

DECRETO CIVIL 959.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR	
BIBLIOTECA	
BRANQUILLA	4034490
CLASIFICACION	316
FECHA	25 FEB. 2008
ORIGEN	DONACION

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL
DESARROLLO SIMON BOLIVAR

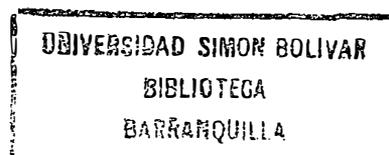
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLITICAS

" LA HIPOTECA "

Trabajo de Grado como re -
quisito parcial, para op -
tar al Título de Abogado.-

ALFREDO LUIS ARGUMEDO ESPITIA

Barranquilla Agosto 4 de 1.986.-



T
346.043 G
A694

C O R P O R A C I O N E D U C A T I V A M A Y O R D E L
D E S A R R O L L O S I M O N B O L I V A R

RECTOR : DR. JOSE CONSUEGRA HIGGINS
DECANO : DR. CARLOS LLANOS SANCHEZ
SECRETARIO GENERAL : DR. RAFAEL BOLANOS MOVILLA
SECRETARIO ACADEMICO : DRA. BLANCA FRANCO DE CASTRO
DIRECCION CONSULTORIO
JURIDICO : DR. ANTONIO SPIRKO CORTES

PRESIDENTE DE TESIS : DR.
JURADOS : DR.
DR.

Barranquilla Agosto 4 de 1.986.-

Señores

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

Facultad de Derecho

La Ciudad.-

Sometido a exámen y revisión el proyecto de tesis de grado, llegado a mi despacho, por nuestro conducto denominado "La Hipoteca" elaborado por el egresado de la facultad de Derecho de la Universidad Simón Bolívar ALFREDO ARGUMEDO SPI TIA quien se dispone a optar con esta memoria de grado el título de Abogado, por ante las autoridades y organismos respectivos me permito conceptuar que el trabajo , según criterio muy personal, cumple con todos las exigencias académicas y por lo tanto es aprobada en principio.

Cordialmente,

BLAS GONZALEZ

Barranquilla, Septiembre 26 de 1.986

NOTA DE ACEPTACION :

PRESIDENTE DE TESIS.-

DR.

JURADO.-

DR.

JURADO.-

DR.

D E D I C A T O R I A

A Dios, creador supremo

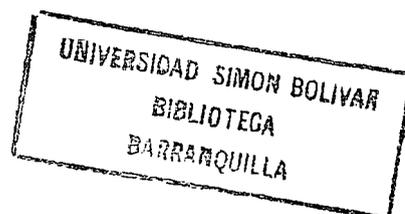
A la memoria de mi padre, artífice espiritual de este triunfo.

A mi madre

A mi esposa

A mi hijo

A mis hermanos



A G R A D E C I M I E N T O S

En especial, al alma máter de t n apreciable universidad - por haber permitido enriquecer mis conocimientos en un programa de tan profundas complejidades y enriquecedora disciplina.

De manera amplia y sincera a los catedráticos Dres. Ernesto Ariza Muñoz, Carlos LLanos, Sonia Sánchez, Raúl Díaz, - Leonello Marth , Guadalberto Fontalvo, etc., de quiénes - asimiló toda vuestra flor y nata de sus erudicciones jurídicas.

Y a todos aquellos, qué en una u otra forma brindaron un aporte eficaz para la realización del presente trabajo.-

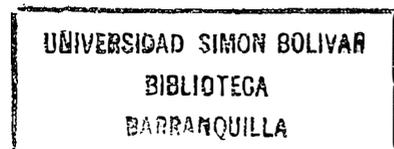
T A B L A D E C O N T E N I D O

0.	INTRODUCCION	11
1.	ANTECEDENTES Y EVOLUCION HISTORICA	12
1.1.	Antecedentes.....	12
1.2.	Concepto de Hipoteca.....	13
1.3.	Concepto de garantía que brinda la hipoteca.	14
1.4.	Enajenación fiduciaria.....	15
1.5.	Evolución de la prenda hacia la Hipoteca....	16
2.	NOCION JURIDICA Y RASGOS CARACTERISTICOS	18
2.1.	La hipoteca es un derecho real.....	20
2.2.	La hipoteca es una garantía accesorio.....	21
2.3.	La hipoteca es una garantía indivisible.....	23
2.4.	La hipoteca es un gravamen que no implica des posesión.....	25

3.	CONSTITUCION DE LA HIPOTECA	27
3.1.	Diversas clases de hipotecas.....	27
3.2.	De la capacidad.....	29
3.2.1	Del saneamiento de la hipoteca viciada por de <u>fectos</u>	31
3.3.	De las solemnidades esenciales.....	32
3.3.1	Contenido de la escritura pública.....	33
3.3.2	De las hipotecas de cuantías indeterminadas..	40
3.3.3	De la reducción de la hipoteca.....	44
3.3.4	Efectos de la reducción.....	46
3.3.5	Del registro.....	49
3.3.6	Modo de hacer el registro.....	51
3.3.7	De la falta de los requisitos sustanciales de la hipoteca.....	54
3.3.8	Del saneamiento del acto viciado por defectos de solemnidad.....	57
3.3.9	En que forma puede hacerse la ratificación de la hipoteca viciada de nulidad.....	57
3.3.10	Quiénes pueden solicitar la nulidad de la hipoteca.....	58
3.3.11	Contra quién se debe pedir la nulidad.....	59
3.3.12	Del poder para hipotecar.....	59

3.4.	Bienes susceptibles de ser hipotecados.....	59
3.4.1	Quiénes pueden gravarse hipotecariamente en Colombia.....	60
3.4.2	Requisitos que deben llenar los inmuebles para que sean hipotecables.....	60
3.4.3	Hipoteca de inmuebles comunes.....	61
3.4.4	Hipoteca de un derecho de dominio eventual, limitado, resoluble o resiliable.....	62
3.4.5	De la hipoteca de bienes futuros.....	62
3.4.6	El propietario del bien inmueble gravable debe tener, facultad para hipotecar el caso del propietario fiduciario.....	63
3.4.7	La hipoteca debe otorgarse con los requisitos de la enajenación.....	65
3.4.8	Garantías por deudas de terceros.Hipotecas de bienes ajenos.....	65
3.4.9	Hipotecas inmuebles por radicación, adherencia o destinación.....	68
4.	CONTENIDO DE LA HIPOTECA	69
4.1	La hipoteca de un terreno comprende las edificaciones que en él existen, y las que posteriormente se hagan.....	69

4.2.	También comprende el incremento como conse - cuencias de aluviones.....	71
4.3.	La hipoteca se extiende a los frutos de la - cosa hipotecada, precisión de la regla.....	71
4.4.	La hipoteca comprende los bienes que el art- 658 reputa inmuebles.....	76
4.5.	La hipoteca se extiende al valor del seguro.	78
4.6.	Qué comprende la hipoteca de un usufructo y- de la nuda propiedad.....	80
4.7.	Qué comprende la hipoteca de un edificio o - construcción.....	81
4.8.	La hipoteca se extiende al remanente de los- bienes gravados con prenda agraria e indus - trial, una vez cubierto el respectivo crédi- to.....	84
5.	EFFECTOS JURIDICOS DE LA HIPOTECA	85
5.1.	Partes que intervienen en el contrato de hi- poteca.....	85
5.2.	Efectos de la hipoteca en relación con el de udor.....	85
5.3.	Disposición y administración del inmueble -	



por el deudor.....	85
5.4. Disposición jurídica del bien.....	86
5.5. Efectos de la hipoteca con relación al acre <u>e</u> dor.....	87
5.6. Proceso ejecutivo con título hipotecario....	87
5.7. Entrega del bien hipotecado.....	91
5.8. Adjudicación de bienes.....	91
6. EXTINCION DE LA HIPOTECA	93
6.1. Por extinción de la obligación que accede...	93
6.2. De la resolución del derecho del constituyen <u>e</u> te.....	94
6.3. De la cancelación del acreedor.....	94
6.4. De la cancelación notarial por orden judici- al.....	95
6.5. De la llegada del plazo hasta el cual se -- constituyó la hipoteca.....	96
6.6. Prescripción de la acción hipotecaria.....	96
CONCLUSION	97
BIBLIOGRAFIA	99

I N T R O D U C C I O N

A lo largo del desarrollo económico y social del hombre y la humanidad, el estudio de la hipoteca como objeto fundamental de investigación de las ciencias sociales y jurídicas, ha sido tema de interés primordial por cuánto a través del conocimiento de ésta, es preciso fijar los hitos inmediatos y remotos que se proponen los pueblos y sociedades en los diferentes períodos históricos por donde les ha correspondido transitar.

Es a partir de la época romana donde el Pretor busca un beneficio exclusivo del acreedor para garantizar el pago de sus créditos, pues, su finalidad no era otra cosa que servir de garantía real a una deuda a favor del acreedor, distinto de las seguridades personales.

Este estudio estará guiado por el análisis de la hipoteca, sus características, noción jurídica, constitución, efectos jurídicos, contenido y extinción de ella. Estos caminos nos permitirán interpretar jurídicamente sus consecuencias y encontrar su lógica interna.

Finalmente solicito al señor Presidente de Tesis y jurados, sean un poco comprensibles, tal vez benevolentes, en la tediosa pero interesante lectura de este trabajo, que ha sido elaborado a la altura de mis capacidades intelectuales, adquirida en mi querida alma máter : Universidad Simón Bolívar.-

1. ANTECEDENTES Y EVOLUCION HISTORICA

La hipoteca se deriva de la Institución denominada pignus, en virtud de la cual se daban cosas muebles o inmuebles como garantía de un crédito.

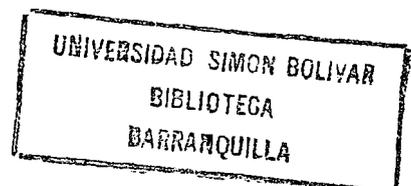
Originalmente el pignus implicaba la desposesión del deudor. No había pues por este aspecto, diferencia entre la prenda propiamente dicha y la hipoteca, como la hay en la actualidad, ni la palabra Hypotheca, de pretendido origen helénico, se empleaba en Grecia para significar la ausencia de desposesión diferenciándose por ello, este gravamen real de la prenda, como ocurre en el derecho moderno, sino que tal parece que el término, etimológicamente tenía el sentido de poner debajo, derivado de la circunstancia de poner en los predios pignorados un madero que contenía la noticia del gravamen, quedando así el inmueble " puesto bajo tal aviso ", madero, seguridad, o gravamen (caja sería la traducción literal el theque, de donde hipo, bajo, theque caja, bajo caja, o bajo seguridad.

Fue solamente en el derecho romano donde la locución hypotheca adquirió el significado de gravamen real sin desposesión y aún hay motivos para dudar de la autenticidad de la palabra y suponer una interpelación de los compiladores al cambiarse en los textos de Gayo y Marciano las expresiones fiducia y pignus, comprensivas de un mismo fenómeno por pignus para indicar la prenda manual o posesoria, e hipoteca para señalar la prenda convencional.

Sea lo que fuere respecto al origen etimológico de la palabra, es lo cierto que la institución tiene un desarrollo preciso, que comprende el pignus, la fiducia, y la prenda convencional, al lado de los cuales hay que mencionar el pactus de vendendo, la prenda venal, los interdictos Salviano y Adipiscendae, possessionis, la actio Serviana y la quasi serviana, llamada también por el corpus juri civilis, actio in rem hipotecaria.

1.2. CONCEPTO DE HIPOTECA

Es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles, que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.



1.3. CONCEPTO DE GARANTIA QUE BRINDA LA HIPOTECA

En virtud de ser la hipoteca una garantía, una seguridad - que recibe el acreedor de un crédito, es menester efectuar en primer lugar, el estudio de lo que es una garantía.

Cuando el acreedor de una obligación no puede obtener su pago, llegada la fecha de vencimiento, debe buscar que se haga efectiva mediante la ejecución forzosa. Para poder - obtener la ejecución es necesario que el deudor en primer lugar no haya enajenado sus bienes y en segundo término - que no existan otros acreedores que pretendan hacerse pagar con el mismo bien. El acreedor para evitarse la posibilidad del nó pago, exige una garantía, una fianza que - asegure que el deudor le va a pagar, la garantía debe ser aportada por adelantado, se presenta el caso en que la ley le otorga de pleno, derecho a ciertos acreedores. Se puede expresar entonces, que la garantía es el medio jurídico - de asegurar el pago de un crédito, es un derecho.

Se habla de protección en el sentido amplio de amparo, ya que la garantía previene, disponiendo con anticipación - las cosas necesarias, para su fin primordial, que es el - pago, libra la obligación del peligro de no ser cancelada,

y también protege a la obligación de cualquier eventualidad.

A veces, como ya se enunció, se origina en la ley que le -- otorga al acreedor un derecho auxiliar, consistente en la posibilidad o facultad de instaurar una acción contra el deudor, proceso ejecutivo.

La obligación es el vínculo jurídico en virtud del cual una - persona determinada, debe realizar una prestación en provecho de otra.

El acreedor protegido o amparado por una garantía obtiene para sí, la preferencia en la distribución del importe logrado en la venta de los bienes de su deudor.

1.4. 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 emancipación la propiedad de una cosa que formaba parte de su patrimonio. Ellos añadían a esta enajenación 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 eso a título de arrendamiento o de mutuo precario.

Como consecuencia, sí el deudor pagaba, el acreedor debía transferirle nuevamente la propiedad de la cosa por la usureptico. Pero sí el acreedor no entrega la cosa, el deudor enajenante podía ejercitar en vía de defensa de sus derechos contra el acreedor, la actio fiducia. Sí el deudor no paga, el acreedor puede venderla, pero si saca un precio superior al importe del crédito, debe entregar la diferencia al deudor.

1.5 EVOLUCION DE LA PRENDA HACIA LA HIPOTECA

En su origen, el Derecho Romano ignoró la relación jurídica en virtud de la cual el acreedor recibía una cosa del deudor a título de garantía mediante un acto encaminado directa y específicamente a ese fin.

Para obtener este resultado se acudió a ciertas instituciones como " la mancipatio y la jure cessio " , seguidas de estipulaciones que implicaban una transferencia fiduciaria del dominio

de la cosa, a las cuales se agregaba la cláusula decomiso, en virtud del cual el deudor que incumplía, perdía todo derecho para rescatar la cosa transferida que quedaba en propiedad del acreedor.

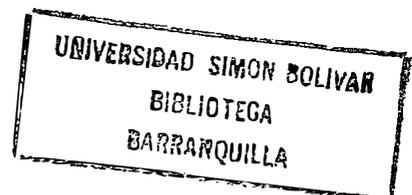
Posteriormente la prenda comisoria se convirtió en venal al hacerse extensivo el pactum fiduciae y dar al deudor el derecho de reclamar la hyperocha o remanente.

2. NOCION JURIDICA Y RASGOS CARACTERISTICOS

Según el artículo 2432 : " La hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre bienes inmuebles que no dejarán por eso de permanecer en poder del deudor ". (1)

En cuanto a la primera parte:"La hipoteca es un derecho de prenda" es totalmente desafortunada, porque asimila la hipoteca a la prenda y jurídicamente esa similitud no existe, ya que los caracteres de las dos figuras son diferentes. Un ejemplo ilustrativo de la diferencia de las dos figuras la tenemos en el derecho de retención que posee el acreedor prendario sobre la cosa dada en prenda, hasta tanto no se le cumpla la obligación, ese derecho no lo tiene el acreedor hipotecario porque este no tiene la posesión de la cosa hipotecada y mal puede ejercer retención sobre cosa que esté en poder de otra persona.

[1] ORTEGA Torres Jorge, Código Civil Colombiano.-



En la segunda parte, constituída sobre bienes inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor, vemos - que tras dos de los varios caracteres de la hipoteca como - son a ésta ultima se le puede hacer la siguiente observación:

No en todas la ocasiones el deudor y el dueño de la cosa hipotecada es la misma persona por lo que es más técnico decir de"Constituyente" y no usar la expresión deudor.

Los Hermanos MAZZEUD definen la hipoteca como "una garantía-real que, sin llevar consigo desposeimiento actual del pro-pietario del inmueble hipotecado, confiere al acreedor el deracho de embargar y rematar ese inmueble en cualesquiera ma-nos en que se encuentre y el de cobrar con preferencia sobre el precio"[2]

Y el Doctor VALENCIA ZEA, en su obra de derecho civil Tomo II de los Derecho 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 inmue- bles singularizados, los que continúan en poder del deudor - o constituyente para garantía de cumplimiento de una obliga -

[2] MAZZEAUD HENRY, LEON y YEAN. Lecciones de Derecho Civil, Vo-lumen I y II parte tercera, Garantías Ed jurídicas Europa América Buenos Aires.

ción, quedando facultado el acreedor para realizar el valor del inmueble y pagarse preferentemente.

2.1 LA HIPOTECA ES UN DERECHO REAL

Ya desde tiempos del emperador ADRIANO y en todo caso desde la época del Corpus Juris Civilis, la acción encaminada a hacer efectiva la garantía prendaria era acción real. Esto es indiscutible en cuanto a la actio in rem hypothecaria.[3]

Pero si bien puede afirmarse lo anterior en cuanto a la acción, que decir del derecho en si mismo, ésto es de la garantía,?. - No hay duda que desde sus orígenes la prenda se caracterizó por la idea de dotar al acreedor de una seguridad mayor que el simple respaldo del deudor, en otras palabras, se quiso algo más que la relación personal existente entre acreedor y deudor. Porque si bien en principio pudo parecer suficiente el derecho del acreedor para hacerse adjudicar la persona misma del deudor, reduciéndolo inclusive a la esclavitud, hasta llegar a la facultad de darle muerte, y dividirse su cuerpo entre varios de los acreedores a medida que las instituciones bárbaras eran más fuertes, se hacía más imperiosa la aparición de un nuevo estatuto jurídico

[3] SOHM, se ha dicho de este aforismo que está en un latín macarrónico .-

co encaminado a garantizar al acreedor. De allí el pactum fiducae, es decir, la transferencia del dominio de la cosa garante al acreedor por la mancipatio o la in jure cessio, que constituía desde luego un derecho real en favor de dicho acreedor.

2.2. LA HIPOTECA ES UNA GARANTIA ACCESORIA

Desde sus orígenes la hipoteca tuvo como finalidad respaldar el cumplimiento de una obligación principal. Esta característica de derecho real accesorio ha sido conservada por la mayoría de las legislaciones modernas, aunque en la más reciente, exista una tendencia a variar el principio tradicional.

Según el artículo 1499, de tal obra un contrato es accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal de manera que no pueda subsistir sin ella.

De consiguiente, el Código toma la expresión contrato accesorio como sinónimo de contrato de seguridad o garantía que PIANIOL define diciendo que es el destinado a proteger a los acreedores contra la insolvencia de los deudores.[4]

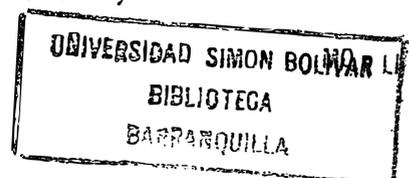
[4] Traite elementaire de droit civil, T.II, pag.,722.-

Las obligaciones consideradas como cauciones por el Código Civil, no son sino cuatro, fianza, anticresis, prenda e hipoteca.

La necesidad de la institución de tales contratos es manifiesta, si se tiene en cuenta que la disposición del artículo 488 del Código Civil, en virtud de la cual toda obligación personal dá al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre los bienes del deudor, salvo una categoría de no embargable, no protege, suficientemente a los acreedores, desde luego, que el deudor puede hacer ineficaz esa garantía de cuatro modos:

a.-) Por su negligencia dejando perder los derechos pecuniarios que tenga, o de adquirir los que puedan aumentar su patrimonio, peligro contra el cual establece el Código un derecho en virtud del cual el acreedor o los acreedores pueden subrogarse en algunos de los derechos del deudor, arts. 1295, 2489, 2023, y 2026 del C.C.-

b.-) Por su fraude haciendo desaparecer total o parcialmente su activo por medio de enajenaciones gratuitas u onerosas, ficticias o fraudulentas, contra las cuales consagra el Código en favor de los acreedores la acción pauliana, o la de nulidad absoluta, en los respectivos casos, (arts. 2491 y 2171 - ley 95 de 1.980 artículo 15.-



c.-) Por enajenaciones no fraudulentas, contra las cuales - no puede proceder directamente la ley sin comprometer seriamente la seguridad social y la libertad de las transacciones por la cual tiene que admitir, en general, el principio de lo que sale del patrimonio del deudor, sale de la seguridad de los acreedores, y,

d.-) Por la creación de nuevas obligaciones que tampoco puede ser estorbada por la ley, por razones obvias y que trae la consecuencia de que antiguos y nuevos acreedores tengan - que someterse a un prorrateo del producto de los bienes constitutivos del activo de su deudor.

2.3. LA HIPOTECA ES UNA GARANTIA INDIVISIBLE

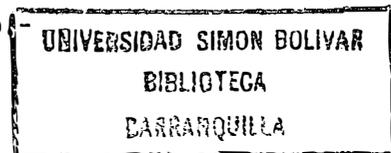
Esta característica tradicional ha sido expresada por nuestro Código Civil en el inciso 1° del artículo 2433 que reza: "En consecuencia cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ella son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella".-

Lo anterior significa :

1° .-) Que cada parcela del inmueble hipotecado por pequeña que sea, garantiza la totalidad de la deuda. Luego, sí el predio gravado se divide entre los herederos del constituyente, el acreedor tiene derecho a exigir de cada uno de ellos el pago de la totalidad de la obligación, de todos modos la hipoteca sigue pesando sobre la finca y cada una de sus partes, por ello el acreedor puede demandar a todos los herederos, conjuntamente sí lo desea, y el pago que uno de ellos haga de su parte en la deuda, no lo autoriza para exigir la cancelación del gravamen sobre la porción que le correspondió, mientras no haya sido pagada la totalidad de dicha deuda. Esto nos lleva a:

2°.-) Cada fracción de la deuda está garantizada por la totalidad del inmueble. Sí el acreedor muere y deja varios herederos o hay varios co-acreedores, la división del crédito entre éstos no incide sobre la hipoteca, la cual continúa garantizando en toda su integridad la porción del crédito atribuída a cada heredero, o correspondiente a cada co-acreedor: art. 1583 num.[5]

[5] Podría surgir el problema atinente al orden de prelación de los varios herederos, cuando el inmueble hipotecado no alcance a cubrir la totalidad del crédito



3°.-) Si se acepta la herencia con beneficio de inventario, el heredero que posea el bien hipotecado queda sujeto a pagar el total de la deuda, aunque exceda de la cuantía de su porción hereditaria sobre dicho inmueble. Así (X) recibe la mitad del inmueble a título de heredero y la otra mitad a título de gananciales, la finca vale \$50.000.00 y el gravamen hipotecario \$30.000.00; (X), debe responder por los \$30.000.00

2.4. LA HIPOTECA ES UN GRAVAMEN QUE NO IMPLICA DESPOSESION

Otra de las características fundamentales de la hipoteca, es la de que el propietario del bien gravado, no pierde su posesión.

Como vimos,[6]., con el correr de los tiempos el pignus adquirió la forma de convencional, esto es que las partes acordaban la permanencia de la cosa prendada en poder del deudor fué a éste tipo de prenda al que se le dió luego el nombre de hipoteca.

[6] Derecho Hipotecario, T.IV., pag.161.-

Pero entre nosotros, la palabra se ha destinado exclusiva - mente a designar el gravamen que recae sobre inmuebles, ya que no corresponde a nuestro léxico jurídico la locución hi potecaria mobiliaria empleada con otros países para distin- guir la prenda convencional que recae sobre bienes muebles, con ésto nuestro Código Civil ha acogido cierta tendencia - tal y como fué seguida por la ley hipotecaria española (art. 106) tendencia que ROCA SASTRE [7] considera científicamen- te insostenible, porque en el orden institucional lo que ti pifica la hipoteca provocando su esencia registral y dife - renciándola de la prenda, no es la naturaleza mueble o inmue ble de la cosa gravada, sino el que haya o nó desplazamiento de la posesión del propietario.

En otras legislaciones se considera que las partes pueden - sin desvirtuar la naturaleza del gravamen, pactar que el --- acreedor hipotecario reciba la posesión de la cosa, empero - nosotros creemos que en Colombia, una estipulación semejante vendría a implicar conjuntamente con la hipoteca, la existen- cia de una anticresis.[8].

[7] Op.cit., T.II, num.1561.

[8] Obligaciones, Parte segunda, nums. 398 y 399.-

3. CONSTITUCION DE LA HIPOTECA

3.1. DIVERSAS CLASES DE HIPOTECAS

Suelen conocerse hipotecas de origen legal, judicial y convencional, tambien hay la hipoteca testamentaria. Y se habla de una hipoteca de garantía y de una hipoteca de propietario.

1°.-) La hipoteca legal no existe,[1].

2°.-) En cuanto a la hipoteca testamentaria, que no ha sido instituída por la ley, vendría a ser de importancia con motivo de las cargas impuestas por el testador al heredero o herederos, cuyo cumplimiento estaría garantizado por el gravamen que el testamento establezca sobre determinado inmueble. Se dispone que el inmueble tal, queda hipotecado para responder por las deudas testamentarias o hereditarias o por el pago de los legados, por el cumplimiento del modo impuesto por el testador al heredero.

[1] Art.273, Cod.de Minas y art.4. inc.60,Ley 200 de 1.936.-

Se dice que la hipoteca testamentaria solo daría al acreedor o legatario, derecho para obtener la indemnización de perjuicios, sí los herederos no se allanan a otorgar la hipoteca - en los términos impuestos por el testamento.[2]

3°.-) La hipoteca convencional, simple categoría de la hipoteca voluntaria, debe nacer de un acto por escritura pública debidamente registrada.[3]

4°.-) Es corriente escuchar que la hipoteca judicial no existe entre nosotros, sin embargo, salvo mejor opinión en contrario, creemos que el art.605 del Código Civil, dá acceso - a pedir del juez que ordene la constitución del gravamen -- y en caso de renuencia, a proceder él mismo (C.de P.C. art.- 501.) esto por otra parte sería lo indicado en caso de una - promesa de hipoteca que implicaría a cargo del promitente - una obligación de hacer (constituír la garanría en legal forma).

[2] MACKENZIE, op. cit. pag.29.

[3] Sí habiéndose reconocido el testador por acto anterior - deudor de (X), en el testamento constituye la garantía pa - ra respaldar el crédito.-

5°.-) También podemos mencionar las hipotecas generales, - que recaerían sobre todos los bienes del deudor, y las hipotecas especiales que solo gravarían determinados bienes. En nuestra legislación sólo existe hipoteca especial, aseveración que es exacta inclusive, para el caso de hipoteca de bienes futuros.

Se habla de la hipoteca de bienes muebles, y de la hipoteca de bienes inmuebles. Entre nosotros sólo existe, ésta última.

3.2. DE LA CAPACIDAD

Para gravar hipotecariamente un bien se necesita la misma capacidad que para enajenarlo. Esto es lo que reza el art.439- que agrega, y con los requisitos necesarios para su enajenación.[4]

[4] El Código considera la constitución de la hipoteca como un acto dispositivo, y de consiguiente, previene que no puede hipotecar sus bienes, quien no tenga capacidad para enajenarlos. (RODRIGUEZ PIÑEREZ, Por el reinado del - derecho. Extensión de la Hipoteca., Pag.292.-).-

El estudio de la capacidad para hipotecar, debe hacerse desde un doble punto de vista, 1) La capacidad común, y 2) Las incapacidades específicas.

1) Para enajenar válidamente un bien, se necesita ser mayor de edad, y no encontrarse bajo interdicción judicial. Esta es la regla. Pero, tal capacidad se presume correspondiendo a quien alegue la incapacidad de demostrarla. Principio que se aplica igualmente a la hipoteca.

Respecto de los incapaces, hay que considerar la situación desde un doble punto de vista: a) Los absolutamente incapaces, b) Los relativamente incapaces.

a) Los absolutamente incapaces en principio no pueden celebrar actos jurídicos válidos. Pero ha sido alterado el régimen de las nulidades civiles.[5]

Las personas afectadas por esta clase de incapacidad, están sujetas a patria potestad o guarda, por lo cual debe atenderse a lo que se expresa más adelante, en relación con las facultades de los padres y guardadores para hipotecar bienes raíces de los hijos y de los pupilos.

[5] OBLIGACIONES, parte segunda, nums.658 y ss.-

b) Los relativamente incapaces, pueden, bajo ciertas condiciones vender y por consiguiente hipotecar sus bienes raíces. Los requisitos para enajenar dicen relación a la autorización judicial y a la subasta pública, además de la autorización o intervención del padre o guardador.

3.2.1 Del saneamiento de la hipoteca viciada por defectos.

Decía el art.2437 del C.C., que la hipoteca relativamente nula es susceptible de convalidación por la ratificación, o por el decurso del tiempo.

En esto se hallaba acorde nuestro Código Civil con el principio tradicional que hacía imposible convalidar los actos absolutamente nulos, por consiguiente la hipoteca otorgada por un absolutamente incapaz, o viciada de una nulidad relativa, que podía sanearse por confirmación o ratificación.

La Ley 50 de 1.936 varió fundamentalmente el régimen de las nulidades civiles, por lo cual debe entenderse modificado el art.2437 en los términos allí expuestos. Es así como hoy puede sanearse -- por ratificación o confirmación, una hipoteca viciada de nulidad, de aquellas que el Código calificaba de absolutas por defectos de consentimiento o capacidad.

En todo caso hay que tener en cuenta que la convalidación se produce desde la fecha de inscripción del gravamen, y qué es, ésta fecha la que determina el orden de prelación de la correspondiente hipoteca.

El C.de Co., de 1.971 en el inc. 1º del art.898, dispuso la ratificación expresa de las partes, dando un cumplimiento a las solemnidades pertinentes, perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación sin perjuicios de terceros de buena fé exenta de culpa.

3.3. DE LAS SOLEMNIDADES ESENCIALES

PRINCIPIO

La hipoteca es un acto doblemente solemne. Esto significa que la hipoteca está sujeta a la doble formalidad de la escritura, y del registro, como requisito ad substantiam actus, cuando se otorga entre vivos y a las formalidades del testamento solemne --abierto y al registro cuando se constituye por acto testamentario. En uno u otro caso, la hipoteca es voluntaria.

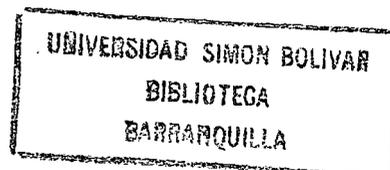
Ha sido tradicional entre nosotros sostener, que la hipoteca sólo puede constituirse por acto entre vivos. Intencionalmente nos hemos separado de este modo de ver las cosas. De una parte el Código omite hablar de la fuente de la hipoteca, al definirla en modo alguno exige una convención para constituirla. De la otra, el Código sólo menciona los requisitos esenciales: La escritura pública, y la anotación en el registro.

Ambos requisitos pueden cumplirse, mejor aún, deben cumplirse en el acto testamentario solemne abierto. En efecto el testamento solemne abierto se otorga por escritura pública (art.1070), que debe registrarse (art.2652 num.50., y 2660.) Sólo por excepción se otorga ante cinco testigos, (art.1071.)

3.3.1 CONTENIDO DE LA ESCRITURA PUBLICA

Puede nacer no sólo de un contrato, sino también de una declaración unilateral, de voluntad, entre vivos o mortis causa, si ésta última está contenida en un testamento solemne abierto.

El art.2434 exige que la hipoteca se otorgue por escritura pública, luego agrega, podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato que accede.



Esto significa, qué, aún fuera del acto contractual, la hipoteca puede ser constituída.

Ahora bien, cuando una persona concurre ante notario y por escritura pública expresa que grava con hipoteca determinado bien, para respaldar o garantizar tal obligación, se ha cumplido el requisito de la escritura pública, sí ésta, desde el punto de vista formal y de su contenido, cumple las exigencias legales.

Para ello no es menester la presencia en el acto, del acreedor que diga aceptar el gravamen, aunque la práctica sea otra. La aceptación puede ser tácita, al exigirse judicialmente la garantía.

Las exigencias legales son en primer término, las de toda escritura pública, (C.C., arts., 2576, 2577, 2586 y ss., 2580 y ss., 2594, 2595 y concordantes, hay derogadas por el art. 232 del Decreto 960 de 1.970, Ley 57 de 1.887 art. 333, y Decreto 960 de 1.970 arts. 12 a 41.). Luego, las especiales de la hipoteca. Estas, más las específicas del testamento solemne abierto en su caso.

Examinemos los requisitos de una escritura de hipoteca. Los arts. 2659 y 2663 del C.C., nos decía en concordancia con el art. 15 de la Ley 40 de 1.932 del C.C., que debería contener en primer térmi

no, una escritura de hipoteca, puesto que si era preciso registrarla en la forma allí prevista, la ausencia en la escritura de las especificaciones que exigían estos textos, hacía imposible su registro y su consiguiente perfeccionamiento. - (art.2665).-

Art.2659.- El registro e inscripción empezará por la fecha - del día de la diligencia y expresará:

1º) La naturaleza y fecha del título o documento.

2º) Los nombres, apellidos y domicilios de las partes, o de los que como apoderados o representantes legales requieran el registro. Las personas jurídicas serán designadas por su denominación legal o popular, y por el lugar de su establecimiento, y se extenderá a sus personeros lo que anteriormente se dice de los apoderados y representantes legales de las personas naturales.

3º) La designación de la cosa según aparezca en el título o documento original. Terminará la diligencia con la firma entera del registrador.

Ley 40 de 1.932, art.15.- En las inscripciones de los actos o contratos referentes a inmuebles, se copiarán íntegra y textualmente, las alinderaciones, cabida, ubicación precisa y nombre de las fincas, nombre de las partes, denominaciones de

los contratos, número, fecha y notaría donde se otorgó la escritura y demás circunstancias indicadas en el art.2659 C.C., tal como aparezcan del instrumento que se lleva al registro, - y en los certificados sobre tradición y libertad se transcribirán literalmente las mismas alinderaciones, nombres, etc., sin que en esa materia se puedan hacer cambios, supresiones o adiciones.

Hoy, rigen los arts.13, 14, 18, 19, 22, a 41 y 99 del Decreto - 960 de 1.970.

Art.2663.- El registro o anotación de una hipoteca deberá contener:

1º) La fecha en que se hace el registro.

2º) Los nombres, apellidos y domicilios del acreedor y del deudor, ajustándose para estas designaciones a lo que se previene en el número 2 del art.2636 (hay error en la cita, se trata del art. 2669, N. del A.).-

3º) La fecha y naturaleza del contrato a que accede la hipoteca y el archivo en que se encuentra. Si la hipoteca se ha constituído por acto separado del contrato a que accede la misma hipoteca, se expresará también la fecha del contrato y el archivo en que - exista el instrumento comprobante de dicho contrato.

4º) El nombre y la situación de la finca hipotecada, sus linderos

y todas las notas y señales con que el título se dá a conocer. Sí la finca hipotecada fuera urbana se expresará el lugar y la calle de su situación, y sí ésta se extiende a varios lugares, se expresarán todos ellos.

5º) La suma determinada que se extiende la hipoteca, en caso de que ella se limitare a una determinada suma, y,

6º) La firma entera del registrador.

Art.2664.- No se anulará el registro por falta de alguna o algunas de las designaciones prevenidas en los anteriores artículos de este capítulo, siempre por lo que del mismo registro conste, y por lo que resulte del mismo registro, puede venirse en conocimiento de lo que en tal registro se eche de menos, pero la falta de la firma del registrador sí induce nulidad en la diligencia de registro en que ocurre la falta.

Art.2665.- O con todo no valdrá el registro de la hipoteca o de la constitución (de la sociedad) o de cualquier otro gravamen o limitación del dominio sobre inmuebles , cuando no hubieren expresado claramente las circunstancias a que se contrae el art. 2663, lo que tendrá lugar del registro de la hipoteca de parte de una finca poseída pro-indiso, pues en tal caso las designa -

ciones de nombre, situación y linderos deberán hacerse expresando los de la finca, y advirtiéndole que la parte hipotecada corresponde a dicha finca poseída pro indiviso.

Cuando al registrador se presente un título constitutivo de hipoteca, o de cualquier otro gravamen o limitación del dominio sobre inmuebles que carezca de las designaciones a que se contrae el precedente inciso, no lo registrará.

Tampoco se registrará el título constitutivo de hipoteca cuando se le presente después del vigésimo día contado desde el otorgamiento del mismo título.

Art.13.- La escritura pública es el instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos emitidas ante el notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo. El proceso de su perfeccionamiento consta de la recepción, la extensión, el otorgamiento y la autorización.

Art.14.- La recepción consiste en percibir las declaraciones que hacen ante el notario los interesados; la extensión es la versión escrita de lo declarado, el otorgamiento es el

asentimiento expreso que aquellos prestan al instrumento extendido, y la autorización es la fé que imprime el notario a éste, en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados.

Además, según el art. 2439 el gravamen debe llenar las exigencias legales para enajenar. La hipoteca debe pues contener la expresión clara de voluntad del constituyente, de imponer el gravamen a determinada finca (identificándola por sus linderos, nombre y situación, origen y procedencia del título) para responder por determinada obligación. Esa identificación debe sujetarse a lo dispuesto en los arts. 31 y 32 del Decreto 960 de 1.970.

En una palabra, esa frase del artículo citado y con los requisitos necesarios para su enajenación, no sólo se está refiriendo a la capacidad y facultad de enajenar, a la escritura pública y al registro, sino también a la intención de gravar a la determinación del objeto del gravamen y a la identificación de la obligación a que ésta accede.

El instrumento debe ser comerciable, debe ser susceptible de ser transferido en propiedad.-

3.3.2 DE LAS HIPOTECAS DE CUANTIA INDETERMINADA

Dice el Doctor RODRIGUEZ PIÑEREZ: " esta materia tan discutida en la redacción del Código Civil Francés fué resuelta por BELLO en un sentido altamente científico y previsor, según el cual la indeterminación del crédito es permitida en forma tal, que obvia el inconveniente que decidió a los redactores del Código mencionado, a establecer la especialidad del quantum y deja a salvo todos los derechos y todos los intereses legítimos.

Sistema Francés: La hipoteca convencional, según este sistema debe ser determinada en cuanto al objeto y al monto del crédito como lo rezan los arts. 2129 y 2132 C.C., el último de los cuales dice así:

La hipoteca convencional no es válida si la firma por la cual se constituye no es cierta y determinada por el acto, si el crédito resultante de la obligación es condicional en su existencia o indeterminado en su valor, el acreedor no podrá requerir la inscripción de que se tratará luego, sino hasta concurrencia de un valor estimativo declarado expresamente por éste, y que el deudor tendrá derecho a hacer reducir, si hay lugar a ello.-

La palabra cierta significa aquí conocida de una manera precisa, es el sentido latino, certa pecunia, porque es evidente que se puede dar una hipoteca para garantizar un crédito cuya existencia no es cierta, pero que está afectada de una condición.

Sí el crédito tiene por objeto una suma determinada, se deberá indicar la cifra en el acto constitutivo, pero si el crédito es como dice el art. 2132 indeterminado en su valor, no será necesario estimarlo en el acto constitutivo, esto resulta del texto mismo del artículo que exige estimación en la inscripción de la hipoteca.

El sistema francés se reduce pues, a lo siguiente: cuando el crédito que se asegura no es determinado en su valor por los contratantes, el acreedor puede estimarlo en el acto de la inscripción salvo el derecho de reducción conferido al deudor.

Sistema de Goyena: Este se halla consignado en tres artículos de proyecto que dicen así:

Art.1785., no pueden hipotecarse para seguridad de una obligación bienes por más valor que el del duplo del importe conocido o presunto de la obligación misma.

Art.1802., la hipoteca constituída para asegurar un capital - que devenga intereses surte un efecto no sólo para el pago - del capital, sino tambien para el de los intereses de dos años y de la parte vencida de la anualidad corriente.

Si los atrasos son mayores, podrá el acreedor requerir la inscripción respecto del exceso, y surtirá efecto desde su fecha, contra terceros..

Art.1850.- Sí el crédito que resulta de la obligación está pendiente del cumplimiento de una condición o es de un valor indeterminado, no se hará la inscripción sino por el importe en que hayan convenido expresamente el acreedor y el obligado en escritura pública o en su defecto por la que se haya fijado judicialmente.

Este sistema como el francés, tiene el grave inconveniente de coartar la libertad jurídica, pero lo mejora en el sentido de exigir la determinación en el acto constitutivo de la hipoteca y al propio tiempo tiene marcada tendencia protectora en favor del deudor, con el establecimiento de las tres reglas que consignan los artículos insertos :

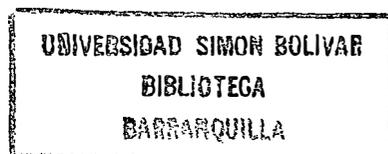
a.-) El valor de los bienes hipotecados no puede exceder - al duplo del importe conocido o presunto de la obligación misma.

Importe conocido según ese mismo sistema, es el que resulta del capital de la obligación con sus intereses en dos años, y la parte vencida de la anualidad corriente, añadida en ocasiones, del importe de atrasos cuya inscripción requiera el acreedor.

b.-) No puede garantizarse con hipoteca una obligación - condicional o indeterminada sino dentro de los límites de la declaración expresa de los contratantes. Esta regla rechaza el principio francés que deja al acreedor la facultad de hacer la declaración en el acto de la inscripción, salvo el derecho de reducción conferido al deudor.

Pero la regla no tiene carácter de disposición de orden público lo que permite formular la siguiente de carácter excepcional.

La obligación indeterminada o condicional que no haya sido limitada por las partes, puede serlo judicialmente antes - de la inscripción.-



Sistema Chileno y Colombiano. Dicho el art.2606 que, sin embargo siendo teoría distinta de la del otro, fué aceptado tal como lo formuló su autor y es el art. 2431 del código chileno cuyo tenor literal es el siguiente, (2455 del C.C., colombiano)

La hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente, pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se haya estipulado.

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

3.3.3 DE LA REDUCCION DE LA HIPOTECA

Consecuencia del principio establecido en el acápite anterior según el cual las hipotecas son de cuantía indeterminada, es que la totalidad del inmueble o inmuebles gravados están afectados a responder por el crédito, cualquiera que sea el monto que éste alcance posteriormente.

Desde luego, ello trae como resultado que el deudor quede - completamente atado, pues difícil le será obtener nuevos - créditos con el mismo respaldo de los bienes hipotecados, es to como es obvio, le causará serios trastornos. Para evitarar los hay dos caminos : a) las partes determinan en el acto - mismo y de modo expreso la cuantía de la hipoteca; b) el ju ez procede a efectuar la limitación del gravamen.

La ley concede a las partes la facultad de señalar ellas - mismas una suma determinada a la cual queda limitada la hi- poteca.(C.C. art.2455 inc.1.).

La limitación de las partes puede hacerse de dos modos: fi- jando al gravamen la misma cuantía de obligación o una supe rior cuando ésta tiene un monto determinado, o señalado un- límite máximo hasta el cual podrá ir la responsabilidad hi-pootecaria, esto ocurrirá siempre que la obligación sea de - cuantía indeterminada o simplemente determinable.

Existen casos en que las partes no están de acuerdo y es el juez, quien lo determinará :

1) Cuando las partes señalan a la garantía hipotecaria una - cuantía que exceda del duplo de la obligación importe conoci do.-

2) Cuando las partes fijan un límite máximo que sea superior al duplo del importe presunto de la obligación.

3) Cuando la hipoteca sea de cuantía indeterminada y el importe de obligación determinable.

En los dos primeros casos, el juez reduce la hipoteca al disminuir la cuantía señalada por las partes al gravamen; en el tercero la reduce al fijar el límite máximo de la responsabilidad hipotecaria cuando el monto de la obligación sea determinado o determinable. En los tres casos toma como norma el importe conocido o el importe presunto de la obligación principal y ordena una nueva inscripción. Esto es lo que dice el mencionado art.2455 cuando luego de preceptuar la facultad para las partes de limitar la hipoteca a una determinada suma, expresándolo así de modo inequívoco agrega: "... pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se haya estipulado. El deudor tendrá derecho para que reduzca la hipoteca a dicho importe y reducida se hará a su costa una nueva inscripción, en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta la cuantía en que se fijare la segunda.

3.3.4 EFECTOS DE LA REDUCCION

El sistema de nuestro Código Civil se caracteriza :

a) Por la posibilidad de hacer la limitación inequívoca del monto del gravamen en el acto constitutivo caso en el cual se sabe que la hipoteca no se extiende sino hasta el límite señalado por las partes que en ningún caso puede exceder del doble importado conocido o presunto de la obligación principal.

b) Por la regla general de la indeterminación de la hipoteca que está indicando a los terceros la inconveniencia de admitir el bien gravado como garantía de otras obligaciones o de adquirirlo en propiedad.

c) Por la existencia de una acción de reducción en virtud de la cual el deudor puede exigir del juez, la limitación del gravamen al límite máximo del doble del importe conocido o presunto, de la obligación principal.

d) Por la existencia de esa misma acción más propiamente llamada aquí de limitación, que permita al deudor de una obligación de cuantía determinable obtener cuando las partes no han señalado ellas mismas en el acto constitutivo el límite máximo del gravamen la fijación de la responsabilidad hipotecaria, es una suma igual al doble del importe pre

sunto de la obligación.

Otra cosa piensa RODRIGUEZ PIÑEREZ [6] en su citada obra. Estima el distinguido jurista que importe conocido es el límite fijado por las partes a la garantía hipotecaria.

Sería en cambio, de importe presunto aquella obligación que sólo es determinable por su naturaleza. Por ejemplo, un crédito de \$5.000.00 con intereses al 5% anual.

Fuera de lo dicho, la obligación es indeterminada.

Sí las partes han omitido señalar el límite de la responsabilidad hipotecaria y la obligación es indeterminada, pero determinable, puede el deudor pedir al juez que señale el importe presunto de esa obligación caso en que el límite de la hipoteca será el duplo de dicho importe, previa la correspondiente inscripción. Como se vé, es un caso de limitación o fijación! [7].

[6] E. RODRIGUEZ PIÑEREZ. op.cit., pag. 299 num. 32.-

[7] Cuando la hipoteca y la obligación no susceptible de estimación presunta en su cuantía, no cabe la acción de reducción. Esta sólo será posible cuando la cuantía de la obligación sea conocida o determinable.-

3.3.5 DEL REGISTRO

La segunda solemnidad esencial de la hipoteca es su registro, dentro del plazo y en el término señalados por la ley. El registro juega un triple papel. Sirve para perfeccionar el gravamen, el que sin él, no adquiere existencia (C.C. art. 2435).- Fija la fecha del gravamen y el orden de prelación (C.C. art. 2435), sirve de medio de publicidad de la hipoteca (C.C. art. 2637, hoy derogado.)-.

De modo general el art. 44 del Decreto 1250 de 1.970 dispuso:

[8] "... ningún título o instrumento sujeto a inscripción surtirá efectos respecto de terceros, sino desde la fecha de -- aquel ".-

No sólo debe registrarse la escritura de hipoteca voluntaria, sino también, la judicial.[9].- El registro debe hacerse dentro del plazo de noventa días siguientes a la fecha de su otorgamiento, si se hace posteriormente el registro y por consiguiente la hipoteca, carece de valor (Ley 56 de 1.904 Dec.1250)

[8] Consecuentes con el sistema el art.901 y el art.1208 del C. de Co., dispusieron, sería inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija.

[9] Obligaciones, parte segunda num. 568, nota 163.-

La única excepción era la de las hipotecas constituídas en el extranjero, cuyo registro debía hacerse dentro de los cientos ochenta días siguientes a la fecha del otorgamiento (Ley-56 de 1.904), pero ésta norma fué tácitamente derogada por el art. 96 del Decreto 1250 de 1.970. (Ley 152 de 1.887 art.3).

Por tratarse de un plazo legal, se excluyen del cómputo los días inhábiles.[10]. En esto hay una diferencia esencial entre la hipoteca y los demás actos que son simplemente solemnes (como la compra-venta), en los cuales el registro puede hacerse transcurridos los noventa o los ciento ochenta días de marras, aunque pagando un recargo en el impuesto, (Ley citada Decreto 1250 art.11 y 32.-)

El Código es terminante, la hipoteca sólo tiene validez desde la fecha del registro y por consiguiente su fecha y orden de prelación sólo principia a contarse de aquella, art. 2499.-

[10] Obligaciones parte segunda num. 2731 in fine.-

3.3.6 MODO DE HACER EL REGISTRO

El registro de una hipoteca debía hacerse en un libro especial denominado de anotación de hipotecas (art. 2641 num.3º) y contener (art.2663).- :

1) La fecha en que se hacía el registro, no aquella en que se entregó la copia de la escritura respectiva en la oficina del registrador correspondiente, que lo es el del circuito en que esté ubicada la finca (y sí ésta se hallaba en varios circuitos, a todos los registradores de ellos,art.2653), sino hasta la fecha en que se inscribió en el libro precitado el gravamen hipotecario.

Además al pié de la referida copia de la escritura de la hipoteca el registrador pondrá una nota en que exprese la fecha en que se ha verificado la inscripción o registro, y el folio o folios de libro o libros, en que conste aquella diligencia, y autorizará lo escrito con su firma entera, hecho lo cual devolverá el título a los interesados.

2) Los nombres apellidos y domicilio del deudor ajustándose para estas designaciones a lo que se previene en el número 2 del art.2659.-

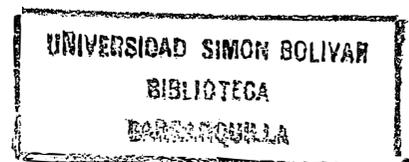
3) La fecha y naturaleza del contrato a que accede la hipoteca y el archivo en que se encuentra o existe el instrumento comprobante de dicho acto, cuando éste se otorgó por separado del contrato a que accede la hipoteca.

4) El nombre y situación de la finca hipotecada, sus linderos y todas las notas y señales con que el título se dé a conocer, ésto aunque lo gravado sea una cuota o parte de la finca (art. 2694 inc.3°).-

5) La suma determinada a que se extienda la hipoteca, en case de que ella se limitare a una determinada suma, y,

6) La firma entera del registrador.

El registro de la hipoteca en el libro especial no descarta el registro en sus correspondientes libros de los demás actos jurídicos que se contengan en la escritura constitutiva de la hipoteca. (C.C. art.2668, hoy derogado.).-



Según el art. 22 del Decreto 1250 mencionado el proceso de registro de un título o documento se compone de radicación, la calificación, la inscripción y la constancia de haberse ejecutado esta, y deberá cumplirse dentro del término de tres días hábiles.

Hecha la radicación y la calificación (art. 23 a 25), el título pasará a la sección de inscripción para su registro de conformidad con la orden de la sección jurídica (art.26), ésta orden constituye pues un acto administrativo sujeto a los recursos legales consiguientes, y el funcionario que lo confiere queda bajo lo dispuesto por las leyes, en particular las penales, si abusa de sus poderes.

Según el art. 27 ibídem " La inscripción se hará siguiendo con todo rigor el orden de radicación con la anotación en el folio en las correspondientes secciones o columnas, distinguida con el número que al título le 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, la naturaleza del título, escritura, sentencia, oficio, resolución, su número distintivo si lo tuviere, su fecha, oficina de origen, y partes interesadas, en forma breve y clara y en caracteres de fácil lectura y perdurables.-

Efectuado el registro con las anotaciones en la forma indicada en el presente trabajo, se considera realizado para todo los efectos legales el registro de instrumento.

Art.43.- Ninguno de los títulos o instrumentos sujetos a - inscripción o registro, tendrá mérito probatorio sino ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación salvo en cuanto - a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro.

Art.44.- Por regla general ningún título o instrumento sujeto a registro o inscripción, surtirá efectos respecto de terceros, sino desde la fecha de aquel".-

3.3.7 DE LA FALTA DE LOS REQUISITOS SUSTANCIALES DE LA HIPOTECA.

Este aspecto debe ser considerado desde un doble punto de vista: a) la ausencia o defecto de las solemnidades de autenticidad.b) la ausencia o defecto de las solemnidades de publicidad.

La ausencia de la escritura pública tiene el efecto de impedir

el nacimiento del acto jurídico de hipoteca, el gravamen constituido por simple escrito privado es inexistente como tal.[11]

La falta de la escritura pública no puede subsanarse en forma alguna, ninguna prescripción, ninguna convalidación o ratificación sería posible en tal caso. Los arts. 22 y 1760 del C.C., son terminantes : La solemnidad ad substantiam actus es insustituible, el acto se mirará, agrega el art. 1760 como no celebrado o ejecutado, aún cuando en él, se prometa reducirlo a escritura pública dentro de determinado tiempo.

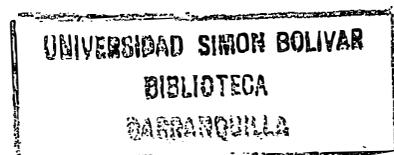
La falta parcial de los requisitos exigidos por la ley para la escritura pública, puede ser, o no ser, causa de nulidad absoluta del acto jurídico. Obsérvese bien, que nos referimos a los requisitos de la escritura como instrumento público y nó, a los del acto en sí mismo, como sería verbigracia la determinación de la cosa o del precio en la compraventa, o la determinación del inmueble hipotecado en la correspondiente escritura (Dec. 1960 art.31.), la ausencia de estos requisitos esenciales tornaría el acto inexistente.

[11] Obligaciones, parte segunda, num. 569, nota 163.-

La inscripción debe constar :

- 1) La fecha en que se hace el registro.
- 2) La naturaleza y la fecha del título o documento.
- 3) Los nombres, apellidos y domicilios del acreedor y deudor - ajustándose en cuanto a las personas jurídicas a lo mandado por el inc.2° del num.2 del art. 2659.
- 4) La fecha y naturaleza del contrato a que accede la hipoteca y el archivo en que se encuentra. Esto aunque la hipoteca - se haya constituido por acto separado del contrato a que - accede la hipoteca.
- 5) El nombre y la situación de la finca hipotecada, sus linderos, y todas las notas y señales con que el título se dé a- conocer. Para las fincas rurales, basta designar el lugar - de situación, y si ésta se extiende a varios lugares, todos ellos. Para las fincas urbanas, la designación de su ubica- ción debe contener el lugar y calle donde están situados.
- 6) Cuando la hipoteca esté limitada a una determinada suma, la cuantía de dicha suma.
- 7) La firma entera del registrador.

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



3.3.8 DEL SANEAMIENTO DEL ACTO VICIADO POR DEFECTOS DE SOLEMNIDAD

Es posible a las partes sanear por ratificación o confirmación el acto absolutamente nulo. En esta forma la nulidad absoluta pierde sus caracteres tradicionales para acercarse a la relativa. Y aún en el caso mencionado del objeto o causa ilícitos, la prescripción sana la nulidad.

No debe olvidarse que la hipoteca para perfeccionarse debe no sólo constituirse por escritura pública, sino registrarse dentro de los noventa días siguientes a su otorgamiento.

3.3.9 EN QUE FORMA PUEDE HACERSE LA RATIFICACION DE LA HIPOTECA - VICIADA DE NULIDAD

La ratificación de un acto nulo tiene entre nosotros un doble sentido, el de convalidar un acto viciado por ausencia de consentimiento (confirmación), y el de convalidar un acto nulo por defecto de alguno de los requisitos legales de validez (ratificación propiamente dicha), igualmente la ratificación o confirmación puede de modo general, efectuarse tácita o expresamente.-

Para la nulidad absoluta la cosa no es igualmente clara. Descartamos desde luego la derivada de objeto o causa ilícitos, para la -

cual ninguna confirmación o ratificación es posible.

Para la nulidad proveniente de otras causas, por ej., la derivada de haberse hecho la inscripción de la hipoteca después de los noventa días de que hablan los arts. 12 de la Ley 56- de 1.904 y 32 del Dec.1250 de 1.970.-

En efecto puede suceder que existan acreedores hipotecarios de grado posterior a aquél cuya hipoteca es nula. La ratificación al retrotraerse en sus efectos al día del registro viene no sólo a dar firmeza al gravamen, sino, a fijar la prelación del mismo con referencia a la fecha en que se hizo el registro, puesto que a tal fecha se retrotraen los efectos del saneamiento.(art.2437).-

3.3.10 QUIENES PUEDEN SOLICITAR LA NULIDAD DE LA HIPOTECA

Todos los interesados y el Ministerio Público, ahora bien, la parte en cuyo interés ha establecido la ley la nulidad puede ser admitida o solicitarla, éstos mismos interesados pueden ser admitidos a pedir la nulidad de la obligación principal, yá que ésta acarrea la invalidez de la garantía accesoria.

3.3.11 CONTRA QUIEN SE DEBE PEDIR LA NULIDAD

Si lo que se demanda la nulidad de la obligación principal y el gravamen se ha constituido por acto separado, las partes son las que figuran en el acto generador de aquella. Pero el deudor hipotecario podría actuar como litisconsorte, por coadyuvancia de la acción intentada por el deudor principal.-

3.3.12 DEL PODER PARA HIPOTECAR

Tratándose de la hipoteca, debe otorgarse con los requisitos para enajenar, de modo que las razones que existen para la compra-venta, son valederas para la hipoteca.

La hipoteca constituida por quien tiene poder suficiente es inoponible al dueño del bien gravado, para esto no existe es res inter alios acta.

3.4 BIENES SUSCEPTIBLES DE SER HIPOTECADOS

El antiguo derecho francés careció de un régimen de unidad en relación a la hipoteca, mientras que en Gran Bretaña y Normandía se admitió la validez de la hipoteca mobiliaria, bien

que despojándola del derecho de persecución que tenía en el - derecho romano, en París y Orleans se rechazó por completo la posibilidad de gravar hipotecariamente los bienes muebles.

3.4.1 QUE BIENES PUEDEN GRAVARSE HIPOTECARIAMENTE EN COLOMBIA

De la definición contenida en el art.2432 de lo dicho en el - art. 2443 se desprende que, entre nosotros sólo puede gravarse hipotecariamente los bienes raíces y las naves susceptibles de ser enajenados.

En esta forma la garantía que tiene por objeto bienes muebles, - será siempre calificada de prenda, aunque el deudor permanezca en poder de las cosas gravadas. A su vez la prenda que recae so
bre inmuebles se llama hipoteca.-

3.4.2 REQUISITOS QUE DEBEN LLENAR LOS INMUEBLES PARA QUE SEAN HIPOTECABLES

Para que un bien raíz sea gravable con la hipoteca, es menester que el constituyente tenga sobre el respectivo bien, un derecho pleno o nudo de dominio, o que si la propiedad está desmembrada el constituyente tenga por lo menos el usufructo del bien a gra
var.(art.2443).-

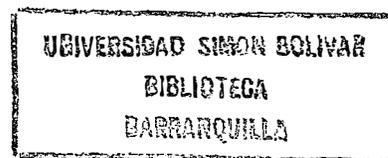
Para que un gravamen hipotecario pueda constituirse válidamente se requiere a) sea propietario o usufructuario del inmueble, b) tenga la facultad de hipotecar, c) y se llenen los requisitos legales, que no son otros que los de la enajenación. (arts. 2439 y 2443).-

3.4.3 HIPOTECA DE INMUEBLES COMUNES

Aparentemente la hipoteca de bienes sobre los cuales se tenga un derecho de condominio, no suscita dificultad alguna. No obstante el examen a fondo de la cuestión, presenta una multiplicidad de aspectos dignos de analizarse.

Es necesario distinguir la comunidad indivisa de la comunidad-divisa, porque las reglas son diferentes en uno y otro caso .-

La comunidad indivisa se caracteriza porque el condueño tiene sólo un derecho equivalente a una cuota sobre el bien común, -verbigracia, la tercera o mitad del dominio de una cosa. El derecho es aquí indeterminado, intelectual o abstracto en el sentido de que no se radica sobre una parte precisa de la cosa, -sino que existe en común con los demás condueños y proindiviso sobre la totalidad del bien.-



La expresión cosa común que trae el texto cobija ambas hipótesis, pues de otro modo sería incomprensible que en la división de dicha cosa común se le adjudicaran al copartícipe, -- bienes no susceptibles de hipoteca.

3.4.4 HIPOTECA DE UN DERECHO DE DOMINIO EVENTUAL, LIMITADO - RESOLUBLE O RESILIBLE

El derecho de dominio, aunque pleno, puede estar sujeto a limitaciones resoluble o resilible, también puede ser eventual.

La hipoteca se constituye sobre el bien raíz tal como se halle al momento de nacer el gravamen. Por lo tanto las servidumbres pasivas, anticresis, arrendamientos por escritura pública, y en general todas las limitaciones registradas, impuestas al dominio por el propietario del bien gravado, quedan subsistentes - y en nada se afectan por el acto hipotecario. Si dicho bien es sacado a remate o se adjudica al acreedor, lo será en las mismas condiciones anteriores.

3.4.5 DE LA HIPOTECA DE BIENES FUTUROS

Permite el Código esta clase de hipoteca en forma que podría -

considerarse contradictoria con su propia existencia de que el constituyente posea en propiedad o usufructo el bien que grava.

El que hipoteca un bien futuro hace un acto en el vacío. Esto es el resultado del concepto mismo de bien futuro, por oposición a la idea de derecho eventual, en este existe un germen, un embrión conocido del derecho, del bien respectivo, es el feto que el animal lleva en su vientre, el derecho del vendedor con pacto de retro, o el derecho de cuota del comunero, son las cosas a que se refiere el art.1869 del C.C.-

El gravamen sobre bienes que eventualmente pueden llegar a ser del pleno dominio del constituyente está regulado por el art. 2441 y no debe confundirse con la hipoteca de bienes futuros, de que trata el art. 2444.-

3.4.6 EL PROPIETARIO DEL BIEN INMUEBLE GRAVABLE DEBE TENER FACULTAD PARA HIPOTECAR EL CASO DEL PROPIETARIO FIDUCIARIO

Según el art. 816 del C.C., el propietario fiduciario tiene para hipotecar las mismas facultades que los guardadores, es

to es, se le ha restringido su capacidad en defensa del propietario fideicomisario, al hacerlo olvidó el código el principio consagrado en el art. 1548 concordado con el art. 2441, en efecto, según tales textos, sí el que debe una cosa inmueble bajo condición resolutoria la enajena o hipoteca y la condición se cumple, la enajenación o hipotecación no podrá resolverse, ésto es la condición constaba en el título respectivo y se hallaba inscrita en el Registro de Instrumentos Públicos, tales terceros precisamente porque tenían medio de enterarse de la existencia de la condición por el registro, pierden su calidad de buena fé, exenta de culpa, y la resolución del derecho de su causante los perjudica. Empero no lo hizo así en el art. 816 precitado, sentó reglas distintas, dispuso que el propietario fiduciario no pudiera hipotecar el bien constituido en fideicomiso sin autorización judicial previa citación del propietario fideicomisario. El juez no puede conceder la licencia sino con conocimiento de causa, ésto es en caso de utilidad para el fideicomiso, nunca puede autorizar la hipoteca en beneficio o interés personal del fiduciario, por esto debe hacerlo con audiencia del fideicomisario quién se opondrá a la medida si lesiona su derecho eventual; surge entonces el problema de saber que consecuencias tiene tal oposición, es decir, si el juez puede autorizar el gravamen a pesar de que el fideicomisario se oponga a ello.-

3.4.7 LA HIPOTECA DEBE OTORGARSE CON LOS REQUISITOS DE LA ENAJENACION

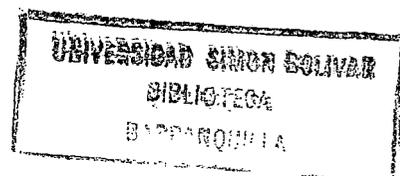
Al hablar de los requisitos para enajenar no sólo se está - comprendiendo lo atinente a las solemnidades legales y a la capacidad, sino, a los requisitos de la enajenación como tal es decir, a la necesidad que el bien exista, por lo menos - eventualmente o se espere que exista, que sea comerciable, - que sea determinado, y que no esté prohibida su hipoteca - ción.

La hipoteca sobre un bien comerciable es nula, la constituída sobre un bien que no esté determinado o sea determinable es inexistente, como inexistente es, la otorgada sobre bienes que no sean, ní habrán de ser, y sobre los que, esperán dose que lleguen a ser, jamás tienen existencia.-

3.4.8 GARANTIAS POR DEUDAS DE TERCEROS. HIPOTECAS DE BIENES AJENOS

El principio según el cual sólo puede constituír hipoteca sobre un inmueble quien lo posea a título de dueño o de usufructuario, tiene una múltiple trayectoria:

Es posible hipotecar un bien propio para garantía de una obli-



gación ajena,(arts. 2439 y 2442 inc.2°).-

En este caso el constituyente debe reunir los requisitos exigidos como tal, y como si se tratara de hipotecar un bien para garantía de su propia obligación.

Los efectos de la hipoteca de esta clase son :

a) El constituyente no se obliga personalmente, salvo que así lo exprese,(arts.249 inc.2° y 2454 inc.1°).

b) Si el constituyente paga la obligación en caso de no hacerlo el deudor, se subroga en los derechos del acreedor y tiene derecho a ser indemnizado por el deudor,(arts.2454 inc.2°, y-2453.).

c) Para efectos de la acción real que la hipoteca otorga al acreedor, el tercero no goza del beneficio de excusión. Estas es la secuela del inciso final del art. 2454, que sujeta a las reglas de la fianza únicamente la acción personal que dicho acreedor pueda tener contra el fiador y del inciso 2° del mismo texto que entiende al fiador hipotecario las reglas del art. 2453.-

En cambio no es dable hipotecar un bien ajeno para garantía de una obligación propia del hipotecante, sí el dueño no ha

autorizado el gravamen. La hipoteca de un bien ajeno, o cuya posesión no tiene el constituyente, es inoponible al dueño - o al poseedor, en su caso, Expliquemos esto :

La jurisprudencia ha sostenido de modo constante, que la hipoteca de cosa ajena es nula, de nulidad absoluta que no puede validarse ni ratificarse.

El profesor Gacharná por el contrario, considera que la hipoteca de un bien ajeno, es cosa que sólo atañe al dueño del bien gravado, y que es del exclusivo interés, de éste, reclamar o nó, contra el gravamen por lo cual se trata de una nulidad relativa.

Es posible la hipoteca de un bien ajeno bajo la condición de que llegue a ser del constituyente dentro de un plazo determinado.

El registro del acto debe hacerse dentro de los términos aludidos en él, una vez adquiridos por el constituyente el bien, se retrotraen a la fecha del registro el art. 2438, es terminante sobre el particular.-

3.4.9 HIPOTECAS DE INMUEBLES POR RADICACION, ADHERENCIA, O DESTINACION

Dentro de la defectuosa terminología y clasificación adoptadas por nuestro código, podemos destacar tres categorías de bienes inmuebles distintos de la tierra, que es el inmueble - por excelencia:

- a) Inmuebles por adherencia a los cuales se refieren los arts. 656 y 657 o sea aquellos bienes adheridos a la tierra permanentemente, como los edificios, árboles, etc.-
- b) Inmuebles por radicación, cuales son las cosas que están embutidas de comodidad u ornato en las paredes, pisos o techos de los inmuebles, de forma que constituyen con éstos, un solo cuerpo.
- c) Inmuebles por destinación, que son las cosas muebles permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, (art.658).-

4. CONTENIDO DE LA HIPOTECA

4.1 La hipoteca de un terreno comprende las edificaciones -
que en él existen, y las que posteriormente se hagan .-

En virtud del principio "acesorium sequitur principale" -
las construcciones que existan en un terreno se consideran -
como formando un solo cuerpo con él, [1] de modo que la enaje
nación o el gravamen del predio comprende no sólo la tierra,
sino también las edificaciones que le acceden aunque nada se
diga sobre el particular, cualquiera que hubiere sido la per
sona que la construyó.

Por consiguiente, cuando se hipoteca un lote de terreno, y -
luego se edifica en él, la construcción queda igualmente gra
vada con hipoteca. Este principio ha sido consagrado en el -
art. 2445 inc. 2º según el cual, la hipoteca se extiende a -
todos los aumentos y mejoras de la cosa hipotecada, por mejo
ra se entiende todo incremento material, natural o industrial
del bien gravado.-

[1] " Omne, quod inaedificatur solo coedit ".- NUSSBAUM, -
Lehrbunn des deustschen Hypothekenkens, 19, 11, a, b, y c.-

No solo comprende las edificaciones (inmuebles por adherencia, según el art. 626, sino también las plantaciones (art. 657), los establecimientos industriales adherentes al suelo, las cosas radicadas en los inmuebles (art. 660 in fine) - las fuentes, cascadas, etc., posteriores, coetáneas o anteriores al gravamen. No comprende en cambio las minas y canteras que se hallen dentro del fundo hipotecado o que son susceptibles de hipotecarse separadamente ni el inmueble que, existiendo separadamente con anterioridad a la accesión se una por esta al fundo hipotecado.

Por tal motivo no comprende aquellos edificios, construcciones etc., que pertenezcan al titular de un derecho de superficie, usufructo, concesión, etc., que son susceptibles de hipotecarse separadamente, en efecto coexisten aquí dos derechos de dominio de inmuebles, diferentes : El del propietario del suelo y el del propietario del edificio o construcción.

4.2 TAMBIEN COMPRENDE EL INCREMENTO DEL TERRENO COMO CON- SECUENCIA DE ALUVIONES

Una de las formas de accesión es el aluvión, en virtud del cual las riberas de los ríos, lagos, mares, etc., se ven aumentadas como resultado de la tierra que lentamente van dejando las aguas.(art.719.)

Por aplicación del principio anteriormente citado, este aumento de la finca hipotecada, queda comprendido por la hipoteca.

PLANIOL, RIPERT y BECQUE extienden la regla a la avulsión[2] ésta tesis corresponde al contenido de nuestro art. 722.-

4.3 LA HIPOTECA SE EXTIENDE A LOS FRUTOS DE LA COSA HIPOTE- CADA, PRECISION DE LA REGLA

El dueño, tiene como secuela de su dominio, derecho a los frutos de la còsa de qué es propietario.

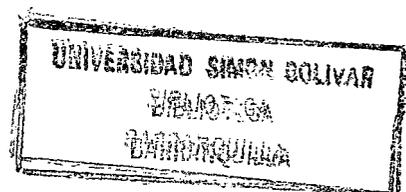
[2] Opus cit. num.386.-

Estos frutos como accesorios de los inmuebles se reputan tales y quedan comprendidos por la hipoteca, más aún su transitoria separación en nada afecta su categoría de inmuebles.

De suerte pues, que la hipoteca comprende, tanto los frutos-civiles como los naturales, puesto que todos son frutos y la ley no limita la extensión del gravamen a unos con exclusión de los otros.

La hipoteca se extiende a los frutos civiles causados y no percibidos que produzcan la cosa hipotecada (art.2446).

Desde luego, el artículo se limita a expresar que el gravamen se extiende a las pensiones devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados, pero esa frase debe entenderse en el sentido de los frutos civiles causados y no percibidos puesto que si lo han sido, es decir, si han sido recaudados por el propietario o quien haga sus veces aunque el cobro sea anticipado, el carácter jurídico de accesorio que tiene el fruto civil en relación con el inmueble se rompe, y el bien recobra su forma natural mueble.



La hipoteca comprende los frutos naturales de la cosa gravada mientras estén pendientes o no hayan sido anticipados.

Los frutos que aun permanecen formando con la cosa un solo cuerpo, como las sementeras que todavía no han sido cosechadas, las frutas y productos de los árboles aun pendientes, las flores que no han sido arrancadas de la mata, etc., quedan en virtud del mismo principio aludido en el art. 2445, inc. 2º cobijados por la hipoteca de la cosa de la cual son accesorios.

Al ser separados el fruto de la cosa que lo produce, como cuando se arrancan los bulbos o cebollas de la sementera, o cuando se recoge la cosecha de café, se rompe el lazo entre el producto y el inmueble, y los frutos así separados recobran su naturaleza mueble [3]

Para que no se opere este fenómeno es menester que el fruto pese a su separación momentánea, esté destinado al cultivo servicio o beneficio de un inmueble porque entonces continúa siendo inmueble, en virtud de su destinación (art.661.)-

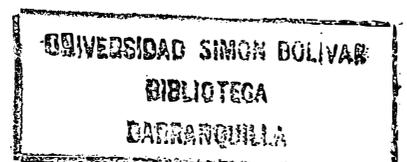
[3] PLANIOL, RIPERT y BECQUE, T. XII., pag. 384.-

No obstante hay un fenómeno que tiene el efecto de convertir los frutos en bienes muebles por anticipación, aún antes de que se rompa el lazo material o jurídico que los hace accesorios de un inmueble..

El art. 245 inc. 1, pronuncia así la hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles según el art. 658 pero deja de afectar - los desde que pertenecen a terceros.

Este precepto incurre en tres impropiedades ostensibles. La primera que se refiere a los muebles que por accesión a los bienes raíces se reputan inmuebles, incurriendo en una lamentable confusión entre accesión y accesorios, no hay que confundir dice RICI los accesorios con las accesiones, aquellos son objetos muebles por su naturaleza que se convierten en inmuebles por haberlos destinado su propietario al servicio del fundo, las otras por el contrario, son otro inmueble que accede o se una al predio, del cual antes que accesorios son parte integrante.

La segunda impropiedad es la de aludir únicamente a las cosas que según el art. 658 se reputan inmuebles pese a su natu



raleza mueble, porque dicho texto sólo contempla una clase de inmuebles que no lo son por naturaleza los inmuebles por destinación, con exclusión de los inmuebles por radicación y por adherencia, de que tratan otros preceptos del Código.

Claro está que todos los accesorios, y no sólo los enunciados en el art. 658 quedan comprendidos por la hipoteca, esto es precisamente el resultado de ser accesorios.

La tercera de las impropiedades del texto en mención es la de limitar el caso de la anticipación al evento del dominio constituido en favor de un tercero, sobre los bienes accesorios de los inmuebles.

Por consiguiente, sí el bien calificado de inmueble debe ser a partir de su anticipación considerado mueble, es porque la ley atribuye jurídicamente el carácter de no accesorio de independiente del bien raíz a que accede, antes de su separación de este, siendo en esta forma anticipadamente reputado de naturaleza mueble y tal y como vendrá a ser una vez cumplida su efectiva separación.

Y si esto es así, mal puede ser susceptible ese bien del gravamen hipotecario, que sólo puede recaer sobre inmuebles y extenderse a aquellas cosas que la ley supone tales por ser accesorios de bienes raíces.

Finalmente el problema atinente a la facultad que tiene el propietario del inmueble hipotecado para establecer otros gravámenes o derechos sobre los accesorios del mismo, en favor de terceros.

4.4. LA HIPOTECA COMPRENDE LOS BIENES QUE EL ART.658 REPUTA INMUEBLES

No sólo porque así lo expresa el inc. 1º del art. 2445, sino como una consecuencia de su carácter de accesorios del inmueble gravado, los bienes a que alude el art. 658 quedan comprendidos por el gravamen.

De conformidad con lo expresado, se consideran inmuebles aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, no obstante puedan separarse sin detrimento.

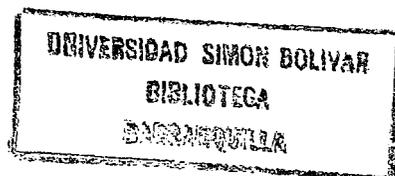
Para que un bien inmueble por naturaleza se repute inmueble al tenor de lo citado, es preciso que se halle permanentemente destinado al uso, cultivo y beneficio de un bien raíz.

Cabe destacar tres grupos, aquellos que aluden a cosas que podrían estar comprendidas dentro de los inmuebles por radicación, aquellos que exigen la destinación hecha por el dueño de la finca, y los que requieren un carácter accesorio de inmuebles por adherencia.

El primer grupo comprende aquellas cosas que aunque destinadas al uso o beneficio de un inmueble, han sido radicadas en él. Tales las cosas de un pavimento, tuberías de cañerías, ésta clase de cosas no adquieren un carácter de muebles ni aún por su separación, si persiste su destinación (art.661.).-

El segundo grupo se refiere a cosas esencialmente muebles como son los utensilios de labranza o minería (herramientas), y a los animales y abonos existentes en la finca, siempre y cuando que se reúnan estas dos condiciones : hallarse destinados al cultivo o beneficio del inmueble, y, haber sido puestos en éste por el dueño de la finca.

El tercer grupo se subdivide, así: cosas respecto de las que no sólo se exige ser accesorias de inmuebles por adherencia, sino también que hayan sido destinadas por el dueño del inmueble. Cosas respecto de las cuales sólo se considera su carácter accesorio de un inmueble por adherencia.



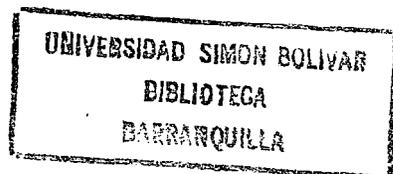
Se reputan inmuebles las prensas, calderas, cubas, alambres, toneles, máquinas (dinamos, transmisiones, etc.) siempre y cuando que formen parte, es decir, estén destinados al servicio de un establecimiento industrial adherente al suelo - (que sea inmueble por adherencia, arts. 656, 657), y que pertenezcan al dueño de éste, hecho que se presume por la destinación.

Los animales que se guardan o viven en conejeras, pajareras, colmenas, y cualesquiera otros vivares que adhieran al suelo o sean parte del suelo mismo o de un edificio, se consideran inmuebles por el sólo hecho de hallarse en dichos vivares adherentes al suelo.

4.5 LA HIPOTECA SE EXTIENDE AL VALOR DEL SEGURO

Según el art. 2446 in fine, la hipoteca comprende la indemnización debida por los aseguradores de los bienes hipotecados.

La ley interviene para limitar la aplicación del principio de subrogación que de ser respetado en toda su extensión, debería dar derecho al acreedor no sólo a perseguir el pago de su crédito sobre la suma debida por los aseguradores, sino sobre



ésta aún cuando hubiera sido pagada y estuviera en poder del deudor o sobre el inmueble comprado o construído con el valor del seguro.

No obstante la ley restringe esa posibilidad, al disponer que el acreedor hipotecario sólo puede hacer efectivos los derechos que le otorga el gravamen, sobre la indemnización debida por los aseguradores, en lo cual sigue las huellas de la legislación de numerosos países.

De modo que si esa indemnización ha sido pagada, el precepto en referencia cesa de ser aplicable.

Sobre esto debe tenerse en cuenta que la Ley 182 de 1.942 en su art. 16 dispuso que es obligatorio el seguro contra incendio y daños de ascensor, de todo edificio regido por dicha ley y que su art. 17 extendiendo el principio de la subrogación en referencia, preceptuó si el edificio destruído total o parcialmente fuere reconstruído, subsistirán las hipotecas en las mismas condiciones que antes.

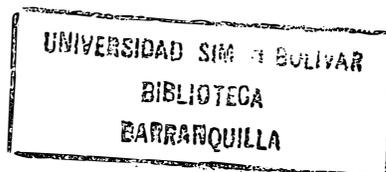
4.6 QUE COMPRENDE LA HIPOTECA DE UN USUFRUCTO Y DE LA NUDA PROPIEDAD

La ley se refiere al derecho de usufructo constituido en favor de quien no es pleno propietario del inmueble, es decir, aquel que se tiene separadamente de la nuda propiedad.

Por consiguiente, el pleno propietario no puede gravar con hipoteca el derecho de usufructo que como a tal le compete sobre la cosa que posee a título de dueño.

" Bueno es advertir que la hipoteca sobre un usufructo es ex tremadamente rara, pues el acreedor no podrá perseguir de ma nera real la finca correspondiente, sino solamente ese derecho de gozar la cosa. De esto se desprende que quien obtenga el remate y adjudicación de ese derecho, quedará siempre sujeto a que de un momento a otro se resuelva, volviendo el usufructo al nudo propietario..." [4]

[4] Op. cit., pag. 113



Además y por implícita disposición de la ley el acreedor hipotecario tiene derecho a hacer efectivo su crédito mediante la acción real que le otorga el gravamen sobre los frutos civiles causados y pendientes y sobre los naturales pendientes, al momento de practicarse el secuestro. La norma en referencia al excluír de la extensión de la hipoteca de un usufructo los frutos percibidos, está diciendo que si comprende los que no lo hayan sido.

Finalmente, aunque el Código omita decirlo, se extiende la hipoteca a los frutos que la cosa vaya produciendo con posterioridad a la diligencia de secuestro, y sin perjuicio de lo ya expresado sobre la separación y anticipación de ellos.

4.7 QUE COMPRENDE LA HIPOTECA DE UN EDIFICIO O CONSTRUCCION

Casos hay en que el propietario del terreno no se hace dueño - del edificio que en él se construya esto sucede cuando el titular de un derecho de usufructo o de arrendamiento edifica con permiso del dueño del terreno, o en el caso de un derecho de - superficie, o de una concesión del estado, para explotar parte determinada de su territorio, por ej., terrenos petrolíferos -

sín ceder el dominio del suelo. Los más importantes de tales - casos son el de constitución de un derecho de superficie y el - de la concesión, que en realidad lleva envuelto un derecho de - superficie.

El derecho de superficie es enajenable, pero no es hipotecable porque no es un derecho de dominio sobre un inmueble, aunque - se le parezca mucho, y ya vimos que sólo los derechos reales - de dominio y de usufructo, son hipotecables.

En cambio las edificaciones y plantaciones existentes en un - predio sobre el cual se haya concedido un derecho de superficie - puestas allí por el titular de ese derecho, le pertenecen y - siendo como son inmuebles, pueden gravarse con hipoteca.

Por otra parte puede ocurrir que el propietario del suelo, que - al mismo tiempo lo sea del edificio, se limite en la escritura - a decir que hipoteca la construcción, guardando silencio sobre - el terreno.

La hipoteca de un edificio, hecha por el usufructuario, el arren - datario o el titular de un derecho de superficie excluye desde - luego el terreno en que está construído. Comprende en cambio la

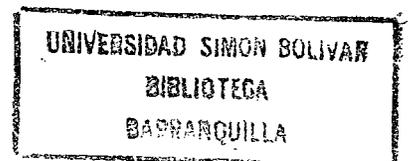


totalidad del edificio, los aumentos o mejoras que se le hagan posteriormente (nuevos pisos, pabellones, etc.,) y sus accesorios (puertas, ventanas, etc.,), pero no las cosas transitoriamente puestas allí que pertenezcan a terceros, como las instalaciones telefónicas.

Comprende también aquellos bienes por adherencia, radicación o destinación deban ser considerados como formando un solo cuerpo con el bien hipotecado.

La hipoteca que el propietario del suelo haga del edificio construido en él, que le pertenece, excluye en nuestro concepto el gravamen del suelo, el terreno no es accesorio del edificio, sino todo lo contrario, de otra parte ambos bienes son susceptibles de diferenciarse y de ser enajenados separadamente.

Así pues el acreedor hipotecario sólo tiene derecho a perseguir y hacer subastar el edificio, el adquirente de ésta se halla en la misma situación que quien construye en terreno ajeno con la venta del dueño, es decir, que se forma una comunidad indivisa entre el propietario de la tierra y el adquirente en el juicio hipotecario del edificio gravado.



4.8 LA HIPOTECA SE EXTIENDE AL REMANENTE DE LOS BIENES
GRAVADOS CON PRENDA AGRARIA E INDUSTRIAL, UNA VEZ-
CUBIERTO EL RESPECTIVO CREDITO

El sobrante del remanente de los bienes gravados con prenda agraria e industrial una vez cubierto el crédito prendario- ésta afectó al pago del crédito hipotecario que gravaba el inmueble del cual fueron accesorios los bienes pignorados.- No debe olvidarse como el art. 1214 del C. de Co., vigente, dispone para la constitución de prenda sobre bienes muebles reputados como inmuebles por el Código Civil, en caso de existir hipoteca sobre el bien a que están incorporado, se requiere el consentimiento del acreedor hipotecario.-

5. EFECTOS JURIDICOS DE LA HIPOTECA

5.1. PARTES QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE HIPOTECA

Las partes o sujetos que intervienen en el contrato de hipoteca son: a) el acreedor hipotecario, quién es el titular del crédito que se garantiza con la hipoteca, b) el deudor hipotecario, quién es la persona que se compromete para con el acreedor de garantizar la obligación contraída con un inmueble de su propiedad, o de un tercero que acepta entregar el inmueble para responder por la obligación.

5.2.EFECTOS DE LA HIPOTECA EN RELACION CON EL DEUDOR

Los efectos de la hipoteca en reoación al deudor están circunscritos en la etapa anterior al ejercicio de la acción hipotecaria, ya que una vez incoada o impetrada, ésta, los efectos que ella producen implican el ejercicio de los derechos del acreedor.

5.3 DISPOSICION Y ADMINISTRACION DEL INMUEBLE POR EI. DEUDOR

El deudor hipotecario o constituyente de este acto jurídico -

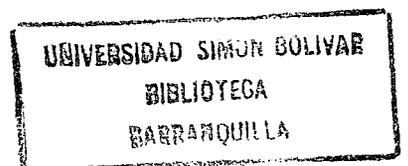
continúa con la propiedad y posesión del inmueble sobre el -
cual recae el gravamen. Detenta por consiguiente todos los -
atributos de la propiedad.

Pero a pesar de que el deudor conserve los atributos de la -
propiedad y la posesión del inmueble es menester tener en -
cuenta el principio de que " .. el propietario del inmueble-
hipotecado no puede en perjuicio del derecho del acreedor hi
potecario , efectuar ningún acto jurídico o material de dis-
posición que directamente y por su propia naturaleza tenga -
como consecuencia disminuir las garantías del acreedor afec-
tando el valor del inmueble.[1]

5.4 DISPOSICION JURIDICA DEL BIEN

El propietario del inmueble hipotecado al tenor del art.2440
del C.C., puede efectuar toda suerte de negocios jurídicos de
disposición, ya que el titular del crédito hipotecario no se
afecta por la enajenación de esta clase de bienes, por lo -
que lo ampara la amplitud de la acción hipotecaria, es decir,
su alcance general.-

[1] BECQUE (EN PLANIOL y RIPERT) XII, num .895.-



La protección del acreedor hipotecario resalta a primera vista en los siguientes eventos: 1) sí el deudor hipotecario constituye una nueva hipoteca que recaiga sobre el mismo inmueble, - podrá el acreedor hacer uso del mandato contenido en el art. - 2499, inc. 3, C.C., que dice las hipotecas de una misma fecha, preferirán unas a otras en el orden de su inscripción.

5.5 EFECTOS DE LA HIPOTECA CON RELACION AL ACREEDOR

La acción hipotecaria es la sanción del derecho real de tipo - hipoteca y es dada al acreedor hipotecario que no haya sido pagado al vencimiento para reclamar la cosa hipotecada, en cualquier mano en que se encuentre, y forzar al poseedor a entregarla, sino prefiere pagar la deuda.

Actualmente la acción hipotecaria se define o considera como - una facultad que tiene el acreedor hipotecario para vender en pública subasta judicial la finca hipotecada, y pagarse con el producido, y con preferencia a los demás acreedores.

5.6 PROCESO EJECUTIVO CON TITULO HIPOTECARIO

La finalidad del proceso ejecutivo es obtener el valor del inmueble, es preciso tener de presente lo siguiente :

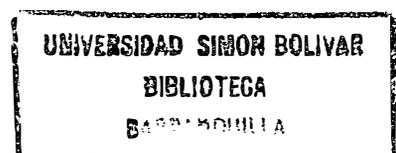
- 1) Requisito de la acción hipotecaria.
- 2) Formas de realizar el valor del inmueble.
- 3) Otros procedimientos para obtener el valor del bien hipotecado.

1) La existencia de la hipoteca debe demostrarse con la escritura pública respectiva, con su debida inscripción en los libros de re
gistro.

2) El titular del crédito debe demostrar, que el bien hipotecado es, o era propiedad del constituyente del gravamen en el instante de realizarse el acto jurídico de la hipoteca, ya que no es preciso demostrar que la titularidad está radicada en cabeza del consti
tuyente, pues la hipoteca ha podido ser constituída por un tercero o haberlo enajenado al constituyente.

3) Por último debe demostrar la existencia del crédito que está garantizado con la hipoteca, en virtud de ser ésta accesoria al crédi
to que se garantiza.

A la demanda deberá acompañarse, además del título prendario o hipo
tecario, los títulos ejecutivos quirografarios respectivos, como le
tras, cheques, etc., en el caso específico de la hipoteca, debe ac
compañarse el certificado del registro de instrumentos públicos, -



por trámites de este procedimiento sólo se puede exigir el pago de las obligaciones en dinero, y sólo es posible de perseguir los bienes gravados con hipoteca o prenda, igualmente a través de esta demanda sólo podrán especificar, los bienes materias del gravamen hipotecario o prendario.

El anexo que se acompaña como título ejecutivo (prendario o hipotecario), deberá contener la obligación expresamente clara, y actualmente exigible a pagar una cantidad líquida de -bidamente registrada y el certificado del registrador.

La demanda se dirigirá contra el actual propietario inscrito del inmueble o de nave o aeronave objeto de la hipoteca o de la prenda, ésto en virtud de que la hipoteca como derecho real faculta al acreedor a perseguir el bien hipotecado en manos de quién lo posea, el mismo principio se aplica para la prenda. Sí la demanda reúne los requisitos legales, el juez la admitirá y le dará traslado al demandado por cinco días - para que pueda proponer excepciones. En el mismo auto se decretará el embargo y secuestro del bien hipotecado o dada en prenda, y se dispondrá la citación de los terceros acreedores relacionados en el certificado del registrador, para que en el término de cinco días hagan vales sus créditos, sean, o nó exigibles. La citación se hará en la forma prevista en-

los arts. 313 a 318 del Código, y sí se designa curador ad litem, se aplicará lo dispuesto en el art. 539. Cuando el demandado cumplá la obligación dentro del traslado de la demanda, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inc. 2º del art. 507. Sí se proponen excepciones, se aplicará lo previsto en los arts. 507 y 510.

Sino se proponen excepciones se dictará sentencia que decrete la venta de los bienes en pública subasta, para que con su producto se pague al demandante el crédito y los costos, y condene al demandado al pago de éstas. En la sentencia que decida las excepciones desfavorablemente al demandado se adoptarán las medidas anteriormente citadas.

Sí la sentencia fuere favorable al demandante contendrá lo sig.:

- 1) La venta del bien objeto del gravamen prendario o hipotecario en subasta pública.
- 2) La cancelación a los respectivos acreedores el valor de sus créditos.
- 3) Establecer el orden de preferencia para la cancelación de los respectivos créditos en el evento de demandas acumuladas teniendo en cuenta el orden de preferencia señalada por el art. 2495 del C.C., o sea, que lo que se debe cancelar en primer lugar con las costas causadas e intereses, publicaciones, notificaciones, etc.-

- 4) Condena al deudor en costas, ya que las causadas a favor de cada ejecutante, como las surgidas en favor de los acreedores.-
- 5) El rechazo, desconocimiento o exclusión si fuere posible de títulos hipotecarios o prendarios enjuiciados.
- 6) Orden de que se practique en conjunto la liquidación de cada uno de los créditos y las costas respectivas.
- 7) La mención de que queda determinado el crédito, goza de cierta preferencia para su pago.
- 8) Orden de avalúo del respectivo bien.

5.7 ENTREGA DEL BIEN HIPOTECADO

Si el secuestre no cumpliera la orden de entregar los bienes al adjudicatario dentro de los tres días siguientes a que la reciba, el rematante o adjudicatario podrá pedir al juez que se los entregue en ésta diligencia, no habrá lugar para oposición alguna, yá que las mencionadas oposiciones deberán ser expuestas en su debida oportunidad legal. Tampoco es factible alegar derecho de retención por la indemnización que el secuestre corresponda, yá que ésta será cancelada por el juez en el producto de la diligencia de remate antes de entregarlo a las partes.

5.8 ADJUDICACION DE BIENES

Por mandato del inc.10° del art.557 del C.P.C., se podrá solici-

tar en cualquiera de las primeras licitaciones, no hubiere postores, las adjudicaciones de los bienes personalmente al acreedor hipotecario o prendario de mejor derecho según este mismo inciso, la solicitud deberá hacerse dentro de los cinco días de la licitación desierta, la licitación se hará por el pago de créditos, y las costas por el precio que sirvió de base a aquella.

En el auto que decrete la adjudicación, el juez ordenará el levantamiento del embargo y secuestro, la cancelación de los gravámenes y la entrega de los bienes, al igual que la expedición de copias y entrega de dinero.-

6. EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

La hipoteca se extingue junto con la obligación principal, se extingue así misma, por la resolución del derecho del que la constituyó, o por el evento de la condición resolutoria, según las reglas legales, se extingue además por la llegada del día hasta el cual fué constituida y por la cancelación que el acreedor acordase por escritura pública de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva.".-

6.1 POR EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN QUE ACCEDEREA

O sea, por el pago del crédito garantizado, pues siendo accesorio, corre la misma suerte de la principal.

La extinción del gravamen se produce de pleno derecho al extinguirse la obligación a que accede. La intervención del juez en este caso sería para comprobar dicha extinción declarando que esta se produjo en la fecha misma de extinción de la obligación principal. Pero para la cancelación del registro se requiere la actuación notarial.

6.2 DE LA RESOLUCION DEL DERECHO DEL CONSTITUYENTE

Aunque el art. 2457 en su inc. 2º habla de la resolución, - por tal debe entenderse no la figura jurídica comunmente - llamada condición resolutoria, sino la extinción del dere - cho de dominio que poseía el constituyente en virtud de cier - tas causas que obran retroactivamente, como la nulidad o la rescisión del acto jurídico por el cual adquirió dicho cons - tituyente o la pérdida del dominio que poseía de modo limitado o eventual, (C.C., art. 2441.) [1]

La declaración judicial de extinción se sujeta en estos casos como en el anterior, a la actuación notarial de que trataremos oportunamente.

6.3 DE LA CANCELACION DEL ACREEDOR

Otro medio de extinguir la hipoteca es la escritura pública - que otorga el acreedor ante el notario, para declarar entin - guido el gravamen.

[1] Obligaciones, parte segunda, nums., 535 y 536.-

El notario que autoriza la escritura de cancelación pone en la copia de la escritura y la manifestación de haber sido otorgada ante él, firmando a continuación y poniendo el sello respectivo y si el mismo que autorizó dicha escritura de constitución, pone igual nota en el original del protocolo, luego entrega al interesado un certificado de cancelación para que sea llevado al registro a efectos de que se cancele la inscripción tomando nota al margen de ésta.

6.4 DE LA CANCELACION NOTARIAL POR ORDEN JUDICIAL

Cuando el juez encuentre que la hipoteca se ha extinguido por pago u otra causa de extinción de la obligación principal, o porque el gravamen ha sido declarado nulo, o llegó la fecha hasta el cual fué consituído o se extinguió por novación o por ampliación del plazo de la obligación principal, o por otra causa, oficia al notario que autorizó la escritura de hipoteca para que ponga la nota de cancelación mencionada, tanto al original incorporado en el protocolo, como a la copia de la escritura de constitución y expida el certificado que el interesado debe presentar al registro para la cancelación de la inscripción.

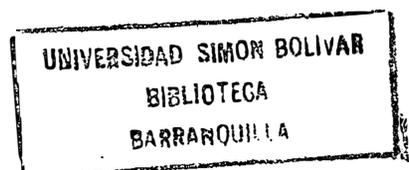
6,5 DE LA LLEGADA DEL PLAZO HASTA EL CUAL SE CONSTITUYO - LA HIPOTECA

Finalmente se extingue la hipoteca, llegada del día, hasta el cual se constituyó.

6.6 PRESCRIPCION DE LA ACCION HIPOTECARIA

La acción hipotecaria prescribe junto con la acción ejecutiva que nace del crédito, pero si subsiste la acción ordinaria, la hipoteca continúa respaldando la correspondiente obligación.

Los derechos derivados de la hipoteca prescribirán por el transcurso de dos años, desde la fecha de vencimiento de la obligación respectiva. Esta norma aunque forma parte de la regulación del derecho marítimo, es aplicable al derecho aeronáutico, (C. de Co. art.1781).-



C O N C L U S I O N

Realizado el estudio del Contrato de Hipoteca, como uno de los negocios jurídicos más antiguos que se ha mantenido a través de los tiempos sin modificaciones en su estructura inicial, y con la finalidad de adecuarlo a lo que modernamente se predica en ella, sugiero, haciendo eco de algunas iniciativas de tratadistas, que se den las siguientes conclusiones:

1º) La Hipoteca es un derecho real por excelencia - que grava bienes inmuebles como garantía de una operación de préstamo, siendo un contrato principal, -- y nó, como lo define el Código Civil Colombiano teniendo el acreedor una garantía amplia, yá que no es por el valor total del inmueble, sino por una parte.

2º) Debería estar regulada por el Derecho Comercial, en razón de la independencia que existe actualmente entre el Derecho Civil y el Comercial, no obstante, en especial por el hecho evidente de ser la Hipoteca utilizada frecuentemente por entidades crediticias, - instituciones bancarias, corporaciones de ahorros, - en las adjudicaciones o ventas de viviendas a plazos por el sistema hipotecario abierto o global.

Otra circunstancia pensante en que la Hipoteca debe regularse por el Derecho Comercial, es el procedimiento que se describe en el presente trabajo, relacionado con la constitución ante las entidades de crédito

como por los particulares en sus actividades cotidianas.

Como síntesis de todo lo concernido en el presente estudio, diremos que la Hipoteca que se regula en nuestro es tatuto civil, es un sistema frente a lo que se estipula en el Derecho Alemán y el Derecho Francés, nutriéndose - en especial por lo establecido en el Derecho Romano.-

B I B L I O G R A F I A

CAMARROTTA Antonio, Tratado de Derecho Hipotecario, 2a, Edición, 1.942.-

CASTRO José Félix, Estatuto de Notariado, Decreto 960 - de 1.970.-

COLIN Ambrosio y IMNOS.Capitán, Curso elemental de Derecho Civil, Tomo V., Madrid Editorial Rens 1.925.-

GACETA Judicial, Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

GIRALDO Zuluaga Germán, Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema de Justicia.

JARAMILLO Vélez Ludrecio, Derecho Romano Tomo I, Editorial Universidad de Antioquia, 1.965.

LEURO Alberto, La Hipoteca, Editorial Temis.

MARGARITA Guillermo, Derecho Romano, 1a.Edición.

MEDELLIN Carlos J., Nociones elementales de Derecho Romano.

MORALES Hernando, Tratado de Derecho Procesal Civil.

NUÑEZ Cantillo Adolfo, El Contrato de Hipoteca, Editorial Librería del Profesional, Tomo I, 1.977.

ORTEGA Torres Jorge, Código Civil, Editorial Temis 1.973.

PEREZ Vives Alvaro, Garantías Civiles, Hipoteca, Prenda y Fianza, Editorial Temis, Bogotá 1.984.

PETIT Eugene, Tratado elemental de Derecho Romano, Editorial Nacional México D.F., 1.963.

SALAMANCA Hernán, Derecho Civil Colombiano.

VALENCIA Zea Arturo, Derecho Civil Tomo II., Derechos Reales, Editorial Temis Bogotá, 1.958.-