechos o circunstancias de las cuales puedan surgir la anulación o resolución del contrato de renta vitalicia y que lógicamente acarrearía la extinción del gravamen hipotecario constituído

por quien lo adquirió en virtud de dicho contrato o por sus causahien tes. El Artículo 2293 del Código Civil dice textualmente: "Es nulo el contrato si antes de perfeccionarse muere la persona de cuya exis tencia pende la duración de la renta, o al tiempo del contrato adole cía de una enfermedad que le haya causado la muerte dentro de los treinta días subsiguientes".

3.6.2.1 Condición Resolutoria

Para que la condición resolutoria iniciada sobre la supervivencia de la hipoteca, debe constar en el título de propiedad, pues si la condi ción no consta, aunque llegara a resolverse el contrato por el cual el hipotecante adquirió el inmueble, la hipoteca no desaparecería.

Tal es el alcance del Artículo 1548 del Código Civil que expresa: "Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hi poteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública".

3.6.2.2 Consecuencia de la Expropiación de Inmuebles en Relación con la Hipoteca

Cuando se trata de expropiación de inmuebles en relación con la hipo teca. Cuando se trata de expropiación de bienes urbanos demandada por entidades nacionales, departamentales o municipales, por motivo

de utilidad pública o interés social, la solución de los créditos hipotecarios, que afectan los bienes raíces expropiados, deben hacerse con los dineros provenientes de la indemnización correspondiente. Tales son el sentido y el ordenamiento de los Artículos 852 y siguiente del Nuevo Estatuto del Procedimiento Civil, cuyo texto es el siguiente:

> Registrada la sentencia y el acta, se entregará a los interesados su respectiva indemnización; pero si los bienes están gravados con prenda o hipoteca, el precio quedará a ordenes del juzgado, para que sobre él puedan los acreedores ejercer sus respectivos derechos, en proceso separado. En este caso las obligaciones garantizadas se considerarán exigibles, aun que no sean de plazo vencido.

3.6.3 Propietario Aparente

Es propietario aparente de un inmueble la persona que detenta un título de dominio que reúna todos los requisitos legales en sus aspectos sustanciales y formales, por ejemplo, que el tradente, o enajenante, lo mismo que sus causantes, tenían la calidad de propietarios inscritos y que la tradición se efectuó con las solemnidades requeridas. En tal circunstancia el título es inobjetable, aunque entre las personas contratantes el titular no sea verdadero dueño por mediar un acto simulado. El concepto anterior se justifica, porque quien estudia la situación jurídica del inmueble no tiene que recurrir a otras probanzas para deducir la validez de la titulación, no tiene que investigar actos simulados porque la simulación no afecta a terceros. Por ello, la hipoteca constituída por el propietario aparente sobre un inmueble

adquirido mediante un contrato simulado es válida, aunque el dueño real reclame contra la validez del gravamen alegando la existencia de documentos privados demostrativos de la simulación, pues esos pac tos secretos no perjudican a quienes han contratado de buena fé, se gún los estatuído por el Artículo 1766.

3.6.3.1 Situación Respecto al Heredero Aparente

Podría pensarse que el heredero aparente está en la misma situación, respecto de terceros, que el propietario aparente, porque aquél ha ocupado la herencia con los requisitos legales, es decir mediante el trámite del juicio de sucesión del causante, partición debidamente aprobada y registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públi cos del respectivo círculo. Tiene pues, un título de adquisición per fecto en sus aspectos externos, aunque, en el fondo haya personas de mejor derecho como herederos del causante, podría decirse que una hi poteca constituída por el heredero aparente es en el fondo una hipote ca de bien ajeno, y por tal razón sería nula. Sin embargo ello no es así, porque la ley protege la buena fé de terceros, para quien los ac tos jurídicos tienen el alcance y los efectos legales que ellos exte riorizan.

3.6.3.2 Incidencia de las Incapacidades en la Validez o Invalidez de la Hipoteca

De acuerdo con el Artículo 1740, la incapacidad legal de la persona

produce la nulidad del contrato que celebre, la cual puede ser absoluta o relativa, según la naturaleza de la capacidad. Por lo tanto una hipoteca constituída por una persona que adoleciere de incapacidad absoluta posee nulidad absoluta y si el constituyente adoleciere de incapacidad relativa, la hipoteca sería relativamente nula.

También sería absolutamente nula la hipoteca constituída con omisión de algún requisito o formalidad preescrita por la ley, en consideración a la naturaleza del contrato de hipoteca. Lo anterior se desprende del contenido del Artículo 1741, pero como quiera que los actos nulos pueden validarse expresa o tácitamente y también en el transcurso del tiempo, estimamos necesario hacer un estudio sobre tales particulares.

El Artículo 2437 del Código Civil dice textualmente: "Si la constitución de la hipoteca adolece de nulidad relativa, y después se valida por el lapso de tiempo o la ratificación, la fecha de la hipoteca será siempre la fecha de la inscripción".

La Ley 50 de 1936 en su Artículo 2º autoriza el saneamiento de la nulidad absoluta por la ratificación de las partes cuando no es generada por causa ilícito y en todo caso, por prescripción extraordinaria.

Con los anteriores presupuestos puedo afirmar:

Una hipoteca constituída por una persona absoluta o relativamente in

capaz y ratificada por ésta cuando ha cesado su incapacidad adquiere plena validez.

También se sanea una hipoteca viciada de nulidad por el transcurso de cuatro años a partir del día en que cese la incapacidad relativa, o de 20 años si la nulidad fuere absoluta, contados a partir de la fecha de la constitución del gravamen sin haber sido reclamado y declarado nulo judicialmente.

4. MARCO ANALITICO

4.1 BIENES HIPOTECABLES

El primer inciso del Artículo 2443 del Código Civil expresa: "La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves".

No obstante al tenor del literal de este inciso, opino que el objeto de la hipoteca no es el bien raíz mismo, sino el derecho de propiedad o usufructo de ese bien, que por recaer un inmueble tiene la misma naturaleza según las palabras del Artículo 667. Esos derechos están esencial o íntimamente vinculados al bien raíz y participan como lo acabamos de expresar de su naturaleza inmueble.

Este concepto se acomoda mejor a la noción y esencia de la hipoteca y amplía el campo de su alcance en él, cumplimiento de su finalidad. La posesión de que trata la norma en estudio es la inscrita y no la material, opinión que se conforma con las disposiciones del procedimiento civil relativas al ejercicio de la acción hipotecaria, la cual debe adelantarse contra el propietario o poseedor inscrito.

4.1.1 Hipoteca de Nuda Propiedad

Aunque la ley expresamente no autoriza la hipoteca de nuda propiedad de un bien raíz, tampoco la prohibe ni existe ningún obstáculo de otra índole para aceptar como válida.

El derecho de nuda propiedad sobre un inmueble es hipotecable y al efectuarse la consolidación de ese derecho con el usufructo dentro de la vigencia de la hipoteca, se mejora el derecho de la propiedad, ex tendiéndose la hipoteca a esa mejor. De otra parte nada impide el ejercicio de los derechos del acreedor hipotecario, sobre la nuda pro piedad hipotecada y el desarrollo de las acciones correspondientes pa ra perseguirlas, rematarlas y obtener el pago del crédito garantizado con la hipoteca. Contribuye a corroborar este concepto la noción de lo que se entiende por derecho de dominio o propiedad en su triple as pecto: nuda propiedad, uso y habitación y usufructo. Todos partici pan de la naturaleza del inmueble por su vinculación a éste. Todos son idóneos para ser objeto de hipoteca.

4.1.2 Hipoteca de Cuota Pro-Indiviso

Es hipotecable también la cuota pro-indiviso de un comunero en un in mueble antes de la división de éste, según lo autoriza el Artículo 2442 del Código Civil, que expresa: "El comunero puede antes de la di visión de la cosa común, hipotecar su cuota; pero verificada la divi sión, la hipoteca afectará solamente los bienes que en razón de dicha

cuota se adjudiquen, si fueren hipotecables. Si no lo fueren, caducará la hipoteca".

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

Sin embargo, sobre este aspecto el Nuevo Código de Procedimiento Civil en la regla 1o. del Artículo 471, dice: "Ni la división, ni la venta afectarán los derechos de los acreedores con garantía real sobre los bienes objeto de aquélla". Prima-facie esta norma nos lleva a concluir que su objetivo es el de amparar los derechos del acreedor hipotecario, propicios de ser vulnerados impunemente, en caso que la garantía estuviere vinculada únicamente a una cuota pro-indiviso en la cuota común, por la facilidad con que pueden los comuneros eludirse con el propósito de hacer ineficaz la hipoteca, según la disposición del Artículo 2442.

4.1.3 Hipoteca de Inmuebles

No todos los inmuebles pueden ser objeto de hipoteca, sino, únicamente los inmuebles por naturaleza que se encuentren en el comercio y que sean "predics", es decir, que estén debidamente delimitados y matriculados en la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos. Dicha inscripción es parte de la solemnidad del acto jurídico y así lo

exige la ley. Si no se cumpliere con este requisito dejaría de ser una obligación real para convertirse en una obligación de crédito o personal.

El objeto originario de la hipoteca debe ser un predio, más ella se extiende también a todas las cosas que forman parte de él. Se extien de a todos los elementos integrantes del inmueble (edificios, máqui nas, árboles, cosechas, etc.); esto es, a los calificados por el Códi go Civil con el nombre de inmuebles por adherencia, e igualmente se extiende a todas las cosas accesorias que sirven para el cultivo del predio (inmuebles por destinación). También se extiende la hipoteca a todos los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada (Artícu lo 2445, párrafo 2). Todo lo que se siembre, plante o edifique sobre la finca hipotecada, lo mismo que los animales adquiridos para el cul tivo, las nuevas servidumbres activas constituídas, las minas que se descubran, las nuevas explotaciones agrícolas o industriales, etc., queda sometido a la garantía hipotecaria.

4.1.4 Hipoteca sobre el Arriendo e Indemnización

Para efecto de garantizar un canon (o canones) de arrendamiento o una indemnización constituyendo un contrato de hipoteca y en él se da un inmueble o finca para que garantice dicha obligación. En caso de in cumplimiento en el pago de arriendo, o para garantizar perjuicios que causen terceros o el propio hipotecante.

La hipoteca se puede constituir sobre un arriendo o sobre una indemnización que pague un tercero por daños suyos o una indemnización que pague una firma o compañía por daños o destrucción del inmueble es la forma como lo establece el Artículo 2446 del Código Civil Colombiano, y que dice: "También se extiende la hipoteca a las pensiones devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados, y a la indemnización debida por los aseguradores de los mismos bienes".

Se extiende la hipoteca o contrato de hipoteca cuando en la constitución del mismo se establece un contrato accesorio, o sea de administración, con el fín de que el deudor vaya capitalizando o amortizando con los canones de arrendamiento, el capital que le fue facilitado o dado al deudor para que éste a la vez diera el inmueble para que garantice la obligación. Entendiéndose que esta clase de contrato de administración es sobre el mismo inmueble en que se constituye el contrato de hipoteca, que no es el mismo contrato cuando con un inmueble se dice: Doy garantía bajo contrato de hipoteca este inmueble, si un tercero o el propio contratante en calidad de deudor incumple el arrendamiento o el canon de arrendamiento del inmueble que se habita u ocupa. También el inmueble puede garantizar como es obvio, cualquiera indemnización que se pueda presentar y por lo tanto puede ser objeto de garantía a través del contrato de administración en el mismo contrato de hipoteca como lo vienen haciendo hace muchos años las instituciones creditarias, por ejemplo el Banco Hipotecario.

4.1.5 Hipoteca de Naves Marítimas

Al decir el Inciso 2º del Artículo 2443 que: "Las reglas particula res relativas a la hipoteca de las naves pertenecen al Código del Co mercio", está excluyendo del régimen del Derecho Civil, la hipoteca ción de tales bienes, quedando, pues bajo la reglamentación del dere cho comercial.

De manera que cuando las naves puedan ser objeto de hipoteca, por man dato del Artículo 2443 del Código Civil, su efectividad como derecho real es ilusoria, pues carece de privilegio y de la prelación en la concurrencia de los demás créditos privilegiados o no, de los acreedo res del propietario de la nave. En tal concurrencia el acreedor hipo tecario tendrá que someterse a los efectos de la graduación de crédi to que lo coloca en las mismas condiciones de cualquier acreedor sin garantía real.

4.1.5.1 Naves que pueden Hipotecarse

Pueden hipotecarse las embarcaciones mayores y las menores dedicadas a la pesquería, a investigaciones científicas o recreo.

Conforme a la división establecida por el Artículo 1433, son embarca ciones mayores las que tienen un tonelaje de 25 o más toneladas, y em barcaciones menores, aquella cuyo registro no alcancen dicho tonelaje.

4.1.5.2 Requisitos Formales de la Hipoteca de Naves Marítimas

El contrato de hipoteca de naves marítimas es solemne, es decir, que debe constituirse por escritura pública y su publicidad se efectúa con el registro del instrumento en la capitanía del puerto de matrícula de la nave o en el Registro Aeronáutico Nacional.

La escritura pública por la cual se constituye la hipoteca sobre la nave debe observar los siguientes requisitos:

- El nombre, la nacionalidad y el domicilio del acreedor y del deudor.

- El importe del crédito que garantiza el gravamen.

- Fecha del vencimiento del plazo para el pago del capital y el de los intereses.

- Nombre, tipo, tonelaje, señas y descripciones completa de la nave que se grava y el número y fecha de la matrícula.

- La estimación del valor de la nave al tiempo de ser gravada.

- Las indicaciones sobre seguro y gravamen, así como los accesorios que queden excluído de la garantía.

- Las demás estipulaciones que acuerden las partes.

La falta de algunos de estos requisitos viciará de nulidad el grava men hipotecado.

4.1.5.3 Plazo para el Registro

El plazo para inscribir en el registro la hipoteca de nave será el pe rentorio de 30 días contados a partir del día siguiente de la fecha de la escritura si esta se otorgó en el país y de 90 días si se otor gó en el extranjero.

4.1.5.4 Extensión de la Hipoteca

El Artículo 1575 del Código de Comercio dice que salvo pacto en con trario, la hipoteca de la nave comprenderá además, la suma debida por los aseguradores y los accesorios enumerados por el Artículo 1652 que son los siguientes:

- Las indemnizaciones debidas al propietario por razón de daños mate riales no reparados, sufridos por la nave o por pérdida del flete.

- Las indemnizaciones debidas al propietario por averías comunes.

- Las remuneraciones debidas al propietario por asistencia prestada o salvamento efectuado hasta fín de viaje.

4.1.5.5 Extinción de la Hipoteca de Naves Marítimas

La extinción de la hipoteca sobre naves marítimas se presenta por el transcurso de dos años a partir de la fecha del vencimiento de la obligación principal, según lo establece el Artículo 1577 del Código de Comercio, que dice: "Los derechos derivados de la hipoteca pres criben por el transcurso de dos años desde la fecha del vencimiento de la obligación respectiva".

4.1.6 Hipoteca de Naves Aêreas

La reglamentación de la hipoteca sobre naves aéreas contenido en el nuevo Código de Comercio, es la siguiente:

"Se consideran aeronaves, para los efectos de este Código, todo apara to para maniobra en vuelo, capaz de desplazarse en el espacio y que sea apto para transportar persona o cosas".

Del texto de los Artículos 1792 y 1793 se colige que las aeronaves co lombianas se registran en las Oficinas de Registro Aeronáutico Nacio nal por medio de la matrícula, que le confiere la nacionalidad colom biana.

Para matricular una aeronave de servicio comercial, se requiere que su propiedad y control real y efectivo pertenezcan a personas natura les o jurídicas colombianas, como lo ordena el Artículo 1795 del Códi

go de Comercio.

4.1.6.1 Requisitos Formales de la Hipoteca de Naves Aéreas

La hipoteca debe constituirse por medio de escritura pública y regis trarse en la Oficina de Registro de Aeronáutica Nacional, cuando la nave aparece matriculada en Colombia lo cual se desprende del texto del Artículo 1904 del Código de Comercio, que dice: "Las aeronaves matriculadas en Colombia, pueden gravarse con hipoteca. Las que es tén en vía de construcción también pueden hipotecarse, con tal que en la escritura pública en que la hipoteca se constituye se consigne las especificaciones necesarias para su inscripción en el registro aero náutico".

Los contratos de hipotecación de aeronaves extranjeras, es decir no matriculadas en Colombia, tienen pleno efecto en el territorio nacio nal, siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

- Que los contratos se hayan celebrado con las exigencias legales del país extranjero.

- Que tales contratos estén debidamente autenticados traducidos al español.

- Que se inscriban en el Registro Aeronáutico Nacional.

4.1.6.2 Plazo para el Registro de Hipoteca sobre Naves Aéreas

El término dentro del cual debe registrarse la hipoteca de naves aéreas es el mismo señalado para el registro de naves marítimas o sea el perentorio de 30 días, contados a partir de la fecha de la escritura pública, si ella se otorgó en el país y 90 días si se otorgó en el extranjero.

4.1.6.3 Extensión de la Hipoteca de Naves Aéreas

La hipoteca de naves aéreas comprenden los elementos y derechos señalados por el Artículo 1905 del Código de Comercio, que expresa: "La hipoteca comprenderá la cédula, las unidades motopropulsora, los equipos electrónicos y cualesquiera otras piezas destinadas al servicio de la aeronave, incorporadas en ella en forma permanente, aunque fueren momentáneamente separadas de la aeronave, los seguros e indemnizaciones que parcial o totalmente reemplacen la cosa gravada".

4.1.6.4 Extinción de la Hipoteca de Naves Aéreas

El nuevo Código de Comercio no menciona las causas de la extinción de la hipoteca de naves aéreas. Tal omisión nos lleva a aplicar las disposiciones del Artículo 1577, del nuevo Código de Comercio donde se establece la prescripción de la hipoteca de naves marítimas cuando ella no se hace efectiva dentro del término de dos años contados desde la fecha del vencimiento de la obligación principal.

4.2 COMERCIALIDAD DEL BIEN QUE SE HIPOTECA

La comercialidad del bien que se hipoteca consiste en que en el momento de la hipotecación esté en el comercio, es decir que sea enajenable porque si no pueden serlo, tampoco pueden ser materia de hipoteca, pues carecería de la posibilidad de ser perseguida por el acreedor para hacerla vender en pública subasta que, es una de las características esenciales de tal garantía. No están en el comercio las cosas que por su naturaleza, por su destino o por cualquier otra circunstancia se hayan en interdicción de venta o enajenación. Entre ellas figuran, por ejemplo, los bienes de uso público, como calles o plazas. Tampoco son enajenables y por consiguiente no pueden hipotecarse los bienes de que trata el Artículo 1521 del Código de Comercio o sean los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona como el uso y habitación y el derecho de usufructo legal del padre de familia con los bienes del hijo, las cosas embargadas por decreto judicial a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello y las especies cuya propiedad se litiga a menos que se otorgue permiso por el juez que conoce el litigio.

4.2.1 Hipoteca de Cosa Ajena

El constituyente de la hipoteca debe ser titular de la propiedad que hipoteca, a semejanza de lo que sucede con el tradente que transmite a otra persona la propiedad (Artículo 752 del Código Civil). Si el constituyente no es titular de la propiedad, no puede por la hipoteca

transmitirse al acreedor la garantía real, pues nadie transmite a otro, derechos que no tiene.

La constitución de una hipoteca sobre un inmueble que no pertenece al constituyente, sigue las mismas reglas que la tradición de cosa ajena, no transmite la propiedad al adquirente; pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse transferido éste, desde el momento de la tradición.

En armonía con ese texto legal, el Artículo 1871 del Código Civil, es tablece que: "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los dere chos del dueño de la cosa vendida". Aplicando estas reglas a la hipo teca, se deducen estas tres consecuencias:

- El contrato hipotecario de cosa ajena vale, a semejanza de lo que sucede con la venta de cosa ajena. Pero el hecho de que la venta de una cosa ajena o la hipoteca de cosa ajena tengan validez, no indica que la tradición o la constitución trasmita o constituya realmente el derecho. Con todo, si posteriormente el tradente ad quiere la propiedad o el constituyente se hace dueño del inmueble que hipotecó, se entiende realizada la tradición o la constitución de la hipoteca desde la fecha en que el contrato respectivo se ce lebró.

- En correlación con lo dicho, el Artículo 2444 del Código Civil, di ce: "La hipoteca de bienes futuros 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". De este texto legal se deduce que el Código autoriza la hipoteca de inmuebles que en el momento de celebrar el contrato hipotecario no pertenecen al constituyente, pero se espera que lleguen a pertenecer.

- La Doctrina Francesa se aparta radicalmente del sistema expuesto, pues sostiene que la hipoteca de cosa ajena no vale y que genera una nulidad absoluta. En armonía con ese sistema, se prohíbe la hipoteca de inmuebles futuros.

Bello se apartó del sistema francés, pues, en primer lugar, no repro dujo el Artículo 2129 del Código Francés, que en su primera parte es tablece que los inmuebles hipotecados deben pertenecer actualmente al deudor, y en segundo término, varió en forma expresa la segunda parte de ese artículo, que prohíbe la hipoteca de bienes futuros. En resu men, el Artículo mencionado anteriormente del Código Francés prohibe la hipoteca de bienes futuros, y el 2444 del Código Colombiano la au toriza.

4.3 EFECTOS DE LA HIPOTECA

Los efectos generales de la hipoteca hacen referencia a las personas que de cualquier manera se vinculen con el bien gravado, o sea, deu dor, acreedor y terceros relativos, tercer poseedor y fiador hipoteca rio, ya con respecto a la cosa hipotecada, para deducir el alcance de

la garantía.

- Entre hipotecante y acreedor. En principio, los efectos de la hipoteca ocurren entre quien la otorga y el acreedor, por el simple acto de la constitución del gravamen en garantía de una obligación, el cual subsiste mientras ésta no desaparezca. Nace entonces un derecho real sobre la cosa hipotecada a favor del acreedor y una obligación del hipotecante de respetar ese derecho.

  El deudor, al decir deudor incluímos en tal concepto al que, sin serlo constituye el gravamen, sufre una restricción en el ejercicio de la totalidad de los atributos del derecho de propiedad de la cosa. El hipotecante, por el hecho de la constitución de la hipoteca, no se desprende de la posesión de la cosa, ni está inhibido para enajenarla, ni para hipotecarla, según lo dispuesto por el Artículo 2440 del Código Civil, que dice: "El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario".

- Relación de Terceros. Son terceros del contrato de hipotecación las personas que no concurrieren a su celebración.

  Como todo contrato, los terceros se dividen en: terceros absolutos, es decir los que no tienen ninguna relación conmitente ni posterior con el contrato, y terceros relativos, esto es los que sin ser parte del contrato de hipotecación, posteriormente se vinculan

a él por razón de un hecho jurídico, como la sucesión o por un acto voluntario.

La hipoteca sobre un inmueble afecta pues al tercero relativo, o sea, a la persona que por herencia o por transferencia entre vivos adquiera derechos de dominio sobre el inmueble hipotecado. Esa vinculación consta en asumir la posición jurídica del hipotecante respecto del acreedor, quedando el gravamen con todas sus consecuencias.

La persona que queda vinculada al contrato de hipotecación sin haber concurrido a su celebración, tiene la denominación legal del tercer poseedor, con obligaciones y derechos establecidos en el Artículo 2453 del Código Civil, que dispone:

> El tercer poseedor reconvenido para el pago de la hipoteca constituída sobre la finca que después pasó a sus manos con este gravamen, no tendrá derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados.
>
> Haciendo el pago se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador.
>
> Si fuere desposeído de la finca o la abandonare, será plenamente indemnizado por el deudor, con inclusión de las mejoras que haya hecho en ella.

Calidad similar al tercer poseedor, mencionado en el Artículo precedente, tiene quien hipoteca un inmueble para garantizar el pago de una deuda ajena, sin obligarse a dicho pago. Si así ocurriere, el hipotecante tiene los mismos derechos y obligaciones que le re

conoce el Artículo 2453 ya transcrito.

4.3.1 Fianza Hipotecaria

Para apreciar de la mejor manera esta institución debemos referirnos en primer lugar al concepto legal de fiánza personal.

Según la definición contenida en el Artículo 2361, la fianza consis te en la asunción de una obligación accesoria, por parte de una o va rias personas para responder por el cumplimiento de una obligación ajena, en caso de que el deudor no la cumpla.

El contrato de fianza reúne las siguientes características:

- Es un contrato de los llamados de garantía, celebrado entre el acreedor y el fiador sin que sea necesaria la concurrencia del deu dor y aún contra la voluntad de éste.

- Es un contrato accesorio celebrado para seguridad del cumplimiento de una obligación principal, sin la cual no existe y porque extin guida ésta, ipso facto se extingue la fianza. No obstante, este principio no es absoluto, pues, en algunos casos subsiste la fian za aunque se anule la obligación principal. Por ejemplo, si se ha fianzado una obligación de menor, que después se anula, la fianza continúa vigente, porque continúa garantizando la obligación prin cipal convertida por su anulación en obligación natural.

- Es consensual porque se perfecciona con el simple acuerdo de las partes, sin otra solemnidad.

- Es unilateral porque de él sólo surgen obligaciones para el fiador y beneficios para el acreedor.

- Es expreso porque no se presume.

- Por naturaleza es gratuito, lo cual significa que puede haber casos en que es oneroso, cuando el deudor remunera al fiador la prestación del servicio de la fianza.

El objeto de la fianza consiste en la garantía o seguridad del cumplimiento de una obligación ajena, la cual puede ser civil o natural, es decir, que tenga o no acción para exigirla.

Puede también afianzarse una obligación futura, en cuyo caso le es dable al fiador retractarse mientras la obligación principal no exista; pero queda respondiendo ante el acreedor y terceros de buena fé, ignorantes del retracto, como lo explica el Artículo 2199 del Código Civil para el caso del mandato.

El alcance de la fianza lo señala el Artículo 2369 del Código Civil que dispone: "El fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, pero puede obligarse a menos. Puede obligarse a pagar una suma de dinero en lugar de otra cosa de valor igual o mayor".

En síntesis: todo depende de lo expresado en la constitución de la fianza para determinar su alcance, habida cuenta de las normas legales que regulan esta institución, especialmente del Artículo 2370 del Código Civil que dispone que el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal, no sólo con respecto a la cuantía, sino, al tiempo, al lugar, a la condición o al modo de pago, o a la pena impuesta por la inejecución del contrato a que haya accedido la fianza, pero si puede obligarse en términos menos gravosos.

Si la fianza excede en cualquier parte a la obligación asegurada, no vale el exceso y deberá reducirse a los límites de ésta.

4.3.1.1 Abandono de la Cosa Hipotecada

Dice el Artículo 2450 del Código Civil "El dueño de la finca perseguida por el acreedor hipotecario, podrá abandonársela, y mientras no se haya consumado la adjudicación, podrá también recobrarla, pagando la cantidad a que fuere obligada la finca, y además las costas y gastos que este abandono hubiere causado al acreedor".

Tal vez la fuente de esta disposición fue el derecho antiguo español, que otorga al poseedor de una finca gravada con una carga real la facultad de librarse de ésta mediante el abandono de la finca en favor del acreedor, sin mencionar la ley, un requerimiento especial para hacer la transferencia.

El abandono así considerado, no es la llamada cesión de bienes de que hablan los Artículos 1672 y siguientes del Código Civil que sola mente pueden hacer quienes no se hallen en situación de pagar sus deudas. El abandono de que habla el Artículo 2450 a que me estoy re firiendo podría consistir, para darle algún alcance y aplicación, en una actividad pasiva del dueño del inmueble que se concretaría en la entrega material de éste al acreedor para hacerlo rematar judicialmen te, a condición de que mientras no se efectúe la subasta hipotecante pueda recobrarlo pagando al acreedor su crédito, costas y gastos.

El acreedor, en cuyo favor se hace el abandono, no adquiere por ese hecho el dominio del inmueble, mientras no se le haga la adjudicación de él en el remate; en caso de ser preferido como mejor postor.

Un comentario similar al que acabamos de hacer, es el de Fernando Vé lez:

> Prácticamente el abandono de la finca hipotecada de que ha bla el Artículo 2450 parece que no puede consistir, sino en que el dueño de ella la deje rematar en la ejecución respec tiva, bien por el acreedor o por un tercero, pues no creemos que de otra manera pueda satisfacerse con su producto la su ma cuyo pago garantiza, salvo la adjudicación excepcional de que trataremos enseguida, si existiere. Pues bien: En este caso dicho Artículo, que corrobora lo dicho en el Artículo 2424, si antes de que se remate la finca, el deudor o el ter cer dueño de ella, pagara al acreedor lo que le deba y las costas del juicio, previa una liquidación en éste de todo el monto de la deuda, la finca vuelve al poder de su dueño. 2

---

2 VELEZ, citado por VALENCIA, op. cit., p. 501.

4.3.1.2 Limitación y Reducción de la Hipoteca

El Artículo 2455 del Código Civil Colombiano dispone:

> La hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente, pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto, de la obligación principal, aunque así se haya estipulado.
>
> El deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho importe; y reducida, se hará a su costa una nueva ins cripción, en virtud de la cual no valdrá la primera sino has ta la cuantía que se fijare en la segunda.

Este Artículo, motivo de controversia en su interpretación, tiene as pectos de carácter sustantivo en cuanto a los derechos que otorga a las partes contratantes, vinculadas a la constitución de una hipote ca, que garantiza una obligación indeterminada y al amparo de los de rechos del deudor, para que en un momento dado ponga fín a esa inde terminación y la convierta en obligación de cuantía determinada. Tam bién se refiere la norma a un aspecto adjetivo o de procedimiento so bre publicidad o registro de esa limitación, de consecuencias impor tantes para el propio deudor y para terceros. Puede así mismo, afir marse que la disposición que se comenta viene a puntualizar el alcan ce de consecuencias del último Inciso del Artículo 2438 del Código Ci vil que autoriza el otorgamiento de una hipoteca para garantizar obli gaciones futuras, que hemos llamado hipoteca global, y en la costum bre bancaria conocida vulgarmente como hipoteca abierta.

4.3.1.3 Procedimiento de la Reducción de la Hipoteca

Es obvio que la norma referente está destinada a producir sus efectos antes de la exigibilidad de la obligación principal, pues, llegado este momento con desacuerdo entre acreedor y deudor por razón de la cuantía, seguramente el acreedor recurrirá a la acción judicial para hacer efectiva la hipoteca, quedándole al deudor abierto el campo para pedir la reducción, según lo dispone el Artículo 492 del Nuevo Código Judicial, que dice:

> Dentro del término para excepciones, el ejecutado podrá pedir la regulación de los intereses y la reducción de la pena, hipotecada o prenda.
>
> Tales solicitudes se transmitirán como incidente, y el auto que lo decida será apelable en el efecto diferido. Si el ejecutado propone excepciones, se aplicará lo dispuesto en el Inciso tercero del Artículo 506.

Ahora bien, ya sea para evitar el evento de la ejecución o simplemente para que el deudor conozca en un momento dado el monto de su deuda, puede convenir con su acreedor la reducción mediante el otorgamiento de una escritura pública en tal sentido, y si no hubiere convenio, podrá demandar judicialmente la reducción de la hipoteca por el procedimiento verbal establecido por los Artículos 442 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que subrogaron el Artículo 1199 del antiguo Código Judicial.

4.3.1.4 Desmejora de la Garantía Hipotecaria

Como consecuencia de la naturaleza de la hipoteca y en razón de su finalidad de garantía a favor del acreedor, ya vimos que según el Artículo 2451, éste podrá ejercer las facultades pertinentes a la conservación del inmueble hipotecado y sus accesorios, en forma que, mientras subsista la obligación no se pierda, no se deteriore y en fín, no disminuya su valor.

Ampliando los comentarios del capítulo anterior sobre el Artículo 2451 considero que dicha norma tiene como fundamento la conservación de la cosa hipotecada en condiciones de prestar suficientes garantías al acreedor. Si ello no ocurre, este tendrá derecho a exigir nueva garantía y si no se presta, podrá declarar terminado el plazo y exigir el pago del crédito. Si la obligación estuviere liquidada o sometida a condición, o fuere indeterminada, el acreedor podrá implorar las medidas conservatorias pertinentes.

4.3.1.5 Ejercicio de la Acción Hipotecaria

Existen en nuestro Código Civil disposiciones que, aún cuando tienen carácter sustantivo por la naturaleza del estatuto, en su aplicación se convierten en normas adjetivas o de procedimiento. Así, el Artículo 2448 es de procedimiento al expresar: "El acreedor hipotecario tiene, para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda".

Mi opinión se justifica al estudiar cuáles son esos derechos y com probar que se confunden con las acciones del acreedor para hacer efectiva la hipoteca; veámoslo:

> Artículo 2422.- El acreedor prendario tendrá derecho de pe dir que la prenda del deudor moroso se venda en pública su basta, para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adju dique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que val ga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros me dios.
>
> Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados.

De esta norma, y de lo dispuesto por el Artículo 2448, se colige que el acreedor hipotecario, además de perseguir la cosa hipotecada y de mandar su venta en pública subasta, para que con el producto de la venta se le pague su crédito de preferencia a los demás acreedores, puede también solicitar que, si no hay postura admisible, se le adju dique el bien hipotecado, según lo aprecien los peritos.

4.4 EXTINCION DE LA HIPOTECA

El acreedor hipotecario debe cancelar la hipoteca en todos los casos en que se extinga la obligación asegurada; pero bien puede cancelarla independientemente de la extinción de la obligación; toda cancelación de una hipoteca exige escritura pública e inscripción del asiento de cancelación en la matrícula de inmueble, a continuación de la inscrip ción hipotecaria; en su defecto, se requiere sentencia judicial que

decrete la cancelación.

El Artículo 49 del Decreto 960 de 1970 (Estatuto del Notariado) advierte que "la cancelación de gravámenes o limitaciones o condiciones que aparezcan en una escritura pública, se hará por el titular del derecho, en otra escritura". Para la hipoteca en particular, el Artículo 50 del mismo Decreto agrega que será suficiente la declaración de voluntad del acreedor del crédito; es decir que no será necesaria la declaración de voluntad del deudor que ha pagado el crédito. Si se trata de cancelación de la hipoteca hecha por el representante del acreedor o causahabiente, deberá comprobarse la calidad en que obran, mediante los documentos pertinentes, de los que se hará mención en la misma escritura de cancelación, bajo la fe del Notario (Artículo 50 del Decreto 960 de 1970, párrafo 2). Así, el cesionario del crédito hipotecario deberá presentar la escritura original de la hipoteca con la correspondiente nota de cesión amparada con la firma del acreedor. Asímismo, el mandatario deberá presentar la escritura pública de apoderamiento o un documento debidamente autenticado en que conste el poder recibido para cobrar el crédito.

En relación con los herederos o sucesores por causa de muerte, debe darse aplicación al Artículo 51 del Decreto 960 de 1970, que establece:

> Cuando fallecido el acreedor no se hubiere liquidado aún la sucesión o el crédito no hubiere sido adjudicado, podrán hacer la cancelación todos los herederos que hayan aceptado la

herencia, y el cónyuge sobreviviente, quienes probarán su calidad de tales con copias de los autos de reconocimiento y certificación de que no existen otros interesados reconocidos.

Si se tratare de sucesión testada y hubiere albacea con tenencia de bienes, podrá éste, conjuntamente con el cónyuge, hacer las cancelaciones. En tal caso deberá probarse la extensión y vigencia del albaceazgo y la calidad del cónyuge.

Extendida la escritura pública de cancelación, el Notario pondrá en el original de la escritura cancelada una nota que exprese el hecho, con indicación del número y fecha del instrumento de cancelación.

Si el instrumento de cancelación se otorgó ante otro Notario, será necesario un certificado de éste dirigido al Notario que custodia la escritura original de constitución de la hipoteca, a fín de que extienda la nota respectiva (Artículo 52 del Decreto 960 de 1970).

Finalmente, expedirá un certificado de cancelación con destino al registrador de instrumentos públicos, para que este proceda a extender el respectivo asiento de cancelación en el folio del inmueble a continuación del asiento de inscripción de la hipoteca. (Artículo 53 del Decreto 960 de 1970 y Artículos 40 y 41 del E. de R. de I.P.).

El acreedor hipotecario tiene el deber de extender la escritura pública de cancelación de la hipoteca todas las veces que se extinga la obligación asegurada hipotecariamente. (Artículo 2457 del Código Civil).

El caso normal será aquel en que el deudor pague el crédito. El pago debe ser válido y total, pues en virtud del principio de la indivisibilidad de la hipoteca, si se cancela una parte del crédito la hipoteca subsiste sobre el resto, y si se cancela el capital sin cancelar los intereses, la hipoteca subsiste en garantía de los últimos. Los autores se preguntan si la dación en pago produce la extinción de la hipoteca, o si esta subsiste en el caso de que el acreedor sea evicto a consecuencia de la cosa recibida en pago. Prevalece la tesis de que la hipoteca queda definitivamente extinguida.

La novación de la obligación asegurada hipotecariamente extingue la hipoteca (Artículos 1700 y ss. del Código Civil), salvo que el propietario acceda a la reserva del gravamen hipotecario.

La confusión produce la extinción de la hipoteca, y ello se realiza cuando las calidades de deudor y acreedor se reúnen en una misma cabeza, o cuando el acreedor hipotecario adquiere la propiedad de la finca hipotecada. En el primer caso se extingue el crédito, como cuando el deudor es sucesor universal del acreedor (por ejemplo, el hijo era deudor de su padre y este muere). En el segundo caso se extingue la hipoteca en razón de que el Código Civil no admite la hipoteca sobre cosa propia (hipoteca de propietario).

5. CONCLUSIONES

Ya he dado una larga ojeada sobre el Corpus Civile, las principales disposiciones universales y el Estatuto Civil Colombiano, en donde he analizado las más importantes normas que contienen, perfeccionan y pu len el fenómeno jurídico de la hipoteca. He señalado la preponderan cia comercial que él tiene en las transacciones de inmuebles; y some ramente he anotado las irregularidades, que dada su destacada impor tancia, aparecen en nuestro estatuto civil. Me opongo ahora, como conclusiones de mi trabajo, analizar con escalpelo jurídico tales irre gularidades.

- La hipoteca es un crédito fiduciario, en manos de un propietario, que es deudor de su acreedor hipotecante. Esta doble condición, de dueño y deudor, que está administrando una cosa suya, pero que por ser deuda, pertenece con una propiedad sui generis al hipote cante, pone continuamente en tentación la buena fé del hipotecario, pues, si por una parte debe cuidar su inmueble con fines de valori zación, también sabe que este especial cuidado llega a favorecer directamente los intereses de su acreedor, al cual le paga, además, los intereses de la hipoteca. Debería, por lo tanto, legislarse en beneficio del acreedor, en el sentido de que pudiera intervenir,

con carácter de vigilancia, el inmueble hipotecado, a fín de de fender la garantía de su crédito. Y también debería legislarse en el sentido de fijar un interés judicial en esta transacción, a fín de no dejar tales intereses al juego, no siempre libre y honesto, de la oferta del necesitado y de la imposición del hipotecante.

- Para ser efectiva una hipoteca ya vencida y en poder del hipoteca rio, puede el acreedor hipotecante acudir al embargo y secuestro del inmueble, a fín de sustraerlo de la administración del hipote cado, el deudor, que es su dueño natural.

Ahora vienen los siguientes problemas:

- El embargante es el mismo hipotecante
- El embargante es otro acreedor del hipotecante
- El embargante es el mismo hipotecario por tercera persona.

En el primer caso puede ocurrir que el embargante se descuida en aten der los procesos de embargo durante seis meses, cayéndose encima la perensión. Jurídicamente el embargo queda anulado por la providencia del juez, quedando así mismo inmovilizada la hipoteca con notable per juicio para el acreedor, quien tiene que esperar dos años para iniciar de nuevo el proceso de embargo; y de paso también con perjuicio del hi potecario, quien ve acrecentarse los intereses, a menudo usurarios.

En el segundo caso, aunque también puede presentarse el caso de la pe

rensión, se plantea otra situación, aún más confusa: si el embargan te, distinto del acreedor hipotecante, obtiene la tenencia del embar go y piensa administrar el inmueble, la situación del acreedor hipo tecante y la del deudor hipotecado se torna aún más oprimente; y el Código Civil no trae para esta coyuntura una solución.

El tercer caso, no es de considerar, porque si se prueba la identidad del embargante, el embargo sería nulo.

He traído al estudio la anterior situación, cuya solución es apremian te, pero no me atrevo a proponerla porque ello sería muy complejo y de prolijo estudio. Entrego, pues, esta inquietud a la comisión en cargada de la reforma pertinente.

BIBLIOGRAFIA

ARTEAGA, Jaime y ARTEAGA, M. Jesús. Derecho Civil. Contratos. Bogotá, Temis, 1980.

GOMEZ ESTRADA, Cesar. De los Principales Contratos Civiles. 1983.

LOPEZ, Salvador. Historia de Roma. tomo 2.

NUÑEZ CANTILLO, Adulfo. El Contrato de Hipoteca. Bogotá, 1977.

SALAMANCA, Hernán. Derecho Civil. Contratos. Curso 4o. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Derechos Reales. 6ed., Bogotá, Temis, 1980.