

ASPECTOS JURIDICOS DE LA HIPOTECA EN COLOMBIA

LUIS GUILLERMO PUELLO LOPEZ

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

Asesor: Dra. Emilia Daza A.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

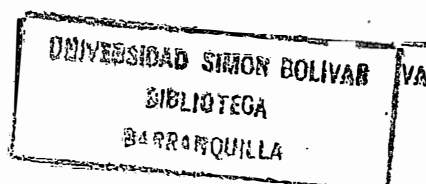
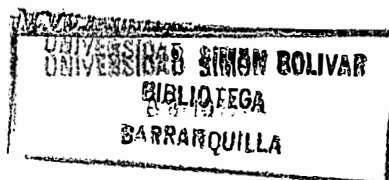
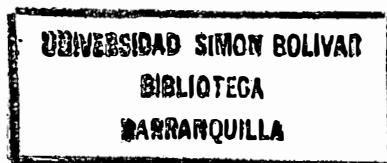
FACULTAD DE DERECHO

1.987

4034248

Derecho civil 516.

DR
#0705



UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR	
BIBLIOTECA	
CARRANQUILLA	
16-2034248	
No. INVENTARIO	408
PRECIO	
FECHA	20 FEB. 2008
CANJE	CONACION

ASPECTOS JURIDICOS DE LA HIPOTECA EN COLOMBIA

LUIS GUILLERMO PUELLO LOPEZ

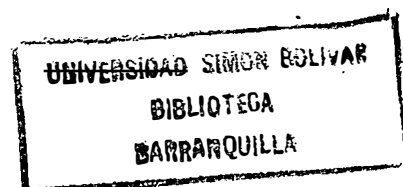
BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1.987



T
346.074 861
P 977

HOJA DE ACEPTACION

Nota de Aceptación

PRÉSIDENTE DEL JURADO

JURADO

JURADO

BARRANQUILLA, 1.987

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

PERSONAL DIRECTIVO

RECTOR	: DOCTOR JOSE CONSUEGRA H.
VICE-RECTOR	: DOCTOR LEONELL MARTHE
SECRETARIO GENERAL	: DOCTOR RAFAEL BOLAÑO MOVILLA
DECANO	: DOCTOR CARLOS LLANOS SANCHEZ
VICE-DECANO	: DOCTORA EMILIA DAZA ALVAREZ
SECRETARI FACULTA	: DOCTOR

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1.987

DEDICATORIA

A MIS PADRES: GUILLERMO PUELLO ACUÑA Y BLANCA LOPEZ DE DE PUELLO. Faroles de mi destino, albergue de mis triunfos, quienes me estimularon a forjar unos propósitos que con tanto sacrificio hoy se materializan en una realidad.

A MIS HERMANOS Y A MI GRAN AMIGO JAIRO RESTREPO CAMACHO. quienes creyeron a mí.

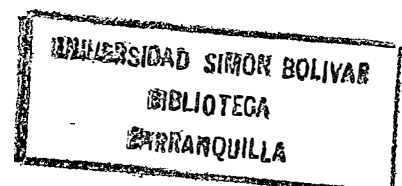
A MI NOVIA: OLGA LUCIA CORDOBA PINZON, Por las voces de aliento dadas en aquellos momentos de flaqueza.

Luis Guillermo

AGRADECIMIENTO

A las Familias; PULGAR DAZA Y CORDOBA PINZON, quienes siempre estuvieron dispuestos a colaborar y brindarme su valiosa amistad.

A mis Profesores, a quienes les debo mi formación jurídica y cuyas enseñanzas me dan el honor de ser un profesional del derecho.





DOCTORA
EMILIA DAZA ALVAREZ
ABOGADA TITULADA
BARRANQUILLA - COLOMBIA

Calle 38 N° 45-48
Ofic. 9 - 2o. Piso

Tels. 324795 - 323784

Barranquilla, October 7 de 1.987

SEÑORES:
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
DECANO FACULTAD DE DERECHO
DR. CARLOS LLANOS SANCHEZ
E.S.D.

Señor Decano:

Muy atentamente, me dirijo a Ud. para manifestarle que, atendiendo la designación que me hizo como Director de la Tesis de Grado presentada por el egresado Señor LUIS GUILLERMO PUEBBLO LOPEZ, intitulada "ASPECTOS JURIDICOS DE LA HIPOTECA EN COLOMBIA" encaminada a optar el título de Abogado de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad.

Al analizar y estudiar dicha obra, pude constatar que esta fué desarrollada dentro de los parámetros exigidos por la Universidad. Cada uno de los títulos y capítulos presentan un gran contenido jurídico, reflejando por ende que el egresado se esforzó en la investigación y realización del tema.

El interesado presenta una serie de conceptos importantísimo sobre la materia tratando con esto esbozar una teoría en relación con tan importante aspecto del Derecho Civil.

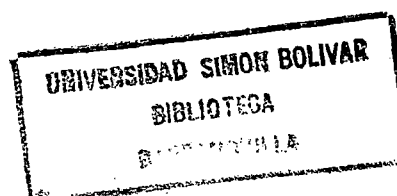
Como lo expresé anteriormente, la obra reúne los requisitos académicos exigidos por la Universidad al respecto, por lo que le imparto la aprobación respectiva.

Del Señor Decano, atentamente.

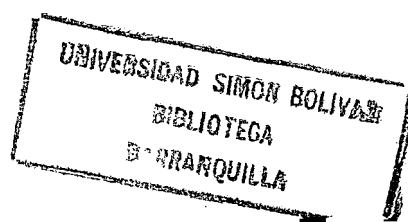
Emilia Daza Alvarez
EMILIA DAZA ALVAREZ
Director de Tesis.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	
1. MARCO HISTORICO	4
1.1. ANTIGUEDAD	4
1.1.1. Fenicia	4
1.1.2. Transporte Terrestre	4
1.2. LEGISLACION ROMANA	5
1.3. CIVILIZACION OCCIDENTAL	5
1.4. CODIGO DE NAPOLEON	5
2. MARCO CONCEPTUAL	7
2.1. HIPOTECA	7
2.2. CONTRATO ACCESORIO	8
2.3. HIPOTECA CONVENCIONAL FRANCESA	11
2.4. HIPOTECA JUDICIAL FRANCESA	11
2.5. HIPOTECA LEGAL FRANCESA	12
2.6. CAPACIDADES PARA CONSTITUIR HIPOTECAS	12
2.7. HIPOTECAS DE CUANTIA INDETERMINADA	14
2.8. BIENES GRAVABLES CON HIPOTECAS	17

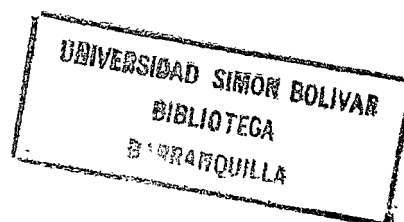


2.9.	HIPOTECAS DE DERECHO EVENTUAL, LIMITADO Y RESCINDIBLE	17
2.10.	HIPOTECA DE COSAS AJENAS	18
2.11.	HIPOTECAS DE BIENES FUTUROS	20
2.12.	RADICACION, ADHERENCIA, DESTINACION	21
2.13.	HIPOTECAS DE EDIFICIOS CONSTRUIDOS EN TERRENO AJENO	23
2.14.	PROPIETARIO FIDUCIARIO	23
2.15.	DERECHOS INNIPOTECABLES	23
2.16.	HIPOTECA DE USUFRUTO Y NUDA PROPIEDAD	24
2.17.	CONDICION SUSPENSIVA	24
2.18.	CONDICION RESOLUTORIA	24
2.19.	HIPOTECA ABIERTA	25
2.20.	HIPOTECA CERRADA	25
2.21.	HIPOTECA AEREA	25
2.22.	HIPOTECA NAVAL	26
2.23.	EMBARGO	26
2.24.	MEDIDAS PRECAUTATIVAS	26
2.25.	MEJORA EN HIPOTECA	27
2.26.	ACCION	27
2.27.	ACCION REAL	28
2.28.	TERCEROS ACREEDORES	28
2.29.	CONCURRENCIA DE EMBARGOS	29
2.30.	SECUESTRO DE BIENES	30
2.31.	REMATE	31
2.32.	ACCION PERSONAL	31



2.33.	ADJUDICACION DE LA HIPOTECA	32
2.34.	RESOLUCION	32
2.35.	PRESCRIPCION	33
3.	MARCO LEGAL	34
3.1.	CONCEPTO GRAMATICAL EN LA HIPOTECA	34
3.2.	CONCEPTO ETIMOLOGICO DE LA HIPOTECA	34
3.3.	CARECTERISTICAS EN LA HIPOTECA EN COLOMBIA	35
3.4.	CLASES DE HIPOTECAS	41
3.5.	LAS SOLEMNIDADES ESENCIALES DE LA HIPOTECA	44
3.6.	CONTENIDO DE LA ESCRITURA	45
3.7.	EL REGISTRO	45
3.8.	LA FALTA DE REQUISITOS SUSTANIALES	47
4.	MARCO ANALITICO	50
4.1.	BIENES SUJETOS A HIPOTECA	50
4.2.	HIPOTECAS DE INMUEBLES COMUNES	50
4.3.	DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO	52
4.3.1.	Generalidades	52
4.3.2.	¿Cuándo se iniaa para el acreedor la posibi lidad de hacer efectivo su derecho?	53
4.3.3.	Lugar que ocupa los derechos del acreedor Hipotecario	53
4.3.4.	Cómo deben cubrirse los créditos hipotecarios	54
4.4.	EXTINCION DE LA HIPOTECA	54
4.5.	HIPOTECAS DE NAVES Y AERONAVES	55
4.5.1.	Hipoteca Aerea	56
4.5.1.1.	Naturaleza Jurídica de las Aeronaves	56

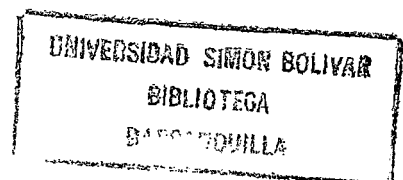
4.5.1.2.	Diversas Clases de Aeronaves	57
4.5.1.3.	Aplicación a las Aeronaves de las reglas de la navegación marítima.	57
4.5.1.4.	Formas y Requisitos de la Hipoteca de Aeronaves	58
4.6.	LA HIPOTECA NAVAL	59
4.6.1.	Naturaleza Jurídica de las Naves	59
4.6.2.	Privilegios Marítimos y la Hipoteca	60
4.6.3.	Formas y Requisitos de la Hipoteca Naval	60
4.6.4.	Derecho del Acreedor hipotecario, extensión y extinción de la hipoteca	61
	CONCLUSION	63
	BIBLIOGRAFIA	



O. INTRODUCCION

A través de éste Trabajo Investigativo, he podido analizar de manera concreta el tema de la Hipoteca, sus características y los efectos que produce. Siendo este quizas uno de los temas más importantes de nuestra Legislación Civil por las características y solemnidades que reviste, tanto que algunos autores, los mas destacados como Josserand Alvaro Perez Veves, Arturo Valencia Zea, entre otros, consideran el tema de la Hipoteca como la piedra angular de nuestro país en cuanto a Derecho se refiere, tratando tambien de hacer un estudio analítico de las diversas etapas del contrato de Hipoteca.

Determinando además como y en qué forma han podido influir la Legislación Romana y sobre todo el sistema hipotecario Frances, del cual la nuestra ha tomado parte, y aun en Roma como en Grecia los principios jurídicos en materia hipotecarias no alcanzan a constituir un sistema con características propias, sino que son apenas antecedentes históricos de importancia, un embrión de la Institución.



Este trabajo dirigido tiene como fundamento lo siguiente:

1º. Definir de manera práctica el concepto de Hipoteca, tema de capital importancia por la aplicación práctica que de ella se hace. 2º. Buscar el fundamento de la relación Hipotecaria a través de ciertos elementos y condiciones especiales.

Aparte por la importancia que reviste el tema, por la forma en que algunos tratadistas se refieren a esta parte del derecho Civil, y por el desarrollo que ha tenido en todas las etapas de muchas Legislaciones, nos ocupamos de su investigación mediante rigurosos análisis.

0.1. OBJETIVO

La meta que me propongo llegar en mi investigación es fijar los defectos, imprecisiones y deficiencias en general que nuestro sistema jurídico e hipotecario presenta, y ofrecer las soluciones que estimo pertinentes.

0.2. JUSTIFICACION

Por la importancia social que tiene esta investigación en el desarrollo económico de la comunidad, estimo atinente entrar de lleno a la corrección del contenido Hipotecario de nuestro Derecho, porque ello implica un avance de clarificación en las transacciones que a base de la

propiedad exige la Economía Nacional, y a ese considerando justifica suficientemente nuestro esfuerzo.

0.3. METODOLOGIA

Estoy aplicando en el desarrollo de este Trabajo Investigativo el método de la Investigación Científica, ofrecido por el INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TECNICAS (INCONTEC) y ordenado por el ICFES.

1. MARCO HISTORICO

1.1. ANTIGUEDAD

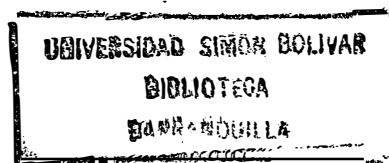
En las civilizaciones anteriores al brillante civilismo Romano, incluyendo a Grecia, la Hipoteca no tuvo una Legislación específica.

1.1.1. Fenicia

Este pueblo navegante tuvo indicios de la Hipoteca en los prestamos marítimos que para efectos de garantizar el transporte y entrega de mercancía, hacían los comerciantes a los armadores y capitanes, dando estos a aquellos alguna prenda como seguridad del trato convenido.

1.1.2. Transporte Terrestre

Igual sistema se empleaba entre los Egipcios, los Caldeos y los Hebreos; no siendo raro el caso de que esta garantía tomará el curso de un contrato de rehenes: así los debui nos arabes acostumbraron dejar como garantía del crédito



solicitado alguna persona importante de su tribu, que, de fallar el transporte a través del desierto, el rehen era hecho esclavo, con el valor de cuya venta el prestamista se resarcía del préstamo acordado.

1.2. LEGISLACION ROMANA

El Codex Civilis convirtió en una Institución Legal el Préstamo Hipotecario, siempre sobre inmueble, los que siendo por Ley objeto de compraventa únicamente entre ciudadanos Romanos, explicaron el porqué de la exclusividad del Contrato Hipotecario, sólo entre ciudadanos Romanos.

1.3. CIVILIZACION OCCIDENTAL

Siendo el Codex Civilis el fundamento del Derecho Civil, la Legislación Hipotecaria Romana no ha tenido serias modificaciones desde Roma hasta nuestros días, con algunas leves variaciones en el desarrollo de los pueblos Europeos fué paulatinamente imponiéndose.

1.4. CODIGO DE NAPOLEON

Después de la Revolución Francesa el derecho tuvo en Francia una crisis caótica, debido a las expropiaciones que la Asamblea General hizo al clero y a la nobleza,

para restablecer el orden jurídico gravemente alterado, y comisionó para ello el Emperador Napoleón Bonaparte a notables Juristas Franceses, dando así luz al Código Civil de Napoleón, que fué casi literalmente adoptado por los nacientes pueblos de America Latina.

2. MARCO CONCEPTUAL

2.1. HIPOTECA

Parece que el término hipoteca, etimológicamente, tenía el sentido de poner debajo, derivado de la circunstancia de poner los predios pignorados bajo aviso, colocando en ellos un madero que contenía la noticia del gravamen, (hipo, bajo; theque, caja: "bajo caja" o "bajo seguridad")

El Código Civil en su Artículo 2432 define la hipoteca en estos términos: "La hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no deja por eso de permanecer en poder del deudor"¹.

Muchos comentaristas critican esta definición, porque no pueden confundirse la hipoteca con la prenda. Al hacer lo conservó el Código una tradición carente hoy día de significado.

¹ ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil, Temis, Bogotá, 1982, p.1.079

Una de las mejores definiciones de hipoteca es la de Josserand:

La hipoteca es una seguridad real e indivisible que consiste en la afectación de un bien al pago de una obligación sin que haya desposesión actual del constituyente y que le permite al acreedor hipotecario, vencido el plazo, embargar y hacer rematar ese bien, sea quien fuere la persona que estuviere en posesión de él, para hacerse de pagar de preferencia a todos los demás acreedores².

Esta definición pone de manifiesto las cuatro características de la hipoteca, que son:

1. Es un derecho real.
2. El bien no deja de permanecer en poder del deudor,
3. Es un derecho accesorio,
4. Es indivisible.

2.2. CONTRATO ACCESORIO

El Código Civil expresa: "El Contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación principal, de manera que no

²JOSSERAND, Luis. Derecho Civil, La Familia. Jurídica, Buenos Aires, 1.952, p.124.

pueda subsistir sin ella"³.

Esta disposición establece una de las clasificaciones de los contratos que interesa para el tema que se está tratando , como es la de principal y accesorio. Contratos accesorios son aquellos que requieren la existencia de otro principal. Esos mismos contratos reciben el nombre de contratos de garantía, ya que ellos tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de obligaciones.

Los Contratos se clasifican en:

1. Reales, que comprenden la anticresis, la prenda y la hipoteca.
2. Personales: La Fianza.

Sobre el patrimonio de una persona pesa una prenda general que garantiza el cumplimiento de sus obligaciones; pero como es posible que un individuo no insolvente, para contrarrestar los efectos de esa insolvencia, existen los contratos accesorios o de garantía por los cuales se trata de cubrir las posibilidades de insolvencia.

3

ORTEGA TORRES, Luis. op.cit. p.632.

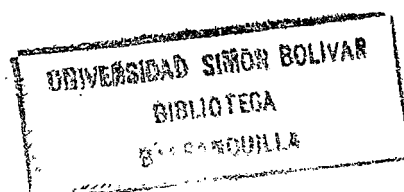
Puede el deudor constituir un derecho general de prenda sobre todos sus bienes, y además afectar para el pago una cosa mueble, cuyo valor comercial equivale al valor de la prestación debida, o sea un contrato de prenda; en caso de que no cumpla, el acreedor puede hacer vender la cosa a través de un juicio y pagarés con su producto.

Puede tambien dar una garantía un derecho real que tiene sobre un inmueble, o sea un contrato de hipoteca, y el acreedor puede en este caso por incumplimiento del deudor, hacer vender el inmueble en pública subasta y con el producto hacerse pagar preferencialmente.

"La anticresis es un contrato en virtud del cual un deudor entrega el acreedor un inmueble para que con los frutos que éste produzca se pague una obligación"⁴.

La finza es una garantía personal para perseguir el cumplimiento de la obligación garantizada sobre el patrimonio de esa persona que se ha constituido en fiadora u obligada en garantía.

⁴ SALAMANCA, Hernán. Derecho Civil. Contratos, 5 ed. Externado de Colombia, Bogotá, 1.979, p. 322.



Constituidos estos contratos, no importa ya para el futuro una de estas situaciones del deudor, si el acreedor tiene en su poder un bien del deudor, o estando éste en manos del deudor, conserva siempre el acreedor una acción persecutoria del bien, si se ha constituido previamente uno de los contratos accesorios reales.

En la fianza, la posibilidad de insolvencia se cubre con la capacidad de otra persona y con su patrimonio.

2.3. HIPOTECA CONVENCIONAL FRANCESA

Las hipotecas convencionales francesas responden a los principios de publicidad, especialidad y determinación. La publicidad se refiere a que son inscribibles, pero la inscripción no es una condición de validez de la hipoteca; su finalidad es poner en conocimiento del público la existencia del gravamen. La especialidad se refiere a que recaen sobre inmuebles individualizados. La determinación se refieren a que exigen la determinación de los créditos que se garantizan.

2.4. HIPOTECA JUDICIAL FRANCESA

Las hipotecas judiciales son generales y pueden ser indeterminadas. También están sujetas a inscripción. Están instituidas por sentencia judicial de condena y comprenden

todos los inmuebles presentes y futuros del deudor hipotecario.

2.5. HIPOTECA LEGAL FRANCESA

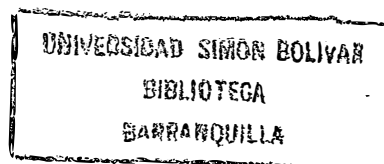
Las hipotecas legales son generales, es decir, afectan los inmuebles presentes y futuros del deudor. Son indeterminadas en su cuantía. De ellas, son tácitas, las que tienen las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos y las de los menores e incapacitados sobre los bienes de su tutor; producen efectos sin necesidad de inscripción durante la menor edad, incapacidad o matrimonio, y hasta un año después.

La existencia y validez de una hipoteca no se rigen por el sistema de registro imperante en Colombia, por ello en Francia existen las hipotecas ocultas.

2.6. CAPACIDADES PARA CONSTITUIR HIPOTECAS

El Artículo 2439 del Código Civil expresa: "No podré constituir hipoteca sobre sus bienes sino la persona que sea capaz de enajenarlos, y con los requisitos necesarios para su enajenación"⁵. Es decir que para gravar

⁵-----
ORTEGA TORRES, Jorge. Op. Cit. p.1.082.



hipotecariamente un bien se necesita la misma capacidad que para enajenarlo.

El estudio de la capacidad para hipotecar debe hacerse desde un doble punto de vista: la capacidad común y las incapacidades específicas. Según el primer punto de vista para enajenar validamente un bien se necesita ser mayor de edad y no hallarse bajo interdicción judicial. Esta capacidad se presume y corresponde a quien la alegue, demostrarla.

Los absolutamente incapaces, en principio, no pueden celebrar actos válidos. Están sujetos a patria potestad o a guardar. Bajo ciertas condiciones los relativamente incapaces pueden vender y, por consiguiente, hipotecar sus bienes raíces. Sin embargo, están sometidos a requisitos, como son: la autorización judicial, la pública subasta y a la autorización o intervención del padre o guardador.

La autorización judicial consiste en que los menores adultos y los mayores sujetos a interdicción no pueden hipotecar sus bienes raíces sin autorización judicial. también es necesaria la autorización judicial para comprar un bien hipotecado, haciéndose cargo de la hipoteca.

La pública subasta es un medio manifiestamente impropio de constituir hipoteca, pues, no se sabría cuál es el objeto del remate. Los autores consideran que debe prescindir

dirse de él.

La autorización o intervención del padre o guardador es requisito común a la generalidad de los actos del menor o interdicto.

En cuanto al segundo punto de vista, o sea, las incapacidades específicas, se refiere a las atinentes a los cónyuges no divorciados, al padre y al hijo de familia, a los administradores de establecimientos públicos, al quebrado, a los mandatarios, etc.

Como el Código exige para hipotecar la misma capacidad que para enajenar, hay que hacer extensiva estas inhabilidades a la hipoteca.

Las hipotecas viciadas de nulidad, ya sean absolutas o relativas, pueden sanearse por ratificación o confirmación, siempre que no sean generales por objeto o causa ilícitas.

2.7. HIPOTECAS DE CUANTIA INDETERMINADA

Expresa el Artículo 2455 del Código Civil:

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 estipula

do.

El deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho importe; y reducida, se hará a su costa una nueva inscripción, en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta la cuantía que se fijare en la segunda. (6).

El Artículo 2455 del Código Civil sienta como regla general que la hipoteca será indeterminada, pero expresa que podrá limitarse a una suma determinada con tal que así se expresa inequívocamente. El Artículo anterior quedó mal redactado y más habría valido que se formulara así: la hipoteca puede constituirse por suma indeterminada, y, cuando lo pacten las partes, por una limitada.

Ahora bien, al momento de ser exigible la obligación debe ésta hallarse determinada en su cuantía, pues en otra forma sería imposible hacerla efectiva. Entonces, la hipoteca juega su papel: respaldar el crédito hasta concurrencia de la cuantía que posteriormente aparezca determinada.

Como consecuencia del principio establecido anteriormente, según el cual las hipotecas son de cuantía indeterminadas, en que la totalidad del inmueble gravado está afecto

⁶ORTEGA TORRES, Jorge. Op. Cit. p. 1.093.

a responder por el crédito, cualquiera que sea el monto que ésta alcance posteriormente. Ello trae como resultado que el deudor tenga dificultad para obtener nuevos créditos. Para evitar esto hay dos caminos:

1. Las partes determinan en el acto mismo y de modo expreso la cuantía de la hipoteca.
2. El Juez procede a efectuar la limitación del gravamen.

En el primer caso las partes tienen la facultad de señalar a la hipoteca una cuantía, que puede ser la misma de la obligación de importe conocido o superior a ésta; o simplemente, si el importe es indeterminado, fijar el límite máximo del gravamen, pero no puede pasar del duplo del importe conocido o presente de la obligación principal.

En el segundo caso el Juez reduce la hipoteca cuando la cuantía exceda del duplo de la obligación conocida o presunta, o al fijar el límite máximo de la responsabilidad hipotecaria.

La reducción tiene como papel promordial determinar el límite máximo hasta el cual se responde con el producto del remate del bien. Esto trae como consecuencia que el deudor puede constituir nuevos gravámenes sobre la

misma cosa y que el acreedor hipotecario de segundo grado goce del beneficio de prelación sobre el remanente.

2.8. BIENES GRAVABLES CON HIPOTECAS

En Colombia sólo pueden gravarse con hipotecas los bienes raíces y las naves susceptibles de enajenarse.

El criterio del Legislador Colombiano para calificar de prenda o hipoteca al gravamen, es el de recaer o no sobre bienes raíces. Sin embargo la tendencia aceptada hoy es la de calificar el gravamen por el hecho de la desposeción, es decir, que cuando la cosa gravada sea mueble y siga en poder del deudor, habrá hipoteca.

2.9. HIPOTECAS DE DERECHO EVENTUAL, LIMITADO Y RESCINDIBLE

El Artículo 2441 del Código Civil dice: El que sólo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual, limitado o rescindible, no se entiende hipotecarla sino con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho, aunque así no lo exprese"⁷.

⁷ Ibid, p.1.082

El derecho eventual es aquel que existe aunque sea en embrión, no es, pues, la simple posibilidad; tal es el derecho que nace del pacto de retroventa para el vendedor, o el derecho del comunero sobre la masa común de bienes.

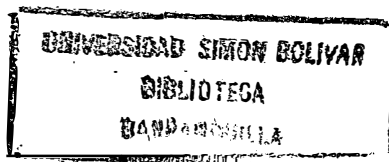
El derecho limitado es aquél que está sujeto a limitaciones, por ejemplo, las servidumbres pasivas, anticresis, arrendamientos por escritura pública.

El derecho resoluble es aquél que está afectado a una condición resolutoria, es decir, que por el cumplimiento de un evento deba volver el bien al enajenante o pasar a un tercero, por ejemplo, la venta con pacto de retro.

La hipoteca se constituye sobre el bien raíz tal y como se halle al momento de nacer el gravamen; por lo tanto, si el bien hipotecado estaba sometido a limitaciones, condiciones resolutorias o ser un derecho eventual, éstos quedan subsistentes y en nada se afectan por el acto hipotecario.

2.10. HIPOTECA DE COSAS AJENAS

El Artículo 2439 en su inciso 2ª dice: "Pueden obligarse hipotecariamente los bienes propios para la seguridad de una obligación ajena; pero no habrá acción personal



contra el dueño si éste no se ha sometido expresamente a ella"⁸. Ese propietario del bien hipotecado, que no es deudor y que por lo tanto no está obligado al de la obligación que la hipoteca garantiza es a quien se le conoce con el nombre de tercer poseedor.

Este caso del tercer poseedor se da cuando:

- a) La persona del contribuyente de la hipoteca fué persona distinta del deudor.
- b) El deudor anejó el bien y éste se encuentra en poder del adquirente.
- c) La propiedad del contribuyente se extingue, pero no la hipoteca.

Los efectos de esta hipoteca son:

1. El constituyente no se obliga personalmente, salvo que así lo exprese.
2. Si el contribuyente paga la obligación, en caso de

⁸Ibid, p. 1.082.

no pago del deudor, se subroga en los derechos del acreedor.

3. Para efectos de la acción real que la hipoteca otorga el tercero no goza del beneficio de excusión.

La hipoteca de un bien ajeno o cuya posesión no tiene el constituyente, es inoponible al dueño o al poseedor, en su caso. Sin embargo, la hipoteca de un bien ajeno, es posible bajo la condición de que llegue a ser del constituyente dentro de un plazo determinado.

2.11. HIPOTECAS DE BIENES FUTUROS

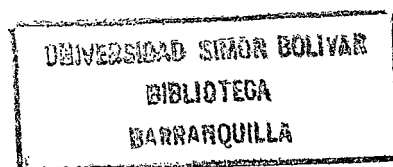
El bien futuro es un bien completamente indeterminado y ajeno al constituyente, en el momento de otorgarse el gravamen; el hipotecante no sabe cuál será ni si llegar a ser. Este tipo de hipoteca, antes de que el constituyente adquiera bienes raíces.- Sólo concede al acreedor un derecho, el de hacer inscribir el gravamen sobre los inmuebles que el constituyente adquiera y a medida que los vaya adquiriendo. Antes de esto no hay verdadera hipoteca, sino la posibilidad de que la haya algún día. Para ello deberá acompañarse la escritura hipotecaria y la de adquisición del respectivo inmueble por el constituyente, cuando se presente ante el registrador a solicitar el registro del gravamen. tenemos un ejemplo en la venta con pacto de retro. EL vendedor, antes del ejercicio

del pacto sólo tiene un derecho eventual sobre el inmueble vendido. Si lo grava con la hipoteca, la afectividad de esta queda sujeta al reintegro del bien enajenado al patrimonio del vendedor.

1.12. RADICACION, ADHERENCIA, DESTINACION.

Además de la tierra, que es inmueble por excelencia, los inmuebles se pueden clasificar:

- a) Inmuebles por adherencia, que son aquellos bienes que adhieren permanentemente a la tierra, como los árboles, los edificios, etc.
- b) Inmuebles por radicación, que son aquellas cosas de comida y ornato que están embutidas en las paredes, pisos o techos de los inmuebles, de forma que constituyen con éstos un sólo cuerpo.
- c) Inmuebles por destinación, que son aquellas cosas muebles destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, tales como, las losas de un pavimento, los tubos de la cañerías, los utensilios de labranza minería, los animales destinados al cultivo o beneficio de una finca.



Los edificios, las casas, construcciones, etc., se asemejan tanto a los inmuebles, que algunos los califican como inmuebles por naturaleza.

El Artículo 659 del Código Civil dice:

Los productos de los inmuebles y las cosas accesorias a ellos, como las yerbas de un campo, la madera y fruto de los árboles, los animales de un vivar, se reputan inmuebles aún antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño.

Lo mismo se aplica a la tierra o arena de un suelo, a los metales de una mina y a las piedras de una cantera" (9).

Este fenómeno da base para la prenda agraria e industrial.

De acuerdo con la Legislación Colombiana, la hipoteca recae sobre inmuebles por naturaleza o susceptibles de ser considerados como tales. Excluye aquellos bienes que sólo de modo accesorio son catalogados como inmuebles; sobre esta clase de bienes puede constituirse, no el gravamen de hipoteca, sino el de prenda agraria e industrial.

⁹Ibidem, p. 270.

2.13. HIPOTECAS DE EDIFICIOS CONSTRUIDOS EN TERRENO AJENO

Las construcciones hechas en suelo ajeno no son hipotecables porque quien construye en suelo ajeno no se hace dueño de la edificación, sino que ésta pasa a ser del dueño del predio. El único derecho a favor del constructor sería una indemnización por el valor de los materiales. En cambio el dueño del terreno si puede hipotecar el edificio que le accede, conjunta o independientemente del suelo.

2.14. PROPIETARIO FIDUCIARIO

Según la regla general, valen las hipotecas hechas sobre derechos limitados con tales limitaciones; pero cuando el derecho constituyéndose en un fideicomiso, se rompe el principio y la hipoteca vale si fué autorizada por el Juez con conocimiento de causa, previa citación de dicho fideicomisario.

2.15. DERECHOS INNIPOTECABLES

No pueden hipotecarse:

- a) El derecho de servidumbre
- b) El derecho de usufruto legal del padre de familia sobre los bienes del hijo.

- c) El derecho de uso y habitación
- d) El derecho de prenda.
- e) El derecho de hipoteca
- f) Construcción en suelo ajeno.

2.16. HIPOTECA DE USUFRUTO Y NUDA PROPIEDAD

La hipoteca se puede constituir sobre bienes que se posean en propiedad, ya sea en forma unitaria o colectiva, nuda propiedad o usufructo. El dominio sin posesión no se puede hipotecar; la posesión que exige el Código es la material, no la inscrita.

2.17. CONDICION SUSPENSIVA

Esta hipoteca no valdrá sino hasta que se cumpla la condición, y la fecha de la inscripción será la del día en que se cumpla la condición, o sea, el cumplimiento de la condición tiene efecto retroactivo.

2.18. CONDICION RESOLUTORIA

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

2.19. HIPOTECA ABIERTA

Esta hipoteca se fundamenta en una norma legal y es el inciso 3 del Artículo 2438 del Código Civil que dice: "Podrá así mismo otorgarse en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que accede, y correrá desde que se inscriba"¹⁰.

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

2.20. HIPOTECA CERRADA

Es aquélla que no admite otro tipo de contrato, y que no lo admite por ser de segundo grado. La primera, siendo de primer grado, no admite embargos ni contratos de compra venta.

2.21. HIPOTECA AEREA

Es la que recae en cosa mueble de transporte aéreo, como

¹⁰Ibid, p.1.082.

los aviones, helicópteros, etc.

2.22. HIPOTECA NAVAL

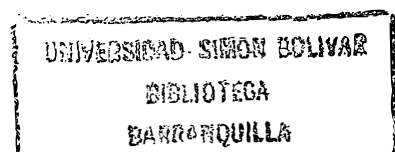
La Hipoteca Naval es una garantía real, constituida sobre una nave en seguridad de un crédito en dinero.

2.23. EMBARGO

El Juez que conoce de un juicio hipotecario, a quien el certificado del registro advierta de la existencia de otro embargo con acción personal, está en la obligación de comunicar al juez que conoce del ejecutivo, que se ha ordenado el embargo del mismo bien y que, por consiguiente, el primer embargo carece de valor. Asimismo lo comunicará al registrador, quien anulará el primer embargo. En este caso, el embargo decretado en un juicio ejecutivo hipotecario, pone fin al efectuado en un juicio ejecutivo con acción personal.

2.24. MEDIDAS PRECAUTATIVAS

todo derecho debe investir al sujeto que lo posee de la facultad de solicitar al Juez la adopción de medidas encaminadas a tutelar la integridad del mismo, a precaver su pérdida o deterioro de la cosa. El Código no sólo no ignora, sino que aplica las medidas conservatorias.



2.25. MEJORA EN HIPOTECA

La Mejora de la Hipoteca se pide de acuerdo a los Artículos 85 y 87 del C.P.C., salvo la de mínima cuantía, y se manda a notificar al demandado, con traslado.

Vencido el término de traslado el Juez señalará día y hora para la audiencia, en la cual practicará pruebas y decidirá.

Si la desmejora ha sido material, la mejora puede consistir en reparaciones o medidas del mismo carácter; si la desmejora ha sido jurídica, la mejora no puede ser otra que aquella medida encaminada a purgar el bien gravado de las cargas, limitaciones del dominio, etc.

La Ley también habla de otorgar una seguridad equivalente, si el acreedor conciente en aceptarla.

2.26. ACCION

Carnelutti dice:

En el proceso de ejecución se contraponen, como en el proceso jurisdiccional, dos partes, y se interponen entre éstas un tercero, que es el órgano del proceso; pero el fin a que tienden cada una de estas personas es netamente diverso del que distingue al proceso de cognición; ya no hay dos partes que se contradicen por turno

y un Juez que investiga cuál de las dos lo hace con razón, sino—una que quiere obtener algo y otra que no lo quiere dar, mientras el órgano del proceso se lo quita a ésta para dárselo a aquélla. (11)

2.27. ACCION REAL

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

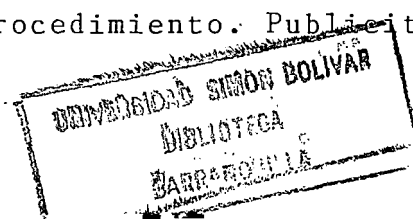
2.28. TERCEROS ACREEDORES

Debe citarse a los terceros acreedores, los cuales deben presentarse dentro de los cinco días siguientes. En efecto el Artículo 556 del C.P.C. en su inciso 1º. expresa: "Todas las demandas presentadas en tiempo se tramitarán conjuntamente con la principal,...¹². Si no se presentan las demandas de tercero dentro de dicho término, no se tramitarán conjuntamente con la principal, y si hecho el pago al demandante sobrare dinero se retendrá a fin de que sobre él puedan hacer valor sus créditos en proceso separado.

Si los terceros acreedores con garantía real no fueron citados, pueden los acreedores presentarse dentro de

¹¹-----
CARNELUTTI, Sistema. 1, p.185.

¹²CASTRO, José F. Nuevo Código de Procedimiento. Publicitaria. Bogotá, 1981, p. 251.



los cinco días siguientes a aquel en que se dieron por notificados del auto que ordenó su citación y sus demandas serán tramitadas de inmediato, si aún no se ha hecho el pago; de lo contrario los acreedores tendrán que pedir la nulidad de la actuación, y de no ser posible en el mismo proceso, tendrán que solicitar la nulidad en proceso separado.

Los acreedores no citados continuarán garantizados con el inmueble; sobre el remanente del producto del remate se pagará a todos los acreedores con garantía real, en el orden que corresponda.

2.29. CONCURRENCIA DE EMBARGOS

Al respecto, debemos referirnos al Artículo 558 del C.P.C. el cual se puede resumir en la siguiente forma:

El embargo decretado con base en un título hipotecario, prefiere al dictado en un proceso ejecutivo sin acción real, cuando se trata del mismo bien y sólo este se persigue en ambos procesos.

Porque si se persiguen más bienes en un proceso ejecutivo con acción real y en otro proceso ejecutivo con acción real también, sólo se embargó el bien gravado, preferirá el embargo correspondiente al gravamen que primero se

registró. —Se trata aquí de la concurrencia de embargos sobre un mismo bien, en dos procesos diferentes, en los que se ejercita la acción real sobre el mismo inmueble, no importa que en uno de ellos hayamás bienes embargados.

En todo caso de concurrencia de embargos sobre un mismo bien gravado, en procesos ejecutivos con acción real, prevalecerá el correspondiente al gravamen que primero se registró, y en caso de concurrencia de ambos en procesos en que se persiguen otros bienes, respecto de los no gravados, prevalecerá el que primero se comunicó.

No debe confundirse la concurrencia de embargos con la concurrencia de procesos, ni con la acumulación de éstos, demandas o de pretensiones, etc. El fenómeno de la concurrencia de embargos hace referencia a cual de los varios decretados sobre un mismo bien en diferentes procesos prefiere a los demás.

2.30. SECUESTRO DE BIENES

El embargo y secuestro de la finca gravada es de rigor, y sólo si el actor lo pide así, se podrá prescindir de ellos.

El secuestro es muy conveniente para saber si el demandado

tiene la posesión material de la finca y no está en manos de terceros poseedores, que podrían formular oposición.

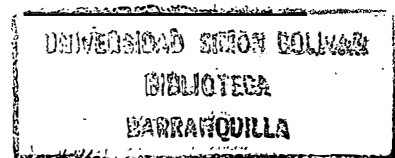
2.31. REMATE

Cuando el importe total de la finca no son exigido, porque la finca fué hipotecada para responder por el pago de una deuda a plazos el acreedor puede solicitar el remate de la finca y el sobrante del precio del remate, una vez cubierta la parte exigible, queda afectada a responder por el cumplimiento de la parte pendiente de la obligación.

El interesado puede en este caso, otorgar una nueva seguridad, que calificada de suficiente por el Juez, le permite al deudor obtener la entrega del dinero sobrante del remate.

2.32. ACCION PERSONAL

En virtud de la acción personal el acreedor puede perseguir la totalidad de los bienes embargables del deudor. tiene la ventaja sobre la hipotecaria de que el acreedor, si el bien gravado no fuere suficiente, puede embargar otros bienes del deudor.



Es muy raro que un acreedor intente exclusivamente la acción personal, pudiendo intentar simultaneamente la real.

2.33. ADJUDICACION DE LA HIPOTECA

El acreedor puede pedir que se le adjudique la cosa hipotecada para pagarle hasta concurrencia del crédito que cobra.

2.34. RESOLUCION

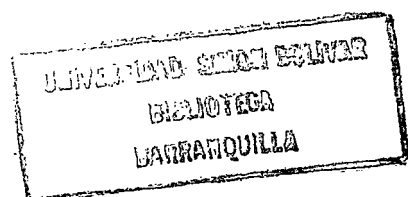
Se dá aplicación al inciso primero del Artículo 2441 del Código Civil que dice: "El que sólo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual, limitado y rescindible, no se entiende hipotecarla sino con las condiciones y limitaciones a que está sujeto al derecho"¹³

Así pues si una persona compra un inmueble a plazo y lo hipoteca, pero es demandado por incumplimiento a través de una acción resolutoria del contrato, la sentencia judicial, al eliminar su derecho sobre la cosa hipotecada, produce de hecho la extinción del derecho de hipoteca.

¹¹-----
Ibidem, p.1.082.

2.35. PRESCRIPCION

Cuando prescribe una obligación principal, la obligación accesoria también prescribe. En este caso, la hipoteca se extingue como consecuencia de la prescripción de la obligación principal.



3. MARCO LEGAL

3.1. CONCEPTO GRAMATICAL EN LA HIPOTECA

"Significa suposición, en el sentido de que ésta palabra tiene en latín, según el cual supositio, es la acción y efecto de poner una cosa debajo de la otra, o de sustitución, sustituirla o empeñarla"¹⁴.

3.2. CONCEPTO ETIMOLOGICO DE LA HIPOTECA

"Viene hacer lo mismo que cosa puesta para apoyar, sostener, y asegurar una obligación"¹⁵.

Quizás esta es una de las razones por las cuales las leyes y autores confunden muchas veces la prenda con la hipoteca, y no solamente en nuestra Legislación, sino

¹⁴ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación
Jurisproducción, tomo 2, p. 820.

¹⁵Ibid, p.127.

en la Española; ya que el Código de las partidas, los trata sin diferencia alguna y se les designa con el nombre común de peños. título 13 de la partida V.

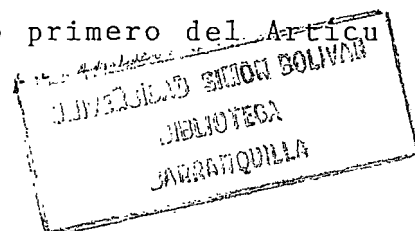
Ahora bien en el Derecho Romano, en sus orígenes no había más garantía real que una condición aseguradora. El Pignus que era una forma de hipoteca y prenda.

3.3. CARACTERÍSTICAS EN LA HIPOTECA EN COLOMBIA

Las características esenciales de la hipoteca, algunas de las cuales la distinguen de la prenda, son:

1. Es un derecho real: OTorga a su titular el derecho de persecución y de preferencia.
2. Es un derecho real accesorio: Sólo puede existir como garantía de un derecho principal.
3. Es una garantía indivisible.
4. El deudor conserva la posesión del bien hipotecado.
5. Nace de acto jurídico solemne. Esto es, que se hayan cumplido los requisitos de autenticidad y publicidad.

Primero: Es un derecho real. El inciso primero del Artículo



lo 665 del código Civil dice: "Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona" (16).

Desde sus orígenes, se quiso dotar al acreedor de una seguridad mayor que el simple respaldo del deudor; es decir, se quiso algo más que la relación personal existente entre acreedor y deudor.

La característica fundamental de la hipoteca es la de conceder al acreedor un derecho real en virtud del cual tiene la persecución del bien gravado, en poder de quien se halla, y la preferencia con el producto de su remate.

El deudor puede, inclusive, transferir el dominio del bien gravado o imponerle nuevas hipotecas, sin que por ello se afecta el acreedor, pues siendo real, el derecho sigue al bien adondequiera que vaya, a través de la acción real y al momento de hacerse exigible, si el deudor no satisface la obligación, el acreedor demanda a quien tenga el inmueble en esos momentos y los hace vender en pública subasta para pagarse con el crédito.

Por el derecho de preferencia el producto obtenido con

¹⁶ Ibidem, p.272.

la venta del inmueble hipotecado se paga al acreedor hipotecario preferencialmente. Si hay varios acreedores hipotecarios cuyos derechos recaen sobre el mismo inmueble, la preferencia se determina por el orden de inscripción de las escrituras respectivas. La ley para facilitar el comercio jurídico, prohíbe las estipulaciones tendientes a impedir la libre enajenación de los bienes afectos hipotecariamente.

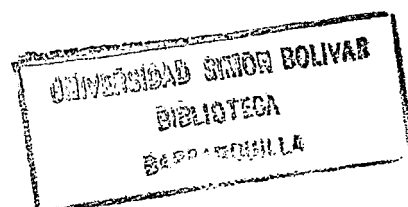
Segundo. Es un derecho real accesorio. La hipoteca tiene desde sus orígenes, la finalidad de respaldar el cumplimiento de una obligación principal, aunque en las más recientes, existe una tendencia a hacer de la hipoteca un derecho real principal.

nuestro Código, siguiendo el impulso general, le atribuyó el carácter de accesorio, y así en el Artículo No.2457 del Código Civil, encontramos: "La hipoteca se extingue junto con la obligación principal"¹⁷.

Como consecuencia de que la hipoteca sea considerada una garantía accesoria se desprende:

a. La hipoteca no puede existir sin una obligación principal a la cual acceda. Por consiguiente si dicha obliga

¹⁷ Ibid. p. 1.093



ción es nula, la hipoteca carece de valor; si aquella se extingue, el gravamen desaparece. Secuela de lo expuesto sería que la hipoteca no pudiera existir antes de las obligaciones que garantiza; sin embargo, el Código dice en el Artículo 2438 inciso 3º.: "La hipoteca podrá así mismo otorgarse en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda; y correrá desde que se inscriba"¹⁸.

b. Del carácter accesorio de la hipoteca se sigue también que si la obligación que garantiza se halla sujeta a una condición suspensiva, el gravamen sólo valdrá si la condición se cumple. Cuando la condición sea extintiva, el cumplimiento de ella acarrea la desaparición tanto de la obligación principal, como de la hipoteca.

c. La llegada del término extintivo destruye la obligación principal y la hipoteca que la respalda; es decir, todo lo que sea causa de la extinción de la obligación garantizada es causa de extinción de la hipoteca.

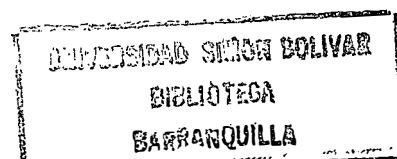
d. La garantía hipotecaria no implica la asunción de

¹⁸-----
Ibid. p. 1.082.

una obligación personal. Como la hipoteca presume la existencia de una obligación principal, la sola circunstancia de que alguien constituya una hipoteca en favor de otro, no lo hace deudor de ese otro. Por eso, el que hipoteca un bien suyo para garantía de la obligación de un tercero, no se obliga personalmente

- e. El gravamen hipotecario puede extinguirse por el advenimiento de un término o de una obligación, o por mutuo acuerdo de las partes, sin que por ello se afecte la obligación principal.
- f. Del mismo modo la nulidad del gravamen no afecta la existencia de la obligación que garantiza. Así, si la hipoteca fue constituida por quien no tenía la capacidad de enajenar para garantizar una obligación válida, el gravamen es nulo, pero la obligación sigue teniendo validez.
- g. La hipoteca no puede respaldar sino "obligaciones personales", sería incomprensible que garantizara obligaciones o derechos reales.
- h. Si la hipoteca es abierta, subsistirá como tal, aunque la obligación principal se extinga.

Tercero. La hipoteca es una garantía indivisible. Esta



característica ha sido expresada por nuestro código civil en el artículo 2433, inciso 1.: "En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ella son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella".¹⁹

Entonces tenemos que:

1. Cada parcela del inmueble hipotecado, garantiza la totalidad de la deuda. Si el predio gravado se divide entre los herederos del constituyente, el acreedor tiene derecho a exigir de cada uno de ellos el pago de la totalidad de la obligación. El acreedor puede demandar a todos los herederos, conjuntamente, y el pago que uno de ellos haga de su parte en la deuda, no lo autoriza para exigir la cancelación del gravamen sobre la porción que le correspondió, mientras no haya sido pagada la totalidad de dicha deuda.
2. Cada fracción de la deuda está garantizada por la totalidad del inmueble. Si el acreedor muere y deja varios herederos, la división del crédito entre éstos no incide sobre la hipoteca.
3. Si se acepta la herencia con beneficio de inventario, el heredero que posea el bien hipotecado queda sujeto a pagar el total de la deuda, aunque exceda de la

¹⁹ Ibid. p. 1.080

cuantía de su porción hereditaria.

Cuarto. La hipoteca es solemne. Es un acto doblemente solemne; está sujeta a la doble formalidad de la escritura pública y del registro cuando se otorga entre vivos y a las formalidades del testamento solemne abierto y al registro, cuando se constituye por testamento. La escritura pública que contenga la hipoteca, podrá contener también la obligación principal. La inscripción debe hacerse en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del lugar donde se encuentre el bien, dentro de los noventa (90) días subsiguientes a su otorgamiento.

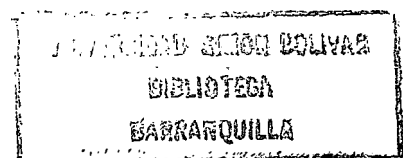
EL código civil da validez a la hipoteca constituida en país extranjero, la cual puede otorgarse ante cónsul colombiano con las formalidades que nuestra ley exige y sujeta a los términos de la ley del lugar.

Otras características de la hipoteca es la de ser bilateral, nominada y onerosa.

3.4. CLASES DE HIPOTECAS

Se conocen las hipotecas de origen legal, judicial y convencional. También existe la hipoteca testamentaria.

Entre nosotros la hipoteca legal no existe. La atenta



lectura de los textos en que se pretende hallar por parte de algunos, lleva a una conclusión negativa.

La hipoteca legal, llamada también tácita, es aquella que se constituye por ministerio de la ley sobre todos los inmuebles de ciertas personas que administran bienes de otras, para responder por dicha administración.

Se establece a favor de la mujer casada, sobre los bienes del marido, como garantías dotales o de otra índole que ella aporte al matrimonio; a favor de los parientes con derecho a la reserva de bienes, sobre los del obligado a reservarlos; a favor de los herederos del cónyuge pre muerto, sobre los bienes del sobreviviente cuando éste contrajere nuevas nupcias en los casos concretos que la propia ley determina; a favor de los menores e incapaces, sobre los bienes de sus tutores o guardadores; a favor del Estado, en los casos que la ley especifica; y a favor de los aseguradores sobre los bienes asegurados.

La hipoteca legal no es pública, o sea, no requiere de inscripción en el registro. En general, pues, va a afectar los inmuebles presentes y futuros del deudor.

Es corriente escuchar que la hipoteca judicial no existe en Colombia; sin embargo, el artículo 605 del C.C. da

acceso a pedir del juez que ordene la constitución del gravamen. El mencionado artículo dice: "No se admitirá como excusa el no hallar fiadores, si el que la alega, tiene bienes raíces; en éste caso será obligado a constituir hipoteca sobre ellos hasta la cantidad que se estime suficiente para responder de su administración."²⁰

La hipoteca convencional es aquella celebrada entre las partes, basadas en el libre albedrío. Las partes son: el deudor hipotecario y el acreedor hipotecario.

En Colombia, la hipoteca convencional es pública, ya que requiere de una escritura y que dicha escritura se inscriba en la oficina de registro inmobiliario. También es especial, ya que debe recaer el gravamen sobre inmuebles determinados por su situación y linderos, y además garantizar una obligación específica.

En cuanto a la hipoteca testamentaria, que no ha sido instituída por la ley, vendría a ser de importancia con motivo de las cargas impuestas por el testador al heredero cuyo cumplimiento estaría garantizado por el gravamen que el testamento establezca sobre determinado inmueble. v. gr., se dispone que el inmueble tal queda hipotecado

²⁰ Ibid. p. 247

Para responder por las deudas testamentarias o hereditarias; o por el pago de los legados; o por el cumplimiento del modo impuesto por el testador al heredero; etc.

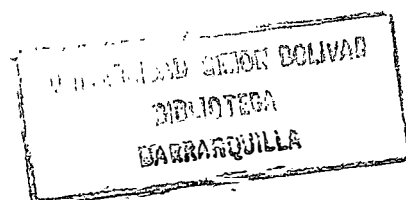
También podemos mencionar las hipotecas generales, que recaen sobre todos los bienes del deudor; y las hipotecas especiales, sólo gravarían determinados bienes. En nuestra legislación sólo existen las hipotecas especiales.

3.5. LAS SOLEMNIDADES ESENCIALES DE LA HIPOTECA

Se ha dicho que la hipoteca es un acto doblemente solemne, por que está sujeta a la doble finalidad de la escritura pública y del registro, como requisitos ad substantiam actus, cuando se otorga entre vivos; y a las formalidades del testamento solemne abierto y el registro, cuando se constituye por acto testamentario.

Ha sido tradicional sostener que la hipoteca sólo ha de constituirse por acto entre vivos.

El código sólo menciona los requisitos esenciales: La escritura pública y la anotación en el registro. Ambos requisitos se cumplen también en el acto testamentario solemne abierto.



3.6 CONTENIDO DE LA ESCRITURA

Cuando una persona concurre ante notario y por escritura pública expresa que grava con hipoteca determinado bien para garantizar tal obligación, se cumple el requisito de la escritura pública si ésta, desde el punto de vista formal y de su contenido, cumple las exigencias legales. Esas exigencias legales son las de toda escritura pública (Decreto 960 de 1.970, Arts. 13,14,18,19,22 a 41 y 99). A esas exigencias legales debe agregarse las especiales de la hipoteca, más las específicas del testamento solemne abierto, en su caso. Además, el gravamen debe llenar las exigencias legales para enajenar (Art. 2439 C.C.), o sea, la expresión clara de voluntad del constituyente de imponer el gravamen a determinada finca.

Debe, también, tenerse en cuenta que para enajenar es preciso que la cosa sea susceptible de ser transferida en propiedad, o sea, debe ser comerciable.

3.7. EL REGISTRO

La segunda solemnidad esencial de la hipoteca es su registro dentro del plazo y en el término señalado por la ley. La hipoteca adquiere su existencia por medio del registro; no sólo debe registrarse la hipoteca voluntaria, sino también la judicial. Este registro debe hacerse dentro de los noventa (90) días subsiguientes a su otorga

miento. Si no se hace en éste plazo, deberá hacerse nueva escritura. La hipoteca sólo tiene validez desde la fecha de su registro y, su fecha y orden de prelación principia a contarse desde aquélla.

Pero en el caso de la hipoteca abierta, no se exige la inscripción de los varios créditos, a medida que vayan naciendo.

El registro de la hipoteca también sirve de medio de publicidad, pues, tiene la ventaja de que los terceros están en capacidad de enterarse con certeza de los gravámenes que afectan determinada finca y de su orden de prelación.

El proceso del registro se compone de la radicación, la calificación, la inscripción y la constancia de haberse ejecutado ésta, y deberá cumplirse dentro del término de tres (3) días hábiles. Hecha la radicación y la calificación, el título pasará a la sección de inscripción para su registro, de conformidad con la orden de la sección jurídica. Esta orden constituye un acto administrativo sujeto a los recursos legales consiguientes. La inscripción se hará siguiendo con todo rigor el orden de radicación, con la anotación en el folio, en las correspondientes secciones o columnas, distinguidas con el número

que al título le haya correspondido en el orden del Diario Radicador y la indicación del año. Enseguida se anotará la fecha de la inscripción, la naturaleza del título, su número distintivo, su fecha, oficina de origen y partes interesadas.

3.8. LA FALTA DE REQUISITOS SUSTANCIALES

Se debe considerar la ausencia de las solemnidades de autenticidad y la ausencia de las solemnidades de publicidad:

En la primera tenemos la ausencia de la escritura pública que tiene por efecto impedir el nacimiento del acto jurídico, es decir, el gravamen es inexistente. La falta de los requisitos exigidos por la ley para la validez de la escritura pública, como sería, verbigracia, la determinación de la cosa o del precio en la compra-venta, o la determinación del inmueble hipotecario en la correspondiente escritura, tornaría el acto inexistente. También hay inexistencia de la escritura en que falte la firma del notario o del constituyente, pero la falta de la firma del aceptante no es imprescindible para que el gravamen quede constituido. La hipoteca otorgada por declaración unilateral de voluntad, vale si se cumplen los otros requisitos de validez del acto.

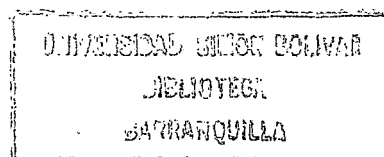
En la segunda, o sea, en la ausencia de solemnidades de publicidad, también implica la inexistencia del acto, la ausencia de aquellos de los requisitos enumerados que impiden el registro del instrumento.

Por lo tanto, en la inscripción deben constar:

1. La fecha en que se hace el registro.
2. La naturaleza del acto y la fecha del título o documento.
3. Los nombres y apellidos del acreedor y deudor.
4. La fecha y naturaleza del contrato a que accede la hipoteca y el archivo en que se encuentra.
5. El nombre y situación de la finca hipotecada, sus linderos y todas las notas y señales con que el título la dé a conocer.
6. Cuando la hipoteca esté limitada a una determinada suma, la cuantía de dicha suma.
7. La firma del registrador.

La ausencia total del registro produce la inexistencia del acto de hipoteca; la inscripción defectuosa, su ineficacia.

La diferencia entre nulidad e inexistencia escriba en que la primera debe ser declarada judicialmente, por



sentencia constitutiva, proferida en juicio, en tanto que la segunda puede ser simplemente reconocida por el juez en sentencia o decisión declarativa o por autoridad cualquiera ante quien se pretenda hacer valer el acto inexistente.

4. MARCO ANALITICO

4.1. BIENES SUJETOS A HIPOTECA

En Francia, por regla general, sólo los inmuebles pueden ser hipotecados; no obstante, se ha llegado a admitir la hipoteca de bienes muebles en consideración a la actitud para ser individualizados que tienen ciertos bienes.

La hipoteca mobiliaria, sin embargo, indica un gravamen sobre muebles que no dejan de estar en poder del deudor.

4.2. HIPOTECAS DE INMUEBLES COMUNES

Para tratar éste tema es necesario separar la comunidad indivisa de la comunidad divisa.

En la comunidad indivisa el condueño sólo tiene derecho sobre una cuota del bien común; el derecho es aquí abstracto, o sea, proindiviso. Esta hipoteca recae sobre una cuota, y así el artículo 2442 del C.C. dice: "El comunero puede antes de la división de la cosa común, hipotecar

su cuota..."²¹, es decir, se hipoteca cuota, no el bien mismo. El derecho del acreedor hipotecario, es hacer rematar el derecho de cuota hipotecaria; el adjudicatario sucede al deudor en dicha cuota.

En éste caso no se presenta dificultad alguna. La dificultad surge al considerarse el derecho de cuota que se tiene sobre una comunidad universal de bienes. Así el artículo 2442, continúa: "...pero verificada la división la hipoteca afectará solamente a los bienes que en razón de dicha cuota se adjudiquen, si fueren hipotecables. Si no lo fueren caducará la hipoteca".²¹

En la comunidad universal pueden existir bienes muebles y bienes inmuebles, bienes susceptibles de hipoteca y bienes que no los son; si al comunero le son adjudicados bienes inmuebles solamente, se extinguirá el gravamen y caducará la hipoteca.

En la comunidad divisa, o sea, la propiedad horizontal, cada propietario de piso o departamento puede:

- a. Gravar libremente su derecho de condominio diviso.
- b. Gravar la cuota proindiviso que tenga en el terreno

²¹ORTEGA TORRES, Jorge. Op. Cit. p. 1.083

común sobre el cual vaya a construirse un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal.

En este caso el derecho de cuota se subroga por el derecho de dominio que le corresponda sobre el piso o departamento en el edificio, sin necesidad de nueva inscripción. Si el edificio, una vez construido, no fuere declarado sujeto al régimen de propiedad horizontal, el gravamen continuará como si se tratara de un comunero proindiviso.

4.3. DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

Después de haber estudiado el gravamen hipotecario, la forma de su constitución, los requisitos de su validez, los bienes susceptibles de ser hipotecados y la extensión del gravamen, se procederá ahora al estudio de los derechos del acreedor, en qué consisten y cómo pueden hacerse efectivos.

4.3.1. GENERALIDADES

El acreedor hipotecario tiene el derecho de hacer efectivo el pago de su crédito, a través de la persecución y de la preferencia.

Este pago se puede hacer mediante el remate del inmueble,

para que con el producto de la subasta se le cubra el valor de la acreencia; o a través de la acción propia de la calidad de acreedor, para obtener el pago sobre la totalidad del patrimonio del deudor. También puede pedir la adjudicación de la cosa, si no hay postura admisible.

4.3.2. ¿Cuándo se inicia para el acreedor la Posibilidad de Hacer Efectivo su Derecho?

Comienza a partir del momento en que la obligación sea exigible. La obligación pura y simple es inmediatamente exigible; la sujeta a término o condición, cuando aquél llega o ésta se cumple.

4.3.3. Lugar que Ocupan los Derechos del Acreedor Hipotecario

Los créditos hipotecarios ocupan el tercer lugar en preferencia, en el concurso de acreedores, mientras que los créditos prendarios pertenecen a la segunda clase y los de prenda agraria a la primera.

Este orden de prelación modifica el artículo 2488 del C.C. que concede al acreedor hipotecario los mismos derechos que al prendario. Sin embargo la ley otorga a los

acreedores hipotecarios el derecho de extraer de la masa de quiebra los inmuebles gravados, mediante la consignación de una suma prudencial para el pago de los créditos de la primera clase en la parte que sobre ellos recaiga el deber de cubrirlos.

4.3.4. Cómo Deben Cubrirse los Créditos Hipotecarios

Debe establecerse el orden en que deben ser pagados las costas judiciales, los intereses y el capital.

En la acción hipotecaria las costas judiciales deben ser pagadas en primer término, lo mismo que en el caso de un concurso de acreedores, si se causan en interés general de los acreedores. Fuera de ellos, las costas judiciales se pagan como créditos de segunda clase.

Los intereses se pagan siempre de preferencia al capital.

4.4. EXTINCION DE LA HIPOTECA

El derecho de hipoteca puede extinguirse como consecuencia de haberse extinguido la obligación principal, e independientemente por que es un derecho distinto del crédito que garantiza.

La hipoteca se extingue:

- a. Por la extinción de la obligación principal.
- b. Por la resolución del derecho del constituyente.
- c. Por el evento de la condición resolutoria.
- d. Por la llegada día hasta el cual fue constituida.
- e. Por la cancelación del acreedor.
- f. Por la cancelación notarial en virtud de orden judicial.
- g. Por la novación.
- h. Por la ampliación del plazo de la obligación principal.

4.5. HIPOTECAS DE NAVES Y AERONAVES

El contrato de hipotecas de naves y aeronaves se rige por las normas del código de comercio. El código civil en su artículo 2443 se limitó a anunciar la hipoteca de naves, diciendo que sus reglas particulares correspondían al código de comercio.

4.5.1. HIPOTECA AEREA

En nuestra legislación no existía un código de aire, ni siquiera disposiciones que regularan con eficacia ésta rama de la industria; las normas existentes eran inconexas, dictadas al tratar de resolver problemas determinados del momento, mientras que en otros países ya existían disposiciones acordes con el desarrollo aéreo.

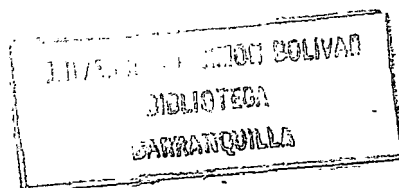
Pero con la expedición del código de comercio del año de 1.971 se reguló lo relativo a la aeronáutica y la hipoteca.

4.5.1.1. Naturaleza Jurídica de las Aeronaves

El artículo 1435 del C.de Co. dice: "La nave es una universalidad de hecho, sujeta al régimen de excepciones previsto en éste código".²² Y el artículo 1789 de la misma obra, expresa: "Se considera aeronave, para los efectos de éste código, todo aparato que maniobre en vuelo, capaz de desplazarse en el espacio y que sea apto para transportarse personas o cosas".²³

²² CASTRO J.F. Código de Comercio. p.

²³ Ibid. Op. Cit. p.



Los actos que graven o limiten el dominio de una aeronave, estarán sometidos a la solemnidad de escritura pública y de inscripción en el Registro Aeronáutico Nacional.

4.5.1.2. Diversas Clases de Aeronaves

Las características de una aeronave son:

- a. Mantenerse en el aire.
- b. Maniobrar en vuelo.
- c. Capacidad de desplazamiento en el espacio.
- d. Aptitud para el transporte de personas o cosas.

Por lo tanto, ni las cometas ni los globos, ni los aeromodelos, ni los aparatos que se sustentan y trasladan mediante el sistema denominado "colchón de aire" son consideradas aeronaves para efectos legales.

4.5.1.3. Aplicación a las Aeronaves de las reglas de la navegación marítima

A las aeronaves se les aplica los mismos principios que regulan la navegación marítima. Por lo tanto, puesto

que las naves son gravables, las aeronaves igualmente lo son.

El Artículo 1904 del Código de Comercio dice:

Las aeronaves matriculadas en Colombia pueden gravarse con hipoteca, con tal que en la escritura pública en que la hipoteca se constituya se consignen las especificaciones necesarias para su inscripción en el registro aeronáutico.

La escritura de hipoteca de una aeronave debe contener las características de esta y los signos distintivos de sus partes (24).

4.5.1.4. Formas y Requisitos de la Hipoteca de Aeronaves

Esta hipoteca está sujeta al requisito de la escritura pública y de su inscripción en el Registro Aeronáutico Nacional que se lleva en la Dirección General de Aeronáutica Civil. La escritura debe contener las características de la aeronave y signos distintivos de sus partes.

Las aeronaves en construcción también podrán hipotecarse, con tal que en la escritura pública se consignen las especificaciones necesarias para su inscripción.

²⁴Ibid. Op. Cit. p.

La hipoteca de una aeronave comprenderá la cédula, las unidades motopropulsoras, los equipos electrónicos y cualesquiera otras piezas destinadas al servicio de la aeronave. El deudor no podrá reparar, sin permiso del acreedor, las partes de una aeronave hipotecada, sino momentaneamente. Los derechos del acreedor hipotecario son los mismos del acreedor civil, afectados por los especiales privilegios establecidos por la ley en la materia que nos ocupa.

4.6. LA HIPOTECA NAVAL

La hipoteca naval es poco usada entre nosotros debido a la falta de seguridad que presenta. Esta clase de gravamen se rige las normas del Código de Comercio.

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

4.6.1. Naturaleza Jurídicas de las Naves

A las naves se les considera una cosa corporal, dotada de individualidad propia; compuesta por un agregado de cosas unidas mecanicamente que forman una universalidad de hecho.

La Legislación Universal considera a las naves como muebles pero las asimila a inmuebles para algunos aspectos legales como es el caso de la hipoteca.

4.6.2. Privilegios Marítimos y la Hipoteca

EL régimen de los privilegios se desarrolla en dos partes, según recaiga sobre la nave o sobre las cosas cargadas en ellas.

Uno de tales privilegios que no debe confundirse con la hipoteca naval, es el préstamo a la gruesa, el cual tiende a desaparecer.

El préstamo a la gruesa es un contrato real, unilateral, oneroso, condicional y aleatorio que tiene por objeto amparar los suministros hechos al capitán o al naviero para fines de aprovisionamiento de la nave, e implica para quien lo hizo la asunción de los riesgos marítimos, es decir, que si la nave perece durante el viaje por caso fortuito o fuerza mayor, el prestamista pierde lo prestado y nada puede reclamar del deudor.

4.6.3. Forma y Requisito de la Hipoteca Naval.

El registro de la escritura de hipoteca naval debe hacerse en la oficina correspondiente al puerto donde se matriculó la embarcación y depositarse copia de la escritura debida

mente registrada, en la capitanía de puerto de matrícula de la nave. Sólo puede hipotecarse una nave por quien sea su propietario.

Surge el problema de saber si todo objeto flotante es una nave y si toda nave es hipotecable. la nave para ser tal, debe tener las siguientes características: construcción principal independiente, apta para la navegación y destinada habitualmente a ella. Por otra parte una embarcación menor debe ser considerada como nave. Sería un lanchón, un remolque o cualquier otra cosa, pero no una nave.

Pueden hipotecarse no sólo las naves construídas, sino también las en construcción y las futuras; pero no puede hipotecarse las naves extranjeras.

4.6.4. Derecho del Acreedor hipotecario, Extensión y Extinción de la Hipoteca.

El acreedor hipotecario naval tiene los mismos derechos que el acreedor hipotecario civil; pero en lo tocante a preferencia, la hipoteca naval cede en favor de la prenda constituída sobre los implementos de pesca y de la prenda industrial si se constituyere sobre los accesorios de la nave.

La hipoteca naval, al igual que la hipoteca civil, se extiende a los frutos civiles y a los accesorios de la nave. Comprende, pues, el casco y la quilla, los aparejos y accesorios de la embarcación principal.

Además de los accesorios materiales, comprende los llamados accesorio de la nave y flete, que consisten en indemnizaciones, remuneraciones y precio del flete.

La hipoteca naval se extingue por los mismos medios que la hipoteca civil; pero en materia de prescripción se fijó el término de dos (2) años, contados desde la fecha de vencimiento de la obligación respectiva.

CONCLUSION

Algunos tratadistas de Derecho Civil han considerado al contrato de hipoteca como un contrato principal y no accesorio como aparece catalogado en nuestro código civil, que lo tomó del Derecho Romano.

Entre las razones que exponen esos tratadistas, se destacan las siguientes:

- a. El contrato de hipoteca no necesita de otro contrato para nacer a la vida jurídica.
- b. Exige un título debidamente inscrito en la oficina de registro de instrumento público y privado.
- c. Tiene dos acciones para defender sus derechos: La real y la personal.

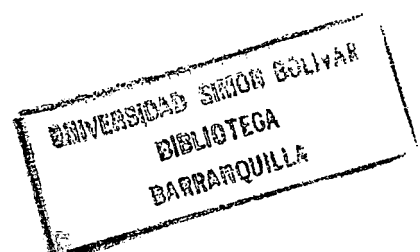
En cuanto al primer punto esto se vé más claro en la hipoteca abierta, donde una persona es deudora de varias obligaciones personales en un banco y quiere garantizarlas

con un bien y mueble, y se pone de acuerdo con su acreedor, en este caso el banco, para que ampare también otras obligaciones futuras.

El contrato de hipoteca llena además los requisitos de todo contrato principal como son: es nominado, honeroso, convencional, etc. y requiere de un título debidamente inscrito en la oficina de registro del lugar donde se encuentre situado el bien.

En cuanto al acto en sí es principal, ya que no necesita de otro para hacer valer sus derechos, pues tiene dos acciones: una acción real y otra personal.

Sugiero una reforma que cambie de categoría al actual contrato de hipoteca.



BIBLIOGRAFIA

ANGEL CASTRO, Hector Enrrique. y PEREIRA MONSALVRE, Luis
César. Código de Procedimiento Civil. Poligráficas
Medellín. 2º ed. 1985

CASTRO, José Félix. Nuevo Código de Comercio. Publicita
rias, 10º ed. 1983.

JOSSERAND, Luis. Derecho Civil. La Familia. Jurídica.
Buenos Aires, 1952

MEDELLIN, Carlos. Lecciones de Derecho Romano, Externado
de colombia, 1980.

ORTEGA TORRES. Jorge. Código Civil Comentado. Temis,
Bogotá, 1982

OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políti
cas y Sociales. Edit. Heliata S.R.L. Buenos Aires,
1979.

PEREZ VIVES, Alvaro. Garantías Cíviles, Temis, Bogotá,
1984.

SALAMANCA, Hernando. Derecho Civil. Contratos 5º ed.
Externado de Colombia, 1979.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derechos Reales, 9º Ed. Temis,
Tomo 2, 1.980.