

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

RECTOR DE LA UNIVERSIDAD: DR. JUAN C. ARANGO

SECRETARIO GENERAL: DR. JORGE VILLALBA B.

DECANO DE LA FACULTAD: DR. CARLOS FACIO LINCE B.

SECRETARIO DE LA FACULTAD: DR. EDUARDO BOSSA BADEL.

PRESIDENTE DE TESIS DR. CLODOMIRO HERRERA MENACA.

EXAMINADORES:

DR. ANIBAL PEREZ CHAIN

DR. RAFAEL H. DE LAVALLE GOMEZ.



*
*
*
*

DEDICATORIA:

A MIS PADRES Y HERMANOS.

*
*
*

SCIB
00018992-4

22950

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

346.43
E 7.6

LA HIPOTECA S

TESIS PARA OPTAR EL TITULO
DE DOCTOR EN DERECHO Y CI -
ENCIAS POLITICAS.

PRESENTADA POR EL ALUMNO

ISMAEL ESPITAleta RAMOS.-



LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA
LAS OPINIONES EMITIDAS EN ESTA TESIS;
TALES OPINIONES SE CONSIDERAN PROPIAS
DE SU AUTOR (ART. 83 DEL REGLAMENTO).

*

INDICE

	Pag.
PRIMERA PARTE.	
Capítulo primero. Antecedentes y Evolución histórica.	1 a 6
Capítulo segundo. Naturaleza del gravamen.....	7 a 29
Capítulo tercero. Constitución de la hipoteca.....	30 a 36
Capítulo cuarto. La noción de la capacidad en la hipoteca. Saneamiento de la hipoteca por vicio de capacidad.....	37 a 39
Capítulo quinto. Reducción de la hipoteca.....	40 a 42
Capítulo sexto. Bienes que pueden ser objeto de hipoteca o hipotecas.....	43 a 48
Capítulo séptimo. Posible conflicto entre el acreedor hipotecario y terceros sobre las partes integrantes y accesorias de la hipoteca.....	49 a 50
SEGUNDA PARTE	
Capítulo primero. Relaciones jurídicas entre deudor y acreedor.....	51 a 64
Capítulo segundo. Aspecto procesal (las acciones)...	65 a 82
TERCERA PARTE.	
Capítulo único. Extinción de la hipoteca.....	83 a 84
CONCLUSIONES:.....	85 a 91

LA HIPOTECA

PRIMERA PARTE.-

Antecedentes y Evolución.- Originariamente la hipoteca proviene de la institución denominada "pignus". El "pignus", significaba la desposesión de una cosa mueble ó inmueble dada en garantía de una obligación.-

Como es fácil observar no había distinción establecida por la calidad del objeto, distinción que si se expresa en las legislaciones modernas, para diferenciar la 'prenda' de la hipoteca. Esta distinción si la hace nuestro Código Civil.

Etimología. El término Hipoteca se descompone en dos partes, a saber:

Theque que significa Caja é Hipo que significa debajo, lo cual quiere significar 'bajo caja' ó 'bajo seguridad'.-

En los primeros tiempos, todos aquellos predios pignorados se distinguían por un madero con el nombre del gravámen, esta fué una práctica bastante usada por los romanos.

Entre los romanos la hipoteca implicaba desposesión, pero esta idea desapareció mas tarde, otorgándole al deudor la facultad de poseer la cosa objeto de la garantía.-

El Doctor, Alvaro Pérez Vives, en su obra " Teoría General de las Obligaciones." (volumen IV parte tercera, pag. 99) considera como proceso evolutivo de la hipoteca el sig ui-
ente:

El pignus, la fiducia y la prenda convencional, agrega además, el 'pactum de vendendo', la prenda venal, los interdic-

tos salviano y adispliscendae possessionis, la actio serviana y la quasi-serviana.-

Por ser este proceso histórico bastante largo, complejo nos detendremos en los tres primeros, con el fin de acortar el mismo, y dedicarnos prontamente al tema del trabajo en la legislación nuestra, con esto, no se le está negando la historia a la hipoteca ni mucho menos su importancia, sino que el solo proceso evolutivo puede ser materia de una verdadera tesis, por ello nos detendremos en una breve noticia a modo de ilustración sobre el particular.

He aquí los tres primeros pasos :

lo.) " El pignus ".

Concepto.- Contrato por el cual el deudor ó un tercero entregan al acreedor de una obligación una cosa, para seguridad de su crédito, pudiendo por falta de pago venderla y cobrarse con el importe recibido ó percibido.

Evolución.- En épocas primitivas, todos los medios de afianzar una obligación fueron personales, recibiendo el nombre genérico de 'adpromissio'.

Más adelante surge la venta de una cosa con pacto de fiducia para finalmente sancionarse el contrato de prenda.

Requisitos.-

- a) Por ser un contrato real, exige para su perfeccionamiento la tradición de la cosa.
- b) En el derecho romano podía tener por objeto tanto

bienes muebles como inmuebles; esto, sólo en teoría, pues en la práctica se refería casi exclusivamente a los bienes muebles.

Caracteres.- Los principales caracteres de este contrato son:

a) Contrato real.

Como la generalidad de los contratos de este tipo, exige para su perfeccionamiento la tradición de la cosa ó la especie de que se trate.

b) Sinalagnático imperfecto.

Al momento de constituirse ó concluirse sólo origina obligaciones a cargo del acreedor hipotecario (ej.: no usar la cosa pignorada), pudiendo surgir mas adelante obligaciones a cargo del deudor ó constituyente de la prenda (ej.: reembolsar los gastos hechos por el acreedor prendario, para la conservación de la cosa).

c) De buena fé.

Según la organización judicial bien podía el magistrado apartarse de la letra del contrato.

d) Accesorio.

Su existencia está subordinada a la existencia de la obligación principal, que afianza.

Si la obligación principal es nula, nula también será la prenda constituida en garantía.-

Efectos.- Al momento de concluirse el contrato, solo origina obligaciones a cargo del acreedor prendario.

- a) Es responsable de la pérdida de la cosa pignorada, cuando ella ocurra por su dolo como por su culpa, sea ésta grave ó leve.
- b) Los frutos producidos por, la cosa, mientras está en poder del acreedor, pueden ser imputados al pago de los intereses, primero y luego al del capital.
- c) Al cancelarse la deuda, debe restituir la cosa prendada.
- d) No debe servirse de la cosa pignorada, bajo ningún concepto.
- e) La falta de pago lo faculta a vender el bien y a cobrarse con el importe recibido; en caso de que haya excedente, debe restituirlo al dueño del objeto.

Estas obligaciones están sancionadas a favor del constituyente ó deudor, por la 'actio pignoratitia directa'. Pudiendo también originar la misma acción cargos contra el deudor.

Nota; estas son las obligaciones del acreedor prendario.

Obligaciones del constituyente ó deudor.-

- a) Reembolsar al acreedor prendario los gastos

necesarios hechos para la conservación de la cosa.

- b) Indemnizar al acreedor los perjuicios que ella le haya causado.

Estas obligaciones se hallan sancionadas a favor del acreedor prendario, por :

'derecho de retención por las cosas prendadas'
'la actio pignoratitia contraria'.

Este fué el primer paso de la hipoteca entre los romanos, ya visto sintéticamente pasemos al segundo.

2o.) " El pacto de fiducia "

Concepto.- Procedimiento por el cual una persona (tradens) trasmite a otra (accipiens) una cosa determinada, obligándose ésta por un 'pacto de fiducia' a transmitirle nuevamente la propiedad, cuando lo solicite, o al ser saldada la deuda, en caso de haberse constituido en garantía de una obligación.

Clases.-

- a) Cum amico contracta.

En virtud de este pacto, el adquirente de un esclavo se obligaba a manumitirlo en una época determinada, o después de transcurrido cierto tiempo.

- b) Cum creditore contracta.

El deudor o un tercero, mancipans (le entregan en propiedad) una cosa al acreedor, que se obliga a

restituirla al ser pagada la deuda.

Es probable que haya sido la venta con pacto de fiducia el antecedente más remoto de los contratos reales, propiamente dichos (mutuo, comodato, depósito y prenda).

Efectos.- Si al acreedor (en caso de que el pacto se halla-haya- constituido para afianzar una obligación), o la persona (en los demás casos) que ha recibido la cosa con pacto de fiducia, se niega a restituirla al ser satisfecho su crédito (en el primer caso reseñado), o al serle solicitado por quien la mancipo (en los casos restantes) puede ser perseguido por el deudor ó el tercero mancipante, por el procedimiento de la 'actio fiduciae', a fin de obtener la devolución de la cosa. Este, es, a grosso modo, el segundo paso de la hipoteca. Veámos el tercero.

3o.) "La prenda convencional"

Consistía en un acuerdo previo por parte del deudor y el acreedor, de señalar determinados bienes como garantía de la obligación sin desprenderse de ellos, ya sea por la mancipatio, tradición ó cualquier otro medio que implicase desposesión.-

Estos son, los tres primeros pasos, que según el dr. Perez Vives, considera en su obra ya citada.-

Capítulo Segundo

Naturaleza del gravamen.-

Nuestro derecho civil al tratar ó mejor dicho al definir la hipoteca tuvo muy en cuenta el proceso histórico de la misma y rindiéndole culto manifestó en su artículo 2432 art. 2432.- 'La hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor'

El doctor Pérez Vives, considera que el código conservó una tradición hoy día carente de significado, por tal motivo considera el citado autor que debe definirse así:

" Garantía real accesoria é indivisible constituida sobre inmuebles que no dejan de estar en posesión del deudor y que concede al acreedor el derecho de perseguir el bien gravado en poder de quien se halle, para hacerlo subastar en caso de que al deudor no pague el crédito principal, con el fin de que éste sea cubierto con el producto del remanente, de preferencia a los otros acreedores "

De la presente definición extrae los siguientes requisitos esenciales de la hipoteca:

19.) Es un derecho real, el cual concede al titular 'persecución' y 'preferencia' característica de todo derecho real, mediante una actio in rem.

20.) Derecho real accesorio

puesto que existe una obligación principal de la cual pende

30.) Ser una garantía indivisible.

40.) Recaer sobre inmuebles que se posean en propiedad ó en usufructo.

50.) Conservar al deudor en posesión del bien.

60.) Nacer de un acto jurídico solemne (autenticidad y publicidad).

Sección primera.-

La hipoteca es una garantía real.

A pesar de todo el proceso histórico al que hicimos referencia al comienzo de este trabajo, cuando la hipoteca quedó bajo el imperio del 'Corpus iuris Civilis' fué considerada como una garantía real, esto queda demostrado con la instauración de la 'actio in rem hypothecaria'.-

Esta garantía real consistió en que el acreedor tiene asegurado el cumplimiento de la obligación en la cosa gravada así varíe ó cambie de dueño ó sea posteriormente enajenada ó transferida, por cualquier título y de cualquier manera.

Las legislaciones modernas consideran no necesario desplazar, no privar de la posesión al deudor para que pueda trabajar, desenvolverse y hacer todo lo posible y necesario para librar del gravamen a su predio, es decir, se le da una oportunidad para tal efecto.-

Así mismo no ha pasado por alto la influencia del comercio, la rapidez de las transacciones y el orden público económico, permitiendo, con base en estas consideraciones la venta de bienes hipotecados y graduando las hipotecas mismas con la fecha de la inscripción. Con el mismo orden de ideas prohíbe y nulifica todos aquellos pactos ó acuerdos inter-partes donde se prohíba la ulterior negociación de los bienes hipotecados.-

Tienen también muy en cuenta (las legislaciones modernas, inclusive la nuestra) los intereses de terceros y por ello exige solemnidades y publicidad para la constitución de hipotecas.-

En síntesis es una garantía real puesto que recae sobre una cosa (inmueble) y otorga 'preferencia' y 'persecución'. (la cosa necesariamente, según nuestro derecho, debe ser un inmueble y aquellos bienes asimilados a tal categoría por nuestra ley).

Sección segunda.

Es una garantía accesoria.*

En la gran división de los actos jurídicos, se encuentra una que establece diferenciación entre los principales y los accesorios, diferenciación hecha por el código civil en su artículo 1499 que dice:

Art.-1499 'El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y acceso-

rio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella'.

El contrato accesorio que según el artículo transcrito tiene la función de respaldar una obligación principal, ha recibido de los tratadistas el nombre de "contrato de garantía ó seguridad". En el código Civil Colombiano han sido regladas estas garantías en forma particular, a pesar, un artículo de carácter general sobre garantía para el acreedor.

Este artículo es el 2488.-

Así observamos que el artículo 65 del c.c. permite la constitución de una caución que puede consistir en fianza, prenda ó hipoteca, en igual en su artículo 2458, permite garantizar las obligaciones por medio del contrato de anticresis, al definirlo como un contrato en virtud del cual se entrega al acreedor una finca raíz para que se pague con sus frutos dicho contrato se perfecciona con la tradición del inmueble haciendo mas adelante la aclaración que la anticresis por si sola, no dá, al acreedor, ningún derecho real sobre la cosa. Toda esta serie de precauciones se han tomado a pesar de lo establecido en el artículo 2488 del código civil antes citado, el cual preceptúa:

Art.-2488 'Toda obligación personal dá al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces ó muebles del deudor, sean presen-

tes ó futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677.

Todas estas prevenciones tienen un gran fundamento, el cual es la seguridad de los terceros, de los acreedores ya que el deudor puede tratar de burlar los intereses de aquellos por muchos medios, así:

a) Por negligencia dejando perder sus bienes ó dejando de adquirir, para tal efecto, la ley permite que el acreedor se subroga en la persona del deudor. Estos son los casos que el código prevé:

Art.- 1295 ' Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores, y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste.'

Art.- 2489 ' Sobre las especies identificables que pertenecan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservaran sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competan al deudor como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le concedan las leyes;

en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores.

Podrán, asimismo, subrogarse en los derechos del deudor, como arrendador ó arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 2023 y 2026. Sin embargo, no será embargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, ni los del padre de familia sobre los bienes de los hijos, ni de los derechos reales de uso ó de habitación.

Art.- 2023 : Si por el acreedor ó acreedores del arrendador se trabare ejecución y embargo de la cosa arrendada, subsistirá el arriendo, y se sustituirán el acreedor ó acreedores en los derechos y obligaciones del arrendador.

Si se adjudicare la cosa al acreedor o acreedores, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 2020.

Art.- 2026 : La insolvencia declarada del arrendatario no pone fin necesariamente al arriendo.

El acreedor o acreedores podrán sustituirse al arrendatario, prestando fianza a satisfacción del arrendador.

No siendo así, el arrendador tendrá derecho para dar por concluido el arrendamiento; y le

competerá acción de perjuicios contra el arrendatario, según las reglas generales.

b) Por fraude pauliano, enajenaciones ficticias ó fraudulentas, lo mismo que donaciones (arts., 2451 y 2171; la ley 95 de 1890 art. 15). La ley sanciona estos negocios con nulidad absoluta.-

No obstante, la ley es impotente ante dos situaciones a saber:

1o.) Las enajenaciones lícitas;

2o.) El aumento de las obligaciones por parte del deudor.

Contra esto, han nacido los siguientes remedios: contra el primero.

Las enajenaciones lícitas; la desapropiación.

Acto en virtud del cual, el deudor le entrega bienes al acreedor a título de seguridad ó enajenación. Desde la antigüedad data este medio, se conocía con el nombre de enajenación fiduciaria hecha por la mancipación ó la in iure cessio y en el pignus antiguo.-

Actualmente, entre nosotros; la prenda y la anticresis.

En el mismo orden de ideas sirve de remedio para las enajenaciones lícitas, la constitución de una hipoteca, la cual constituye a favor del acreedor un derecho real sobre un inmueble ó sobre una nave, para seguridad de su crédito.

Lo propio ocurre cuando se trata de asegurar las obligaciones del mutuario por medio de una venta, con pacto de re -

tro venta.-

Contra la segunda hipótesis o sea, la adquisición de nuevas deudas, existe:

La seguridad real, prenda ó hipoteca.

La seguridad personal o sea una fianza. Simple o solidaria.

En la primera el fiador responde en caso que el principal incumpla; en el segundo caso responden en forma mancomunada ó solidaria.-

La retención. Derecho concedido por la ley a ciertos acreedores de retener en su poder ciertas cosas del deudor hasta que éste le pague. (arts., 1995; 2188; 2218 del C.C.)

La anticresis. Lleva envuelta el derecho de retención.

El privilegio. Derecho de preferencia dada por la ley en favor de ciertos acreedores.-

Esta clasificación de los remedios para los males enunciados, hecha por el doctor Perez Vives, en nuestro concepto dichos remedios sirven indistintamente para todos los males, puesto que en el fondo lo que se trata es de asegurar el cumplimiento de una obligación con el respaldo de una garantía y que el privilegio no es otra cosa que la situación ventajosa otorgada por la constitución de los contratos de seguridad ó garantía ó accesorios reglados en forma clara y precisa por el código civil ó el privilegio señalado por la ley (prelación de créditos).-

la circunstancia de ser la hipoteca una garantía accesoria

trae las siguientes consecuencias jurídicas.

A) Su existencia está sujeta a la de una obligación.

De tal manera, que si la obligación de la cual depende se extingue ó es declarada nula o es rescindida, la hipoteca deja de existir.-

El código civil al hablar de la constitución de la hipoteca, permite, en su artículo 2438 que se haga antes ó después de contraída la obligación a respaldar o a la celebración del contrato.-

La celebrada antes, recibe el nombre de 'eventual' y en el mundo jurídico comercial se le conoce con el nombre de hipoteca 'abierta' usada muy comunmente por los bancos. Las siguientes son sus características:

- 1.- Determinación de una suma máxima;
- 2.- Limitación del tiempo (vigencia) o la forma en que deben ser utilizados los créditos eventuales;
- 3.- Fijación de modalidades a los préstamos, así:
inversiones a la agricultura-sobregiros-letras-des-cuentos.-

Cuando se trata de una hipoteca abierta la ley permite que la suma por la cual se constituye dicha hipoteca sea indeterminada, según el artículo 2455; pero omite la forma y la manera de fijar la cuantía. Por tales motivos es necesario tener presente al momento de constituir tales hipotecas, las formas ó las maneras de fijar tales cuan-

tias o mucho mejor, respaldando tales créditos con letras o pagarés a medida que el futuro acreedor vá haciendo las erogaciones pactadas, o en el caso de los sobregiros, cuando el titular de la cuenta corriente los hace y el banco lo permite.

Nota: La legislación bancaria ha obviado tal situación mediante la certificación de los sobregiros por la superintendencia bancaria.-

La hipoteca consolidada a posteriori del contrato, tiene plena validez, ya por autorización legal, ya por lógica jurídica, ya por la índole misma de las negociaciones modernas. Además el inciso último del artículo 2438 habla de los contratos a que acceda, mas esta expresión debe hacerse extensiva a todo género de obligaciones, de responsabilidades.-

El tiempo de la hipoteca corre desde su inscripción. No esta demás advertir que si la obligación objeto de la garantía está sujeta a condición, igual riesgo corre la hipoteca para su consolidación. Dicho en otros términos:

Si se cumple la condición nace la obligación y se perfecciona la hipoteca, en caso adverso la situación será contraria. Los efectos de estas hipotecas se retrotraen al día del registro.

A modo de ejemplo en nuestro código civil existen hipotecas eventuales, tal es el caso del artículo 466.

B) Por ser accesoria la hipoteca, las modalidades ha que está sujeta la obligación, gravitan directamente sobre la constitución de la misma.-

Para tales efectos (modalidades) debemos hacer una diferenciación entre el 'plazo' y la 'condición' en lo relacionado con la hipoteca, ya que ésta, puede otorgarse en forma pura y simple ó someter su constitución a un plazo ó a una condición. La diferencia estriba en que, si se trata de plazo no produce efectos retroactivos, puesto que su otorgamiento é inscripción se haran cuando el término haya llegado.-

Cosa bien distinta acaece cuando se trata de una 'condición' porque los efectos se retrotraen a la fecha de inscripción de la hipoteca ó sea, que la hipoteca es válida desde dicha inscripción con la nota distintiva de que sus efectos se han pospuestos para cuando se da cumplimiento a la obligación. Para evitar contradicciones y confuciones, aclaramos:

Que en el párrafo anterior, nos referimos a las condiciones ó a los plazos a que puede estar sometida una obligación, los cuales como se dijo al principio influyen en la constitución de la hipoteca. Tal aclaración vale porque en dicho párrafo parece entenderse que los condicionado es el acto mismo de la constitución. Sin embargo, he aquí nuestro concepto al res -

20

pecto. El artículo 2438 del código civil, dice, que la hipoteca podrá otorgarse bajo cualquier condición, y desde ó hasta cierto día. En el presente artículo que es de contenido claro, podemos observar el permiso que otorga el código en lo referente con la condición y el término en materia de hipotecas, dichas modalidades, en nuestra opinión, repetimos, bien podrían cobijar tanto las obligaciones en sí como la constitución misma de la hipoteca, el otorgamiento en sí mismo considerado.-

El doctor Perez Vives, es de opinión que la obligación puede ser pura y simple, en tanto que, la hipoteca puede aplazarse ó condicionarse.-

Es bien conocido de todos los estudiosos del derecho que los actos jurídicos pueden ser puros y simples ó sujetos a modalidades. Porqué razón no condicionar la constitución de una hipoteca? Es bien cierto, como se apuntó anteriormente, que la hipoteca es una garantía accesoria y que su vida depende de la existencia de una obligación principal (caso éste un poco desvirtuado, como lo veremos mas adelante), concluyendo que sin dicha obligación tal hipoteca sería irrita, pero el acto de la constitución ó otorgamiento de una hipoteca, sin temor a errar, tiene cierta independencia, por ello las partes bien pueden y sin violar la ley poner en función las 'modalidades' para el acto mismo de la constitución

C) la llegada del término extintivo destruye tanto la obligación como la hipoteca.-

Este fenómeno no es otro que la aplicación del principio general de derecho que somete lo accesorio a la suerte de lo principal.-

Puede darse el caso de que lo condicionado sea la hipoteca en sí, en tal evento los términos se invierten extinguiéndose la hipoteca mas no la obligación ó sea que la obligación por ser principal y subsistir por sí misma, le es indiferente la suerte de lo accesorio ó sea la hipoteca. Al respecto ver los artículos 1625 y 2438 del código civil.-

D) la obligación que se respalda hipotecariamente bien puede ser de carácter natural. Para mayor integridad de la tesis transcribamos los artículos del código civil sobre las obligaciones naturales, para mejor inteligencia de este inciso.

Art.- 1527. * Las obligaciones son civiles ó meramente naturales.

Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento.

Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas.

Tales son:

1o.) las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos habilitados de edad;

2o.) Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción;

3o.) Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como la de pagar un legado, impuesto por testamento, que no se ha otorgado en la forma debida;

3o.) Las que no han sido reconocidas en juicio, por falta de prueba.

Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes.

Nota. Otras obligaciones naturales son las comprendidas en los artículos 111 y 2233 del código civil.

Esta enumeración de las obligaciones naturales de nuestro código civil según algunos autores no es taxativa, acogiendo en esta forma la jurisprudencia francesa.

Art.1528.- ' La sentencia judicial que rechaza la acción intentada contra el naturalmente obligado, no extingue la obligación natural.'

Se explica este artículo, en el sentido de que el juez al rechazar, lo hace no porque niegue la existencia de dicha obligación natural sino porque tal obligación por mandato del mismo código no permite la realización de la misma por la vía judicial. Procesalmente no hay legitimación para obrar y esta deficiencia se alucida al momento de dictar sentencia y no 'a priori'. Dicho sea de paso, es esta, una de las diferencias existentes entre 'los presupuestos procesales' y la 'legitimación para obrar', puesto que los primeros deben estudiarse desde un comienzo ya que constituyen el requisito indispensable para la relación jurídico procesal ó diálogo procesal en el decir de Jossierand.

Art.129.- ' Las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales constituidas por terceros para seguridad de estas obligaciones, valdrán'

En especial, es éste, el artículo que faculta ó dá base para asegurar hipotecariamente una obligación puramente natural.-

La razón de tal fenómeno es, que cuando una persona dá garantía por una obligación natural inmediatamente le dá el carácter de civil. A nuestro juicio, dicho trueque o cambio de naturaleza de las obligaciones naturales en civiles, se

debe a un reconocimiento extrajudicial de una determinada deuda, lo que equivale a una confesión de tal naturaleza.

Este es otro tema conocido, la confesión como medio de prueba, dicha confesión, puede ser judicial ó extrajudicial por la primera se entienda, la que es hecha delante del juez con las formalidades que para el efecto exige la ley y en estas condiciones se le da el valor de plena prueba.

La segunda, ó sea la extrajudicial, como su nombre lo indica se hace fuera de la órbita judicial y puede hacerse por medio de carta, verbalmente ó por cualquier otro medio inteligible, explícito y voluntario.-

Para el caso de la referencia, si determinada persona es ó está obligada naturalmente, por este mecanismo probatorio puede trocar o cambiar la naturaleza de tal obligación y cuando se otorga una hipoteca no se está haciendo otra cosa, sino que por medio de una manifestación voluntaria é inteligible, reconocer una deuda que hasta ese momento era natural y que de inmediato dejó de serlo.-

Anotamos que dicho medio de prueba es permitido para el caso ya que la ley no lo prohíbe, además que siendo la obligación natural un hecho, su prueba no será constituida previamente (como en el caso de los actos), sino, que habrá para el caso libertad probatoria.-

Apartandonos un poco del tema probatorio, sigámonos con lo referente a la hipoteca de un tercero para garantizar una

obligación ajena. Esto, es perfectamente posible y lo encontramos estatuido en el ya mencionado artículo 1529 del código civil. Cuando esto ocurra se analizará ampliamente dicho gravamen en lo tocante con el "fraude pauliano" y los efectos sucesorales. Se debe proceder así, porque el tercero puede hacerlo para eludir la garantía de los acreedores gravando deliberadamente y de mala fe sus bienes. En lo sucesoral también se debe hacer el análisis, por lo que pueda suceder.-

Si la persona que constituyó el gravamen se obligó en forma personal responde por una obligación verdaderamente civil.-

La hipoteca constituida por un tercero respaldando una deuda ajena de carácter natural solo tiene validez, cuando tal obligación natural se convierta en civil. Esto se explica por lo antes expuesto o sea que las obligaciones naturales no son exigibles judicialmente, es decir, la ley sabe que existen pero no les da el mérito necesario para manifestarse plenamente en el mundo de lo jurídico, en consecuencia si dicha obligación, no se ha reconocido no puede ser materia de transacción. Si el tercero otorgó hipoteca y la obligación no ha sido reconocida no ha perdido su carácter de tal, sigue siendo natural y consecuentemente no se puede hacer negocio donde este ella como base o soporte. De todo esto se concluye, que:

No es necesario para constituir una hipoteca asumir una obligación personal.-

Con base en esta afirmación para que la hipoteca tenga plena validez, es necesario que exista una obligación principal, de lo contrario la hipoteca será baldía. Es cierto que la existencia de una obligación principal es necesaria lo que no es necesario es que el constituyente esté obligado en forma personal, esto sucede mas concretamente en el caso de que la hipoteca la constituya un tercero para garantizar una deuda ajena.-

Valga la oportunidad para anotar, que otra aplicación del principio general de derecho, según el cual 'lo accesorio sigue la suerte de lo principal' es en el caso de que la obligación de que se trate adolezca de nulidad, en dicho caso el otorgamiento de la hipoteca no convalida la obligación y, como ésta es lo principal mal podría hablarse de constitución de hipoteca ya que no hay base, ni fundamento.-

Dijimos anteriormente que no es indispensable que el constituyente de la hipoteca, siendo tercero, asuma una obligación principal. Veámos que dice al respecto el artículo 2439 del código civil:

Art. 2439.-' Pueden obligarse hipotecariamente los bienes propios para la seguridad de una obligación ajena; pero no habrá acción personal contra el

contra el dueño si este no se ha sometido expresamente a ella.

E) El gravamen se extingue por la llegada de un término, condición, por acuerdo de las partes, mas esto, no afecta la obligación principal. Esta afirmación ratifica la independencia de la obligación en relación con el gravamen que la garantiza, por tal motivo continúa con vida.-

F) La hipoteca respalda obligaciones personales solamente. Se da a entender con esta frase que la hipoteca recae sobre una cosa (en nuestro derecho, inmueble), con base en un crédito, sería incomprensible que garantizara obligaciones propter rem o derechos reales.-

No obstante si de un derecho real se deriva una obligación pagadera en dinero, ésta, es susceptible de garantizarse hipotecariamente.-

Existen situaciones que desvirtuan tal principio, como el caso de la hipoteca considerada 'en si misma', la cual consiste en un gravamen sobre el bien sin que exista un crédito previo que justifique la constitución de la hipoteca, ni siquiera un crédito eventual.-

Esto se conoce con el nombre de 'cédula hipotecaria'

Y con esta clase de hipoteca, al momento de hacerse la negociación, se inscribe en el registro el monto de la obligación y el bien quedará gravado hasta dicho monto.

Este t3pico moderno es preconizado por nuestro derecho civil en la ley 50 de 1.905; reglamentada por los decretos 2059 y 2173 de 1.937 y tuvo gran parte de su origen en la instituci3n alemana llamada 'grundshuld'.--

En la misma alemania ha sido llamado 'cr3dito-raiz', todo esto entraña una rapidez en las negociaciones. Por medio de estos t3tulos, el dueo de la finca los va negociando a medida que le va haciendo los suministros, claro esta, con la respectiva inscripci3n ya que este 3ltimo es esencial en la constituci3n de la hipoteca.

Secci3n tercera.--

La hipoteca es indivisible.

El c3digo civil reconoce una gran amplitud y un gran poder a la 'voluntad humana', muestra elocuente de ello es el art3culo 1602. Esta autonom3a es para todos los actos y todos los contratos. Las normas del derecho civil, como es ampliamente conocido, son de car3cter supletivo, la voluntad es la primera en mandar, en decidir; en defeato de la misma, entonces operan las normas del c3digo. Pero, esa autonom3a, ese poder volitivo, est3 en algunas y muy frecuentes veces, bastante limitado, v. gr.: la distribuci3n de la masa herencial por medio de testamento. En este caso hay plena autonom3a para testar, si no se testa, la ley suple la ausencia de testamento. Pero al momento de testar la voluntad est3 limitada, por las asignaciones forzo-

sas, las cuales no pueden ser olvidadas por el testador y, en caso de olvidarse el testamento sera impugnado y acomodado a los terminos legales.-

En el caso de la indivisibilidad de la hipoteca, nos hallamos frente a la situación planteada entre la autonomía de la voluntad y la limitación de la misma.-

Qué sucede si contractualmente se pacta en forma tal que implique para el acreedor la renuncia de la indivisibilidad, característica ésta, señalada expresamente por el código cuando se refiere a la hipoteca?

Jesserand, -citado por Valencia Zea y Perez Vivez- dice que la indivisibilidad no es de la esencia de la hipoteca y tampoco es de orden público, por ello puede ser renunciado convencionalmente.-

Si en algo puede servir, hacemos la siguiente nota recordatoria, cuando se trata de renunciar derechos el código civil trae una regla al respecto en su artículo 15 así:

Art. 15.-' Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia'.

Lo relativo a la indivisibilidad de la hipoteca lo encontramos en el código civil en el artículo 2433 inc. lo.

Art. 2433.-' La hipoteca es indivisible'

La parte segunda del mismo artículo hace mas explicita la

indivisibilidad de la hipoteca, cuando dice:

' En consecuencia, cada una de las (partes) cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella'.

Para aclarar lo de la indivisibilidad de la hipoteca, pongamos dos ejemplos:

Primer ejemplo.

Hay una finca hipotecada, pero dicha finca está dividida en cuatro (4) partes, cada parte garantiza la hipoteca y el pago parcial no es suficiente para pedir la cancelación de la hipoteca.-

Segundo ejemplo.

Una hipoteca de la cual tres (3) coherederos son titulares. Cada porción del crédito está respaldada por toda la finca y su cancelación se hará una vez satisfecha la totalidad del crédito.-

Todo lo dicho en los ejemplos anteriores, será posible si el contrato de hipoteca no previno lo referente a la indivisibilidad de la misma, si los acreedores acordaron no tener en cuenta lo de la indivisibilidad, los ejemplos carecerían de objeto.-

La indivisibilidad de la hipoteca cae cuando se abusa del derecho, v. gr.:

Cuando hay varios inmuebles gravados y el acreedor persi -

que aquel que está gravado en segundo grado, perjudicando así al segundo acreedor hipotecario, ya que su crédito podría ser satisfecho con los otros inmuebles.

En cuanto al abuso del derecho se refiere, para evitarle debe reglarse la forma de determinar la cuantía de la hipoteca, porque en algunas ocasiones se traban varios inmuebles con una sola hipoteca, siendo ésta, inferior a la cuantía de los inmuebles en conjunto y al mismo tiempo cada inmueble es inferior a la hipoteca acordada. Ejemplo:

Existen tres (3) inmuebles gravados con hipoteca por valor de \$ 200.000.00 y el primero de dichos inmuebles tiene un valor de \$ 100.000.00; el segundo vale \$ 70.000.00 y el tercero \$ 120.000.00; la hipoteca en este caso excede el valor individual de cada uno de los inmuebles impidiendo así, la negociación de otra persona en relación con dichos inmuebles.-

Sección cuarta.-

Autores han considerado que lo esencial de la hipoteca no es el que recaiga sobre un bien mueble ó inmueble, pues opinan, que el toque distintivo de la hipoteca es la no desposesión. Todo esto para explicar ó afirmar que la hipoteca no implica desposesión.-

Sin embargo, conjuntamente con la hipoteca pueden celebrarse otros contratos, tales como la anticresis, en igual forma el contrato de arrendamiento, etc.-

Capítulo terceroConstitución de la hipoteca.-

Para constituir una hipoteca es necesario llenar las siguientes formalidades:

- 1o.- Ser propietario ó usufructuario;
- 2o.- Tener facultad para enajenar y
- 3o.- Cumplir con todos los requisitos legales.-

Seguidamente anotamos que en la clasificación hecha por el código civil sobre los contratos en su artículo 1500, considera, entre otros, los solemnes y al referirse a ellos dice:

- * Solemnes cuando están sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no producen ningún efecto civil;...-

La hipoteca es un contrato de esta clase y necesita para su formación y validez el cumplimiento de los requisitos legales que para el efecto les han sido señalados.-

- 1o.- Ser propietario o usufructuario. Solamente pueden hipotecar los propietarios y los usufructuarios del bien raíz de que se trate. Esto se deduce de los términos perentorios del artículo 2443 del C.C., es indispensable además que se posean en forma tal que implique explotación económica.-

Al hablar de posesión hay que hacer una aclaración en cuanto al poseedor material y al poseedor inscrito.

Cuál de estos poseedores según la expresión de la ley tiene derecho a enajenar? o hipotecar?

Referente al primero, o sea el poseedor material es bastante conocida la presunción establecida en su favor y por el código civil (artículo 762), en virtud de la cual se 'presume' dueño al actual poseedor de la cosa.-

En cuanto al segundo, existe una inscripción que hace fe de su título, de su derecho. Pero en la vida común y en cualquier juicio el poseedor material está amparado por la mencionada presunción.-

Sobre el particular opina el doctor Perez Vives* que si el poseedor inscrito no posee materialmente el bien, no tiene facultad para gravarlo con hipoteca. Para afirmar tal cosa, el citado autor se basa en los términos del mismo código, cuando exige en su artículo 2443 'que los bienes raíces hipotecables deben poseerse en propiedad o usufructo'.-

Con base en el requisito que analizamos, el propietario pleno tiene perfecto derecho para hipotecar.-

El propietario nudo, también puede hipotecar.

El usufructuario, por autorización de la ley también puede hipotecar, claro está que dicho gravamen cubija nada más el derecho del usufructuario.-

Puede suceder que el nudo propietario grave su derecho y el usufructuario haga lo mismo, en tal evento, si el

nudo propietario incumple y por tal motivo se sigue juicio y se adjudica el bien al acreedor del nudo propietario, el gravamen hipotecario sobre el usufructo se resuelve y le queda al acreedor de éste un derecho de crédito sobre el ex-usufructuario. Este planteamiento es bastante temerario, pero preguntamos:

El nuevo dueño, o sea la persona a la cual se le adjudica el bien gravado, por incumplimiento de su deudor está obligado por la ley u otro medio, a conservar el usufructo que pesa sobre dicho bien aún contra su voluntad?—

De la respuesta que se dé a este interrogante, cada persona en particular tendrá resultados diferentes y, como en derecho la gran mayoría de las tesis ó conceptos pueden ser controvertidos, este no será una excepción.

En nuestro concepto los derechos del acreedor del usufructuario se tratan en simples obligaciones personales y la propiedad se consolida plenamente para el nuevo propietario.—

Nota: Del orden de ideas expuesto al comienzo del presente capítulo (sobre los requisitos necesarios para la constitución de la hipoteca), haremos una modificación, así prescindiremos del inciso 2o. sobre la noción de capacidad para enajenar en lo relacionado con la hipoteca y nos anticiparemos con el 3o., temindolo como # 2.

2o.- Cumplir con todos los requisitos legales.

En consideración a lo solemne de la hipoteca y a la garantía de los terceros y de los acreedores, la ley exige para la constitución de la hipoteca 'escritura pública' ó 'inscripción' (registro de la escritura)

Estas exigencias las encontramos en los artículos 2434 y 2435.

Art. 2434.- ' La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública.

Podrá ser una misma la escritura de la hipoteca y la del contrato a que accede.

Art. 2435.- ' La hipoteca deberá además ser inscrita en el registro de instrumentos públicos; sin este requisito no tendrá valor alguno ni se contará su fecha sino desde la inscripción '.-

Como es fácil observar, la escritura de la hipoteca puede ser una individual e puede estar inmersa en el contrato fuente de las obligaciones garantizadas, esto es perfectamente posible.-

La inscripción. Deberá hacerse en el libro respectivo según lo ordenado por nuestras normas sobre registro inmobiliario.-

Son al efecto dos clases de libros :

En el libro de anotaciones de hipotecas y en el libro

de registro de la propiedad.-

Después de estos requisitos la ley exige que en el termino de 90 días a partir de otorgamiento de la hipoteca es cuando debe hacerse la inscripción.

Contenido del contrato de hipoteca.

Debe contener lo esencial del mismo, a saber :

Nombres del deuder y acreedor, el nombre del propietario de la finca cuando es un tercero el constituyente de la hipoteca.

La suma por la cual se ha constituido la hipoteca o la cantidad hasta la cual se extiende.

La identificación completa del inmueble (sus linderos).

Cláusulas no permitidas.

Se tendrán como no escritas aquella o aquellas que prohiban al deuder enajenar el bien, lo mismo que la que otorga la retención del bien al acreedor una vez vencida la hipoteca. Este equivale al antiguo pacto de comiso o 'lex commissaria' prohibido por las legislaciones modernas.-

En igual forma se tendrán como no escritas, entre otras, la cláusula que permita la subasta del bien, pretermi- tiendo las normas procedimentales señaladas para tal efecto. La razón es sencilla; el procedimiento es de orden público, opera en forma independiente de la volun- tad de las partes y no pueden en consecuencia ser dero-

gadas dichas normas por pacto contractual.-

Nota. Como excepción a estas formalidades existen normas de carácter transitorio que le permiten a los institutos oficiales dedicados a la construcción de viviendas, la constitución de hipotecas por escritura privada. v. gr.:

El instituto de crédito territorial.-

Modos o maneras como puede constituirse una hipoteca.

Puede constituirse:

Legal-convencional-judicialmente, otros autores agregan la constitución por testamento.

Legal. Señalada por la ley (según Pérez Vives no existe)

Convencional. la acordada inter-partes, es la mas común.

Judicial. la autorizada por el juez.

El artículo 605 del C.C., faculta para pedir al juez la constitución de una hipoteca.

Testamentaria. Esta, no existe en nuestra ley civil. El código se limita a señalar como fuente de la hipoteca convencional (o sea el contrato que da origen a dicha hipoteca). Corregimos: la única fuente de la hipoteca según la ley civil es el contrato. Como su nombre lo indica, en un testamento, el de cujus, pide que se grave determinado bien, hipotecariamente, para el pago de las deudas testamentarias o legados. También puede presentarse el caso de que sea

40

impuesto el gravamen como una condición ó modo a los herederos. Si éstos, no proceden a gravar el bien, sencillamente incumplen una condición y los acreedores solo podrán pedir indemnización, según el caso, por la emisión o incumplimiento de la condición.-

Tambien puede darse la hipótesis que el testador constituya la hipoteca en el testamento mismo y en tal caso si el testamento es abierto queda consolidada la hipoteca ya que el testamento se registra y es solemno.

Para que nada de esto pudiera suceder es necesario que la ley lo prohíba.-

Como lo anotamos al entrar en el análisis de este inciso, ahora, nos dedicaremos al estudio del tercero, que en el orden expuesto es el 2º., e sea el referente a la capacidad para hipotecar. Lo estudiamos a continuación en el próximo capítulo.-

Capítulo cuartoLa noción de la capacidad en la hipoteca.-

El acto de hipotecar es un acto de carácter dispositivo.

Como tal la ley exige la plena capacidad para que se pueda constituir la hipoteca ya que la hipoteca implica por parte del deudor una enajenación, obviamente de un bien inmueble, y para la enajenación de los bienes inmuebles es necesaria la plena capacidad que solo la tienen las personas llegadas a la mayoría de edad (21 años).-

Dicho lo anterior, las personas que no sean capaces para enajenar un bien inmueble, también lo serán en los mismos términos, para la constitución de hipotecas.

Son inhabiles para celebrar hipotecas:

- a) el menor habilitado de edad, sin embargo, podrá hacerlo con autorización y con conocimiento de causa.
- b) el tutor o curador esta sujeto a la misma aprobación judicial.
- c) Los mandatarios deberán tener una autorización expresa para tal efecto.

La capacidad plena la exige el código en su artículo 2439

Art. 2439.- ' No podrá constituir hipotecas sobre sus bienes sino la persona que sea capaz de enajenarlos, y con los requisitos necesarios para su enajenación !.-

Consentimiento. Generalmente el consentimiento es otorgado

por el deudor y el acreedor en forma simultanea, excepcionalmente un tercero, cuando se trata de hipotecas constituidas por éste para garantizar una obligación ajena.-

Por parte del deudor el consentimiento otorgado es solemne y el acreedor puede darle en la misma forma o por escritura privada ú otro medio que denote aceptación.-

Los autores que afirman lo último, dicen, que no es indispensable que el acreedor otorgue consentimiento en forma solemne, puesto que para la cancelación de la hipoteca basta la declaración de voluntad del acreedor.-

Saneamiento de la hipoteca por vicio de capacidad.

Al respecto dice el artículo 2437 del C.C.

Art.2437.- Si la constitución de la hipoteca adolece de nulidad relativa, y después se valida por el lapso de tiempo o la ratificación, la fecha de la hipoteca será siempre la fecha de la inscripción.-

Este artículo se refiere nada mas a las nulidades relativas y dejó por fuera las nulidades absolutas, Pero, mas tarde apareció la ley 50 de 1.936 modificando el régimen de las nulidades prohibiendo asimismo el saneamiento de aquellos actos cuyas nulidades provinieran de objeto o causa ilícitas Cuando se redactó el artículo transcrito no existía la ley 50 de 1.936, por tal motivo las nulidades absolutas que provinieran de capacidad y consentimiento, mas específicamente

de la capacidad, no se podían sanear por el transcurso del tiempo, pero apareciendo la mencionada ley, tales nulidades se pueden sanear. Con base en estas consideraciones debe entenderse modificado el artículo 2437 del C.C., en el sentido de permitir la sanidad de las obligaciones nulas absolutamente.-

En concordancia con el artículo 2437 del C.C., está el 1741 el cual establece en su inciso segundo, que:

Hay asimismo 'nulidad absoluta' en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.-

La hipoteca constituida por una persona absolutamente incapaz se puede sanear según lo dispuesto en la ley 50 de 1936

reduccion de la hipoteca.-

La reduccion de la hipoteca acaece cuando se da hipotecado por suma indeterminada (hipoteca que la ley permite). Esta clase o manera de hipotecar produce un trastorno en la capacidad negocial del deudor ya que todos sus bienes inmuebles estan afectos a responder por la totalidad de la deuda en igual forma y por las mismas circunstancias, futuros o posibles acreedores se abstendrian de hacer negociaciones con el deudor, por su deficiencia o impotencia para poder garantizar.-

A remediar este desmedido poder del acreedor, la ley propone dos maneras o medios para conjurarlo. Asaber:

1o.- Las partes rijan el monto de la hipoteca y determinan el bien.-

Es muy conocido que la hipoteca es una garantia real y sirve para respaldar, por regla general, una obligacion principal de la cual depende la existencia del gravamen o hipoteca.-

En otro aparte conocimos que la hipoteca se constitua por una suma que bien puede ser determinada, indeterminada o determinable. Todo esto esta permitido por la misma ley.-

Tambien es conocido el perjuicio que acarrea al deudor una hipoteca de suma indeterminada, por ello la ley

faculta a las partes para 'determinar' la 'cuantía' y pueden hacerlo de las siguientes maneras:

- a) Determinando la cuantía por la cual se constituye la hipoteca, en tal caso, estaremos en presencia de un gravamen hipotecario por cuantía 'determinada'.
- b) Señalar, contractualmente, que la suma de la hipoteca, será determinada por la naturaleza misma de la obligación. Esta es una hipoteca de importe presunto, pero, fácil de determinar.-

Cuando el importe fijado de la hipoteca excede el 100% o sea el duplo de la obligación garantizada, el acto puede considerarse y debe ser así, como lesionario, en tal evento puede recurrirse a la :

2o.- Reducción de la hipoteca, la cual tendrá lugar en los casos siguientes:

- a) Cuando la cuantía de la hipoteca excede el doble de la obligación garantizada;
- b) Cuando se fuja un limite maximo que excede el doble del 'importe presunto' de la obligación;
- c) Cuando la cuantía de la obligación es determinable y la hipoteca se conselide o se otorgó por una cuantía indeterminable.-

En los incisos señalados anteriormente, el deudor puede solicitar la reducción de dicha hipoteca.-

Vistas las causales, pasamos a ver en que consiste la

la reducción y como se hace.-

La reducción consiste, como su nombre la indica, en bajar la cuantía hipotecaria estipulada hasta el monto mismo de la obligación.-

La reducción es pedida por el deudor al juez por medio de una demanda especial. A dicha demanda, se la da el trámite previsto en el artículo 1199 del código judicial.

Hecha la reducción, se hará una nueva inscripción a costa del deudor y la primera hipoteca inscrita no valdrá sino -- hasta el monto fijado por la segunda inscripción.-

La sentencia por medio de la cual se ordena la reducción, debe, para que surta sus efectos inscribirse, según lo ordenado en el artículo 2652 numeral 2o.-

Capítulo Sexto

Bienes que pueden ser objeto de hipoteca ó hipotecas.-

Pueden hipotecarse los bienes inmuebles, naves y aeronaves. Es preciso anotar que lo referente a la hipoteca de las naves se rigen por las normas del código de comercio.-

La hipoteca sobre aeronaves están regaldas por normas especiales.-

La hipoteca ó hipotecas que recaiga o recaigan sobre los bienes inmuebles o raíces se rigen por las normas del código civil, hipoteca ésta, que como vimos anticipadamente al hablar de la constitución de la hipoteca, esta sujeta a las formalidades de 'escritura pública' y registro e sea la inscripción de la misma. Tambien aclaramos que para que un bien sea hipotecado, es necesario que esté inscrito y plenamente determinado, lo cual permite concluir que el inmueble sea 'predio', sin tales requisitos es imposible que se eter que hipoteca.-

La hipoteca abarca:

a) Los inmuebles por adherencia.

Por tales, se entienden 'aquellas que a pesar de esta r adheridos al suelo, no obstante pueden dejar de ser in - muebles' según el artículo 656 del código civil. v.gr.:

Los edificios, los sembrados (los arboles).-

b) Los inmuebles por destinación.

A estos, se refiere el código civil en suart. 658.

Art. 658.- Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que estan perfectamente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento .-

En la continuacion del articulo, se encuentra una enumeracion de tales bienes, enumeracion, que como es de publico conocimiento, no es taxativa, sino enumerativa, a modo de ejemplo. En consecuencia, aquellos bienes que no se hayan en dicha lista o enumeracion pero, que se amelden a los terminos del citado articulo, participaran de la misma calificacion legal y estaran sujetos a las mismas consecuencias juridicas.-

Todos estos bienes (inmuebles por adherencia y por destinacion) hacen parte de la hipoteca.-

Tambien hacen parte de la hipoteca, todas las mejoras que se le hagan a la hipoteca. Las mejoras pueden ser:

Juridicas, naturales o industriales.-

Juridicas. Son la extincion de servidumbres, de un usufructo, y todo lo que perfeccione el derecho de propiedad.

Naturales. Son las minas, los tesoros, nuevas fuentes, y en general, aumentos no debidos al trabajo humano.

Industriales. Son las explotaciones o industrias debidas al trabajo humano; construccion, nuevas maquinas, etc.

Este incremento que recibe la hipoteca, beneficiando seguidamente el derecho del acreedor hipotecario, está autorizado por el artículo 2445 del C.C., que dice:

Art. 2445.- ' La hipoteca constituida sobre bienes raices afecta los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles, según el artículo 658; pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros.

La hipoteca se extiende a todos los aumentos y mejoras que reciba de la cosa hipotecada'.

El fundamento de tal aumento estriba, en que es de mucha lógica y equidad que si el acreedor se perjudica con la desmejora o deterioro del bien, se beneficie con su incremento. Pero, no haran parte de la hipoteca, un predio o fundo adquirido posteriormente por el deudor aun cuando lo una con el predio gravado. Lo mismo que aquellos bienes que siendo inmuebles por destinación o adherencia se han separado y pertencen a terceros, según el artículo transcrito en su inciso último.-

La hipoteca tambien se extiende, según el art. 2446 del C.C. a las pensiones devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados y a la indemnización debida por los aseguradores de los mismos bienes, es decir, de los bienes hipotecados y al mismo tiempo han sido asegurados.

Como el contrato de seguro, está reglado en forma especial

por el código de comercio y al relacionar dicho contrato de seguro dice en su artículo 679 ;

Art. 679.- 'Las cosas que hacen materia del seguro no es subrogada por la cantidad asegurada, para el efecto de ejercitar sobre esta los privilegios ó hipotecas constituidos sobre aquella'.-

El presente artículo del código de comercio, plantea una contradicción entre lo estipulado en el código civil sobre la extención de la hipoteca y la limitación hecha por el artículo citado y transcribe. Para aclarar lo referente a tal contradicción, le daremos paso a la Corte Suprema de Justicia.-

He aquí lo que dice la Corte:

" Las disposiciones de los artículos 2446 del C.C. y 679 del C. de Co., son contrarias. En presencia de este conflicto la Corte acoge la teoría de la aplicación preferente de la doctrina del artículo 2446 del C.C., en virtud de lo estatuido por el artículo 5o. de la ley 57 de 1887, porque lo dispuesto en ese artículo del C.C., es de carácter excepcional, preferible, por consiguiente, a la disposición del de comercio, que contiene la regla general. En cambio, el artículo del C.C. consagró lo especial o de excepcional al disponer expresamente la extención de la hipoteca a la indemnización debida por los aseguradores de los bienes hipotecados.

Esta indemnización, comprendida por la hipoteca, no precisamente por virtud de la suregación, sino por exprese, mandato de la ley que ha querido representar en ella la cosa pericada, forma parte del patrimonio del deudor como cosa especialmente afectada al pago de la obligación hipotecaria, y sobre él puede el acreedor, consecuenzialmente, ejercitar las acciones que concede la ley. Por otra parte, la ley de la hipoteca es civil, cualesquiera que sean la condición de quienes la otorgan y la naturaleza de la obligación que garantiza "

(Sent., 4 de abril 1.940 XLIX, 438).-

El doctor Eduardo Zuleta Angel, sobre el particular dice:

'Este conflicto es mas aparente que real. Lo que se trata de averiguar es si la hipoteca en cada caso es un contrato civil o mercantil, porque la regla se refiere no al seguro, que siempre es mercantil, sino a la hipoteca. Ella puede ser mixta, es decir, comercial para una parte contratante y civil para la otra, o enteramente civil o solo comercial. Cuando el contrato de hipoteca accede a uno comercial, se regirá por las leyes de ese derecho, cuando a uno civil, por las leyes civiles y cuando sea mixto, la parte civil puede invocar en su favor las reglas del derecho civil o las del derecho comercial'.-

Consideramos que con la transcripción de la sentencia de la corte y el concepto anterior, se aclare el punto.

Si el inmueble fuere expropiado por utilidad pública, la hipoteca cambia de objeto y recae sobre la indemnización pagada.-

Puede hipotecarse también el derecho de usufructo. Sobre el particular dice Mackenzie:

Buena es advertir, que la hipoteca sobre un usufructo es bastante rara, pues el acreedor no podría perseguir de manera real la finca correspondiente, sino solamente el derecho de gozar la cosa. De este 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.-

*

*

Capítulo septimoPossible conflicto entre el acreedor hipotecario y terceros sobre las partes integrantes y accesorias de la hipoteca.-

La regla general es que las mejoras incrementan el derecho del acreedor hipotecario, como se vio en su oportunidad, pero, puede suceder que dichas mejoras o partes integrantes de la hipoteca pertenezcan a terceros y entonces puede acontecer un conflicto entre estos.-

He aquí ciertos casos:

1o.- Según el doctor Valencia Zea al analizar el artículo 739 del código civil, dice:

Si alguien edifica, planta o siembra en suelo ajeno, tiene derecho a ser indemnizado en razón del valor de la obra y además, si se encuentra en posesión de la finca, le ley le otorga un derecho de retención.

Para el doctor Valencia, cuando hay derecho de retención puede hacerse valer contra el dueño y con mucha más razón contra el 'acreedor hipotecario', y cuando no existe tal derecho la hipoteca se extiende a todas las mejoras.-

2o.- En la prenda agraria (art. 5 de la ley 33 de 1.933), la hipoteca se excluye de las partes integrantes del inmueble que no han sido objeto de la prenda.-

3o.- Cuando el deudor tiene en su predio un bien perteneciente a un tercero. En tal caso la hipoteca no se ex-

tiende.-

A pesar de la existencia del ya mencionado artículo 2488 del código civil, que considera el patrimonio del deudor como prenda del acreedor o de los acreedores, permite la constitución de la hipoteca sobre bienes en especial, y este, porque el doctor Bello al hablar sobre el tema de la hipoteca, excluye la general y mas que todo porque en la realidad la hipoteca especial es la que ofrece más y mejores garantías.-

El señalamiento de un bien futuro, no interfiere ni daña la constitución de la hipoteca, pero, si necesita estos requisitos:

- a) El inmueble debe determinarse en el contrato hipotecario pues no vale la hipoteca sobre los inmuebles que indeterminadamente el deudor espere adquirir.
 - b) El plazo de inscripción (90) noventa días, se cuentan a partir de la adquisición del bien y no desde la celebración del contrato. Al respecto ver los artículos 2444 y 1516 del código civil.-
-

Segunda Parte

Capítulo Primero

Relaciones jurídicas entre acreedor y deudor.-

Es consecuencia lógica de todo contrato generar obligaciones, que según el moderno concepto de Hans Kelsen, es la fuente de los derechos y no éstos, la fuente de las obligaciones. Si tenemos en cuenta el concepto de Kelsen, el contrato al generar obligaciones, consecuentemente, da origen a derechos, por lo tanto, las relaciones entre deudor y acreedor hipotecarios, serán de obligaciones y derechos. Este primer capítulo lo dedicaremos a los derechos del acreedor y a los derechos del deudor y, en el capítulo siguiente estudiaremos lo relacionado con las 'acciones', tema este, de mucha importancia.-

Derechos del acreedor.-

La acción hipotecaria del actual derecho, es bien diferente de la concebida por los romanos (actio hypothecaria), ya que éstos la concebieron con las mismas notas que caracterizan la acción reivindicatoria. En efecto, según el primitivo derecho romano, el acreedor hipotecario sólo podía entrar en posesión de la cosa y retenerla en su poder, y el demandado quedaba absuelto cuando entregaba la cosa al acreedor. Solo más tarde se acostumbró pactar la facultad del acreedor de vender privadamente la cosa, y con el precio obtenido pagarse. Esta cláusula de venta privada de la finca

ora expresa en un principio; mas ya en tiempo de Ulpiano se consideró sobrentendida en toda constitución de hipoteca.-

Hecha esta referencia histórica de la acción hipotecaria estudiemos la acción hipotecaria de nuestro derecho civil.

En nuestra legislación, se le otorgan al acreedor hipotecario los mismos derechos que al acreedor prendario. Este se ve claramente en el artículo 2448 del C.C. que dice:

Art. 2448.- ' El acreedor hipotecario tiene, para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda '.-

Fijémosnos ahora, cuales son los derechos otorgados por el código al acreedor prendario. Estos derechos estan consagrados en el artículo 2422 del C.C., y dice:

Art. 2422.- ' El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que con el producido se le pague; e que, a falta de postura admisible sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su (pago) crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de sus derechos para perseguir la obligación principal por otros medios.

Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, o de apropiársela por otros medios de los aquí señalados.-

Estos son los derechos que por autorización del código tienen tanto el acreedor prendario, como el acreedor hipotecario.-

Uno de los puntos mas importantes del artículo anterior es que el acreedor no puede hacerse al bien sino por los medios establecidos en la ley.-

Algo en común tienen: que son derechos reales accesorios y otorgan garantía, preferencia y persecución, que no existen sin una obligación principal y además los privilegios que otorgan, no los tienen los demás acreedores quiregrafarios. Teniendo en cuenta que no se pueden enajenar, sino con observancia de las normas señaladas para el caso, autores hay, que miran con cierta desconfianza los llamados pactos pignoratitios, le propio ocurre con la validez del pactum fiduciae. La fiducia, para la generalidad de los autores es la transferencia real del dominio de una cosa, para fines que no requieren esa transferencia, con la obligación personal del fiduciario de restituir dicha cosa al fideicomisario o de entregarla a un tercero o cumplir otro encargo en los términos y condiciones contenidos en el pacto generador de la obligación personal en referencia. Se aclara,

que la fiducia no es un caso de simulación.-

Fiducia, según el diccionario, confianza.

Garantía real de los romanos que consistía en transmitir el deudor al acreedor la propiedad de una cosa, la cual había de ser devuelta cuando la deuda quedase pagada.-

Entre nosotros si la enajenación fiduciaria tiene por objeto esquivar la prohibición de la ley, será considerada como violatoria del derecho, y como resultado nula.-

Esta solución ha sido tomada por la jurisprudencia universal y la doctrina.-

Entrando en materia y con base en los artículos transcritos para fijar los derechos del acreedor hipotecario, nos damos perfecta cuenta, que dicho acreedor puede satisfacer su crédito de dos maneras:

- 1.º.- Haciendo subastar el bien y con el producto del remate cubrir el crédito;
- 2.º.- Por medio del dictamen de peritos, cuando en el remate no hubo postura admisible, la adjudicación del bien. Este proceder permitido por la ley, es sin perjuicio de seguir persiguiendo todos los bienes que forman parte del patrimonio del deudor que está considerado como garantía o prenda general de los acreedores, según el artículo 2488 del código civil.-

Aclaradas las maneras, medios e modos que tiene el acreedor

para hacer valer sus derechos, procedámonos a ver cuál es el momento oportuno para hacerlos valer.-

Puede sentarse como regla de carácter general, que los derechos del acreedor, surgen del acto de constituir la hipoteca, mas claramente, desde el momento en que se constituye la hipoteca el acreedor tiene derecho de acción, encaminada a conservar y mejorar la cosa dada en hipoteca.-

Cierto es, que la hipoteca respalda una obligación y que la exigibilidad de ésta, se opera cuando está vencida, o cuando ha llegado el término o la condición de la cual pendía.

Pero, este, no es absoluto, porque lo código determina casos en que la obligación, sin estar vencida, puede ser hecha efectiva por el acreedor. Ejemplos:

El del artículo 1553 que dice:

1.º el pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es:

1.º.- Al deudor constituido en(mora) quiebra o que se halla en notoria insolvencia;

2.º.- Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor

Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones.-

El caso del artículo 1862 inciso último, al referirse a las obligaciones del vendedor, dice así:

1.º Pero si después del contrato hubiere menguado considerable

mente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago:-

Y el artículo referente a hipoteca o sea el 2451 dice:

Art. 2451.- * Si la finca se perdiere o deteriorare, en terminos de no ser suficientes para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a que se mejore la hipoteca, a no ser que consienta en que se le dé otra seguridad equivalente; y en defecto de ambas cosas, podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente el plazo, e implorar las providencias conservativas que el admita, si la deuda fuere ilíquida, condicional e indeterminada’.

En esta forma queda claro lo referente al momento que tiene el acreedor hipotecario para hacer valer sus derechos contra el deudor hipotecario.-

En cuanto a las obligaciones condicionales, es de lógica que cumplidas las condiciones pactadas, deja desde ese momento ser obligación modal, para convertirse en una pura y simple. En esta forma, dicha obligación, a similitud de las puras y simples, son exigibles en forma inmediata.-

La transcripción de los artículos anteriores, la consideramos necesaria, porque son los casos excepcionales.-

Veamos ahora, a modo de síntesis, cuál es el lugar que ocupa el derecho del acreedor hipotecario dentro del concierto de acreedores.-

A pesar de la afirmación hecha anteriormente con base en los artículos del código civil y que consiste en otorgarle al acreedor hipotecario los mismos derechos del acreedor Prendario, es inexacta tal igualdad en cuanto a la prolación de créditos.-

En efecto, los créditos prendarios pertenecen a la segunda categoría (y los de prenda agraria, a la primera clase), mientras que los 'hipotecarios integran la tercera clase'.

Con base en los postulados anteriores, los créditos afianzados con hipoteca, ceden cuando los dos primeros, no sean satisfechos con el patrimonio del deudor.-

En cambio, el derecho de hipoteca, tiene la ventaja de permitir a los acreedores, iniciar las medidas tendientes a conservar y mejorar la cosa gravada. Asimismo pueden abrir un concurso particular, en el cual se hacen presentes las personas que tienen derecho de hipoteca sobre el mismo bien. Este concurso particular esta autorizado en el artículo 2499 del código civil. En esta forma los acreedores sustraen de masa quebrada, el bien, pero con dos obligaciones consiguientes, a saber:

- a) Consignación de una suma prudencial para el pago de los créditos de primera clase, en la parte que sobre aquellas

recaiga el deber de cubrirlos;

b) Restituir a la masa lo que sobrare una vez pagados sus créditos y de intentar la acción real ante el propio juez que conoce de la quiebra, tambien estan obligados.-

Ahora, analicemos la forma como debe cubrirse o pagarse el crédito hipotecario.-

Es necesario, distinguir, entre las costas judiciales; intereses y capital. Se hace importante é imperiosa tal distinción, porque la ley no les dá un tratamiento uniforme, en cuanto al orden de pago, sino, que de acuerdo con la demanda presentada para cada juicio en particular, la ley señala una prelación diferente. Veámoslo:

1o.- Cuando se ejercita 'acción hipotecaria' o 'concurso'

Se prefieren las costas judiciales, artículo 2499 inciso segundo (corregimos, inciso final)

2o.- En el caso de concurso general o particular.

Se prefieren las costas judiciales de interes general. artículo 2495 y la primera parte del 2496.-

Nota: Fuera de estos casos las costas se pagan como créditos de 5a. clase, antes que los intereses y el capital de la respectiva deuda. Esto sucede en los juicios ejecutivos-ordinarios-concurso de un acreedor o de varios pero no de todos.-

Los 'intereses' se prefieren al capital según lo dispuesto por los artículos 1653 y 2511 del C.C.

Respecto al capital, si no se cubrió con el producto (remate), lógicamente del bien, pasará a la 5a. categoría sujeto a la ley del prorrato. Así lo ordena el artículo 2510 del C.C.-

Lo dicho anteriormente significa que es preciso diferenciar la persecución de la cosa hipotecada en el juicio especial que la ley consagra, la persecución de ella dentro de un juicio ejecutivo, y la persecución (de ella) dentro de un juicio que haga relación con los demás bienes del deudor no gravados con garantía.-

La garantía hipotecaria, ofrece una serie de privilegios que podemos observarles, inclusive en la prelación de embargos. Para evitar divagaciones que podrían ser inútiles y para no poner como nuestro algo que ya lo dijo la ley y en forma muy clara, nos permitimos transcribir el artículo 1198 del C.J, incisos 1o. y 2o.-

Art. 1198.- ' El embargo y el secuestro decretados conforme a este título (el título del código a que se refiere el artículo se denomina "Venta o adjudicación de la prenda" # XLIII) pone fin a los efectuados en el juicio ejecutivo con acción personal.

Si se hubiere embargado un bien en dos o mas juicios sobre venta o adjudicación, podrán acumularse estas; pero si uno de los embargos

se ha hecho en un juicio ejecutivo con acción real y el otro en un juicio de venta o adjudicación, prevalece el embargo correspondiente a la hipoteca mas antigua, y se considera insubsistente el otro, lo mismo que...'-

Lo transcrito se aplica aunque el embargo se haya decretado en un juicio de quiebra o en un concurso de acreedores..

Medidas tendientes a mejorar y conservar en forma el bien dado en garantía hipotecaria.-

Si la ley otorga un derecho, es lógico que dé al titular de dicho derecho, los medios necesarios para preservarlo de cualquier daño, pérdida o deterioro que pueda sobrevenirle.-

En nuestro código civil -- dice el doctor Perez Vives-- falta una teoría general de las medidas de conservación. No obstante el código la acepta y prohija en algunos de sus artículos, verbigracia, en los artículos 158, 169, 201, 278, 417, 505, 814, 958, 1136, 1279, 1341, 1431, 1553, 1821, 1901, 2026 2176, 2202, 2359, 2421 y en lo tocante a la hipoteca nuestro código habla de 'providencias conservativas', en su artículo 2451. He aquí su texto:

Art. 2451.- ' Si la finca se perdiere o deteriorare, en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a que se mejore la hipoteca, a no ser que consienta

en que se le dé otra seguridad equivalente; y en defecto de ambas cosas, podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque este pendiente el plazo, o implorar las providencias conservativas QUE EL CASO ADMITA, si la deuda fuere no líquida, condicional o indeterminada.-

Podemos resumir todo así:

Hay dos caminos para tutelar el derecho.-

1o.- Cuando la deuda es líquida.

- a) solicitar la mejora de la hipoteca;
- b) exigir el inmediato pago de la obligación.

2o.- Cuando es ilíquida, condicional o indeterminada:

implorar las providencias conservativas QUE EL CASO ADMITA.-

Para impetrar las medidas conservatorias cuando se trate de una deuda ilíquida, lo mismo que de las líquidas, deberán colocarse en la demanda los hechos que la parte actora (acreedor), considere como atentatorios de la integridad de la cosa hipotecada.-

Esto, como es sabido, es una exigencia del código de procedimiento civil y al mismo tiempo se satisface el principio de derecho probatorio que dice:

'da mihi facta et dabo tibi jus' el cual traduce,

'dame los hechos y yo te daré el derecho'.

Prácticamente agotado lo referente a los derechos del acreedor hipotecario, pasemos al estudio de los derechos del deudor, bajo el siguiente título:

Derechos del deudor hipotecario.-

Parece que en las relaciones entre acreedor y deudor hipotecarios, todos los derechos, en virtud de la situación ventajosa que otorga la hipoteca, están entregados sin reservas, a el acreedor. Pero esto, no es así.-

El deudor también tiene sus derechos y son los que a continuación enumeramos:

- a) Puede enajenar la finca gravada; en su oportunidad vimos, al hablar de las cláusulas que podían insertarse en el contrato de hipoteca, que se consideran, entre otras, como no escrita, la cláusula que prohíba al deudor la ulterior negociación del bien gravado;
- b) Puede gravar dicho bien con nuevas hipotecas, claro está hasta donde su valor, horradamente, se lo permita;
- c) Puede, abandonar el bien gravado al acreedor.

Sobre este punto, o sea sobre el hecho de abandonar, el código de procedimiento civil, tiene su vacío, ya que no dice como debe consumarse dicho abandono. Nuestro código civil, al hablar de abandono de la finca, lo hace en el artículo 2450 que dice:

Art. 2450;

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

El doctor Perez vives dice, que se entiende consumado el abandono cuando se adjudicó al acreedor mediante una sentencia debidamente ejecutoriada y registrada. Recuérdese, que la sentencia debe registrarse por mandato de la ley, ya que versa sobre un bien raíz. Cuando el deudor abandona, considera que con la finca, quedan canceladas las costas judiciales, los intereses y el capital.-

d) Puede pedir la reducción de la hipoteca, tema ya estudiado.

Procedimiento: de la demanda se da traslado al demandado por el término de tres días. Contestada o no la demanda, el juicio se abre a prueba por seis días, vencidos los cuales el juez falla dentro de los cinco siguientes.-

En la materia, rige el principio del 'onus probandi incumbit actori' lo cual significa que la carga de la prueba incumbe al actor y el actor, en el caso de la reducción de la hipoteca, es el deudor, lo que quiere decir que es al deudor a quien le toca probar.-

e) Puede pedir, que se le entregue el remanente.

Tiene derecho el deudor o demandado a que le sea entregado el remanente del producto del remate, una vez cubierto el crédito hipotecario, sus intereses y las costas.

(art. 1194 del C.J.)-

Para que cese este derecho, es menester que algún juez competente haya comunicado al que conoció, del juicio de venta, que dicho remanente se encuentra embargado en otro juicio (el mismo texto)

Tambien cesa este derecho, cuando el deudor abandona el bien hipotecado y el acreedor solicita su remate en el juicio, en vez de aceptar que el juez se lo adjudique.-



Capítulo Segundo

Aspecto procesal. Las acciones.-

El concepto de acción, ha sido muy debatido en todo el mundo, por eminentes procesalistas. El término acción tiene diversas acepciones y en efecto tenemos, que desde el punto de vista filosófico, 'acción' proviene de 'agere' y significa, cualquier actividad de orden moral o material, encaminada a producir un efecto determinado.-

Tomada sustancialmente, el derecho del cual somos titulares. En sentido formal, el procedimiento necesario para hacer efectivo un derecho.-

Por algunos autores (couture), es sinónimo de derecho, y para ellos lo mismo es decir tener acción que tener derecho.-

Pero lo más importante es el paso de la acción por diversas teorías que la han considerado diferente en forma sustancial.-

Desde tiempos romanos se tuvo en cuenta la acción, así vemos como Justiniano en su 'corpus juris civilis' dividió el derecho en tres partes, para el esenciales. Dichas partes fueron: 'personas, bienes y acciones'.-

Las teorías predominante en la depuración del concepto de acción, fueron: 'la tradicionalista' y la 'actual o clásica'. Observemos seguidamente en que diferencian o mejor dicho en que consiste 'la acción' para una y para o -

tra teoría.-

Los tradicionalistas afirman, que la acción no es otra cosa que el derecho material puesto en movimiento, dicho en otras palabras: la acción es un momento del derecho material, otra definición que se amolda a las exigencias del concepto tradicionalista, es aquella que considera a la acción, como los derechos sustantivos hechos valer judicialmente.-

Tomando como base, el diagnóstico o la manera de pensar de los tradicionalistas, llegamos a la conclusión de que solamente pueden accionar las personas que tengan un derecho material o sustantivo protegido por la ley.

Ejemplo: solamente puede ejercer las acciones inherentes al derecho de propiedad, la persona que posee. En igual forma, en materia de sociedades, las acciones propias de los socios solamente pueden ejercerlas, los que tenga n calidad de tal o tales.-

Los exponentes y defensores de tal teoría son, entre otros Demolombe y Savigny. Para estos autores hablar de derecho y acción es un pleonasma, y para ellos tienen mucha razón por las razones antes anotadas.-

Pero, como dijimos en otro lugar de este trabajo, las tesis o conceptos del derecho son eminentemente refutables, controvertibles y por ello la tesis de los 'tradicionalistas', no permaneció como ellos la manifestaren, sino que

fue criticada por los defensores de la otra teoría, conocida con el nombre de moderna o actual.-

Los defensores de la nueva teoría, consideran que la acción es un derecho Público, subjetivo y que puede ejercerlo inclusive, la persona que no tiene derecho material.-

Como es de fácil observación, la diferencia esencial en relación con la teoría anterior, radica en que aquella considera el derecho material como imprescindible, es mas lo identifica con la misma acción, es decir, no hay diferencia entre derecho y acción. Para la segunda, casualmente, lo no importante es el derecho material, para ellos el derecho material es inoperante. Completando debidamente la definición de los segundos, el derecho de acción es 'eminentemente individual' por ello, la persona que no tiene derecho puede en forma perfecta ejercitarlo, con base casualmente en la individualidad del mismo. Esta es la teoría acogida y por cierto de mucha lógica. Ejemplos: Alguien discute mi calidad de socio, exigiendome en tal forma y por tal motivo cierta prestación. Puede pedir al juez, que declare mi condición de no socio.- Alguien cree que soy el propietario de determinado bien y me demanda con base en tal bien y por algún motivo. En igual forma puedo pedir la declaratoria de no propietario, por medio de una acción.-

Otra persona cree que no soy heredero de fulano de tal.

Bien puede pedir al juez, que declare mi condición de tal. No tanto este ejemplo como los anteriores, demuestran que sin tener derecho material, pone en movimiento el órgano judicial, lo cual satisface y corrobora lo afirmado por los clásicos. Un ejemplo más elocuente, es de mentar, el relacionado con las acciones populares instituidas en favor de toda la colectividad.-

Esta variación del concepto de acción ha llevado a los tribunales e intérpretes de la ley a otras conclusiones de gran relevancia procesal, como cuando se considera y se afirma con bastante y casi perfecto acierto que la 'legitimatio ad causam' no es un presupuesto procesal. Si continuamos con este tema, nos apartaríamos en forma considerable del tema que realmente nos ocupa, por ello, pasemos de inmediato a las acciones, en cuanto a lo relacionado con la hipoteca.-

Procesalistas, entre ellos, Guasp, han diferenciado entre un proceso de ejecución y un juicio ejecutivo.-

Consideran que el primero, sea o sea el proceso de ejecución trata y en realidad realiza un derecho con o sin la voluntad del ejecutado.-

El segundo es un procedimiento que se caracteriza por tener un período cognoscitivo, por medio del cual, el juez,

conoce o tiene oportunidad para conocer la verdad y fallar de acuerdo con lo alegado y probado.-

Las consideraciones anteriores todas, son necesarias tenerlas en cuenta ya que el tema a seguir, es puramente procesal.-

Cuales son las acciones que tiene el acreedor hipotecario?

A prima fase, aparecen las siguientes:

- 1o.- La acción hipotecaria;
- 2o.- La real que se tramita por medio de un juicio especial señalado en el título XLII libro 2o. del código judicial;
- 3o.- La personal del acreedor. Propia de él y
- 4o.- La acción mixta. Por ella se persiguen todos los bienes del deudor en acción personal y el hipotecado en acción real. Parece haber sido instituida esta acción mixta, por el artículo 28 de la ley 95 de 1890.

Pero a pesar de todas estas divagaciones, hay en síntesis y conclusión dos caminos para hacer valer un crédito hipotecario, y son estos:

- 1o.- La acción (real) personal solamente o unida al derecho real o sea a la acción real;
- 2o.- El juicio del título XLII libro 2o. del C.J.-

Aclaremos, que el código no acude a procesos de ejecución en materia de obligaciones convencionales. Solamente ha consagrado diversos juicios o procedimientos ejecutivos.

Sen, a modo de ejemplo, juicios ejecutivos, los de los siguientes títulos:

El del XXXI, XXXIII, XLII; todos estos juicios son ejecutivos y sus diferencias se notan en sus términos.-

Para nuestro caso, es de singular importancia el del título XLII, el cual estudiaremos detenidamente.-

El juicio referente a la 'venta de bienes hipotecados o dadas en prenda' ha pasado por muchísimos cambios. El doctor Luis Felipe La Torre, citado por el dr. Paraz, explica diáfanoamente este ciclo histórico. Resumiendo, en un principio no existía diferencia procesal alguna entre el juicio de venta de cosas hipotecadas y los juicios con base en acciones estrictamente personales, dicho en otros términos, era un mismo juicio para ambas situaciones: 'el ejecutivo'.-

Mas tarde y con gran acierto el dr. Ismael Arbeláez en su código (ley 103 de 1923) introdujo un juicio de 'venta' y anotó que para las demás acciones bastaba el juicio ejecutivo. La falla anotada a este juicio en el mencionado código, era la forma de practicarse el embargo, mejor dicho, no tanto la forma sino la oportunidad para hacerlo, o sea, después de dictada la Sentencia.-

El mencionado código, fué suspendido en el año de 1924, se esperaba una reforma, un nuevo código, pero la reforma se demoraba y se hacia necesaria, porque para ese enten-

ces, comenzaba a funcionar el Banco Agrícola Hipotecario. Con base en ello, se elaboró un proyecto que fué la ley 108 de 1.928, éste, consistió en la reforma del famoso juicio de 'venta' del código de Arbeláez en el sentido de 'embargar' no al momento de dictar sentencia, sino, una vez iniciado el juicio. En esta forma se prevenía la posible burla de los deudores, los cuales en virtud del primer procedimiento, antes de dictarse la sentencia, lo que era lo mismo antes de embargarse el bien, podían perfectamente enajenarlo y, como la demanda no alcanzaba a cubrir al tercero adquirente, éste podía ejercer plenamente sus derechos y para poderlo despojar, puesto que la garantía continuaba con el bien, era necesario una nueva demanda y el tercero antes de 'embargarse' el bien, podía hacer lo mismo que el antiguo deudor y así sucesivamente, lo cual constituía una burla para los derechos del acreedor.

Pero, sucedió algo raro al momento de aprobarse el nuevo proyecto (ley 108 de 1.928), que pasó a la aprobación del gobierno con el error sobre el momento 'para embargar'.

Fue, dicho proyecto, devuelto y con una observación del Gobierno, en la cual ponía de presente la repetición del error que traía el código de Arbeláez y al mismo tiempo, aconsejaba:

es pues, indispensable reproducir el inc. 3º, art. 2 de la ley 108 de 1.928, en el artículo 1189 del código (el código al cual se refiere la observación gubernamental, es el actual, o sea la ley 105 de 1.931), y cambiar en el artículo 1192 la palabra 'embargo' por la palabra 'avalúo' .-

El Congreso acogió la observación y adicionó con un inciso (el 3º) el artículo 1189 y modificó el 1192, como se propuso. Este, es el estado actual del código judicial. Visto este proceso histórico, este cambio procesal del juicio XLII del libro 2º. del C.J., pasemos a su estudio teniendo en cuenta, las otras acciones o el otro camino que tiene el acreedor hipotecario para hacer valer su derecho (véase pagina 69, renglones 21, 22 y 23).-

JUICIO HIPOTECARIO.-

Según Peres vives.

Demanda. Se pide la venta de los bienes hipotecados y en subsidio su adjudicación al acreedor, para que con su producto se pague el crédito. Con la demanda se presenta el título que debe prestar mérito ejecutivo.

Trámite. Se da traslado al demandado por el término de tres días. Si el demandante presenta el certificado de que trata el artículo 1008 del C.J., y dicho título llena las condiciones legales, se decreta de plano el embargo de la finca, si del certificado aparece vigente el

gravamen. El embargo se comunica al registrador antes de todo traslado. Si hay terceros acreedores se les ordena citar; esto no demora la comunicación del embargo. Citados o citados los referidos acreedores y vencido el plazo de tres días que se les da para comparecer, o comunicado el embargo si no hubiere dichos terceros con acción real, se da traslado de la demanda al deudor por el término dicho. Si el deudor se opone, se abre a prueba por el término de diez días. Vencido el término probatorio, si hubo oposición, o el de traslado, si no la hubo, el juez decide en los cinco días siguientes. Si el fallo es favorable al demandante, se ordena el avalúo (y, si el actor lo pide, el secuestro) de los bienes gravados y su venta en pública subasta, así como la liquidación del crédito y el pago al acreedor o acreedores, respetando el grado de sus y hipotecas y siguiendo las normas del 'juicio ejecutivo'.

Apelaciones. Por regla general en el 'devolutivo'. Se concede en el de efecto 'suspensivo'; la apelación de la sentencia.

Bienes perseguibles. Los hipotecados y única mente éstos.

Continúa diciendo el doctor Peres, que este juicio, a pesar de sus términos cortos, es en la práctica un tanto más largo y engerrese.-.

En cuanto a la demanda, podemos agregar lo siguiente:
 Debe llenar los requisitos del artículo 205 del C.J., además, se debe acompañar a ella, la escritura de la hipoteca debidamente registrada y un título que preste mérito ejecutivo. En igual forma adjunto a la demanda el certificado de que trata el artículo 1008 del C.J.-

Si todos estos documentos, están conforme a derecho se le da curso a la demanda.-

Pero, si tales documentos no están conforme a derecho ¿qué sucede? Sencilianente, no se le da curso a la demanda.

Al respecto, cabe una aclaración. Si no existe un documento que preste mérito ejecutivo ó si de la escritura no se desprende o deduce un crédito exigible, se 'rechaza' la demanda. Pero si esos documentos ponen de presente la autenticidad y exigibilidad del crédito, mas no se acompaña el certificado del registrador, la demanda se 'admitirá' pero no se dará en traslado al deudor hasta tanto no se allegue dicho certificado. El juez lo ordenara buscar a la parte actera y aducirlo en juicio, tambien se abstendrá, el juez de decretar el embargo.-

La razón consiste, en que deben citarse tambien los acreedores, para que éstos, puedan hacer valer sus derechos. Estos terceros están relacionados en el certificado y logicamente es el único medio con que cuenta el juez para conocerlos. Tambien se hace necesario el certificado, para

que los acreedores presenten sus demandas y se surta un solo traslado al deudor. Queda entónces claro, que la ausencia del certificado no influye sobre la admisibilidad de la demanda, solo supedita a su presentación, el traslado y el decreto de embargo. Cuando se presenta el certificado desde un comienzo y está conforme a derecho, el embargo se decreta de plano.-

La demanda debe dirigirse contra el poseedor del bien quien no puede pretender que se persiga primero al deudor primeramente obligado. También, según el artículo 1583 del C.C. contra el heredero o cedendor.-

Traslado y citación de terceros acreedores.-

Conforme la demanda de acuerdo con lo antes expuesto, se le da traslado al deudor por el término de tres días. Se lo pone en conocimiento que los autos están a su disposición en la secretaría del juzgado, pero no pueden sacarse de ella. El deudor puede recibir la demanda de un solo acreedor o de varios, según el caso. El demandado al contestar la demanda puede:

No contestarla; pedir la reposición del auto admisorio de la demanda o de lo dispuesto en el decreto de embargo y también resistirse a las pretensiones del actor.-

Si al contestar, pide reposición, el juez la estudiara y determinará si la concede o niega. En caso que la niegue,

el juicio continua su curso, a menos que el demandado hubiese acompañado al memorial de reposición, el escrito de oposición, lo que es lo mismo 'excepciones' o sean los hechos que tratan de desvirtuar o dejar sin vida el derecho del actor o actores.-

Si no existió oposición, el juez falla dentro de los cinco días siguientes. Si hubo oposición, se procederá así:

El juez abre a prueba el juicio por diez días comunes para pedir y practicar las solicitadas por las partes (artículo 1190 del C.J.).-

Vencido el término probatorio, el juez falla dentro de los cinco días siguientes.-

Con los terceros acreedores pueden ocurrir varios casos. Puede acontecer que no se presenten en el término legal (tres días) a hacer valer sus derechos. En tal evento se subasta el bien, se liquida el crédito y se paga al acreedor. El remanente del bien subastado responderá por los créditos prendarios o hipotecarios que no se hicieron valer oportunamente, pero los gravámenes sobre la finca se extinguen, de acuerdo con el art. 2452 del Código Civil. Al efecto, el juez ordena al registrador la cancelación de las respectivas inscripciones.-

Si el tercero o los terceros se presentan antes de dictar sentencia, se admiten sus demandas y se tramitan bajo una misma cuerda y se falla teniendo en cuenta la prelación de

DEPARTAMENTO DE
 BIBLIOTECA
 UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

créditos.-

Si presentan las demandas después de dictada la sentencia, también se aceptarían sus demandas y se les daría el trámite de rigor y se fallan en la sentencia de prolación de créditos.-

Dice, el doctor Perez, que es necesaria una distinción entre terceros notificados en legal forma y terceros no notificados o citados. Respecto de los primeros, no serán pagos pero siempre serán pagados con el remate. En cuanto a los últimos, existe la posibilidad de presentarse antes de que se dicte sentencia, en tal caso, se le tramitara la demanda.-

Cuando se haya dictado sentencia y se presente un tercero, hay que considerar dos casos:

- 1o.- No se ha hecho el pago a los acreedores, en tal caso se le da a la demanda el trámite de rigor;
 - 2o.- Se hizo el pago a los acreedores; entonces no tendría el tercero más camino que intentar un juicio separado para obtener el pago de su crédito, o sobre el remanente, en las mismas condiciones que aquellos acreedores que, citados oportunamente, o sobre la finca hipotecada, persiguiéndola en poder del adquirente en la subasta, ya que en este caso continuaría vigente el gravamen (art. 2452 del C.C.).
-

Embargo y secuestro.-

Por autorización de la ley, una vez presentado el certificado del registrador, el 'embargo' se decreta de plano, pero el 'secuestro' será pedido por el demandante.-

Pedir el secuestro del bien, consiste en darle a una persona que se encargue de su administración o dejarlo simbólicamente a quien lo posee. Esta medida es de mucha importancia para el demandante, porque los frutos percibidos desde que es decretado el secuestro, quedan en poder del secuestro y evita que los terceros adquirentes, al momento de adquirir el bien en subasta pública, tropiecen con colonos u otros ocupantes que perturben su derecho.-

Es recomendable, dicho lo anterior, que el actor pida al juez, el embargo y el secuestro del bien, para los efectos antes anotados y el adelanto de solución para los futuros problemas que puedan presentarse.-

Agotado todo lo referente a la demanda, traslado, notificación a terceros acreedores, embargo y secuestro si el demandante lo pide, solo falta el dictado de la sentencia, el la cual, el juez, dispondrá, si es favorable al demandante, lo siguiente:

- 1o.- la orden de avaluar los bienes perseguidos;
- 2o.- la de venderlos en pública subasta;
- 3o.- la de proceder a liquidar el crédito o créditos;
- 4o.- el orden de prelación de los varios créditos; si los

hubiere;

5o.- el pago al acreedor o acreedores con el producto del remate.-

La sentencia, es el acto mas importante del juez, así como la demanda, es el acto trascendental de las partes. Al momento de preferir sentencia, el juez, estudia detenidamente los fundamentos de la demanda, los hechos de la oposición, si la hubo y el material probatorio allegado al juicio. En síntesis, con lo alegado y probado conforme a derecho, el juez falla dentro del término antes dicho.-

Es conveniente aclarar, que por autorización misma de las normas que reglamentan el juicio de venta, a éste juicio, son aplicables las del juicio ejecutivo, siempre y cuando no contraríen la naturaleza especial de éste. La oportuna aplicación de las normas del juicio ejecutivo en el juicio de venta, es cuestión de circunstancias especiales y de criterio interpretativo, por ello no es conveniente trazar o tratar de trazar pautas absolutas.-

Se discute, teniendo en cuenta que la sentencia del juicio de venta se dicta en la misma forma que la del juicio ejecutivo, si contra ella caben los mismos recursos que estatuye el artículo 1030 para los juicios ejecutivos. Lo mismo sucede en cuanto a la revisión del proceso de venta en juicio ordinario. La Corte en sentencias, del 5 de novien.-

bre de 1.938, G.J., t.XLVII, p. 537, y 20 de agosto 1.943, G.J., t. DVI, p. 69, sostiene que el juicio de venta puede revisarse y seneterse a todo lo dispuesto por el artículo 1030 del C.J.-

El punto contrario queda a juicio del interprete, haber suficiente debe tener para acoger o rechazar la jurisprudencia de la Corte.-

Remate de una finca hipotecada para el pago de la parte exigible de una deuda a plazos. Puede dice el doctor Perez suceder que la finca se halle hipotecada para responder por el pago de una deuda a plazos cuyo importe total no sea exigible, pero algunas de cuyas cuotas si lo sea n. En tal caso puede, cosa obvia, solicitar el acreedor del remate de la finca para obtener el pago de la parte exigible de la deuda. Pero como la otra parte no lo es y el dinero que produce la subasta se subrega al inmueble, como una nueva aplicación de la subregación real, el sobrante del precio (crédito) o sea el remanente, queda afecto a responder por el cumplimiento de la parte pendiente de la obligación. Al afecto, el juez debe depositarla en un Banco o Caja de ahorros; normalmente, en el Banco de la Republica a órdenes del juzgado, como garantía del pago. Mas el interesado puede sustituir la garantía, es decir, otorgar una nueva seguridad que, si es calificada de suficiente por el juez, le permite al deudor obtener la entrega del

dinero sobrante del remate (C.J., art. 1053)

Aunque este texto dice: 'a satisfacción del acreedor', es claro que si éste no se declara satisfecho con la nueva garantía, puede el deudor acudir al juez para que la califique. Otra cosa sería dejar a dicho (acreedor) deudor incondicionalmente en manos del acreedor, solución contraria a los principios generales del derecho que nos rigen.

Todo lo anterior es dicho por el citado autor.-

En caso de quiebra, la demanda de venta se instaura ante el juez que conoce de ella. En este caso también participa el síndico.-

Este, es uno de los caminos que tiene el acreedor hipotecario para hacer valer su derecho.

Otro camino es el que a continuación se expone:

Juicio ejecutivo con acción real.

Esta es la llamada acción 'mixta'. Consiste en promover una demanda ejecutiva pidiendo simultáneamente el embargo de la finca gravada, cuyos linderos se fujan en la demanda. Con la demanda, se acompaña la escritura de la hipoteca y el certificado del 1008 del C.J., lo mismo que el título que sirve de base para la acción personal.-

Esta acción 'mixta', no puede instaurarse contra:

La persona que hipotecó un bien suyo para garantizar una deuda ajena y no se obligó personalmente, ni contra el po-

acceder (tercero) del bien gravado que no está personalmente obligado. En estos casos sería de rigor el juicio de venta.-

En cuanto al trámite de este juicio, la ley no dispone uno distinto, se sujeta a los términos del juicio ejecutivo.

La acción personal, es la que tiene el acreedor sobre todo el patrimonio del deudor (art. 2488 del código civil), a esta, puede juntar el acreedor hipotecario la real que le confiere su derecho de hipoteca.-

En síntesis, la acción personal, sola o acompañada de la real, sigue los trámites fijados en el C.J. para el juicio ejecutivo.-

La adjudicación. Cuándo precede.-

La adjudicación es un remedio subsidiario. Tiene lugar, cuando, en la subasta no hay postura admisible. Esta facultada la ley al acreedor y éste, debe pedirla al juez, ya que el juez no puede decretarla de oficio (art. 1195 del C. J.).-

No se debe confundir la adjudicación con el abandono.-

Para adjudicar es necesario un avalúo previo. Después que el juez decreta la adjudicación ordena registrar la diligencia en la oficina de registro respectiva, en el libro número 12 .

*

*

Tercera ParteCapítulo ÚnicoExtinción de la hipoteca.-

Como derecho real accesorio -dice Valencia Zea- la hipoteca se extingue en todos los casos en que se extingue la obligación asegurada; pero, además, puede extinguirse independientemente de la extinción de la obligación.-

I. El pago extingue la hipoteca, excepción hecha del pago con subrogación. El pago debe ser válido y total, pues en virtud del principio de la indivisibilidad de la hipoteca, si se cancela una parte del crédito la hipoteca subsiste por el resto, y si se cancela el capital sin cancelar los intereses, la hipoteca subsiste en garantía de los últimos.

II. La novación extingue la hipoteca (arts. 1700 y ss.), salvo que el propietario acceda a la reserva del gravamen hipotecario.-

III. La pérdida del inmueble extingue la hipoteca, salvo los derechos del acreedor.- (art. 2451 del C.C.)

IV. La extinción del derecho de propiedad no siempre produce la extinción de la hipoteca.

V. El acreedor puede cancelar la hipoteca, sin habersele cancelado la obligación.

VI. Finalmente es necesario advertir que la hipoteca extinguida debe cancelarse mediante escritura pública, de lo cual es necesario tener nota al margen de la inscripción respectiva (arts. 2676 y ss. del C.C.).

VII. Se extingue por confusión de la calidad de acreedor con la de deudor, también por adjudicación.-

La otra parte del presente trabajo la dedicaremos a las conclusiones.

*

*

Conclusiones

Como comienzo de estas 'conclusiones', comenzaremos por apuntar una gran verdad; la posibilidad y bastante grande de habernos equivocado. Pero, de muy buena fe.-

A pesar que los estudiantes de derecho no somos peritos en la mecanografía, ni esta disciplina hace parte de lo jurídico, me he tomado el trabajo de sentarme a la máquina y escribir sobre el tema ya concluido, por ello espero que sepan comprender los errores de tipo técnico. No he rendido culto a la hermosa presentación del trabajo, me he limitado a la esencia de lo escrito, a lo medular del asunto, en síntesis, he preferido el fondo ^a por la forma.-

El tema de 'la hipoteca' ha sido debatido por eminentes autores, con lo cual quiere significar que no puedo hacer innovaciones, por ello me he limitado en algunas ocasiones a citarles, a transcribir, en otras, sus párrafos y en muy pocas ocasiones un concepto o parecer personal.-

En algunos de los apartes de la tesis, digo algo que aquí lo corrobore: La gran mayoría de las tesis jurídicas son susceptibles de reformas y contradicciones, esta idea es inherente a la naturaleza misma del derecho, en consecuencia los pareceres personales, lo mismo que los planteamientos de los autores citados, pueden en forma perfectamen-

te posible ^{ver} centrevvertidas.-

En la tesis, he hecho el siguiente reparto de materias:

1o.- El proceso histórico de la hipoteca desde los romanos hasta nuestros días. Este tema fue tratado en forma certa ya que el estudio del mismo puede constituir la elaboración de una verdadera tesis, y en ésta, el tema central era la hipoteca y no su evolución histórica. Por ello, dicho proceso se limitó a una noticia en la cual analizamos 'el pignus', 'la fiducia' y 'la prenda convencional'. En cuanto a los diversos sistemas hipotecarios guardamos silencio porque también se apartaba de nuestro propósito y más que todo porque no se trataba de un análisis meta-histórico e fenomenológico e comparativo.-

2o.- En el segundo capítulo el análisis versó sobre la naturaleza del gravamen. En este aparte, lo importante teniendo en cuenta el artículo 2432 del C.C., y el criterio del doctor Perez Vives, fue:

Que la hipoteca, 'es una garantía real accesoría e indivisible constituida sobre inmuebles que no dejan de estar en posesión del deudor y que concede al acreedor el derecho de perseguir el bien gravado en poder de quien se halle, para hacerle subastar en caso de que el deudor no pague el crédito principal, con el

fin de que éste sea cubierto con el producto del remate, de preferencia a los otros acreedores'. También se estudió en éste capítulo, las consecuencias jurídicas de la definición. Entre una de las más importantes, está el de la 'indivisibilidad de la hipoteca', el cual, según lo visto se puede renunciar convencionalmente.-

3o.-En el tercer aparte de la tesis, encontramos lo referente a la 'constitución de la hipoteca'. Al tocar con este punto, hablemos de los requisitos para poder consolidar o constituir una hipoteca y digamos que eran:

- a) Ser propietario o usufructuario;
- b) Tener capacidad para enajenar y
- c) Llenar los requisitos que exige la ley.-

Referente al último punto, anoto que en lo relacionado con el registro inmobiliario no profundize porque en la Facultad de Derecho es poco lo que al respecto se dice y con toda sinceridad manifiesto que no conozco, ni siquiera medianamente, lo referente a éste. Sin embargo en el ejercicio profesional, me verá obligado a realizar dicho estudio. Este es un mal general del estudiantado, ojala se solucione.-

4o.-Lo referente a la 'capacidad en la hipoteca y el saneamiento por vicio de capacidad', está en el capítulo

cuarto. Como dato importante del mencionado capítulo, es el relacionado con el artículo 2437 del C.C., y la ley 50 de 1.936, en cuanto al saneamiento de las nulidades. En efecto, el artículo 2437 se refiere solamente a las 'nulidades relativas' y al saneamiento de las mismas por el transcurso del tiempo, pero la ley 50 de 1.936 autoriza la convalidación de las nulidades absolutas por el transcurso del tiempo (20 años), siempre y cuando dichas nulidades no provengan de objeto y causa ilícitos. Por tales circunstancias, debe entenderse modificado el artículo 2437 del C.C.-

- 5o.-En el aparte quinto aparece lo relacionado con la 'reducción de la hipoteca' y señalamos como casos en que tiene lugar, los siguientes:
- a) Cuando la cuantía de la obligación excede el doble de la obligación garantizada;
 - b) Cuando se fija un límite máximo que excede el doble del 'importe presunto' de la obligación;
 - c) Cuando la cuantía de la hipoteca es determinable y la hipoteca se otorgó por una cuantía indeterminable.

Anotamos en dicho capítulo, que la reducción la hace el juez, previa demanda del deudor y según los trámites previstos en el artículo 1199 del C.J.; de la reducción se hará una nueva inscripción a costas del deudor y la hipoteca inicial quedará limitada en su valor.

6o.- El capítulo sexto, está dedicado a los 'bienes que pueden ser objeto de hipoteca e hipotecas'.--

Se dijo que pueden ser susceptibles de hipotecas, los inmuebles tanto por adherencia como por destinación.

Sobre la hipoteca de 'naves' aclarámos, que está regulada por el código comercial. De las 'aeronaves' por reglas especiales y las de los inmuebles por el código civil. También transcribí una sentencia de la Corte en la cual se pone de presente, que la hipoteca, abarca el seguro a favor de la cosa gravada, en caso de que ésta, desaparezca. Se anotó, además, que se extendía a las mejoras 'jurídicas, naturales ó industriales'.--

7o.- En el séptimo encontramos los 'posibles conflictos entre el acreedor hipotecario y terceros sobre las partes integrantes y accesorias de la hipoteca'.--

La hipoteca se extiende a las mejoras, pero cuando éstas, son hechas por terceros, se respetan siempre y cuando el tercero tenga un derecho de retención.--

El derecho de retención puede hacerse valer contra el dueño de la finca, con mucha mas razón contra el acreedor hipotecario, con base en las mejoras realizadas.

Se aclararon aquellos casos en que la hipoteca no se extiende (artículo 5 de la ley 33 de 1.933).--

8o.- Este aparte 8o. de las 'Conclusiones' corresponde en la tesis al capítulo primero de la segunda parte, y se refiere dicho capítulo, a las 'Relaciones jurídicas entre deudor y acreedor'.-

Lógicamente, por ser la hipoteca un contrato y según la doctrina el contrato es fuente de las obligaciones, propiamente no es invención de la doctrina, el que los contratos son fuente de las obligaciones, es el mismo código civil en su artículo 1494 donde lo estipula, las partes contratantes en virtud del contrato de hipoteca, tendrán derechos y obligaciones. En el capítulo mencionado aparecen detallados los derechos y obligaciones tanto del acreedor como del deudor.-

9o.- El capítulo segundo de la segunda parte habla del aspecto procesal de la hipoteca (las acciones), tema de mi preferencia y completo agrado. Analizo primero el concepto de acción y luego las vías que tiene el acreedor hipotecario para hacer valer su derecho y las enumero, con base en el código y los tratadistas, así:

- a) La acción real, o sea el juicio del título XLIX libro 2o. del C.J.
- b) La acción personal acompañada de la acción real, o sea la llamada 'acción mixta' sujeta a los trámites del juicio ejecutivo. También anoté el llamado que ha-

con las disposiciones del juicio especial de venta, al disponer en el artículo 1197, que las disposiciones del juicio ejecutivo son aplicables al de venta en cuanto no se opongan a su naturaleza especial. También hice un recuento histórico del juicio de venta traído por el doctor Luis Felipe La Torre.-

10o.- La décima parte de las 'conclusiones' corresponde a la tercera parte de la tesis, la cual, tiene un capítulo único y es sobre la extinción de la hipoteca, por ser corto, transcribí lo que el doctor Valencia Zea dice al respecto.-

En esta forma considere concluidas las 'conclusiones', y con ellas 'la tesis'. Solo me resta exteriorizar mis agradecimientos a la Universidad de Cartagena por intermedio de la Facultad de Derecho y al mismo tiempo me he de reiterar mi respeto y aprecio a mi Presidente de tesis, doctor CLODOMIRO HERRERA MENACA.-

Cartagena 18 de mayo de 1.970