

ASPECTOS JURIDICOS DEL CONTRATO DE HIPOTÉCA

ALVARO GABRIEL AHUMADA CARDENAS

JUAN CARLOS CESPEDES ACOSTA

BARRANQUILLA

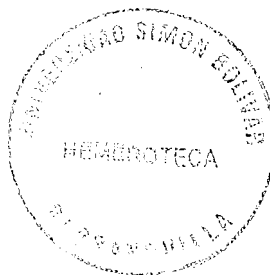
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

"SIMON BOLIVAR"

FACULTAD DE DERECHO

1991

DR. S
+0353



ASPECTOS JURIDICOS DEL CONTRATO DE HIPOTECA

ALVARO GABRIEL AHUMADA CARDENAS

JUAN CARLOS CESPEDES ACOSTA

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

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

"SIMON BOLIVAR"

FACULTAD DE DERECHO"

1991

Doctor

CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
E. S. D.

Respetador doctor:

He tenido el gusto, honor de asesorar, dirigir y supervisar a los egresados ALVRO AHUMADA CARDENAS y JUAN CARLOS CESPEDES ACOSTA, quienes desarrollaron un trabajo de tipo jurídico relativo a los aspectos legales del Contrato de hipoteca.

Los distinguidos egresados abordaron y desarrollaron con altura y propiedad el tema dedicado del Contrato de Hipoteca en nuestra legislación, desarrollaron el aspecto jurídico e histórico del mismo, utilizando una metodología jurídica rigurosa en cuanto al desarrollo del tema demostrando que poseen profundos conocimientos sobre el trabajo que presentan para optar al título de ABOGADO.

Considero que este estudio jurídico llena a cabalidad los requisitos académicos así como cumple con los reglamentos que rige nuestra facultad.

Por las anteriores razones le imparto la aprobación al trabajo referido.

Con sentimiento se alta consideración me suscribo de usted,

Atentamente,



ANTONIO SPIRKO CORTES

Nota de Aceptación

•

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, junio de 1991

DEDICATORIA

•

A nuestros padres.

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sus agradecimientos:

A Dr. JOSE CONSUEGRA HIGUINS, Rector de la Universidad Simón Bolívar.

A Dr. RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA, Secretario General de la Universidad Simón Bolívar.

A Dr. CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ, Decano de la Facultad de Derecho, Universidad Simón Bolívar.

A Dr. ANTONIO SPIAKO CORTES, Director Consultorio Jurídico, Universidad Simón Bolívar.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
1. LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO	2
1.1 GENERALIDADES	2
1.2 ENAJENACION FIDUCIARIA	3
1.4 LA HIPOTECA	5
1.5 FORMAS DE HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO	7
1.5.1. Hipoteca Convencional	8
1.5.2. Hipoteca Testamentaria	8
1.5.3. Hipotecas legales	9
1.6 CONSECUENCIAS LEGALES	10
1.6.1. Derechos del Acreedor Hipotecario	10
1.6.2. Acción Hipotecaria	10
1.6.3. Venta del bien hipotecado	11
1.6.4. Derecho de Preferencia	11
1.6.5. Pluralidad de Hupoteca	12
1.7 EXTINCION DE LA HIPOTECA	15
2. ASPECTOS JURIDICOS Y CARACTERISTICAS	17
2.1 DEFINICION	17

2.2	LA HIPOTECA ES UN DERECHO REAL	18
2.3	GENERA UNA ACCION DE PERSECUCION	20
2.4	GENERA UN DERECHO DE PREFERENCIA	22
2.5	ES UN DERECHO NECESARIAMENTE ACCESORIO	23
2.6	ES UN DERECHO INDIVISIBLE	24
2.7	VERSA SOBRE INMUEBLES	25
2.8	DEJA LOS BIENES GRAVADOS CON ELLA EN PODER DEL DEUDOR	27
3.	REQUISITOS DE LA HIPOTECA	28
3.1	REQUISITOS GENERALES	28
3.2	REQUISITOS ESPECIALES	29
3.2.1.	Nulidad de los Instrumentos que carecen de formalidades	36
3.2.2.	Cláusula de prohibida estipulación en la Hipoteca	37
3.3	DEBERA SER REGISTRADA EN LA OFICINA DE INS TRUMENTOS PUBLICOS	39
3.4	INSTRUMENTOS QUE DEBEN REGISTRARSE	40
3.5	QUE SE BUSCA CON EL REGISTRO	41
3.5.1.	Procedimiento para el Registro	41
3.6	SITIO DONDE SE HARA EL REGISTRO	44
3.7	SER DUEÑO DE LA COSA HIPOTECADA	45
3.7.1.	Nulidad Absoluta	46
3.7.2.	Hipoteca en bien ajeno	47
3.8	HIPOTECA DEL COMUNERO EN ESPECIE	52

3.9	PROPIEDAD DE UN TERCERO	53
3.10	CAPACIDAD PARA HIPOTECAR UN BIEN	54
3.11	LA CAPACIDAD	54
3.12	ADMINISTRACION POR TUTORES O CURADORES	56
3.13	CAPACIDAD DE MANDAMIENTO	58
3.14	CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA	58
3.15	ESPECIALIDAD DE LA HIPOTECA	59
3.16	BIENES QUE PUEDEN SER OBJETO DE HIPOTECA	59
3.16.1.	Inmueble por Naturaleza	61
3.16.2.	Muebles por Adhesión Permanente	61
3.16.3.	Inmuebles por Destinación	62
3.17	NUDA PROPIEDAD	63
3.18	USUFRUCTO	64
3.19	PROPIEDAD FIDUCIARIA	64
3.20	NAVES	65
3.21	AERONAVES	65
3.22	HIPOTECA DE BIENES FUTUROS	66
3.23	EXTENSION DE LA HIPOTECA	66
3.23.1.	Bienes Muebles	67
3.23.2.	Derechos Relaes sobre Inmuebles	68
3.23.3.	Inmuebles que están fuera del comercio	68
4.	CLASES DE HIPOTECAS	69
4.1	HIPOTECA CONVENCIONAL	69
4.2	HIPOTECA LEGAL	70

4.3	HIPOTECA JUDICIAL	72
4.4	HIPOTECA REFACCIONARIA	72
4.5	HIPOTECA GENERAL E HIPOTECA ESPECIAL	73
4.6	HIPOTECA NAVAL	74
4.7	HIPOTECA PARA GARANTIZAR TITULOS A LA ORDEN	74
4.8	HIPOTECA ABIERTA	75
5.	MODALIDADES Y MODIFICACIONES	77
5.1	MODALIDADES	77
5.2	MODIFICACIONES	80
5.2.1.	Por cambio del Crédito	84
5.2.2.	Por cambio de la Finca	85
6.	EFFECTOS DE LA HIPOTECA	87
6.1	EFFECTOS ENTRE EL ACREEDOR Y EL DEUDOR	87
6.1.1.	Actos de disposición jurídica	88
6.1.2.	Actos de disposición material	89
6.1.3.	Actos de Administración	91
6.1.4.	Acción de mejoramiento de la garantía hipotecaria	92
6.2	EFFECTOS DESPUES DEL EJERCICIO DE LA ACCION HIPOTECARIA	92
6.2.1.	Ejercicio de la acción hipotecaria mediante venta	93
6.3	RELACION ENTRE EL ACREEDOR HIPOTECARIO CON LOS DEMAS ACREEDORES DEL DEUDOR	96

	Pág.
6.4 DERECHO DE PERSECUCION	97
7. EXTINCION DE LA HIPOTECA	100
7.1 POR EXTINCION DE LA OBLIGACION A QUE DA LUGAR	100
7.2 POR LA RESOLUCION DEL DERECHO HIPOTECARIO	100
7.3 POR LALLEGADA DEL DIA HASTA EL CUAL FUE CONSTITUIDA	101
7.4 POR EL EVENTO DE LA CONDICION RESOLUTORIA	101
7.5 POR LA CANCELACION QUE EL ACREEDOR ACORDARE POR ESCRITURA PUBLICA	102
7.6 CUANDO MEDIA EXPROPIACION DEL BIEN HIPOTE CADO	102
7.7 POR MEDIO DE PUBLICA SUBASTA ORDENADA POR EL JUEZ	103
CONCLUSION	105
BIBLIOGRAFIA	106

INTRODUCCION

No como e ditos, sino como estudiantes, hemos tratado de hacer con esfuerzo nuestro trabajo de tesis, la cual hemos denominado Aspectos Jurídicos del Contrato de Hipoteca.

Hemos escogido este tema porque dentro de las ciencias jurídicas es uno de los más importantes y significativos.

Este tema es muy oportuno, práctico y de agradable estudio, además de que es uno de los medios por los que una persona puede garantizar un crédito. Analizando la hipoteca se puede interpretar como una garantía en forma general, es decir, que favorece tanto al acreedor como el deudor; al acreedor, como explicamos anteriormente, porque es una manera de asegurar u acreencia, y al deudor, como una forma de conseguir un nuevo negocio, un nuevo bien, y asegurar que se le cumpla el crédito.

1. LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

1.1 GENERALIDADES

La palabra HIPOTECA es de origen griego. Se compone de dos términos: Hipo, que quiere decir debajo y Theque, caja. Es decir, debajo de la caja o lugar seguro.

Algunos autores entre otros JOSSERAND la define: "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 estuviera en posesión de él para hacerse pagar de preferencia a todos los demás acreedores".

La Hipoteca surgió a la vida jurídica, después de un largo

1. ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil Colombiano. Libro VI, Título 37. Pág. 1066.

proceso que consta de varias etapas que le dan su verdadera conformación. En dicho proceso se utilizaron como garantías reales primero la enajenación fiduciaria, luego la prenda o pignus, hasta llegar a la Hipoteca.

Estudiaremos brevemente cada una de dichas instituciones:

1.2 ENAJENACION FIDUCIARIA

Es la más antigua de las garantías reales conocidas en Roma. "La cual consistió en que el deudor de quien el acreedor exige una seguridad real, le transfiere por mancipación la propiedad de una cosa que formaba parte de su patrimonio".

Ellos añadían a esta enajación un pacto de fiducia, por el cual el acreedor se comprometía a transferir nuevamente la propiedad de la cosa al deudor después del pago. Mientras tanto él consentía frecuentemente en dejar al deudor la detención y uso a título de arrendamiento o de mutuo precario.

Como consecuencia si el deudor pagaba al acreedor debía transferirle nuevamente la propiedad por la usurecêptico. Pero si el acreedor no entregaba la cosa, el deudor enajenante podía ejercitar en vía de defensa, de sus derechos contra el acreedor la actio difucia.

Si el deudor no paga, el acreedor puede venderla, pero si saca un precio superior al importe del crédito, debe entregar la diferencia al deudor.

1.3 LA PRENDA O PIGNUS

Es una institución que se utilizó posteriormente a la enajenación fiduciaria, y que simplifica los mecanismos de ésta. Esta garantía real consistió en que el deudor entregaba una cosa determinada a su acreedor para seguridad de su crédito, la cosa dada en posesión y con la condición de que el acreedor debía devolverla a su propietario una vez que éste cubriera el crédito. No era pues necesario que el deudor fuera propietario una vez que éste cubriera el crédito. No era pues necesario que el deudor fuera propietario de la prenda, puesto que él no transfería la propiedad. El acreedor pignoratario tenía solo la simple detención de la prenda; él poseía o más bien tenía con el acreedor repartidas las ventajas de la posesión.

Primitivamente el acreedor no estaba protegido por una acción real si no solamente por interdictos posesorios, en su calidad de poseedor; más tarde probablemente en el edicto de Adriano, le fué concedida una acción real, la llamada actio serviana.

1.4 LA HIPOTECA

Los inconvenientes de la enajenación fiduciaria y de la prenda se dejaban sentir, sobre todo en las relaciones entre el colono y el arrendador de un fundo rural.

Para dar una seguridad al propietario el colono que no tenía ordinariamente más que sus utensilios agrícolas, no podía cederle su propiedad ni su posesión sin privarse de sus instrumentos de trabajo. Por eso muy pronto se admitió que los ganados y objetos diversos llevados sobre el fundo por el colono no estarían afectados al pago del arrendamiento por simple convención y sin que se privase al colono de su posesión.

Podríamos decir que el sistema produjo la democratización del crédito. La Hipoteca era un derecho real pretoriano accesorio, que se extendía tanto a las cosas muebles como a las inmuebles, cuya finalidad era garantizar el cumplimiento de una deuda.

Fué creada por el Pretor en beneficio exclusivo del acreedor para garantizarle el pago de sus créditos, pues su finalidad no era otra cosa que servir de garantía real a una deuda a favor del acreedor, distintas de las seguridades personales. Desde entonces todo deudor puede conceder una garantía real a su acreedor, sin abandonar la propiedad ni la posesión de

ninguno de sus bienes. Una simple convención que afectará a unos varios objetos al pago de la deuda, fué suficiente para procurar al acreedor un derecho real, el derecho de hipoteca, sancionada por una acción IN REM, que no era más que la acción serviana extendida y que se le llamó cuasi-serviana e hipotecaria.

Las características de la Hipoteca:

- Era un derecho REAL, era un derecho "JUS IN RE", esto es un derecho en la cosa. Derecho éste que estaba sancionado con la acción "IN REM", lo que a su vez miraba de manera directa a la cosa gravada, sin tener en consideración para nada el ducello de alla.
- Era un derecho real ACCESORIO. Hacemos hincapié en el carácter accesorio. Cuando decimos que una cosa es accesorio es porque estamos admitiendo que existe una principal a la cual accede. Respecto a la Hipoteca tenemos que al ser un derecho accesorio, comprendemos que es necesaria la existencia de algún crédito principal, para que de este modo sea posible su constitución. La Hipoteca no podía existir por sí sola, tenía que ir ligada a un crédito de cualquier especie que fuera.
- Era un derecho INDIVISIBLE. La indivisibilidad de la Hi

poteca no resultaba de su naturaleza, se fundaba en la voluntad presunta de las partes. La Hipoteca subsistía toda entera sobre el bien gravado, aún cuando una parte de la deuda haya sido pagado, mientras si siguiera debiendo algo al acreedor.

- Era un derecho MOBILIARIO e INMOBILIARIO. En efecto, romana podría constituirse sobre una cosa mueble o bien sobre una cosa inmueble.

El principio se aplica a las cosas corporales y a la mayor parte de las cosas incorporeales. Según fueran Muebles e Inmuebles, la cosa correspondía al respectivo derecho; éste era Mueble si el crédito gravaba un bien mueble sin tener en cuenta para nada el crédito. De tal manera que la modalidad del derecho del acreedor le daba el bien gravado y no el crédito mismo.

1.5 FORMAS DE HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

El Artículo 2434 del C.C. dice: La Hipoteca deberá otorgarse por escritura pública.

"El contrato de Hipoteca que origina el derecho real persecutorio y preferente, es contrato legalmente sometido a dos solemnidades indispensables para su existencia. El otorga

miento de escritura pública y su inscripción en el libro correspondiente de la Oficina de Registro dentro del término legal, requisito este último al que corresponde además el significado y función de la tradición del derecho real de hipoteca".²

En el Derecho Romano, la Hipoteca podía constituirse de tres maneras: por Convención, por Testamento y por Ley.

1.5.1. Hipoteca Convencional

Constituída por simple pacto, el cual se concluía por escrito, para fijar la fecha de su celebración y facilitar la prueba en caso de controversia. Esta clase de hipotecas no podía constituirse sino en beneficio de acreedores que fueran capaces de contratar. Para que las hipotecas convencionales fueran válidas, el pacto debía ser concluído por el propietario de la cosa que fuese posible en caso de controversias judiciales, o ponerse al verdadero propietario de la cosa hipotecada.

1.5.2. Hipoteca Testamentaria

Se consentía por testamento o acto de última voluntad, que entre los romanos era muy respetada y se tenía como acto solemne.

2. CAMAROTTA, Antonio. Tratado de Derecho Hipotecario, 2a. ed. de 1942. Pág. 108.

El testador constituía hipoteca sobre los bienes que dejaba para que sus herederos los adquirieran con el gravamen.

1.5.3. Hipotecas legales

Podrían ser: Generales y Especiales.

Entre las Hipotecas Generales tenemos las siguientes:

- La Hipoteca del arrendador de un fundo rural sobre los frutos del inmueble.
- La Hipoteca del arrendador de una cosa sobre las cosas que el arrendatario ha introducido en ella.

Entre las Hipotecas Especiales tenemos las siguientes:

- La Hipoteca en beneficio de los hijos sobre los bienes de su padre.
- La Hipoteca en beneficio del fisco sobre los bienes de las personas particulares.
- La Hipoteca en beneficio de los impúberes, menores y dementes, sobre los bienes de sus tutores y curadores.

- La Hipoteca en beneficio de la mujer sobre los bienes y patrimonio.

1.6 CONSECUENCIAS LEGALES

Estudiaremos principalmente los derechos que devenían al acreedor hipotecario y los conflictos que se presentaban cuando se constituían varias hipotecas sobre un mismo bien.

1.6.1. Derechos del Acreedor Hipotecario

Este tenía el derecho de persecución, el derecho de venta del bien y el derecho de preferencia en el pago frente a los demás acreedores.

16.2. Acción Hipotecaria

Cuando el acreedor no era pagado en tiempo, podía ejercitar la acción hipotecaria no solamente contra el deudor, sino también contra cualquier otro detentador de la cosa.

Hacía velar así su derecho real opuesto a todos y podía perseguir la cosa en cualquier parte donde se encontrara. El demandado en la acción hipotecaria debía abandonar la cosa al acreedor, a menos que prefiriera pagar la deuda.

1.6.3. Venta del bien hipotecado

Si el Acreedor era poseedor de la cosa o la había obtenido por medio de la acción hipotecaria y existiendo de parte del deudor incumplimiento, tenía derecho de vender la cosa hipotecada. Esa venta no estaba sometida a ninguna forma especial. El mismo acreedor procedía a ello después de haber notificado al deudor. Si el acreedor no encontraba comprador, podía dirigirse al Emperador y hacerse atribuir la propiedad de la cosa, previa estimación del precio.

El acreedor hipotecario que vendía la cosa hipotecada transfería la propiedad al comprador, obrando como mandatario del deudor, bien en razón de una convención o en virtud de una ley.

1.6.4. Derecho de Preferencia

Después de la venta el acreedor tenía derecho a pagarse con el precio de preferencia a los demás acreedores. Era la consecuencia natural de la hipoteca, en virtud de la cual la cosa vendida estaba especialmente afectada a la seguridad de su crédito.

Si el precio era inferior a la deuda, el acreedor conservaba la acción personal contra el deudor, por la diferencia. Si por el contrario era mayor, estaba obligado a restituir

el restante.

1.6.5. Pluralidad de Hipoteca

En el caso de pluralidad de hipotecas, distinguían los romanos dos casos según fuera simultáneas o sucesivas.

- PRIMER CASO

Cuando se creaban a un mismo tiempo varias hipotecas con la llamada Cláusula de solidaridad; cada uno de los acreedores adquiriría igual derecho sobre todas las cosas, al menos contra extraños.

- SEGUNDO CASO

Cuando las diversas hipotecas se constituían en fechas diferentes; si el crédito total de los varios acreedores superaba el valor de la cosa dada en hipoteca, saltaba a la vista la imposibilidad de dar cumplimiento a todos ellos.

Cual acreedor fuere tenía que soportar la pérdida, siendo la hipoteca un derecho real; quien la constituía le podía causar perjuicio por virtud de un pacto a derechos anteriores. Era muy natural que se le diera preferencia entre los varios acreedores al más antiguo, y la antigüedad se determinaba por la fecha del contrato, conforme al axioma jurí

dico: "el primero en cuanto al tiempo, debía serlo también en cuanto al derecho".

La prioridad podría establecerse, por testigos o sirviéndose de escritura pública. Pero la prueba escrita daba lugar a graves abusos cuando la fecha del acto jurídico había sido alterado con dolo.

Si el acreedor cuya hipoteca era más antigua tenía derecho de prelación sobre los otros acreedores, cuales eran en concreto los derechos que podían invocar contra el deudor común los acreedores posteriores.

La solución consistía en restringir el derecho del segundo acreedor al excedente del precio de venta sobre el monto de la primera deuda. Esta solución venía a novar el derecho del segundo acreedor. Su derecho de hipoteca no se refería tanto a la cosa misma como a la actio pignaritia, por la cual el deudor constituyente podía una vez realizada la venta, reclamar del primer acreedor el remanente del precio. Por lo tanto, el segundo acreedor no era sino cesionario de los derechos del deudor contra el primer acreedor.

Una solución más satisfactoria consistía en juzgar la segunda hipoteca no pura y simple, sino bajo condición de que la primera se extinguiese.

El derecho del segundo deudor hipotecario permanecía en suspenso mientras no se hubiera realizado la condición, esto es, mientras no se hubiera pagado el crédito del primer acreedor.

Hipotecas Privilegiadas, son las siguientes:

- La del acreedor hipotecario, cuyo préstamo sirvió de factor para adquirir o mejorar la cosa dada en hipoteca. Para que pudiera reclamar este privilegio, se necesitaban dos condiciones:
 1. Que el acreedor de tiempo posterior se hiciera constituir la hipoteca en el momento mismo del préstamo, a no ser que su crédito importara de pleno derecho una hipoteca legal, y
 2. Que el dinero se hubiera empleado de hecho en beneficio de la misma cosa y que se hubiera logrado el fin del préstamo.
- También tenía privilegio el fisco, por concepto de los tributos debidos y no pagados a tiempo.
- La Hipoteca de la mujer de sus descendientes legítimos para lograr la restitución de la dote, después de la disolución del matrimonio.

1.7 EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

Por la cancelación que el acreedor otorgase... "Se extingue por confusión el derecho real de hipoteca por el hecho de que la finca hipotecada llegue a ser propiedad del acreedor hipotecario. "La hipoteca se extingue entre otros medios por la cancelación que el acreedor acordare por escritura pública, de que se toma razón al margen de la inscripción respectiva. En este caso la escritura se requiere como solemidad y no puede suplirse por otra prueba".³

En el Derecho Romano la hipoteca se extinguía de dos maneras: accesoriamente en la mayoría de los casos, y de manera principal.

De manera accesorio cuando la deuda principal, o sea aquella que estaba garantizada con la hipoteca había sido paga da o cancelada. Siguiendo la regla "Accesorium Sequitur Principale", se explica claramente la extinción del gravamen; por lógica debía también dejar de existir tal gravamen.

De manera Principal, por las causas que son propias. Estas son:

3. GOMEZ, José J. Derecho Civil. Curso 2º. Bienes. 2a. ed. de 1965. Pág. 114.

- La pérdida de la cosa hipoteca. Si era simplemente transformada la cosa, la hipoteca subsistía.
- Por confusión, es decir, la adquisición de la propiedad de la cosa hipotecada, por el acreedor hipotecario.
- La renuncia del acreedor.
- La prescripción instintiva de crarenta años.

Hemos estudiado muy brevemente lo que fué la hipoteca en el Derecho Romano. En los capítulos siguientes estudiaremos la figura a la luz del Derecho Moderno y especialmente en relación con la regulación que trae nuestro Código Civil sobre la misma.

2. ASPECTOS JURIDICOS Y CARACTERISTICAS

2.1 DEFINICION

La Hipoteca es de naturaleza indivisible, por consiguiente subsiste sobre todo y sobre cada parte del inmueble hipotecado, y es inherente a él. Es decir, lo sigue aunqie pase a otras manos.

Esta definición es mucho más completa que la comentada de nuestro Código Civil pero también adolece de fallas. Por ejemplo, no habla de los derechos de preferencia y persecución que engendra la hipoteca en favor del acreedor hipotecario. Tampoco hace mención a que las cosas hipotecarias quedan en poder del cosntituyente.

Los hermanos Mazaesud definen la Hipoteca como "una garantía real, que sin llevar consigo desposimimiento actual del propietario del inmueble hipotecado, confiere al acreedor el derecho de embargar y rematar el inmueble en cualquiera de las manos en que se encuentre y al cobrar con preferencia sobre el precio". (Derecho Civil Parte III, Garantías).

Entre nosotros, el doctor Valencia Zea en su obra de Derecho Civil Tomo II de los Derechos Reales, trae una definición de la Hipoteca que nos parece muy buena, ya que incluye todos los caracteres de la figura: "La Hipoteca es un Derecho Real que recae en inmuebles singularizados, los que continúan en poder del deudor o constituyente, para garantía de cumplimiento de una obligación, quedando facultado al acreedor para realizar el valor del inmueble y pagarse preferentemente".⁴

Creemos más conveniente que seguir haciendo superficiales comentarios a las diferentes definiciones de la hipoteca, que entremos al estudio de las diferentes características de las mismas.

2.2 LA HIPOTECA ES UN DERECHO REAL

Desde su origen, la Hipoteca ha sido considerada como un derecho real, y los progresos del derecho no han consistido en aproximar la hipoteca a los derechos personales, sino al contrario, en dotarlos de todos los medios técnicos dados a los titulares de derechos reales para la defensa de sus prerrogativas: acción real acompañada del derecho de persecución.

El Inciso segundo del mismo artículo establece expresamente que la hipoteca es un derecho real al decir que son "derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso

4. VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo II. Derechos Reales. Ed. Temis. Pág. 386. Bogotá, 1977.

o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el hipotecario...".

La definición del Código ha sido criticada diciendo que un vínculo jurídico solo puede existir entre dos o más personas, y nunca entre una persona y un bien.

La concepción clásica del Derecho Real se basó en la existencia de una simple relación de persona a cosa, haciendo a la cosa sujeto pasivo de la obligación, en cambio vió en el Derecho personal, una relación de persona a persona.

Esta apreciación fue criticada por los expositores de la concepción personalista del Derecho Real, especialmente Planiol y Ripert, para quienes la simple relación de los clásicos de persona a cosa en el Derecho Real debía sustituirse por una relación de persona a persona y el sujeto pasivo comprendería a todas las personas que tuvieran relación con el sujeto activo, siendo ilimitado en su número.

Los personalistas del Derecho Real solo admitieron diferencia con el Derecho Personal, basadas exclusivamente en el sujeto pasivo y en el objeto, al sostener que en el Derecho Personal existe un solo sujeto pasivo, a quien se le imponía el cumplimiento de una prestación, y en cambio en el Derecho Real, hay muchos sujetos pasivos exigiéndoseles una simple abstención.

El doctor José J. Gómez en sus conferencias de Derecho Civil (Bienes) trae la siguiente definición de Derecho Real: "Es el poder jurídico total o parcial sobre una cosa con cargo a ser respetado por todos".⁵ Más adelante indica los elementos que componen la noción de Derecho Real:

- Sujeto Activo: que es el titular del Derecho y se encuentra frente a la cosa, de la cual obtiene conforme a su derecho.
- El Objeto: es una cosa determinada y presente como un inmueble.
- El Sujeto Pasivo: constituido por todas las personas y especialmente por aquellas que en un momento dado realizan actos tendientes a perjudicar el derecho ajeno.

2.3 GENERA UNA ACCION DE PERSECUCION

El Artículo 2452 del Código Civil dice: "La Hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido. Sin embargo, esta disposición no tendrá lu

5. GOMEZ, José J. Derecho Civil. Opus Cit. Pág. 109.

gar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta ordenada por el Juez, para que esta excepción sufra efecto a favor de tercero, deberá hacerse la subasta con citación personal en el término de emplazamiento de los acreedores que tengan constituídas hipotecas sobre la misma finca, los cuales serán cubiertos sobre el precio de remate, en el orden que corresponde. El Juez entre tanto hará consignar el dinero".

El Derecho de persecución que consagra el Inciso Primero, es una consecuencia del carácter de derecho real que tiene la hipoteca, es decir, que afecta directamente la cosa y no a la persona.

Si el acreedor hipotecario no dispusiera de este derecho, se caería por su base toda la seguridad hipotecaria, puesto que si por ejemplo el constituyente con solo enajenar el inmueble se salvara de la ejecución, quizás serían muy pocos los que en vista del riesgo que pueden correr, no lo enajenaran o simularan, de cualquier manera una transacción para burlar así el derecho del acreedor.

Si se hiciera distinción acerca del título traslativo, se tendrá el mismo problema, porque si se dispusieran que solo aquellos que recibieran el inmueble a título gratuito, responderían por los gravámenes impuestos, no habría un solo

inmueble hipotecado que aparentemente se transfiriera en esta forma, sino que todos serían transferidos real o simuladamente por compraventa.

2.4 GENERA UN DERECHO DE PREFERENCIA

Este derecho consiste en la facultad que tiene el acreedor de hacerse pagar su crédito con el valor o producto de la venta del bien hipotecado, preferentemente a todos los acreedores del deudor, salvo aquellos que tengan hipotecas anteriormente inscritas o créditos privilegiados.

Respecto a la inscripción, nos referiremos en otro lugar. Respecto de los privilegios, podemos decir que nuestro Código Civil no lo define. El Código Civil Francés, dice en su artículo 2095: "El privilegio es un crédito que la calidad del crédito dá a un acreedor para ser preferido a los otros acreedores".

Los privilegios en el Derecho Romano no tenían el mismo sentimiento; en aquella legislación, el acreedor privilegiado tenía solamente la acción personal que lo permitía anteponerse a los acreedores hipotecarios.

Los privilegiados constituyen una excepción al derecho común de los acreedores, por eso deben establecerse por una disposición especial y ser forzosamente de interpretación restrin

gida.

2.5 ES UN DERECHO NECESARIAMENTE ACCESORIO

Teniendo en cuenta que toda garantía siempre es accesorio, como lo expresa el Código Civil en el Artículo 1499 al decir que un contrato es accesorio "cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella".

Concluimos que la hipoteca es un derecho accesorio, ya que sirve para garantizar el pago de una obligación.

Para que haya hipoteca es necesario la existencia de una obligación principal, porque sin ésta no podrá hacer cosa accesorio.

Como consecuencia de la calidad de derecho accesorio, la hipoteca nacerá con la obligación principal, durará el tiempo que ella dure y se extinguirá con ella. Además, si se anula o prescinde la obligación principal, igual suerte correrá el gravamen, pero no sucederá lo mismo en el caso inverso, o sea cuando se anula la hipoteca subsistirá el crédito como obligación principal.

Si la obligación garantizada por la hipoteca está sujeto a

modalidades, tales como plazo o condición, la hipoteca tendrá plena eficacia desde que llegue el plazo o se cumpla la comisión.

2.6 ES UN DERECHO INDIVISIBLE

De la mayor importancia es el examen del carácter indivisible de la hipoteca, por ser de gran aplicación práctica en la solución de los litigios que sobre esta materia se suscitan. El legislador para asegurar la efectividad de los derechos del acreedor procurando el medio más fácil y expedito para la persecución de su crédito, ha establecido el principio de la indivisibilidad de la hipoteca en el Artículo 2433 del Código Civil al decir: "La Hipoteca es indivisible. En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas, son obligadas al pago de toda la deuda y cada parte de ella".

Así consagra esta norma el principio de la indivisibilidad. Según el cual, la cosa hipotecada responde a la totalidad de la obligación, como de cualquiera de sus partes subsistiendo la hipoteca en toda y cada una de sus partes, de los bienes girados hasta cuando se efectúa el pago total de la deuda y cada parte de ella.

El significado práctico del carácter indivisible de la hipoteca está en que el acreedor no está obligado a cancelar el

gravamen, sino una vez haya recibido el valor total de la suma debida.

Las consecuencias de estas características las podemos analizar bien sea en relación a los inmuebles hipotecados, bien en relación a la obligación principal que accede.

La relación de los inmuebles hipotecados, si son varios los que se han dado en hipoteca para garantizar una deuda, el acreedor podrá dirigir su acción contra todos simultáneamente, o contra cualquiera de ellos, y hacerse pagar su valor.

Tratándose de la obligación principal, la indivisibilidad se presenta cuando habiéndose presentado el pago de una parte de la deuda, el deudor no podrá exigir que se libere parcialmente la cosa gravada con hipoteca.

En caso de muerte del deudor, la seguridad no se menoscaba, pues el gravamen no se extingue sino por el pago total de la deuda. Sobre el particular dice el Artículo 1583 del Código Civil: "Cada uno de los herederos del que ha contratado una obligación indivisible, es obligado a satisfacerla en el todo y cada uno de los herederos del acreedor puede exigir la ejecución total".

"Además, la acción hipotecaria del derecho para instaurarla contra la persona que posea la cosa hipotecada del todo o

o en parte, y el coheredero que haya pagado su parte, no podrá pedir la cancelación de la hipoteca hasta tanto no se efectúe el pago total de la deuda. Este derecho lo consagra el Artículo 1583 numerados".

Siendo la indivisibilidad característica de la naturaleza y no de la esencia de la hipoteca, puede renunciarse por partes expresas de los contratantes. Por otra parte, como los contratos accesorios son garantía para el acreedor, que se constituye en interés privado, la ley permite su renuncia como nos lo dice el Artículo 15 del Código Civil: "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren el interés individual del renunciante y que no esté prohibido la renuncia".

2.7 VERSA SOBRE INMUEBLES

Entre las características de la hipoteca está la de recaer sobre inmuebles o bienes raíces. Expresamente lo dice el artículo 2432 del Código Civil: "Un derecho de prenda constituido sobre inmuebles" y en su Artículo 2434 al establecer: "La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre los bienes raíces".

De esta característica se desprende la diferencia con la prenda, por cuando siendo ésta esencialmente mueble, los bienes pasan a manos del acreedor hasta la cancelación de

la obligación, por el riesgo que tienen de desaparecer u ocultarse haciendo difícil o imposible localizarlos con grave perjuicio para la efectividad del derecho del acreedor.

Este riesgo no se presenta con los inmuebles hipotecados para garantizar el cumplimiento de la obligación principal, por estar ellos en imposibilidad física de trasladarse de un lugar a otro.

Con la enajenación legal no se menoscaba la seguridad del derecho del acreedor, porque la ley establece los correctivos.

2.8 DEJA LOS BIENES GRAVADOS CON ELLA EN PODER DEL DEUDOR

Esta es otra característica de la hipoteca, que consiste en que el inmueble gravado con ella no deja de permanecer en poder del constituyente, diferenciándose así de la prenda.

El constituyente conserva todas las prerrogativas del propietario; tiene el usus y el fructus, cuenta también con el derecho de disponer de las cosas, lo cual no puede perjudicar al acreedor ya que éste tiene el derecho de persecución.

3. REQUISITOS DE LA HIPOTECA

3.1 REQUISITOS GENERALES

La Hipoteca para su constitución debe llenar los requisitos de todo contrato, a saber: consentimiento, capacidad, objeto y causa.

Nos referimos muy brevemente a cada uno de ellos.

- CONSENTIMIENTO

Es la libre manifestación de la voluntad humana para celebrar determinado contrato, siendo el elemento indispensable para la validez de todo acto jurídico.

- CAPACIDAD

Por la cual se exige que el sujeto está en condiciones físicas y psíquicas normales para discernir sobre el objeto que le presenta la inteligencia,

- OBJETO

Que es la materia a que se refiere el acto jurídico y debe ser lícito.

- CAUSA

Que es la razón determinante que nos lleva o mueve a celebrar el contrato y que debe ser también lícita.

3.2 REQUISITOS ESPECIALES

Además de los requisitos generales ya anotados, la Hipoteca debe reunir algunos requisitos especiales, de los cuales vamos a hablar a continuación:

- NECESITA ESCRITURA PUBLICA

La escritura pública en la hipoteca es de rigor. Si se prescindiera de ella se afecta la validez del gravamen. Es un requisito indispensable para los gravámenes sobre inmuebles en general.

Para la Hipoteca está expresamente establecido en la primera parte del Artículo 2434 del Código Civil, al decir: "La Hipoteca deberá otorgarse por escritura pública".

También aparece en forma tácita en el Artículo 12 del Decreto 960 de 1970: "Deberá celebrarse por escritura pública, todos los actos y contratos de disposición o gravámen de bienes inmuebles y en general aquellos para los cuales la ley exija esta solemnidad".

Por su parte el Artículo 13 del mismo Decreto define la escritura pública en los siguientes términos: "La escritura pública es el instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidos ante el notario, con los requisitos previstos en la Ley y que se incorporan al protocolo. El proceso de su perfeccionamiento consta de la recepción, la extensión, el otorgamiento y la autorización".

Ya hemos dicho que la falta de escritura pública le resta en la hipoteca, validez al acto porque existe más disposición que así lo determina. A ese efecto dice el Artículo 1760 del Código Civil: "La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aún cuando ellos se prometa reducirlos a instrumentos públicos, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal. Esta cláusula no tendrá efecto alguno".

Además existe una razón de orden práctico: la Hipoteca es

tá estrechamente vinculada con los intereses colectivos, necesitando por ello de una constancia fehaciente que determine el gravamen constituido sobre el inmueble que está garantizando el cumplimiento de una obligación, dándose así la hipoteca las notas de especialidad y publicidad.

En consecuencia, quien otorga hipoteca sin el requisito de la escritura pública, realiza un acto nulo y sin ningún valor. Es importante estudiar el proceso de perfeccionamiento de la escritura pública.

El Artículo 14 del Decreto 960 de 1970 dice: "La recepción consiste en percibir las declaraciones que hace ante el Notario los interesados. La extensión, es la versión escrita de los declarados. El otorgamiento es el asentimiento expreso que aquellos prestan al instrumento extendido, y la autorización es la fe que imprime el notario a ésta, en vista de que se ha llenado los requisitos pertinentes y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados".

El Artículo 15 del mismo Decreto dice: "Cuando el Notario redacta el instrumento, deberá averiguar los fines prácticos y jurídicos que los otorgantes se proponen alcanzar con sus declaraciones, para que queden fielmente expresados en el instrumento. Indicará el acto o contrato con

sus denominaciones legales si las tuviera, y al extender el instrumento velará porque contenga los elementos esenciales y naturales propios de aquel y las estipulaciones especiales que los interesados acuerden o indiquen el declarante único redactando todo en lenguaje sencillo, jurídico y preciso". Esta disposición tiene mucha importancia en relación con la hipoteca, porque dada a la publicidad de la misma".

El Artículo 23, dice: "La escritura se distinguirá con el número de orden que le corresponde expresado en letras y cifras numerales. Se anotarán el municipio, departamento y república, el nombre y apellidos del notario o de quien haga sus veces y el círculo que delimita su función.

"Las escrituras se numerarán interrumpidamente en orden sucesivo, durante cada año calendario. Con ellas se formará el protocolo con el número de tomos que sea aconsejable para seguridad y comodidad de la consulta. Estos artículos explican la necesidad de que las escrituras públicas lleven el lugar y fechas precisas de su otorgamiento, así como también el nombre y apellidos del Notario donde se otorga y el Círculo que limita su función.

Artículo 24: "La identificación de los comparecientes se hará con los documentos legales pertinentes, dejando destimonia de cuáles son éstos. Sin embargo, en caso de ve

rificación del domicilio que diga la escritura, a pesar de que en ese momento no sea el real de la persona, o que lo haya cambiado. Además el domicilio constituido perdurará con todos sus efectos para el nuevo adquiriente, para el cesionario, para el tercer poseedor y para los herederos. En cuanto a las personas jurídicas serán mencionadas por el lugar en donde operan o tienen el asiento principal de sus negocios y por su denominación legal. A sus personeros se extenderá lo establecido para los representantes de las personas naturales".

Artículo 31: "Los inmuebles que sean objeto de enajenación, gravámenes o limitación, se identificarán por su cédula o registro catastral si lo tuvieran, por su nomenclatura, por el paraje o localidad donde están ubicados y por sus linderos. Siempre que se expresa la cavidad se empleará el sistema decimal. Esto es importante para el conocimiento exacto del bien hipotecado".

Artículo 32: "Será necesario indicar precisamente el título de adquisición del declarante que dispone del inmueble o que lo grave o afecta con los datos de su registro. Si el disponente careciere de título inscrito, así lo expresará indicando la fuente de donde pretende derivar su derecho".

Artículo 33: "El disponente está en el deber de manifestar

la existencia de gravámenes, derechos de usufructos, uso y habitación, servidumbre, limitaciones o condiciones de urgencias a falta del documento especial de identificación. Podrá el notario identificarlos con otros documentos auténticos., mediante la fé de conocimiento por parte suya".

En Colombia, el documento legal de identificación para los mayores de 21 años, es la cédula de ciudadanía laminada.

Artículo 25: "En la escritura se consignará el nombre, apellido, estado, edad y domicilio de los comparecientes. En caso de presentación se expresará, además, la clase de ésta y los datos de las personas naturales representadas como si comparecieren directamente, o de las personas jurídicas tal como corresponda según la ley o los estatutos, indicando su domicilio y naturaleza".

Artículo 26: "Cuando se trate de personas mayores, no será necesario indicar sino esta circunstancia, sin expresar la edad. El número de años cumplidos se anotará solo cuando se trate de menores adultos, o de adoptantes y adoptados en las escrituras de adopción".

Mediante la individualización de las personas que intervienen en el acto con sus respectivos nombres, apellidos, estado civil, se sabe con certeza quien se obliga y quien es el acreedor. La denominación del domicilio trae sus efec

tos correlativos. En cuanto al deudor no existe otro que el expresado en la escritura pública y él perdurará hasta tanto no se establezcan diferentes. Como consecuencia de lo anterior, será que las notificaciones dentro del juicio de ejecución y embargos o litigios, pendientes y en general toda situación que pueda afectar al inmueble objeto de su declaración, o los derechos constituídos sobre él, y si lo posee materialmente".

Estos requisitos son importantes para el acreedor hipotecario, se informe de las condiciones jurídicas del inmueble dado en garantía.

Artículo 38: "La escritura concluirá con las firmas autógrafas de los otorgantes y de las demás personas que hayan intervenido en el instrumento. Si alguna firma no fuere completa o fácilmente legible, se escribirá a continuación la denominación completa del firmante".

Artículo 39° "Si alguno de los otorgantes no supiere o no pudiese firmar, el instrumento será suscrito por la persona a quien él ruegue cuyo nombre, edad, domicilio e identificación se anotará en la escritura. El otorgante imprimirá a continuación su huella dactilar, de lo cual se dejará testimonio escrito con indicación de cuál huella ha sido impresa".

Artículo 40: "El Notario autorizará el instrumento una vez cumplidos todos los requisitos formales del caso y presentados los comprobantes pertinentes, suscribiéndolos con la firma autógrafa en último lugar".

3.2.1. Nulidad de los Instrumentos que carecen de formalidades

Cuando el Instrumento Público constitutivo de hipoteca, no contenga algunas de las formalidades que anotamos anteriormente, se afecta su validez.

El Artículo 99 del Decreto 960 de 1970 que venimos estudiando, dice: "Desde el punto de vista formal, son nulas las escrituras en que se omita el cumplimiento de los requisitos esenciales en los siguientes casos:

- Cuando faltare el Notario actúe fuera de los límites territoriales del respectivo Círculo Notarial.
- Cuando faltare la comparecencia ante el Notario de cualquiera de los otorgantes, bien sea directamente o por representación.
- Cuando los comparecientes no hayan prestado aprobación al texto del instrumento extendido.

- Cuando no aparezca la fecha y el lugar de la autorización, la denominación legal del Notario, los comprobantes de la representación o los necesarios para autorizar la cancelación.
- Cuando aparezca debidamente establecida la identificación de los otorgantes o de sus representantes o la firma de aquellos o de cualquier compareciente.
- Cuando no se haya consignado los datos y circunstancias necesarias para determinar los bienes objeto de las de claraciones.

3.2.2. Cláusulas de prohibida estipulación en la Hipoteca

Al establecer el Artículo 2448 del Código Civil "que para hacerse pagar el acreedor sobre las cosas hipotecadas, el crédito constituido a su favor nos remite al Artículo 2422 del mismo Código, que dice: "El acreedor prendario tendrá derecho a pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que el producido se lo pague, o que a falta de postura admisible son apreciadas por peritos y se le adjudique un pago hasta concurrencia de su crédito y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios".

Tampoco podría estipularse que el acreedor tenga facultad de disponer de la prenda o de apropiarse por otros medios que los aquí señalados.

De acuerdo con lo anterior, cada cláusula por medio de la cual se autorice la acreedora para retener en propiedad el inmueble hipotecado, vencido el plazo del crédito, está prohibida. Por lo tanto cuando el deudor hipotecario no paga, el acreedor puede vender en pública subasta la cosa dada en garantía y cuando no se presente postura admisible, se le adjudique en pago hasta concurrencia de su crédito.

Igualmente es prohibida la cláusula en la cual el deudor hipotecario renuncia al procedimiento que se ha establecido por la ley para que el acreedor realice el valor de bien hipotecado en pública subasta, siendo este procedimiento de orden público. El alcance de las anteriores prohibiciones es el de evitar que el acreedor se aproveche en forma desmedida del menor apuro económico del deudor.

En tercer lugar, no se admite el pacto en virtud del cual el propietario de la finca se compromete para con el acreedor a no enajenarla o volver a gravarla, según el Artículo 2440 del Código Civil: "Toda cláusula prohibida y que se incluye en la escritura de hipoteca, no afecta la validez y solo se mirarán como no escritas, estando los jueces

obligados a no darle eficacia alguna".

3.3 DEBERA SER REGISTRADA EN LA OFICINA DE INSTRUMENTOS PUBLICOS

Con la inscripción de la escritura en la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos, se lleva a cabo la publicidad de la hipoteca que es otro de los requisitos indispensables en la constitución de este gravamen. El registro es un elemento "ad sustancian actue" para la constitución de la hipoteca. El artículo 2435 del Código Civil 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 sino desde la inscripción".

El doctor José J. Gómez, al referirse al registro, dice: "Es la institución que se encarga de la organización, estabilización y funcionamiento jurídico de los derechos reales sobre bienes raíces".⁶ (Conferencia del Derecho Civil-Bienes). Según esta definición es indiscutible que uno de los propósitos del legislador con la publicidad fué garantizar los intereses de los terceros, proporcionándoles un medio seguro para conocer si sobre determinado inmueble pesa algún gravamen y con ello brindar la confianza indispensable para que los valores inmobiliarios sean un fácil instrumento de crédito y la expresión inobjetable de riqueza, GOMEZ, José J. Derecho Civil. Opus cit., Pág. 114.

de sólida posición jurídica y de confianza en los títulos que los acrediten.

3.4 INSTRUMENTOS QUE DEBEN REGISTRARSE

Según el Artículo 2º del Decreto 1250 de 1970, están sujetos a registro:

- Todo acto, contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral, que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real, principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la sesión del crédito hipotecario o prendario.
- Todo acto, contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral, que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otros derechos reales, principal o accesorio sobre vehículos automotores terrestres, salvo la sesión del crédito prendario.
- Los contratos de prenda agraria o industrial.
- Los actos, contratos y providencias que dispongan la cancelación de las anteriores inscripciones.

3.5 QUE SE BUSCA CON EL REGISTRO

Podemos decir que son los siguientes:

- Como elemento esencial para la constitución del derecho real hipotecario, no se reconocerá ese derecho, si falta la inscripción.
- Estando sometido el derecho real de hipoteca a la publicidad, ésta no se realiza con el registro de escritura pública.
- Es la única forma de probar la hipoteca en nuestro derecho.

3.5.1. Procedimiento para el Registro

El Capítulo IV del Decreto 1250 reglamenta en forma muy completa este aspecto. Transcribiremos algunas de las disposiciones pertinentes:

Artículo 22: "El proceso del registro de un título o documento 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.

Artículo 23: "Recibido el título o documento en la Oficina de Registro, se procederá a su radicación en el Libro Diario Radicador, con la indicación de la fecha y hora de recibo, número de orden sucesivo anual, naturaleza del título, fecha, oficina y lugar de origen. A quien se le presenta para su registro se le dará constancia escrita del recibo, fecha y hora y número de orden, circunstancias que igualmente se anotarán tanto en el ejemplar que será devuelto al interesado como en la copia destinada al archivo de la oficina".

Artículo 24: "Hecha la radicación, el documento pasará a la sección jurídica de la oficina para su examen y calificación. En formulario especial y con la firma del funcionario correspondiente, se señalarán las inscripciones a que dé lugar, referidas a las respectivas secciones o columnas del folio".

Artículo 25: "El formulario de calificación contendrá impresas las distintas clases de títulos que puedan ser objeto de registro, clasificados por su naturaleza jurídica, sección o columna a que corresponden, y un espacio para señalar el orden de inscripción y el número de radicación.

Si el título fuere complejo o contuviere varios actos, con

tratos o modalidades que deben ser registradas, se ordenarán las distintas inscripciones en el lugar correspondiente. Así tratándose de un contrato de compra-venta cuyo precio se quedó a deber parcialmente y en el que para garantía del pago se constituye hipoteca sobre el inmueble comprado, en el formulario de calificación se indicará que en la matrícula debe inscribirse la tradición a que de lugar la compraventa en la primera columna (modo de adquisición), la hipoteca en la segunda columna (gravámenes) y la condición resolutoria aparente, en la tercera columna (limitaciones del dominio).

Artículo 26: "Hecha la calificación, el título pasará a la sección de inscripción para su registro, de conformidad con la orden dada por la sección jurídica".

Artículo 27: "La inscripción se hará siguiendo con todo rigor el orden de radicación, con anotación en el folio, en las correspondientes secciones o columnas, distinguidas con el número del título que haya correspondido en el orden del Diario Radicador, y la indicación del año con sus dos cifras terminales. Enseguida se anotará la fecha de la inscripción, naturaleza del título, escritura, oficio, resolución, etc., su número distintivo si lo tuviere, su fecha, su oficina de origen y partes interesadas, todo en forma breve y clara en caracteres de fácil lectura imperdurable".

Artículo 28: "Cumplida la inscripción de ello se dejará constancia, tanto en el ejemplar del título que se devolverá al interesado como en la copia destinada al archivo de la oficina, con expresión de su fecha, número de orden en el libro radicator, el código distintivo del folio de matrícula en que fué inscrito y la columna o columnas de aquel donde se hizo la inscripción. Acto seguido se anotará en los índices y se guardará la copia en los archivos".

Artículo 29: "Luego de efectuada la inscripción y puesta la constancia de ello en el libro o documento objeto del registro, aquel regresará a la sección de radicación, para que allí en la columna sexta del Libro dos, enseguida la radicación se escriba el folio y la fecha en que fué registrado y se devuelva al interesado, bajo recibo".

Artículo 30: "Con las anotaciones en la forma indicada en el presente capítulo, se considera realizado para todos los efectos legales, el registro de instrumentos".

3.6 SITIO DONDE SE HARA EL REGISTRO

Se debe cumplir en este aspecto las prescripciones del Artículo 3° del Decreto 1250 que dice: "El registro de los documentos referentes a inmuebles se verificarán en la Oficina de su ubicación". De donde se desprende que se debe

rán registrar en la Oficina del Círculo donde están situados y si lo están en varios Círculos, el registro se hará en cada uno de ellos.

Respecto a cuando debe hacerse la inscripción, nos dice el Artículo 32 del Decreto 1250 de 1970: "La hipoteca y el patrimonio de familia inembargable, solo podrán inscribirse en el registro dentro de los noventa días siguientes a su otorgamiento".

Es de la mayor importancia decir que cuando el registro sin el lleno de los requisitos antes denunciados, es decir en forma irregular, se ve afectado en su validez.

3.7 SER DUEÑO DE LA COSA HIPOTECADA

El Artículo 2443 del Código Civil al decir: "La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se poseen en propiedad o usufructo, o sobre naves, establece el principio de que la persona que desee hipotecar un bien, debe ser dueño de él, porque de otra manera recaería tal gravamen sobre bienes que no están dentro del patrimonio del contribuyente, ofreciendo así la garantía inexistente que lógicamente acarrearía perjuicios al acreedor. Lo anterior por que los bienes hipotecados están llamados a garantizar el cumplimiento de la obligación en el evento de que haya ne

cesidad de rematar el bien en subasta pública por falta de pago, lo cual no podría efectuarse si el constituyente no fuere propietario de él.

Esta condición de propiedad se puede determinar al momento de contribuir el gravamen, acreditando el constituyente tener escritura sobre el bien a su nombre, debidamente inscrita en la Oficina de Registro respectiva.

3.7.1. Nulidad Absoluta

Estableciéndose como requisito esencial para constituir legalmente una hipoteca de quien grava el inmueble sea propietario del mismo, es lógico que la hipoteca del inmueble perteneciente a otra persona adolezca de nulidad absoluta, no pudiéndose validar por ulterior consentimiento del propietario o por las circunstancias que el constituyente viniese a ser propietario a cualquier título.

Esta es la conclusión de la interpretación del Artículo 1741 del Código Civil que dice: "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la emisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriban para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecuta o acuerda, son nulidades absolutas".

Qué personas pueden alegar esta nulidad? Cualquier persona que tenga interés en el acto hipotecario, puede pedir la nulidad. No solo el propietario del inmueble, sino también por los adquirientes posteriores y aún por el mismo constituyente.

El propietario, porque es natural que nadie tiene facultad de disponer materialmente o en forma jurídica, de un bien ajeno, sino ha sido autorizado para efectuar tales actos. Por lo tanto, solo en caso de representación se concibe la validez de la hipoteca en bien ajeno, y en caso contrario o sea cuando el propietario del inmueble hipotecado no ha dado su consentimiento para ello, lo asiste el derecho de alegar la nulidad del gravamen.

Referentes a los adquirientes posteriores como en la hipótesis del que el constituyente o propietario enajenara el inmueble a otra persona, con posterioridad a la constitución del gravamen.

3.7.2. Hipoteca en bien ajeno

El chileno Somarriaga y entre otros el doctor Valencia Zea, sostienen que "la hipoteca en cosa ajena es válida argumentando que existen diversos preceptos en los títulos sobre la tradición y la compraventa, que son aplicables a la hi

poteca, tal como:

- Los Artículos 670 del Código Civil Chileno y 740 del Código Civil Colombiano en el Inciso 2º que dice: "Lo que dice el dominio se extiende a todos los otros derechos reales".
- Los artículos 672 del Código Civil Chileno y 1874 del Código Civil Colombiano, que establecen "la venta de cosa ajena es válida por ratificación posterior del dueño".
- Los Artículos 628 del Código Civil Chileno y 752 y 1875 del Código Civil Colombiano, según los cuales "cuando la tradición del derecho real se haga por quien no es propietario y con posterioridad esa persona quiere el dominio de la cosa, se mirará el comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición".

Agregan que cuando el legislador desea negar valor a un acto jurídico, sobre cosa ajena, expresamente lo manifiesta como lo hace al referirse al legado de cosa ajena en los Artículos 1107 del Código Civil Chileno y 1165 del Código Civil Colombiano y que "como la prenda de cosa ajena es vá

7. VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Opus cit. Pág. 374, 375.

lida, no existe razón para que sea nula la hipoteca de cosa ajena".

No obstante, lo anterior, la jurisprudencia nacional ha sostenido que la hipoteca sobre cosa ajena queda afectada de nulidad absoluta. Dice la corte: "Los Artículos 2439 y 2443 del Código Civil, llevan a deducir lo siguiente:

Primero: que es indispensable que quien constituya la hipoteca sea dueño del mismo inmueble que va a hipotecar.

Segundo: que pueda enajenarlo.

Estos requisitos son indispensables: el de la capacidad para hipotecar porque la hipoteca es un acto de dominio, pues sino se cubre la deuda garantizada por ella, el inmueble hipotecado pueden venderse para pagar el acreedor con su producto (Artículo 2448 del Código Civil), y el de la calidad del dueño, porque el contrato de hipoteca establecido sobre un bien ajeno, tiene que ser nulo, pues contraviene la disposición del Artículo 2443 y esa contravención no puede ser otra que el de la nulidad. Se acelere esto porque el gravamen hipotecario es precisamente una de las manifestaciones del derecho de propiedad y un efecto suyo, puesto que es creado voluntariamente por el dueño de la finca a favor de su acreedor y si quien hipoteca no es dueño, su acto no puede ser manifestación del derecho de propiedad y por tan

to, es un acto inexistente o nulo. Y quien ha hipotecado adquiere después del inmueble no puede por ello, validarse el contrato hipotecario nulo o inexistente, porque esta clase de contrato no puede ratificarse. De aquí que aunque el contrato de venta de cosa ajena vale (Artículo 1871 del Código Civil), esto no puede equiparse para sus efectos con el hipotecario de una cosa ajena; el primero está permitido por la ley, y esté prohibido.

La equiparación de la hipoteca sobre un inmueble ajeno, con la que verifica un comunero sobre el inmueble en común, no es aceptable, porque en este caso el comunero tiene un derecho sobre el inmueble. Por eso, verificada la división de éste "se entenderá haber poseído exclusivamente el comunero la parte que por la división le cupiere", y los derechos reales con que haya gravado subsistirán sobre dicha parte. Pero si en la división no le corresponde lo que había hipotecado en gravamen, no existirá sino en el caso de aquellos de quienes hubieren correspondido esa parte, consientan el gravamen.

De modo que verificada la división de la cosa común, la hipoteca establecida por una de los comuneros, solo afectará la parte del comunero hipotecante se le adjudique, si esta cuota es hipotecable. (Artículo 779 y 2442 del Código Civil) y si se le adjudica a otros la parte que se le adjudica

có, por quien no fué hipotecario adjudicatario, puede valer la hipoteca si aquellos consienten en ello, pero previa expresa ratificación.

Tampoco puede equipararse el contrato de prenda con el hipotecario, para aplicar éste a todos los efectos del primero, porque son sustanciales las diferencias entre ellos, siendo que el contrato prendario tiene por objeto una cosa mueble; la ley de valor a la prenda constituída sobre cosa ajena sin la voluntad del dueño (Artículo 2415 del Código Civil), pero es que la cosa pignorada se entrega al acreedor y el tercer dueño de lo que se dió en prenda está en capacidad de reclamar lo empeñado haciendo valer sus derechos de dueño mientras que la cosa hipotecada permanece en manos del que hipoteca, no podría obligarse al que es dueño de un inmueble a que constantemente averiguase en la Oficina de Registro si se había constituído sobre ese inmueble hipoteca para hacer valer sus derechos. Puede ser cierto que mientras el verdadero dueño no haga valer sus derechos, la hipoteca subsiste.

Pero una vez que el dueño hace valer esos derechos, la hipoteca no puede subsistir. (Sentencia 30 de octubre de 1923 XXX 183; 30 de mayo de 1927 XXXIV, 117; 3 de agosto de 1936 XLVIII, 352).

3.8 HIPOTECA DEL COMUNERO EN ESPECIE.

En la comunidad constituída sobre especie o cuerpo cierto, cada uno de los comuneros tiene dominio sobre la cosa y por lo tanto tiene derecho a disponer libremente de ella. Es así como nuestro código Civil autoriza al comunero para hipotecar antes de la división de la cosa común y si efectuada la división se le adjudica al comunero la cuota que éste hipotecó, el gravamen hipotecario subsistirá. Por el contrario, si se le adjudica cosa distinta, caducará. No obstante podrá subsistir la hipoteca sobre los bienes adjudicados o otros copropietarios si "estos consienten en ello y si costare por escritura pública de que se tome razón al margen de la inscripción hipotecaria". (Artículo 2442 del Código Civil).

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, al decir: del contenido de los Artículos 779, 1401 y 2442 del Código Civil, se deduce que el comunero en relación con un gravamen hipotecario constituído por él, puede hallarse en uno de estos casos:

- Si el comunero o codueño de una cosa singular o pignorada su cuota divide aquella, el gravamen subsiste sobre parte que se le adjudique.

- Si hipoteca una parte determinada del inmueble, el derecho real accesorio se mantiene, si le corresponde la porción gravada, si se le asigna una diferente, caduca la hipoteca como efectuada en cosa ajena, a menos que el adjudicatario o adjudicatarios, consiente en ello. Cuando se trata de una comunidad universal, como es el caso de una sucesión o de una sociedad conyugal en liquidación, las hipotecas de la cosa abstracta correspondiente al comunero en ella carece de valor, porque esa cuota o derecho no hipotecable. Pero si el comunero hipoteca alguno o algunos de los bienes comprendidos en la comunidad el gravamen no es nulo, pero si la eficacia de él está sometida a que el bien o bienes causionados se le adjudiquen al constituyente del gravamen. En caso de que así no ocurra, la hipoteca caducará a menos que los partícipes de las cosas dadas en hipoteca consientan en ello y expresen su consentimiento en escritura pública, de que se toma razón o nota en el registro. (Sentencia S.M.C. 24 de julio de 1958 534).

3.9 PROPIEDAD DE UN TERCERO

Comúnmente el crédito está garantizado con el derecho real de la hipoteca sobre la propiedad del deudor; a pesar de ello nada impide que la seguridad real le otorgue un tercero en lugar de quien recibe el crédito. Esta hipoteca se rige por

los mismos principios, pero diferenciándose en sus efectos. Al tercero se obliga únicamente hasta el monto de la garantía hipotecaria, sin obligarse en sus demás bienes en el evento de quedar algún remanente de la deuda en el gravamen no alcanzarse a extinguir. Tal es lo que dice en su última parte el Inciso Primero del Artículo 2454 del Código Civil. "No se entenderá obligado personalmente si no se hubiera estipulado".

3.10 CAPACIDAD PARA HIPOTECAR UN BIEN

Este requisito lo establece el Artículo 2439 "que exige para constituir hipoteca, que el dueño de los bienes tenga capacidad para enajenarlos. Esto teniendo en cuenta que la hipoteca es un acto dispositivo, pues el propietario transmite al acreedor la facultad de disposición jurídica, aun que solo puede realizarlo por medio de la subasta pública. Este acto solo podrá celebrarlo la persona que tenga la libre disposición y administración de sus bienes.

3.11 LA CAPACIDAD

La capacidad de g o c e o sustantiva es la que compete o tiene toda persona humana por ese solo hecho, y persona es como dice el Código Civil: "todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o

condición (Artículo 74 del Código Civil).

Capacidad de ejercicio, es la actitud legal de la persona para obligarse por sí misma y sin el ministerio o autorización de otra, como dice el Artículo 1501 del Código Civil.

Se presume que "toda persona es legalmente capaz, excepto aquellos a los que la ley declara incapaces" (Artículo 1503 del Código Civil). Por lo tanto, serán incapaces las personas que no están en condiciones físicas y psíquicas para poder discernir sobre el acto jurídico, deduciéndose que según sean mayores o menores las perturbaciones o las circunstancias de otra índole que presenten, las incapacidades serán absolutas o relativas. La incapacidad absoluta es aquella que se opera en los individuos que carecen totalmente de la capacidad de ejercicio, como los dementes, los impúberes y los sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito.

Será incapacidad relativa aquella que opera en aquellos que carecen parcialmente de la capacidad de ejercicio, como los menores adultos, los discapacitados y las personas jurídicas. Ahora, los actos de los incapaces serán relativos o absolutamente nulos. Relativamente lo serán los otorgados por persona que es relativamente incapaz y puede ser conducido de su representante legal, pedir su rescisión. Absolutamente nulo será el acto jurídico otorgado por persona absolu

tamente incapaz, cuya declaratoria puede pedir el incapaz por intermedio de su representante o directamente al desaparecer la incapacidad, o el agente del ministerio público o declararlo el Juez de Oficio.

En la hipoteca se exige plena capacidad del constituyente, no así del acreedor a favor del cual se constituye la hipoteca. El menor habilitado de edad no puede enajenar ni hipotecar sus bienes raíces, sin autorización judicial y esta autorización no se concederá sino con conocimiento de causa. No podrá aceptar hipoteca constituída a su favor, citándose a sí sin autorización alguna..

Sobre este particular la ley declara al decir en el Artículo 345 del Código Civil: "El menor habilitado de edad no podrá enajenar o hipotecar sus bienes raíces, ni aprobar las cuentas de su tutor o curador, sin autorización judicial, y esta autorización no se concederá sino con consentimiento de causa". La enajenación de dichos bienes raíces autorizada por el juez, se hará en pública subasta.

3.12 ADMINISTRACION POR TUTORES O CURADORES

Dispone el Artículo 483 del Código Civil: "No será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca o

servidumbre, ni enajenar, ni empeñar los muebles preciosos a que tengan valor de afección, ni podrá el Juez o prefecto autorizar esos actos sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta".

El criterio del legislador, al redactar el Artículo antes transcrito, se reduce a establecer en el estudio que el tutor o curador no podrá enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca, sin previo decreto judicial, el cual no se dará sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta. En cambio la situación es distinta cuando se trata de aceptar en representación del pupilo una hipoteca ya que para ello no es necesario la autorización judicial.. Porque el Artículo 495 del Código Civil, impone a todo tutor o curador la obligación de prestar el dinero occise del pupilo, "con las mejores seguridades" y sabemos que la mejor de ellas es la hipoteca.

La anterior regla rige también respecto al padre o madre de familia que ejercen la patria potestad sobre sus hijos. "No se podría enajenar ni hipotecar en caso alguno, los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del Juez, con conocimiento de causa", dice el Artículo 309 del Código Civil.

3.13 CAPACIDAD DE MANDAMIENTO

Es preciso establecer como principio general, que el mandatario no puede gravar con hipoteca ningún inmueble del mandante, sin tener poder especial para ello. En cambio, podrá aceptar hipotecas en favor del mandante con un poder general. Por lo tanto, si el mandatario está autorizado para obtener un crédito su mandante con solo esta autorización no podría garantizar su cumplimiento con hipoteca, pero sí está facultado para prestar dineros al interés podrá aceptar una hipoteca a favor del mandante que venga a garantizar sus créditos.

3.14 CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA

Antes de la vigencia de la ley 28 de 1932, para enajenar o gravar sus bienes, la mujer casada, adquiridos a título gratuito, necesitaba autorización del marido y del Juez, con conocimiento de causa esta última.

Después de la vigencia de la ley 28, la mujer casada puede disponer y gravar sus bienes propios, sin los anteriores requisitos.

3.15 ESPECIALIDAD DE LA HIPOTECA

Referente a los bienes dados en hipoteca, este principio consiste en que es necesario determinar, individualizar los bienes sobre los cuales se constituye la hipoteca: sin este requisito no tendrá validez.

Este requisito se cumple con la escritura pública y su inscripción en el registro de instrumentos públicos. En relación al crédito el Artículo 35 del Decreto 1250 de 1970, dice: "La inscripción de hipoteca y prendas indicará el nombre del constituyente y el límite de la garantía, la de prendas además, identificará los bienes sobre los cuales recae.

El conocimiento exacto del crédito garantizado es de primordial importancia para los terceros que acepten prestar sobre hipotecas de grados segundos, terceros, etc., o para el tercer adquirente, que no dejará de separar del precio las sumas necesarias para satisfacer los créditos inscritos.

3.16 BIENES QUE PUEDEN SER OBJETO DE HIPOTECA

Bienes que pueden hipotecarse: en esta parte indicaremos sobre qué clase de bienes se puede establecer hipotecas y sobre cuáles no hay lugar a ellas.

En consecuencia con la definición legal de la hipoteca, el Artículo 2443 del Código Civil, expresa: "La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces.." Por lo tanto, el bien que no participe de este carácter jurídico, estará en imposibilidad legal para que se constituya sobre él válidamente este gravamen.

Recordemos que los bienes consisten en cosas corporales e incorpóreas (Artículo 653 del Código Civil) y cosa como dice el doctor José J. Gómez: "Es una acepción circunscrita al Derecho Civil, se comprende únicamente lo apreciable, o sea lo corpóreo como una máquina, y lo incorporó como un descubrimiento a un invento útil".⁸ Esta acepción se emplea el vocablo cosa, para designar el objeto del contrato, como lo hace el Artículo 1517 al percibir que toda declaración de voluntad debe tener por objeto uno o más cosas que se trate de dar, hacer o no hacer, y el Artículo 1849 que al definir la venta prescribe que es un contrato por el cual una de las partes se obliga a dar una cosa.

Por otra parte, las cosas son muebles o inmuebles, y éstas últimas lo son por naturaleza, por su adhesión permanente o por la destinación.

Como el Artículo 2443 habla de bienes raíces o sea inmuebles, es bueno que analicemos las diferentes clases de inmuebles:

8. GÓMEZ, José J. Derecho Civil. Opus cit. Pág. 123.

3.16.1. Inmueble por Naturaleza

Podemos decir que estos son los únicos que están caracterizados por la inmovilidad o sea de no poderse mover o ser llevados de un lugar a otro, y están compuestos por el suelo, las aguas, las minas, etc.

El suelo que es la superficie de los terrenos, puede ser hipotecado y constituye el bien hipotecable por excelencia. Se exceptúan de esta afirmación, los bienes legales bajo la condición de que no puedan ser enajenados, lo mismo que aquellos sobre los cuales se constituye patrimonio inembargable.

Las aguas corrientes y estancadas, son consideradas como inmuebles y en los casos en que nacen y mueren en un mismo período, son aguas particulares y pueden ser hipotecadas. Como dijimos anteriormente, son esta clase de inmuebles, los objetos de la hipoteca por excelencia.

3.16.2. Muebles por Adhesión Permanente

Dentro de esta clase de inmuebles, quedan comprendidos los que en el suelo se encuentran inmovilizados, presentándose una adhesión física total, inseparables del suelo como los edificios y árboles.

Se considera como edificio, toda incorporación de materiales a la tierra con el fin de construir casas, edificios, puentes, diques, etc.

Hay que tener en cuenta que todo lo que está adherido permanentemente se considera que hace parte del edificio, participando del carácter de inmueble.

Afirma Antoni Camarota en su Tratado de Derecho Hipotecario, página 97 que: "Respecto de los accesorios unidos físicamente al inmueble o con adherencia que signifiquen el propósito en razón de su destino de incorporarlo al inmueble sin limitación de tiempo o que en un principio no los subordine a un plazo, resultan involucrados en la garantía hipotecaria. Es de la hipoteca su objeto, considerado en su universalidad, en su todo único e indivisible, el suelo y a lo que él está adherido física u orgánicamente".

Sobre los árboles, podemos decir que son inmuebles por adhesión permanente, todos los vegetales mientras adquieran sus raíces al suelo fijo y no en macetas o cajón.

3.16.3. Inmuebles por Destinación

Tales son los objetos que siendo muebles por naturaleza, están destinados en forma permanente al uso, cultivo o benefi

cio de un predio, no obstante que pueda separarse del mismo, sin perjuicios materiales. El Artículo 658 del Código Civil. trae varios ejemplos.

De acuerdo con el Artículo 2445 del Código Civil, "La hipoteca que se constituye sobre un predio, cobija a los muebles que por adhesión a ellos se reputen muebles".

Pero el dueño queda con el derecho de disponer de ellos. Por otra parte, cuando se pretenda hipotecar un inmueble junto con sus cosechas, es indispensable que el contrato se extienda a ella, porque para gravarla por separado se ha establecido la prenda agraria.

3.17 NUDA PROPIEDAD

Como la propiedad puede estar desmembrada cuando se le da a una persona la nuda propiedad de una cosa y a otra el derecho de gozar de ésta por algún tiempo, el nudo propietario que es la persona que tiene la propiedad de la cosa sin el goce de los frutos, puede ejercer sobre ella toda clase de actos de disposición como enajenar, donar, hipotecar, pero con la subordinación a los derechos del usufructo.

3.18 USUFRUCTO

Sabemos que el usufructo consiste en la facultad de gozar de una cosa ajena durante cierto tiempo, conservando en forma y sustancia y restituyéndola a su dueño, si la cosa no es fungible o con la obligación de devolver igual cantidad o calidad del mismo género o de pagar su valor si la cosa es fungible. Ahora bien, entre las facultades del usufructuario, está la de hipotecar, caducando la hipoteca a la terminación del usufructo, razón por la cual esta hipoteca no ofrece al acreedor una garantía muy sólida, siendo por lo tanto poco empleado en la práctica.

3.19 PROPIEDAD FIDUCIARIA

Recordemos que la propiedad fiduciaria es aquella que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de cumplirse una condición.

Sobre la imposición de gravámenes en los inmuebles que fiduciariamente se poseen, se asimilarán a los bienes de la persona que vive bajo tutela o curaduría, y las facultades del fiduciario o las del tutor o curador.

Impuestos dichos gravámenes sin previa autorización judicial, con conocimiento de causa y con audiencia de los que según

el Artículo 820 tengan derecho para impretar providencias conservativas, no será obligado al fideicomisario a reconocer.

De acuerdo con la anterior disposición, el que solo tiene sobre el inmueble la propiedad fiduciaria, podrá hipotecarla con autorización y con conocimiento de causa.

3.20 NAVES

Nuestro Código Civil en su Artículo 2448 extendió la hipoteca a las naves y con ello se hace una excepción a las condiciones exigidas por la constitución de hipotecas de que solo recae sobre inmuebles. La garantía sobre naves, no ofrece peligro porque ellas deben matricularse en los puertos en donde cualquiera puede averiguar sobre su situación jurídica.

3.21 AERONAVES

Los aviones también pueden ser objeto de hipoteca y ésta se regula por leyes especiales, sus registros se llevan a cabo en la Aeronáutica Civil.

3.22 HIPOTECA DE BIENES FUTUROS

En el Código Civil en su Artículo 2442 se permite la hipoteca de bienes futuros, quedando facultado el acreedor para hacer inscribir este gravamen sobre los inmuebles que el deudor adquiriera en lo sucesivo y en la medida que los adquiriera.

3.23 EXTENSION DE LA HIPOTECA

El Artículo 2445 del Código Civil extiende la hipoteca a todos los aumentos y mejoras que reciba el bien hipotecado. Por lo tanto todos los aumentos que recibe el predio por razón de su naturaleza, etc., que pasa a pertenecer al dueño de la finca hipotecada, viene a quedar comprendido por la hipoteca.

En cuanto a las mejoras que provienen del trabajo del hombre y que son necesarias, útiles o voluntarias, a todas las comprende la hipoteca, por cuanto la ley no hace distinción al respecto.

Por otra parte, dice el Artículo 2446 del Código Civil: "También se extiende la hipoteca a las pensiones devengadas por el arrendatario de los bienes hipotecados y a la indemnización debida por los aseguradores de los mismos bienes." Esta regla se extiende a toda clase de frutos

civiles, por ejemplo los dividendos o participaciones que correspondan al propietario por el aporte hecho a una sociedad del inmueble hipotecado.

Lo que puede hipotecarse: después de estudiar los bienes y derechos sobre los cuales pueden hacer el gravamen hipotecario, estudiaremos ahora lo que no puede hipotecarse.

3.23.1. Bienes Muebles

Por disposición legal expresa, solo se hipotecan los bienes raíces por lo tanto se excluyen los muebles. Bienes Muebles son los que pueden transportarse de un lugar a otro, bien sea por fuerza propia como los animales, que por eso se llaman semoviente, o por medio de una fuerza extraña, como las fuerzas o cosas inanimadas.

Es así como los muebles no son susceptibles de ser hipotecados porque la efectividad de la hipoteca está en poder de embargar al acreedor los bienes gravados, sin interesar al poseedor, lo que no puede suceder con los muebles por los frecuentes cambios de propietarios, celebrándose su venta sin formalidades si en esta circunstancia los derechos del acreedor ilusorios.

3.23.2. Derechos reales sobre Inmuebles

Siendo el Artículo 2443 limitativo no podrá constituirse hipoteca en los derechos de herencia, servidumbres activas, uso y habitación, ni en las acciones para reivindicar inmuebles. Además el Artículo 1677 dispone: "la ocasión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, los no embargables". No son embargables, los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal como los de uso y habitación.

Por último, los anteriores derechos carecen de todo interés jurídico, para hipotecar por no poderse embargar ni rematar el bien objeto del gravamen, siendo ésta la finalidad de la hipoteca.

3.23.3. Inmuebles que están fuera del comercio

Para que sea válida la hipoteca constituida por un inmueble es indispensable que esté en el comercio. Por lo tanto, los bienes inmuebles que están fuera del comercio no pueden ser objeto de hipoteca.

4. CLASES DE HIPOTECAS

4.1 HIPOTECA CONVENCIONAL

En muchos códigos modernos es llamada "Voluntaria". Entre una y otra expresión no existe diferencia importante, pues mientras la primera de la idea de un contrato, de un convenio en que concurren las voluntades, la última también obs- tenta la tendencia a que en su otorgamiento prevalezca la libertad de contratación.

En su constitución juega un papel trascendental la libre estipulación en cuanto no vulnera el orden público, la moral y disposiciones legales que exijan ciertos requisitos como necesarios para su validez, o que limiten de alguna manera aquella libertad. Por eso existe esa prohibición de otorgarla para caucionar hechos o deudas que tengan o rigen de actos inmorales, o de comprometerse de no enajenar el pre- dio que se hipoteca.

4.2 HIPOTECA LEGAL

Esta hipoteca no existe en nuestra legislación. Su esencia consiste en ciertas personas, los maridos, los jugadores, se veían obligados en sus bienes inmuebles para responder por el patrimonio que manejaban merced a su estado civil y a las vinculaciones que mantenían con sus familiares.

Nuestro Código Civil trae las siguientes disposiciones: "No se admitirá como excusa el no hallar fiadores si el que la alega tiene bienes raíces. En este caso será obligado a constituir hipotecas sobre ellos hasta la cantidad que se estime suficiente para responder de su administración. (Artículo 605 del Código Civil). Pero esto no encarna hipoteca legal, sino que al no hallarse al otorgamiento de ese gravamen tampoco podrá pretender seguir administrando intereses del pupilo.

La hipoteca legal era algo tácito, automático, inventado exclusivamente en beneficio de las personas que por su estado y por el engranaje jurídico de los pueblos en que tuvo y tiene asiento, necesitaba de una garantía contra los abusos y administración descuidada, o de enajenación inconsulta.

Mientras esos administradores se mostraban estrictos y correctos, la hipoteca legal no se hacía valer; su defecto principal es el de mantener oculta y abarcar una generalidad in

consecuente.

El Derecho moderno las utiliza crudamente, pues en verdad no es más que una espada de dos filos que por defender a esos incapaces, como los interdictos, etc., hiere al público general que contrata imposibilitado para saber la cuantía de los bienes que se manejan a de las responsabilidades que en un momento dado se deduzcan de un curador.

Don Fernando Velez al referirse a esta hipoteca dice: "El Código nuestro solo reconoce la hipoteca convencional, pública y especial, lo que significa la materia, aunque ésta es aún susceptible de mejorarse para dar más amplitud al crédito que debe originarse para un individuo el hecho de que sea propietario del inmueble".⁹

Nos parece que hipoteca legal tácita, solo tenemos la que establece el Artículo 273 del Código de Minas, según el cual: "Los derechos decada socio se consideran legalmente hipotecados para el pago de los gastos que ocasione la mina".

9. VELEZ JARAMILLO, Lucrecio. Derecho Romano. Tomo I. Editorial Universidad de Antioquia. Pág. 68, 1965.

4.3 HIPOTECA JUDICIAL

La hipoteca humano del fallo de un Juez, sea de jurisdicción ordinaria o extraordinaria, como cuando se trata de arbitra dores. Para obligar a su otorgamiento, la persona interesada presentará su demanda cuando la asista el derecho de expresa disposición legal, y así será el fallo definitivo el que resolverá su posición o no. Esta hipoteca se reconoce en algunos países con el nombre de forzosa y en otros como legal.

Se puede decir que dicha clase de hipoteca tiende a desaparecer en el Derecho moderno y solo ha detenido su total extinción la falsa garantía que se quiere dar a la mujer casada y demás personas que gozan de su beneficio en países que son dados al procedimiento práctico del amparo y se demoran en implantar una transformación en ella.

4.4 HIPOTECA REFACCIONARIA

La hipoteca de refacción fué invento almena. "La Ley llamada la garantía de la edificación". En 1909 trató el defensor y demás acreedores de la edificación permitiendo que se inscribiera en el registro una anotación preventiva de la edificación, cuyo efecto es el de a favor de los acreedores de la obra nace el derecho a que la finca soporte una hipoteca en caución de su crédito.

Otros países no la llaman hipoteca refaccionaria, sino "privilegio". Así sucede en Argentina, país en el cual los obreros de la construcción y los que suministran materiales, etc. concurren con los acreedores hipotecarios para que se les pague preferencialmente. Esta hipoteca es una necesidad en las ciudades populosas y en aquellas en que la construcción es progresista.

4.5 HIPOTECA GENERAL E HIPOTECA ESPECIAL

En algunas legislaciones existen otras dos clases de hipotecas llamadas Generales y Especiales. Así por ejemplo, tratándose de hipoteca legal, tendríamos que la hipoteca establecida a favor de los pupilos sería una hipoteca general porque todos los bienes de los curadores o administradores quedan hipotecados en virtud de la misma ley. Por hipoteca Especial se designa precisamente el bien que queda gravado con ella, como la obligación garantizada con dicha hipoteca.

Entre nosotros no se puede hablar de hipoteca General, ya que de acuerdo con las disposiciones que la reglamentan cada una de las escrituras públicas debe contener el señalamiento específico por su situación y linderos del bien que se hipoteca, así como el crédito garantizado por ella.

4.6 HIPOTECA NAVAL

Dice el Código Civil: "La hipoteca no podrá tener lugar si no sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves".

"Las reglas particulares relativas a la hipoteca de las ves, pertenecen al Código de Comercio. (Artículo 2443 del Código Civil). No obstante el texto del Artículo transcrito en todo el Código de Comercio no aparece la expresión "hipoteca naval", siendo así que son las disposiciones ordinarias las que sustancialmente la rigen.

4.7 HIPOTECA PARA GARANTIZAR TITULOS A LA ORDEN

La movilidad de las legislaciones modernas dan a los instrumentos negociables y a los créditos personales, han iniciado también en el régimen hipotecario.

Hay ocasiones en que no es fácil conseguir a una persona que presta la sumanecesitada por el dueño de una finca que resulta la presunta deuda, y de allí la invención de la hipoteca para títulos al portador y a la orden.

Es ilustrativo el ejemplo que trae el doctor Zuleta Angel en sus Conferencias de Derecho Civil: "El dueño de un inmueble

consiente en imponerle un gravamen determinado (digamos \$1.000.000,00 y la inscripción se hace constar que la hipoteca va a garantizar títulos, por ejemplo cédulas, vales, pagarés, letras) y que el instrumento hipotecario se relaciona su forma de constitución, su texto, sus números, quien los otorgó, etc.¹⁰ Más tarde el registrador estudia los títulos y el interesado los negocia con terceros resultando entonces que cada tenedor de ellos adquiere el derecho personal de su título al deudor y la acción real para perseguir el inmueble afectado. Pero como en la práctica podría sobrevenir tantas demandas, tantos títulos hubieren emitidos enajenados, se exigía que esos tenedores nombre un representante común llamado "fiduciario" quien podrá unificar las demandas y exigir las acciones precautelares que defiendan la integridad y conservación de la cosa hipotecada. En Colombia no hemos llegado a la hipoteca en cuestión.

4.8 HIPOTECA ABIERTA

Siguiendo la indeterminación de la cantidad aseguradora en nuestro Código Civil autoriza en el Artículo 2455 y la posibilidad que de que la hipoteca acceda a obligaciones condicionales de todo género, las llamadas hipotecas Abiertas,

10. NUÑEZ CANTILLO, Adolfo. Contrato de Hipoteca. Tomo I. Pág. 95, 1977.

guardan similitud con las comunes en su redacción general. Se diferencian en que no hay cantidad determinada en el momento de otorgarse, pues si intención precisamente es garantizar algo que puede llegar a existir o no.

Se acostumbra entre banqueros con sus clientes que quieren mantener un crédito flotante, un derecho a sobregirarse, la posibilidad de descontar instrumentos de terceros, etc. y entre industriales y comerciantes que dan a sus clientes créditos rotatorios permitiéndolos mantener una verdadera cuenta corriente, llevando mercancía y haciendo abonos parciales.

5. MODALIDADES Y MODIFICACIONES

5.1 MODALIDADES

La hipoteca como acto jurídico y con relación a sus efectos, podrá aceptarse pura y simplemente y someterse a las modalidades de término y condición.

Al hablar de los modos de ser de la hipoteca, el Artículo 2438 del Código Civil establece: "La hipoteca podrá otorgarse bajo cualquier condición y desde o hasta cierto día". Otorgada bajo condición suspensiva o desde cierto día, no valdrá sino desde que se cumpla la condición o llegado el día, será su fecha la misma de la inscripción. Podrá así mismo otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda y correrá desde que se inscriba.

Para comprender mejor la disposición transcrita, recordemos que los efectos de las obligaciones serán puros y simples cuando se cumplen en forma instantánea o inmediatamente después de constitución, y estarán sometidas a modalidades por razón de las capacidades económicas, los intereses y necesi

dades que puedan influir para la ejecución, nacimiento o extinción de ellas y entonces quedan sometidas a un término o a una condición.

El término implica un espacio de tiempo durante el cual puede surgir o cesar la obligación. Puede ser suspensivo o resolutorio. Es suspensivo el que difiere la exigibilidad de la obligación, posterga el ejercicio del derecho. Ejemplo: el dos de febrero pagaré. Resolutorio o extintivo el que extingue la obligación, el cual limita la duración del negocio.

Por su parte, la obligación es condicional cuando las partes han hecho depender los efectos de la relación obligatoria de la realización de un acontecimiento futuro o incierto. La inseguridad o incertidumbre de que el suceso se realice o no, hace que el crédito se encuentre subordinado a ese hecho hasta tal punto que se ignora si subsiste o no.

Ahora bien, la condición es suspensiva cuando suspende el nacimiento de la obligación, o sea cuando los efectos del negocio están supeditados a la realización del hecho futuro o incierto. Ejemplo: te regalo una casa si te gradúas de abogado. Y será resolutoria cuando se extinguen o resuelven los efectos del negocio al realizarse el hecho futuro e incierto. Ejemplo: te doy un automóvil, pero me lo restituyes cuando te cases.

Se concluye del artículo 2438 del Código Civil "qué cuando la obligación garantizada está sujeta a condición suspensiva o que nazca desde día cierto, tan solo tendrá vida la hipoteca al cumplirse la condición o al llegar el día cierto y mientras tanto, los efectos de la obligación principal como es de la hipoteca, que es accesoria, quedan en suspenso. Y en el caso contrario que la obligación principal se sujeta a condición resolutoria o a tener existencia jurídica hasta día cierto y determinado, la hipoteca subsistirá hasta el día que se cumpla la condición o al llegar el día señalado para la caducidad de la obligación.

Hemos visto anteriormente que la hipoteca es un derecho accesorio y por lo tanto cuando el derecho de propiedad es limitado o rescindible, los derechos del acreedor hipotecario están subordinados a las contingencias propias del objeto de la hipoteca y aquí recibe una aplicación directa el principio de que nadie transmite mejor derecho del que tiene sobre una cosa.

Este supuesto está contemplado para la hipoteca en el Artículo 2441 del Código Civil, al determinar: "El que solo tiene sobre la 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 lo expresa". "Si el derecho está sujeto a una condición reso

lutoria tendrá lugar lo dispuesto en el Artículo 1548".

En tal virtud cualquiera que sea la modalidad a que queda sometida la hipoteca, se deberá registrar la escritura pública quedando la seguridad real sometida a la misma modalidad.

Lo normal es que la hipoteca se celebre una vez se perfeccione el contrato principal, o al mismo tiempo con éste, al autorizar la ley que una misma escritura pública se corra tanto la hipoteca como el contrato principal a que accede. (Artículo 2434 del Código Civil). Pero en el inciso tercero del Artículo 2438 se autoriza también la previa celebración del contrato hipotecario, lo cual tiene una gran importancia práctica, para el caso en que cualquier circunstancia no pueda perfeccionarse el contrato principal inmediatamente y lo mismo sucederá cuando el constituyente es un tercero.

5.2. MODIFICACIONES

La hipoteca puede sufrir modificaciones que se originan unas veces en los sujetos que intervienen en el contrato y se llaman modificaciones subjetivas. También sufre modificación por cambio en el crédito mismo y en la finca hipotecada. Estudiaremos en forma somera las diferentes modificaciones. Por cambio del deudor hipotecario. El gravamen hi

potecario puede transmitirse pasivamente, sin que exista transmisión de la deuda. Es el fenómeno que se llama "asunción de deuda".

Veamos sobre las circunstancias que pueden presentarse al respecto:

- Cuando una persona adquiere la calidad de "tercer poseedor sin adquirir la deuda, como en el caso del derecho de propiedad del constituyente se resuelve, pero no la hipoteca. También por enajenación del mueble gravado, hecha por el deudor-hipotecario. Entonces el tercer poseedor debe tolerar el gravamen y cuando alguien hipoteca una finca en garantía de una deuda ajena. El Artículo 2454 del Código Civil prescribe que quien hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena, no se entenderá obligado personalmente, sino se hubiere estipulado.

En consecuencia, los adquirientes de fincas gravadas con la hipoteca no se encuentran obligados personalmente, si no existe pacto expreso al respecto.

- En el supuesto que el tercer adquiriente de una finca hipotecada se obliga para con el enajenante a cancelar el gravamen hipotecario sin consultar al acreedor, no operándose en la asunción de deuda. En la hipótesis contemplada, el primitivo deudor dejará de ser propietario de la

finca hipotecada y se obliga a pagar la deuda de otro, se convierte en un nuevo deudor.

Se produce en esta forma una mejora en la situación del acreedor, pues tiene el mismo crédito anterior asegurado con nuevo deudor.

- Con la asunción de la obligación hipotecaria que se realiza por causa de muerte, ya que los herederos adquieren los bienes de su causante junto con las deudas hereditarias y también por convención en la cual el acreedor hipotecario acepta que el deudor hipotecario enajena la cosa gravada y el adquirente se obligue a cancelar el crédito.
- En virtud de la asunción de la deuda sin transmisión del gravamen, como cuando un tercero sin adquirir el inmueble gravado, se obligue a cancelar la deuda ajena con asentimiento del acreedor requiriéndose para ello que se trata de una asunción de la deuda y que por medio de la declaración expresa la conservación del gravamen sea hipotecaria, para que el cambio del deudor no se interprete como novación, teniendo en cuenta para efectuarse ella, caducan los privilegios entre los cuales se encuentra la hipoteca.

En cuanto a la indemnización de perjuicios que haya lugar al hacer efectivo el crédito por cambio de deudor, será en

el caso:

- Si el acreedor obtiene el pago por acción personal contra el deudor no habrá lugar a indemnización. En cambio si obtiene el pago de "tercer poseedor" si se presenta la indemnización de perjuicios, se aplicará para la segunda circunstancia.

En cambio en la tercera circunstancia, no existirá problema para la cuarta; se volverá a presentar la indemnización de perjuicios a favor del cedente de la deuda o sea el deudor hipotecario cuando el acreedor hipotecario satisfizo su crédito en el ejercicio de la sección hipotecaria.

Por cambio del acreedor hipotecario, la transmisión del crédito implica la transmisión de la hipoteca, presentándose el fenómeno de la sesión del crédito.

Se presentan las siguientes situaciones:

- La sesión de créditos convencionales que conforman el Artículo 1964 del Código Civil, comprenderá la fianza, privilegios e hipotecas que garantizan el crédito. La cesión de un crédito hipotecario se hace mediante la entrega de la respectiva escritura de cesión con una nota de traspaso al margen, pero para que la cesión produzca efecto res

pecto al deudor se requiere una notificación expresa o la aceptación.

- Cuando la cesión del crédito hipotecario se presenta por la muerte del acreedor hipotecario, tanto el crédito como la hipoteca se transmiten a sus herederos o legatario. El crédito se transmite dividido pero la hipoteca permanece indivisible.
- Cuando la cesión del crédito se presenta por la subrogación: la subrogación del crédito hipotecario transmite al subrogante tanto el crédito como la hipoteca y esto ocurre cuando una persona se ha obligado solidaria o subsidiariamente a cancelar una deuda ajena. Si cancela esas deudas y el deudor principal la había garantizado con una hipoteca, el que paga ocupa exactamente la misma posición jurídica que tenía el acreedor, es decir, adquiere el crédito con la hipoteca.

5.2.1. Por cambio del Crédito

Entre el acreedor hipotecario y el deudor, pueden mediar pactos sobre modificaciones del crédito. Conviene ver cuales afectan el gravamen hipotecario y cuales no.

- Cualquier modificación del crédito que lo disminuya afecta invariablemente la hipoteca por cuanto una finca no

puede responder por un importe superior al del crédito.

- Respecto de los aumentos del crédito, no todos quedan amparados con la hipoteca. Entre los aumentos del crédito que se extienden a la hipoteca, tenemos:

1. Los intereses pactados en la escritura pública.
2. Si no se pactaran intereses, cubren los intereses moratorios que son equivalentes a los intereses legalmente morales.
3. Los gastos judiciales de cobranzas del crédito
4. En cambio no se extiende la hipoteca sobre los demás aumentos del crédito, cuando no media nuevo contrato hipotecario, debidamente inscrito en los libros de registro que lo exprese.

5.2.2. Por cambio de la Finca

Dice el doctor Valencia Zea al respecto: "La hipoteca se extiende sobre todos los aumentos que reciba la finca por mejoras, partes integrantes o cosas accesorias (inmuebles por adherencia o por destino).¹¹ Como sobre el valor debido a causas naturales o artificiales. La finca hipotecada

11. VALENCIA, Arturo. Derecho Civil. Tomo II. Opus cit. Pág. 389'

puede sufrir varios daños graves y cuando esto la desvaloriza en forma que llegue a ser insuficiente para el pago del crédito asegurado con la hipoteca, al acreedor tiene derecho a ejercer las facultades otorgadas por el Artículo 2451 o 1153 del Código Civil. Estos aspectos los estudiaremos en otros apartes de este trabajo.

6. EFECTOS DE LA HIPOTECA

6.1 EFECTOS ENTRE EL ACREEDOR Y EL DEUDOR

Necesariamente los primeros efectos de la hipoteca no se presentará entre las partes que celebren el acto:

Estos efectos los estudiaremos conforme a un doble momento, antes del ejercicio de la acción hipotecaria y después del ejercicio de dicha acción.

Antes del ejercicio de la acción hipotecaria, siendo la esencia de la hipoteca que el deudor o el tercero que constituye el gravamen, conserve no solo la propiedad sino también la posesión del inmueble. Cualquier variación de este principio desvirtúa el concepto de hipoteca, por consiguiente el deudor hipotecario continúa siendo propietario del derecho hipotecario, conservando la posesión material del inmueble, dado en garantía y ejerciendo los atributos de propietario sobre la cosa gravada.

Por estos atributos no pueden perjudicar los derechos al

acreedor hipotecario con actos de disposición que ocasionen disminución de la garantía del acreedor, afectando el valor del inmueble. Creemos necesario distinguir entre los actos de disposición jurídica y material, y actos de administración.

6.1.1. Actos de disposición jurídica

Ningún acto de disposición jurídica sobre el inmueble hipotecado está prohibido para el propietario del bien hipotecado.

Es así como el Artículo 2440 del Código Civil, establece: "El dueño de los bienes gravados con hipoteca, podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquier estipulación en contrario".

Como podemos observar, esta disposición es general y en consecuencia, el dueño del bien gravado puede libremente ejecutar actos jurídicos total o parcialmente. En el primer caso si se desprende de su derecho o cualquier título como si lo vende o dona. En el segundo, si constituye sobre el bien en que radica su derecho, uno real de usufructo, uso o habitación, servidumbre o un nuevo gravamen hipotecario.

En realidad, el acreedor hipotecario recibe perjuicio con actos de disposición jurídica por las acciones que dispone por

hacer valer sus derechos.

En efecto, si traslada el dominio, el gravamen hipotecario sigue al derecho transmitido y en este caso, el Artículo 2452 del Código Civil lo faculta para perseguir la finca y realizar su valor, y si se constituye una nueva hipoteca sobre el mismo inmueble, el Artículo 2499 del Código Civil lo autoriza para que se le pague en su totalidad, con preferencia a los acreedores posteriores.

Además, si el acreedor propietario constituye un derecho de usufructo, sobre la finca hipotecada, el acreedor podrá acoger entre hacer efectivo su crédito sobre el derecho de usufructo, o sobre la plena propiedad y entonces se extinguirá el derecho de usufructo. Lo mismo sucederá con una servidumbre constituida por el deudor sobre el predio gravado. Este nuevo derecho no será oponible al acreedor, salvo que se trate de una servidumbre legal. Pero siempre tendrá derecho a subrogarse en los gastos de indemnización que debe pagar el dueño del predio dominante.

6.1.2. Actos de disposición material

Entre las muchas facultades que tiene el propietario, podrá realizar diversos actos materiales el deudor hipotecario en virtud de continuar con el uso y goce normal de la propiedad

por la circunstancia de que la garantía convenida permanece en su poder.

De ahí la trascendencia económica que para los intereses generales representa la institución jurídica de la hipoteca, por cuanto a la vez que brinda al acreedor una sólida garantía, no priva al propietario de la explotación de la cosa en seguridad de su compromiso.

No obstante lo anterior, la libertad del dueño del inmueble gravado para la ejecución de estos actos, se encuentra notablemente mermada en todo lo que lesione los intereses del acreedor hipotecario. Por lo dicho el detrimento de los derechos del acreedor es el criterio determinante en el Artículo 2451 del Código Civil, al disponer: "si la finca se perdiere o deteriorare, en término de no ser suficiente para la seguridad de la deuda tendrá derecho el acreedor a que semejore la hipoteca, a no ser que consienta en que se le dé otra seguridad equivalente. Y en defecto de ambas cosas, podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente el plazo o implirar las providencias conservativas que el caso admite, si la deuda fuere líquida, condicional o indeterminada.

Por último téngase en cuenta que el Artículo 2451 no se refiere únicamente a los actos de disposición material ejecutados por el dueño sino a toda pérdida o deterioro que pro

venga de la realización de actos de disposición jurídica sobre los inmuebles que por destinación, adhesión permanente, se encuentran en la finca gravada en el momento de la constitución de la hipoteca, como los que vengan a adherir o servirla después.

6.1.3. Actos de Administración

Serán aquellos o por los cuales el propietario, conservando íntegro su derecho de propiedad, cede temporalmente el goce o el uso del bien a otra persona mediante una retribución, como si lo arrendara o gratuitamente como si se lo da en comodato.

De manera que el dueño de la finca gravada puede realizar en ella todos los actos de administración que caben dentro del giro ordinario de la explotación de la finca. Así por ejemplo, puede recoger las cosechas, hacer las talas ordinarias de árboles, etc. No es fácil distinguir entre los actos de administración que le están admitidos al propietario y los que le están prohibidos que dieron lugar a la explicación del Artículo 2451. Creemos que este problema podría resolverse aplicando el criterio de que todo acto que lesione los derechos del acreedor hipotecario de origen a ejercer las acciones de la norma legal de referencia.

6.1.4. Acción de mejoramiento de la garantía hipotecaria

El acreedor hipotecario deberá ejercer las acciones contempladas por el Artículo 2451 en el orden ubicado en este texto. Por lo tanto, primero deberá exigir al deudor que mejore la hipoteca, pudiendo éste hacerlo en estas dos formas: reparando la pérdida y deterioro o pagando parte de la deuda con los objetos de rebajar el crédito. No accediendo el deudor a mejorar la finca en las dos formas indicadas, podrá ofrecer otra seguridad suficiente y que acepte el acreedor podrá demandar el pago de la deuda siendo líquida apesar de estar pendiente el plazo, pero si la deuda no fuere líquida o fuere condicional o indeterminada, podrá implorar medidas conservativas que el caso aconseje.

6.2 EFECTOS DESPUES DEL EJERCICIO DE LA ACCION HIPOTECARIA

Primtramente diremos que el objeto principal de la acción hipotecaria consiste en conferirle al acreedor el derecho para hacer vender en pública subasta el bien gravado con la hipoteca, cuando vencido el plazo no se ha cumplido con la obligación principal o el bien gravado o desmejorando o perecido parcialmente, disminuyendo así la garantía hipotecaria.

También tendrá por objeto esta acción la subrogación total o parcial del valor, cuando la realización que persigue por

la venta ha ocurrido anteriormente, como en los siguientes supuestos: destrucción del bien gravado por un tercero y estar éste obligado por una indemnización. Enajenación del inmueble hipotecado por el deudor y tener pendiente el precio o parte de él.

6.2.1. Ejercicio de la acción hipotecaria mediante venta

La acción hipotecaria mediante venta, la establece el Código Civil en su Artículo 2448: "El acreedor hipotecario tiene que hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda". Al relacionar el artículo anterior con lo dispuesto en el Artículo 2422 sobre prenda, concluimos que al acreedor hipotecario lo asiste el derecho de solicitar que la cosa hipotecada se venda en pública subasta o que a falta de postura admisible, sea apreciada con peritos y se le adjudique en pago.

Creemos conveniente hacer mención del procedimiento que a seguir en juicio especial de venta de la cosa hipotecada, y para tal efecto tenemos sin comentarios los Artículos pertinentes al Código de Procedimiento Civil: Capítulo VII Disposiciones especiales para el ejecutivo con título hipotecario o prendario Artículo 554 Requisitos de la demanda. La demanda para el pago de una obligación en dinero, garan

tizada con hipoteca o prenda, además de cumplir los requisitos de toda demanda ejecutiva, deberá especificar los bienes objetos del gravamen.

A la demanda se acompañará título que preste mérito ejecutivo, así como el de la hipoteca o prenda un certificado del registrador sobre la propiedad del bien sometido al registro y los gravámenes que lo afectan, en un período de 20 años siguientes si fuera posible, en lo que atañe a inmuebles.

La demanda deberá dirigirse contra el actual propietario del inmueble, nave o aeronave materia de la hipoteca o del bien constituido en prenda. Artículo 555. Trámite: el trámite se sujetará a las siguientes reglas:

- Si la demanda reúne los requisitos legales, el juez la admitirá y dará traslado al demandado por cinco (5) días para que pueda proponer excepciones. En el mismo auto se decretará el embargo y secuestro del bien hipotecado o dado en prenda y se dispondrá la situación de los terceros acreedores relacionados en el certificado del registrador para que en el término de cinco (5) días haga valer sus créditos, sean o no exigibles.
- Si se proponen excepciones, se aplicará lo previsto en los artículos 509 y 510.

- Si no se proponen excepciones, se dictará sentencia que decrete la venta de los bienes en pública subasta para con su producto se pague el demandante el crédito y las costas y condene al demandado al pago de éstas.
- Para el embargo, secuestro, avalúo y remate de bienes se observará lo dispuesto en el Capítulo II, sin perjuicio de las reglas establecidas en el presente.

Artículo 556: Demanda de terceros acreedores.

Citados los terceros acreedores, se procederá así:

- Todas las demandas presentadas en tiempo se tramitarán conjuntamente con la principal y en la sentencia se decretará la venta del bien objeto de garantía, se fijará el orden de preferencia de los distintos créditos. Se condenará al deudor en las costas causadas en interés general de los acreedores y en las propias de cada uno, que se liquidarán a un mismo tiempo.
- Si cualquiera de las demandas fuera de competencia de un juez de mayor jerarquía, se le remitirá el proceso para que siga conociéndolo él.
- Si ninguno de los acreedores presenta demanda en el térmi

no fijado, se adelantará el proceso hasta su terminación y si hecho el pago por el demandante, sobrare dinero, se retendrá el pago a fin de que sobre él puedan hacer valer sus créditos en proceso separado.

6.3 RELACION ENTRE EL ACREEDOR HIPOTECARIO CON LOS DEMAS ACREEDORES DEL DEUDOR

Habíamos dicho que hay necesidad de citar a los terceros acreedores en garantía real, para que concurren al proceso hipotecario o prendario personalmente o por medio de curador ad litem, a hacer valer sus derechos presentando sus demandas respectivas, las que debe reunir los mismos requisitos de la demanda principal.

Si estas demandas reúnen los requisitos, se admitirán y se ordenará correr traslados al demandado como si se tratara de la demanda principal; para el traslado no hay necesidad de hacerlo personalmente, sino por estado porque el ejecutado ya es parte en el proceso ejecutivo.

En el mismo auto admisorio de la demanda, se ordenará que todo se tramite conjuntamente con la principal, acumulándose en un solo expediente.

La demanda puede formular excepciones, bien sea de todos los

demandados, posteriormente, además de la que haya propuesto contra la demanda principal o solo contra alguna de ella, los que se fallarán en la misma sentencia en la que se ordenó seguir adelante la ejecución.

Antes de dictar sentencia dentro del proceso ejecutivo hipotecario o prendario, cualquiera de los acreedores podrá solicitar que se desconozca o rechace cualquiera de los créditos hipotecarios o prendarios de otros acreedores, si se tienen razones o pruebas para demostrar que es simulado o que ya fué cancelado o que la obligación se ha extinguido total o parcialmente o que haya poder procesal de sus acreedores y el ejecutado, o el crédito ha prescrito y el ejecutado se abstenga de proponer la excepción con el fin de perjudicar a los demás acreedores.

En igual forma cualquiera de los acreedores podrá solicitar que se declare que su crédito goza de ciertas referencias o prioridades para el pago, lo que puede ocurrir cuando se presentan dudas o contradicciones especialmente por defectuosa elaboración en los contratos de hipoteca o prenda. En estos casos para resolver lo que sea pertinente se tramita un incidente.

6.4 DERECHO DE PERSECUCION

Este derecho lo consagra el Artículo 2452 del Código Civil:

"La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuera el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido". Sin embargo esta disposición no tendrá lugar contra terceros que hayan adquirido la finca en pública subasta ordenada por el Juez.

Para que los acreedores hipotecarios no tengan derecho de perseguir la finca hipotecada contra un tercero que la ha adquirido en pública subasta ordenada por el Juez, es preciso que la subasta se haya hecho con citación personal de ellos en el término del emplazamiento y esta formalidad no queda surtida si la citación se hizo después de la venta o remate".¹²

Más para que esta excepción surta efectos a favor del tercero, deberá hacerse la citación personal en el término de emplazamiento de los acreedores, que tengan constituida su hipoteca sobre la misma finca, los cuales serán cubiertos sobre los precios del remate, en el orden que corresponda. El juez entre tanto, hará consignar el dinero.

En términos generales son terceros poseedores, todas las personas que actualmente posean el inmueble que garantiza hipotecariamente una deuda ajena, no siendo necesario que sean actuales propietarios y verdaderos dueños.

12. ORTEGA TORRES, Jorge. Opus cit. Pág. 1.075. Libro IV. Título 37.

No tendrán esta calidad los herederos que adquieren los inmuebles de la causante junto con las deudas; el legatario que recibe del causante el inmueble con el encargo de cancelar la deuda hipotecaria, quien adquiera el inmueble haciéndose cargo del crédito hipotecario.

Por su parte el tercer poseedor demandado, puede proponer excepciones que se refieren al crédito asegurado, como los hechos extintivos de la obligación causionada hipotecariamente, y las que se relacionan en el contrato hipotecario o la existencia o validez de la hipoteca, como la excepción de nulidad absoluta, la de la inscripción indebida de la escritura de la hipoteca, la declaración de la inscripción fuera de tiempo, etc.

Podemos armonizar esta situación del tercer poseedor con lo dispuesto en 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 adquisición, podrá también recobrarla pagando la cantidad a que fuere obligada la finca y además las costas y los gastos que este abandono hubiere causado al acreedor."

7. EXTINCION DE LA HIPOTECA

7.1 POR EXTINCION DE LA OBLIGACION A QUE DA LUGAR

O sea por el pago del crédito garantizado, pues ya hemos dicho que ella como accesoria que es, corre la misma suerte de la obligación principal. Este modo de extinguirse la hipoteca constituye un axioma jurídico que no necesita más comentario. Se exceptúa el caso en que el contrato que genera la obligación principal adolezca de nulidad relativa proveniente de incapacidad relativa de alguna o de ambas partes que intervienen en el contrato y la obligación sea natural, pues entonces si el contrato se rescinde, la hipoteca subsiste sola.

7.2 POR LA RESOLUCION DEL DERECHO HIPOTECARIO

En este caso falta el objeto mismo de la hipoteca y ella no puede permanecer en el aire, pues es preciso que la resolubilidad del derecho del constituyente puede ser conocido por el acreedor hipotecario, pues cuando es así, la ley presume que el acreedor afecta en esa forma la hipoteca y que qui

so correr la contingencia que corriere el derecho del deudor sobre el bien hipotecado.

7.3 POR LA LLEGADA DEL DIA HASTA EL CUAL FUE CONSTITUIDA

Permitiéndose que la hipoteca se condicione hasta ciertos días, es claro que ella se extingue cuando el plazo fijado sobrevenga. Esta modalidad es rara, pues debilita en el fondo la garantía que se otorga y merece algunos distinguos: la fijación de una fecha hasta la cual el gravamen se constituye, quiere decir, que al llegar ese día se libertará faltamente la finca, pero hay otra hipótesis y es ésta: uno hipoteca su casa para garantizar los préstamos que se le hagan a él o a un tercero hasta determinado día. Si llegada la fecha no ha creado esa obligación principal, no habrá gravamen pero en el caso contrario, la hipoteca valdrá, aunque llegue ese día prefijado por cuando la obligación causada adquirió vida jurídica y así hubo campo para que el gravamen accediera a ella.

7.4 POR EL EVENTO DE LA CONDICION RESOLUTORIA

En este caso es necesario que la condición conste expresamente o en forma tácita en el título que tiene el propietario del bien hipotecado, y así la hipoteca se extinguirá sin extinguirse la obligación principal.

7.5 POR LA CANCELACION QUE EL ACREEDOR ACORDARE POR ESCRITURA PUBLICA

Se origina de este modo de extinción, bien porque el acreedor hipotecario renuncia a sus derechos, o porque se le ha pagado su crédito. Referente a la denuncia de derecho, el acreedor podrá hacerlo porque la hipoteca es un derecho constituido con interés privado del acreedor y además, con ella en este caso no se va contra la moral ni las buenas costumbres.

Por otra parte, como la constitución de la hipoteca está sujeta a las solemnidades de escritura pública e inscripción y aplicando el principio romano, lo natural es que las cosas se deshagan como se hagan, es lógico que la cancelación de la hipoteca deberá hacerse con las debidas formalidades legales. De la cancelación es necesario tomar nota al margen de la inscripción respectiva.

7.6 CUANDO MEDIA EXPROPIACION DEL BIEN HIPOTECADO

Por motivo de utilidad pública, se puede proceder a expropiar un inmueble hipotecado y el gravamen desaparecerá, pudiendo los acreedores hipotecarios hacerlo efectivo conforme lo indica el Artículo 859 del Código Judicial vigente: "El precio se entregará al interesado o a su representante, salvo que los bienes estén hipotecados o gravados con

censos... En cualquiera de estos casos se entiende que el precio consignado subroga a los bienes expropiados y se observarán respecto a él, las reglas siguientes:

- Si se trata de una hipoteca o censo, el precio se coloca en un Banco o en otro establecimiento de crédito respectable u de ello se da aviso a los acreedores para que hagan efectivos sus derechos.

El Código de Procedimiento Civil al hablar de la entrega de la administración en caso de apropiación dice el Artículo 458: "Registrada la sentencia y el acta, se entregará a los interesados su respectiva indemnización. Pero si los bienes estaban gravados con prendas e hipotecas, el precio quedará a órdenes del Juzgado para que sobre él puedan los herederos ejercer sus respectivos derechos o procesos separados. En este caso de las obligaciones garantizadas, se consideran exigibles, aunque no sea de plazo vencido.

7.7 POR MEDIO DE PUBLICA SUBASTA ORDENADA POR EL JUEZ

Esta será otra causal de extinción de la hipoteca, porque satisfecho el crédito de la venta de la cosa gravada, desaparecerá la hipoteca. También se extingue la hipoteca por los demás modos de extinción de las obligaciones que anun

cia el Código Civil en el Artículo 1624, como son:

SOLUCION DE PAGO EN EFECTIVO:

- Novación
- Transacción
- Remisión
- Declaración de nulidad
- Compensación
- Confusión
- Pérdida de la cosa debida
- Prescripción

CONCLUSION

Hecho un verdadero análisis de la Hipoteca, remontándonos al Derecho Romano, sus rasgos característicos, noción jurídica, requisitos generales y especiales y sopesando las diversas clases de hipoteca y sus modificaciones, efectos, extinción de la misma, podemos sacar en conclusión y conceptuar con plena certeza que, es un derecho real por excelencia que grava bienes inmuebles como garantía de una operación de préstamos, siendo un contrato principal y no como lo define el Código Civil Colombiano teniendo el acreedor una garantía amplia, ya que no es por el valor total de la finca sino por una parte.

Una operación hipotecaria es de suma utilidad en los casos en los que una persona debe adquirir una cosa y no cuente con el dinero suficiente, paga parte del valor de la finca y por el resto hipoteca el bien que queda sujeto a una garantía como pago de la deuda.

También es común realizar estas operaciones para procurar se los medios de hacer reparaciones y ampliaciones en una

finca. Conceden el préstamo los bancos, empresas privadas y aún simples particulares que desean colocar su capital a un interés razonable.

Cuando una finca está hipotecada y su propietario necesita otro préstamo, juega un papel importantísimo esta figura, ya que aquella puede ser gravada con una segunda y ésta con una segunda o una tercera hipoteca, que se clasificarán por grados, según el orden de constitución. Si al vencimiento de la deuda el deudor no paga, el acreedor o los acreedores inician un juicio de ejecución de la hipoteca.

Así mismo en algunos países es usual una especie de hipoteca sobre bienes muebles, llamadas "prendas sin desplazamiento". Un agricultor por ejemplo, puede dar en prenda una siembra de trigo que aún no ha madurado. El propietario de un automóvil puede también preñar su vehículo. En ambos casos, igual que en la hipoteca propiamente dicha, el propietario sigue usando los bienes que garanticen el préstamo.

BIBLIOGRAFIA

- CAMMAROTA, Antonio. Tratado de Derecho Hipotecario. 2a. edición, 1942.
- CASTRO, José Felix. Estatuto del Notariado. Decreto 960 de 1970.
- GOMEZ, José J. Derecho Civil. Curso Segundo. Bienes. Conferencias.
- JARAMILLO VELEZ, Lucrecio. Derecho Romano. Tomo I. Editorial Universidad de Antioquia, 1965.
- MARGARITA, Guillermo. Derecho Romano. 1a. edición.
- NUÑEZ CANTILLO, Adolfo. El Contrato de Hipoteca. Tomo I, 1977.
- ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil. Editorial Temis. Bogotá, 1984.
- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo II. Derechos Reales. Editorial Temis. Bogotá, 1977.