
LA FACULTAD NO APROBABA NI DESAPROBABA
LAS OPINIONES EMITIDAS EN ESTA TESIS;
TALES OPINIONES DEBEN CONSIDERARSE -
PROPIAS DE SUS AUTORES.

396.43
L66



TESIS DE GRADO

PRESENTADA POR LA SEÑORA FRANCIA LOPEZ DE QUIRERO

PARA OBTENER EL TITULO DE DOCTORA EN DERECHO Y -

CIENCIAS POLITICAS

"HIPOTECA"

SCIB
00018683

23148

1. 9 5 9

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

RECTOR = DR. JUAN IGNACIO GOMEZ NAAR

DECANO = DR. MARIO ALARIO DI FILIPPO

SECRETARIO = DR. EDUARDO HERNANDEZ MALO

PRESIDENTE HONORARIO = DR. ISMAEL GENTE

PRESIDENTE DE TESIS = DR/ ABEL A. ERTEVA

EXAMINADORES :

DR. JOSE DE LEON MARTINEZ

DR. JOSE MARIA LOZANO

DR.

INTRODUCCION

- CONTRATO DE GARANTIA -

Los contratos de garantía son la fianza, la prenda y la hipoteca. Diremos algo en general sobre los contratos de garantía. Los contratos de garantía son los que celebra un acreedor para prevenirse contra la insolvencia del deudor. Según el art. 2.488 de código civil "toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o inmuebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1.677 ". Esto es lo que se llama prenda general que tiene todo acreedor, pero el acreedor corre el peligro de la mala fé del deudor o de su negligencia o incapacidad. La mala fé del deudor puede llevarlo a defraudar al acreedor haciendo enajenaciones simuladas o contrayendo deudas, disminuyendo la prenda común de los acreedores, porque los hace apartar la concurrencia de otros acreedores. Por esa razón la ley da al acreedor medios para prevenirse contra dichas consecuencias.-

SEGURIDADES REALES Y LAS SEGURIDADES PERSONALES.-

Estas seguridades o garantías que se pueden practicar con el deudor, son : Reales o personales. Las garantías personales no son más que la agregación de otros patrimonios que van a unirse al deudor para asegurar al acreedor que el deudor cumplirá su obligación. Esta garantía solo implica una relación personal. En estas garantías personales se funda, en la vida práctica, el juego del crédito, que tiene por base la buena fé de los deudores que responden con sus patrimonios.

Pero el acreedor puede desear una garantía más eficaz, una garantía no ya sobre la prenda general de los bienes del deudor sino sobre una cosa determinada de los bienes, para que la cosa responda de una manera más di-

recta del cumplimiento de la obligación. Unas con las seguridades reales, llamadas así porque hay una cosa afectada de manera especial, preferente, al cumplimiento de la obligación, las garantías reales son más eficaces que las personales porque aseguran de un modo más directo el cumplimiento de la obligación y porque quebrantan el principio de la igualdad de los acreedores, pues el principio general es que todos los acreedores tienen igual derecho a perseguir el pago de sus créditos sobre los bienes del deudor. Se quebranta el principio porque señala un determinado acreedor, de manera preferente, uno de los bienes del deudor para que le sirva de garantía. Por eso son más eficaces las garantías reales, con mejores las seguridades que dan las cosas, que las que dan las personas.

La seguridad real no quiere decir que se constituye un derecho real, con cosas diferentes. Algunas de las garantías reales constituyen un derecho real a favor del acreedor, pero otras no. Aquí decimos seguridad real para distinguirla de la seguridad personal en que hay una cosa especialmente afectada al cumplimiento de la obligación, una cosa determinada del patrimonio, pero no significa que sobre esa cosa se constituya necesariamente un derecho real a favor del acreedor.

Son garantías reales la prenda, la hipoteca, el privilegio, la anticresis y el derecho de retención. De todos ellos solamente la prenda y la hipoteca dan derecho real al acreedor.

LA PRENDA

La prenda, según la define el Código Civil, es un contrato por medio del cual se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito".

De manera, pues, que puede decirse que es un contrato puramente - accesorio puesto que solo tiene por objeto respaldar una obligación principal. Su vida legal depende, esta sujeta a la existencia de la obligación a que acceda.

El contrato de prenda se perfecciona por la simple entrega al acreedor de la cosa que ha de servir de caución, según lo estatuye el artículo 2411 del código civil; de donde se saca como conclusión indudable, que no puede considerarse válido si la cosa permanece en manos del dueño, ya que la entrega es precisamente la que lo perfecciona.

Pero esa entrega no es a cualquier persona, es indefectiblemente al acreedor, porque así lo manda el estatuto legal antes mencionado. A pesar de ello, el Doctor Fernando Vélaz es de opinión que no hay razón alguna para que la prenda no pase a manos de una tercera persona cuando las partes contratantes expresamente lo han convenido, y considera que este modo se presta para que la prenda sirva de garantía a varios acreedores a un mismo tiempo.

En realidad, no hay razón alguna para impedir a los contratantes semejante convenio, no tratándose de actos prohibidos y que pugnen con la moral y buena costumbre. Autorizan esta forma de perfeccionar el contrato el Código Civil Francés en su art. 2.076, el Argentino en el 3207 y el Uruguayo en el 2360. Sin embargo, se puede creer que el sistema no sea halagador para los intereses de los acreedores de ésta índole, porque no exigiendo la ley solemnidad alguna para la confección del contrato, puede afirmarse que es sólo una convenión privada, de suerte que permitíase la entrega a un tercero y

quidiéndose crear varios gravámenes al mismo tiempo, no podría salvarse en un momento dado a quién garantiza en primer término la prenda, lo que a no dudarse, tiene que ser perjudicial para los acreedores.

Si el contrato se eleva a escritura pública y en él se determina claramente la naturaleza y calidad de la prenda hasta el punto de que fácilmente pueda ser distinguida de otra cualquiera, y además se expresa el monto total de la deuda garantida, entonces no hallamos mal que la prenda permanezca en manos de un tercero, ya que en este evento no es fácil cambiar la cosa materia del contrato y la prelación puede calificarse, sin tener a error, alejándose, cualquier viso de perjuicio para las partes.

No obstante lo dicho, la ley colombiana en los casos de Prenda Agraria se va más lejos permitiendo que la cosa materia de la prenda permanezca en manos del mismo deudor durante la vigencia del contrato (Ley 24 de 1921, art. 4º). Pero esta excepción que se ha introducido en nuestra legislación es admisible por cuanto el contrato de prenda agraria ha sido concebido con el laudable propósito de desarrollar la riqueza de nuestro suelo y el engrandecimiento de nuestras industrias agrícolas y pecuarias y rodeado de una serie de requisitos que permiten la innovación, puesto que garantiza el derecho de los contratantes satisfactoriamente. Esos requisitos son, por ejemplo, el carácter de depositario remunerado sujeto a las responsabilidades civiles y penales consiguientes que se le atribuye al deudor; la obligación de registrar el contrato en la Oficina de Registro respectiva para su completa validez, sea que dicho contrato se otorgue por instrumento público o privado; la de determinar con precisión los bienes dados en prenda; la prohibición de constituir otro gravamen sin autorización o consentimiento de los acreedores que ya tengan a su favor derecho de prenda sobre los mismos bienes; la facultad concedida al acreedor de inspeccionar periódicamente dichos bienes y muchos otros.

La prenda según el derecho moderno, tiene que recaer sobre bienes muebles, mientras que en el Derecho romano se podía constituir sobre muebles o inmuebles indistintamente. Es esta una de las diferencias que existe hoy entre la prenda y la hipoteca, contratos que guardan entre sí estrecha analogía.

Es de la esencia del contrato de prenda que la cosa sea vendida en pública subasta en caso de incumplimiento de la obligación garantida.

Por eso la ley no permite al acreedor prendario que por sí solo se la apropie para pagarse de este modo su acreencia; y considera sin valor el pacto que sobre esto particular hayan celebrado las partes. Este principio reconocido por el Código colombiano entrega un mandato justo (pacto comisorio).

Los contratos de esta especie en la generalidad de las ocasiones se llevan a cabo sobre bienes que tienen un valor mucho mayor que el de la obligación a que acceden, y si el acreedor pudiese quedarse con la prenda para pagarse lo podría conseguir por el precio que a bien tuviera, lo cual a simple vista resulta una palmaria injusticia.

La venta en pública subasta nos conduce a fin diferente porque para que ésta llegue a tener lugar es necesario haberse observado los trámites del juicio especial, entre cuyos requisitos existe el de evaluar los bienes por medio de peritos, medio que protege mejor a los deudores en sus intereses.

Explicado a grandes rasgos el contrato de la prenda, paso ahora a estudiar la hipoteca, materia de esta tesis.-

- H I P O T E C A -

La hipoteca es una especie de fianza pero no una fianza común, sino una fianza real, porque en ella, no es la persona la fiadora, es la misma cosa afectada con el gravamen la que corresponde al cumplimiento de la obligación independientemente del dueño, es la misma cosa la fiadora.-

ORIGEN DE LA HIPOTECA:-

Se ha discutido mucho acerca del origen de esta institución. Algunos tratadistas como el español doctor Calixto Valverde y Valverde, en su obra "Tratado de Derecho Civil Español", considera que la hipoteca no nació en Roma sino que fué importada de Grecia, al paso que el doctor Georges Bry, en su obra titulada "Fonctions de Droit Romano", estima que la creencia anotada es incierta, pues la hipoteca nació de la costumbre.

Bien es lo cierto, que la hipoteca no es de la época contemporánea, pero es en esta etapa del derecho cuando ha adquirido toda su importancia, debido a la especialidad y publicidad de que es la ha rodeado; de donde puede decirse que hoy es cuando verdaderamente viene a prestar los beneficios que de ella se esperaban.-

En el Derecho indiano, dice el señor Vera, "la hipoteca no dá ningún poder al acreedor sobre la cosa hipotecada, sino para asegurar el cumplimiento de la obligación. La cosa hipotecada no tiene que ser entregada al acreedor como sucede con la prenda o la anticresis. Si el deudor no paga se vende la cosa hipotecada. En el Derecho romano y en el español, la hipoteca

la comprendieron en la palabra PIGNO, con lo que significaban tanto las cosas muebles como las inmuebles que se daban en seguridad de un crédito. PIGNO es propiamente "aquella cosa que un caso empeña a otro apoderándose de ella e mayormente cuando es mueble", lo que nos prueba que en esa legislación se podía constituir prenda sobre bienes inmuebles, cuya posesión material pasaba al acreedor, lo que en realidad de verdad era una anticresis.

"En el Derecho romano había el PIGNUS y la HYPOTHECA en seguridad de la deuda. El pignus o prenda era cuando alguna cosa se empeñaba en seguridad del dinero prestado y la posesión de ella pasaba al acreedor con la condición de volverla al propietario cuando la deuda fuese pagada. La hypotheca era cuando la cosa empeñada no se entregaba al acreedor sino que permanecía en poder del deudor, había dos clases de acciones aplicables a las prendas y a las hipotecas, que eran la FIDUCIARIA y la HIPOTECARIA. La primera era divisible en dos clases: la acción directa, que correspondía al deudor contra el acreedor para que le volviese la prenda cuando la deuda estuviese pagada; y la acción contraria, que correspondía al acreedor cuando el título del deudor era insuficiente o cuando hubiese hecho expensas necesarias en la cosa. La acción hipotecaria era dada al acreedor para obtener la posesión de la cosa en cualquiera mano que se encontrase".

Se puede decir que en el derecho romano las hipotecas eran ocultas, porque ese derecho no conocía al principio de la publicidad de los actos relativos a los inmuebles. Autorizaba además hipotecas generales sobre los bienes presentes y futuros del deudor, con lo que suprimía la especialidad de la hipoteca, que como ya se dijo, en el sistema moderno se basa en la publicidad y en la especialidad.

Sin embargo, hubo en aquellos tiempos rasgos que nos demuestran la tendencia a la publicidad de la hipoteca, base sobre que descansa en el

Derecho moderno. La historia nos cuenta que los griegos, para dar a conocer los gravámenes que pesaban sobre los bienes hipotecados acostumbraban a levantar en ellos un raro o pedestal en donde con caracteres ostensibles grababan las cauciones (opot).

Es claro que semejante sistema no podía significar la última palabra en materia de publicidad, pero sí demuestra una gran idea al respecto.

En un principio los romanos admitieron la publicidad de la hipoteca, la acogieron con gusto, y así vemos que en la práctica la adoptaron.

Pero más tarde parecióles una vergüenza para los deudores, ya que por este medio la situación económica de ellos se daba a conocer con más o menos exactitud, y esta razón les inspiró su abolición.

Tampoco establecía el Derecho antiguo que la hipoteca fuera especial, pues les permitía de distintas clases: generales, expresas, tácitas, legales, judiciales, convencionales, etc.. De manera que no siendo especial la hipoteca, por ejemplo, y no estando sometido el contrato a la publicidad, no había posible control y los deudores gravaban todas las veces que querían sus inmuebles a distintas personas sin que éstas supieran cuál de dichos bienes era el afectado y cuántos gravámenes pesaban sobre él, contemplándose un completo caos que permitía defraudar fácilmente a los incautos que busques-
to prestaban sus dineros.

Trató de ponerse coto a este estado de cosas alarmante para la estabilidad del crédito, y al efecto se impuso a todo aquel que constituyera una hipoteca el deber de declarar bajo juramento si antes había sido gravada la finca en favor de otro, bajo la pena de hacerse acreedor del delito de estelionato. Pero a pesar de todas estas precauciones los fraudes se hacían mas frecuentes.-

Como la ley no exigía solemnidad alguna para la constitución del contrato, ni se había establecido entre un acreedor y otro, derecho de preferencia sobre los bienes hipotecados, se ordenó que la prioridad se apreciara por razón de la fecha del contrato privado, esto es, el de fecha anterior en primer término al de fecha posterior, sistema que tampoco dió resultado habida consideración de la importancia que siempre ha representado el patrimonio inmobiliario en todo tiempo.

En el afán de mejorar cada vez mas esta institución, se consideró que la hipoteca se celebrara en presencia de tres testigos intachables o por medio de un acto público cualquiera, dándose a esta hipoteca preferencia sobre cualquiera otras que nacieran de una convención privada. Sin embargo, este método tampoco dió resultados satisfactorios porque se prestaba, al igual que los otros, a engaños y artimañas, ya que con las mismas fecha y formalidades podía celebrarse hipotecas ante distintos funcionarios, sin que luego pudiera saberse cual de ellas le había sido primero para los efectos de calificar la prelación.

El antiguo Derecho español fundó sus disposiciones en la legislación romana. Sin embargo, respecto de la hipoteca convencional exigieron para su validez que ésta constase en escritura pública registrada en oficina competente. Esto estableció la especialidad y publicidad de la hipoteca convencional. Las hipotecas legal y judicial continuaron siendo de carácter general y ocultas.

De manera, pues, que fué el derecho moderno el que dió a la hipoteca el verdadero valor de derecho real que hoy se le conoce, por medio de su publicidad.

Es evidente que no todas las legislaciones actuales están regidas

por este sistema, pero tambien lo es que casi todas lo han acogido.-

Aun cuando el que tenemos implantado en Colombia no es de los mas modernos, al menos tiene como base la publicidad que, aunada a la especialidad y convencionalidad que debe existir en su otorgamiento por no permitir muestras leyes otra clase de hipoteca, le da a la institucion gran eficacia como garantia real.-

Como ya lo habiamos anotado, en la ley colombiana estan consagradas las dos condiciones esenciales que por si mismo debe reunir el gravamen hipotecario, para la debida seguridad del acreedor: la publicidad y la especialidad. El primer requisito estriba en el imposible juridico de hipotecar los inmuebles en general e indeterminados de una persona; y el segundo requisito, en el conocimiento que de las hipotecas que pesan sobre los inmuebles pueda tener el publico, y se cumple (con alguna variacion) con la inscripcion en el libro especial que al efecto se lleva en la Oficina de Registro del Circuito en que la finca se halle ubicada.

En este particular nuestro sistema es superior al frances, que contiene muchas hipotecas legales y judiciales, generales y ocultas, que le impiden al prestatista saber si el inmueble que le ofrece en garantia el prestatario esta libre o no. Asi, hay la hipoteca legal sobre los bienes del marido a favor de la mujer; la de los bienes del guardador en beneficio del pupilo; la de los bienes de los empleados de manejo a favor del Estado, de los departamentos, de las comunas y de los establecimientos publicos; la que tiene la Administracion de Aduanas sobre los bienes de sus deudores; la que tiene el legatario sobre los bienes de la sucesion; la que tiene la masa del concurso sobre los bienes del quebrado o en liquidacion judicial; la general que tiene el Tesorero para recaudar la contribucion extraordinaria sobre los

beneficios de la guerra (Ley de 1.925); fuera de hipotecas judiciales y ciertos privilegios inmuebles que en último término son hipotecas legales.-

Antes de la expedición de los nuevos Códigos Político y Municipal (Ley 4ª de 1.919) y el Fiscal (Ley 110 de 1.912) y de la ley orgánica de la contraloría (Ley 42 de 1.923), había entre nosotros tres hipotecas legales: la que gravaba implícitamente el inmueble de un Municipio, vendiéndose por éste, para responder del precio que se quedara debiendo (art.247, num.8º de la Ley 149 de 1.887); la que pasaba sobre las fincas de los responsables de erario (art.1.042 del C.F.derogado); y la establecida por el artículo 273 del C. de Minas sobre los derechos de cada socio para responder de los gastos que ocasione la mina. En cuanto a la primera, quedó suprimida con la disposición del nuevo Código Político y Municipal que estatuye imperativamente el pago de la totalidad del precio al contado; la segunda no es exigida hoy por la Ley 42 de 1.923 (sin perjuicio de las cauciones personales o reales pero especiales que debe otorgar el empleado de manejo); y únicamente subsiste la última, o sea, la estatuida por el Código de Minas.-

Tenemos pues, que las hipotecas legales y judiciales son ajenas a nuestro derecho positivo. Excepcionalmente la Ley 200 de 1.936 creó una suerte de hipoteca legal a favor de los propietarios de fundos rurales cuando el cultivador resuelve hacer suyo el dominio; sin embargo tal institución, no ha entrado en nuestras costumbres. Con todo es llegada la hora de ir meditando en el perfeccionamiento del régimen civil hipotecario en cuanto a la movilización del crédito, mediante la adaptación de los más avanzados sistemas como el alemán o el suizo.-

DEFINICION DEL CONTRATO DE HIPOTECA.-

La hipoteca, según el Código Civil de Colombia, en su artículo -

2.432 debe ser constituida sobre inmuebles o sobre naves, que no dejen por el hecho del gravamen, de permanecer en poder del deudor.-

Muchos de nuestros autores critican esta definición. En efecto: observamos en el precitado artículo que ordena que la cosa hipotecada debe permanecer en manos del deudor y suponemos que se está en presencia de un error al sostenerse tal cuestión, porque el mismo Código permite que un tercero (que no es deudor), ajeno a la deuda hipoteque sus bienes para garantizar el cumplimiento de una obligación de otro (art. 2.439), de suerte que en este caso no vemos por qué haya de perder la posesión del bien a ese tercero para entregarla al deudor, a fin de cumplir el precepto, porque esto nos conduciría al absurdo. Es lógico suponer, y así tiene que ser, que el espíritu del legislador lo que quiso significar es que los bienes hipotecados no salgan del poder de sus propietarios, que es la característica de la hipoteca. El artículo en cuestión a mas de establecer la circunstancia anotada, esto es, en poder de quien debe quedar el bien que se hipoteca, y de señalar, por ende, una característica de la hipoteca, nos indica que solo pueden ser objeto de este gravamen los bienes inmuebles y las naves. Esta especificación contraria a la que al respecto alienta la ley, nos demuestra un punto de distancia que entre ambos conceptos existe. Y aun cuando nuestro derecho civil reconoce como bienes muebles aquellos que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellos mismos, como los animales, sea que solo se muevan por una fuerza externa como las cosas inanimadas, y de consiguiente quedan incluidas en esta nomenclatura las naves, no quiero esto decir, que no establezca diferencia entre los bienes raíces y los muebles para la creación de la hipoteca como arriba lo afirmamos. La diferencia existe en la Ley, pero en el caso de hipoteca no-

bre naves sólo se trata de una excepción, por la naturaleza y modo de transmisión que se acostumbra para éstas.

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

El profesor Valencia Zam, comentarista del Código Civil colombiano, critica la definición del artículo 2.432 por no haberse puesto de relieve en ella las notas esenciales del derecho real de hipoteca.

Caracteres de la hipoteca.- Dice el doctor Valencia que en el derecho colombiano toda hipoteca implica:

- I.- "La afectación de un inmueble al pago de una obligación, pero en donde el deudor o constituyente no debe entregarlo al acreedor.-"
- II.- "Facultad del acreedor para realizar el valor del inmueble por intermedio de la autoridad judicial, en el evento de que el deudor no cumpla oportunamente su obligación.-"
- III.- "El acreedor hipotecario es titular de un verdadero derecho real. Motivo por el cual sobre el producido de la realización del valor del inmueble afectado al pago, tiene preferencia para pagarse frente a los demás acreedores quirografarios, como frente a los titulares de derechos reales nacidos posteriormente. Tiene, además, un derecho general de persecución del bien para realinar su valor, el cual lo ejerce contra todos.-"
- IV.- "Toda hipoteca en nuestra legislación tiene su fuente en un contrato. Son ajenas a nuestro derecho positivo las hipotecas judiciales"

y legales;

V.- "Toda hipoteca está sometida para su constitución a la publicidad en los libros de registro. Esta regla en el Derecho Colombiano no admite excepción alguna. No existen hipotecas ocultas. Tanto el nacimiento como la extinción del derecho real de hipoteca se condiciona fatalmente al sistema de publicidad del registro. Esta regla que es una conquista del moderno derecho es necesario sostenerla en toda su pureza e integridad".

Se puede, pues, resumir los caracteres esenciales de la hipoteca en el derecho positivo como sigue: la hipoteca es un derecho real accesorio que afecta un inmueble al cumplimiento de una obligación; dicho derecho real accesorio, es esencialmente público; tiene su fuente en un contrato, y no implica entrega inmediata de la cosa al acreedor.

CALIFICACION DEL CONTRATO EN QUE SE CONSTITUYE UNA HIPOTECA.

El contrato en que se constituye una hipoteca es unilateral, ya que se obliga únicamente al que grava con hipoteca uno de sus inmuebles. Esto no significa que el acreedor no deba consentir el contrato, puesto que todos, aun los unilaterales requieren la voluntad de las partes para que pueda existir legalmente el contrato. Sin embargo, el consentimiento del acreedor bien puede ser tácito, si una vez constituida la hipoteca, éste la acepta por cualquier medio que implique su consentimiento, como haciendo registrar la escritura.

La hipoteca, siendo un contrato accesorio, debe constituirse para seguridad de una obligación que tenga existencia natural.

La hipoteca es un contrato solemne, ya que su otorgamiento debe hacerse por escritura pública (art. 2.434 del c.c.).

Por su naturaleza la hipoteca es un contrato gratuito, pero al tenor del artículo 2.439, inc. 2º, un tercero puede gravar un inmueble para seguridad de deuda ajena, conviniendo con el deudor en alguna remuneración pecuniaria por el servicio prestado (art. 2.367 de. c.c.).

Vemos la sentencia de casación de Mayo 30 de 1.927 XXXI, 1167, que dice: "El padre pudo, en representación de su hijo legítimo menor de edad, comprar para éste una finca raíz y gravarla con hipoteca, a favor del vendedor, y por la parte del precio que queda debiendo. En virtud de la aceptación que el padre hace de esta venta a favor de su hijo, éste adquiere el dominio del inmueble y se constituye deudor hipotecario".

CONTRATO HIPOTECARIO

Este contrato ha sido definido como "El contrato en virtud del cual un deudor se obliga para con el acreedor a constituir el derecho real de hipoteca sobre un inmueble para garantía del cumplimiento de una obligación". Cuando es un tercero quien cauciona el cumplimiento de una obligación ajena con hipoteca, entonces se define como "un contrato en virtud del cual un tercero se obliga para con el acreedor de otro a constituir el gravamen hipotecario sobre un inmueble de su propiedad".

SOLEMNIDAD DEL CONTRATO

Hemos dicho que el contrato de hipoteca es solemne, pero para que exista la hipoteca no es suficiente que las partes convengan en ella; se requiere el lleno de ciertas formalidades que le dan publicidad y esencialidad.

Artículo 2.434. "La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública.

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

La escritura pública es requisito exigido ad solemnitatem, a semejanza del requisito de la escritura pública para la compraventa en inmuebles. No hay hipoteca sin escritura pública. Por otra parte, si el contrato se hiciese constar en escrito diferente como por ejemplo en un documento privado, éste vale como promesa de contrato hipotecario, si por lo demás reúne las condiciones que se exigen para la validez de una promesa bilateral de contrato.

"La solemnidad del contrato hipotecario consiste en la escritura pública y sólo en eso, dice el Dr. Valencia Vera, y agrega el siguiente comentario. Parece deducirse otra cosa del artículo 2.435 que prescribe: "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 su inscripción". Mas al leer detenidamente los diversos textos legales del Título 37 del Libro Cuarto del Código, observaremos que ellos con el nombre de "hipoteca" pretenden mencionar directamente el derecho real de hipoteca y no el contrato hipotecario. El derecho real ciertamente requiere para su constitución la inscripción en el registro; pero el contrato hipotecario se forma con el otorgamiento de la escritura pública, de la misma manera que la compraventa en inmueble".

La hipoteca, según el señor Vera, "sólo puede constituirse por escritura pública (art. 2.409 del Código chileno). Esta precepto -

mira a su forma y quiere decir que se haga el acto ante notario público u otro funcionario autorizado para ejercer estas funciones, como ser los Consules de la República en el extranjero. Todo instrumento público que pueda servir de título al dominio, sirve también de título para la hipoteca. No sería nula un acto ante juez incompetente o ante un particular, en que las partes, por vía de transacción o por otro pacto, establecieran un gravamen hipotecario, siempre que se establezca lo que se hipoteca y se den los deslindes de la propiedad que se grave".

De algunos fallos de nuestra Corte Suprema se deduce en forma clara, aunque indirectamente, que el contrato hipotecario se perfecciona por la sola escritura pública. En sentencia de cassación civil de 5 de Septiembre de 1.911 se dice que "si la escritura de un crédito garantizado con hipoteca no se registra en el libro de anotaciones de hipoteca, la omisión implica solamente que el acreedor carece de acción real hipotecaria, mas no de la acción personal inherente al crédito". En sentencia de la misma Sala de Abril 30 de 1.938, se dice que el contrato hipotecario tiene por finalidad el dar publicidad al gravamen hipotecario; que esa inscripción no es la prueba del contrato sino la respectiva escritura pública; que cuando se anula la hipoteca, dicha sanción recae sobre el contrato hipotecario; que como consecuencia de tal nulidad se ordena la cancelación de la inscripción" (G.J. t. XLVI). "El contrato de hipoteca, que origina el derecho real persecutorio y preferente, es contrato legalmente conatido a dos solemnidades indispensables para su existencia: el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el libro correspondiente de la Oficina de Registro dentro del término legal, requisito éste último al que corresponde, además, el significado y función de la tradición del derecho real de hipoteca. Así está dispuesto en los arts 2.434 y 2.435 del C.C."

Publicidad y Especialidad de la Hipoteca.- Dijimos que para que exista la hipoteca no es suficiente el acuerdo de las partes, sino que se requiere además el cumplimiento de ciertas formalidades que le dan publicidad y especialidad. I

La ley quiere que el contrato en que se constituya una hipoteca sea público, y de ahí que exige la solemnidad de una escritura, otorgada ante Notario y que no puede suplirse por otra prueba.

La publicidad de la hipoteca da por resultado el que el deudor no se perjudique, ya que el hecho de otorgarse el contrato ante Notario que extiende la correspondiente escritura hipotecaria, lo advierte de la gravedad del acto que ejecuta y por consiguiente de sus consecuencias. En lo que se refiere al acreedor hipotecario la publicidad lo garantiza efectivamente sus derechos y en cuanto a terceros, éstos pueden conocer qué bienes del deudor no quedan gravados.

La escritura hipotecaria debe ser inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, para dar a la hipoteca la especialidad que conviene tanto al acreedor como a terceros, ya que establece los gravámenes hipotecarios que afectan los inmuebles del deudor. "Este gravamen resulta de las sumas a que ascienden las hipotecas, y se concretan desde que éstas en el registro deben indicar el nombre, situación y linderos de las fincas hipotecadas" (art. 2.673 y 2.665 del c.c.).

Elementos esenciales de la Hipoteca .- La escritura pública en la cual consta el Contrato Hipotecario debe contener:

- I - Elementos personales.- Los nombres del deudor y acreedor, domicilio de las partes. Si se han constituido mandatarios, los nombres de éstos.
- II - Enunciación del crédito principal que

- II - Emunciaci3n del cr3dito principal que se garantiza. Causa, valor, intereses y fecha de pago.
- III - El inmueble que se grava, con una identificaci3n que permita inscribirle en los libros de registro.
- IV - Fecha del Contrato.

CONSTITUCION DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA

El derecho real de hipoteca s3lo se constituye por la inscripci3n de la escritura p3blica de hipoteca en los libros de registro, seg3n lo expresa el art3culo 2.435 del C.Civil: "la hipoteca deber3 adem3s ser inscrita en el registro de instrumentos p3blicos; sin este requisito no tendr3 valor alguno; ni se contar3 su fecha sino desde la inscripci3n".

De manda pues, que una escritura hipotecaria no tiene valor ninguno, esto es, no grava bienes ningunos con hipoteca, mientras no se registre en la oficina respectiva. El gravamen comienza desde el mismo d3a en que se haga el registro (Art. 2.499), aunque la constituci3n de la hipoteca adolezca de nulidad relativa.

As3 es que una escritura hipotecaria que no ha sido debidamente registrada y se presenta para que sirva de t3tulo para un mandamiento de ejecuci3n, no puede tenerse en cuenta y por consiguiente el Juez no debe librar el mandamiento.

En cuanto al registro, falta 3ste no s3lo cuando la inscripci3n no se ha hecho en el libro respectivo en la Oficina de Registro, si no cuando tal registro no se hizo dentro del t3rmino de 90 d3as, de a-

cuando con el artículo 10 de la ley 56 de 1.904.

Forma de la Inscripción.- La inscripción de la Escritura Pública conten-
tiva de un contrato hipotecario debe hacerse en el libro principal de "A-
notación de hipotecas" y en el libro de matrícula de la propiedad.

Entre los libros principales que debe llevar el registrador se
encuentran:

1. El libro de registro No. 1º, para la inscripción de los títulos que
trascienden, modifiquen, graven o limiten el dominio de los bienes in-
muebles, o que varien el derecho de administrarlos.
2. El libro de registro No. 2º, para la inscripción de los títulos, ac-
tos o documentos que deban registrarse y que no estén comprendidos en
la clasificación anterior o en el de anotación de hipotecas.
3. Libro de anotación de hipotecas, para la inscripción de los títulos le-
galmente constitutivos de hipoteca.

Por la ley 40 de 1.932 se creó la matrícula de la propiedad in-
mueble destinada a reemplazar los libros principales; pero como dicha o-
tapa aún no se ha realizado, quiera decir, que una vez practicada la ins-
cripción en el libro anterior debe procederse a hacer la inscripción en
la hoja respectiva donde se encuentra matriculado el inmueble que se gra-
va con hipoteca. Dicha hoja se encuentra dividida en seis (6) columnas;
en la cuarta columna se relacionarán los registros y cancelaciones de hi-
poteca y demás gravámenes.

En cuanto a las demás condiciones para la validez de la ins-
cripción rigen las reglas generales que en resumen son:

- a) La inscripción de la escritura de hipoteca debe verificarse en
la correspondiente Oficina de Registro de la ubicación del inmueble que
se hipoteca. Si el inmueble se extendiere sobre más de un circuito de

registro, la inscripción se verificará en las oficinas de registro que abarcare. Si lo hipotecado fueren dos o más inmuebles, pertenecientes a diferentes circuitos de registro, deberá registrarse en cada una de esas oficinas.

b) La escritura de hipoteca debe inscribirse dentro de los 90 días siguientes al de su otorgamiento (Ley 56 de 1904, art. 10). Pero si la escritura se otorgó en el extranjero, el plazo será de 180 días (ley 56 de 1.904, art. 4o.). El artículo 12 de la misma ley dice "Los títulos constitutivos de hipoteca sólo se podrán registrar dentro de los 90 días siguientes que se señalan en el artículo 10"/

"El inciso 2º del art. 10 de la ley 56 de 1.904 no prescribe que deban registrarse los documentos procedentes del extranjero, sino señala un término para el registro de ellos, siempre que, por supuesto, estén sometidos a esa formalidad" (Sentencia, 5 de Marzo 1.928 XXIV, 215).

Contenido de la Inscripción .- El registro o anotación de una hipoteca deberá contener (art. 2.663 del c.c.):

- 1º La fecha en que se hace el registro;
- 2º los nombres, apellidos y domicilio del acreedor y del deudor; o de los que como apoderados o representantes legales requieran el registro. Las personas jurídicas serán designadas por su denominación legal o popular, y por el lugar de su establecimiento;
- 3º la fecha y naturaleza del contrato a que accede la hipoteca y el archivo en que se encuentra.

Si la hipoteca se ha constituido por acto separado del contrato a que accede la misma hipoteca, se expresará también la fecha del contrato y el archivo en que exista el instrumento comprobante de dicho contrato;

DEPARTAMENTO DE
 BIBLIOTECA
 UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

4º el nombre y la situación de la finca hipotecada, sus linderos y todas las notas y señales con que el título se dé a conocer.

Si la finca hipotecada fuere rural, se expresará el lugar de su situación, y si ésta se extiende a varios lugares, se expresarán todos ellos.

Si la finca hipotecada fuere urbana, se expresará el lugar y la calle de su situación.

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

6º La firma entera del Registrador.

La sanción para las inscripciones irregulares de la escritura de hipoteca son las generales para la inscripción irregular de cualquier instrumento público.

Habíamos dicho que la escritura pública de hipoteca debe registrarse dentro de los 90 días siguientes al día en que se otorgó. Pasado ese plazo los registradores deben abstenerse de hacer la inscripción, y si la hicieren será inexistente. Vale anotar esta diferencia entre la hipoteca y los demás contratos que deben inscribirse. "En cualquier tiempo puede inscribirse una escritura pública; pero la única que hace excepción a esa regla es la de la hipoteca". El plazo de 180 días es el mismo para las otorgadas en el extranjero.

Respecto al contenido de la inscripción hipotecaria la ley es más severa cuando se trata de la omisión de algún dato en la hipoteca; la falta de la indicación del inmueble y su identificación exacta, la del crédito garantizado, los nombres del donador o constituyente, la del acreedor, son hechos que quitan toda su validez a la inscripción,

y en ese caso el registrador debe abstenerse de hacer el registro.

Una vez que se ha terminado la inscripción, el Registrador deberá poner una nota al pié de la escritura, expresando la fecha en que se ha verificado la inscripción o registro, el libro y los folios donde consta. Dicha nota debe ir suscrita por el Registrador.

El valor de dicha nota al pié de la escritura de hipoteca tiene el mismo valor y alcance que el de la nota que debe llevar cualquier otro instrumento público. Si la escritura careciere de esa nota, podrá publicarse con una certificación del Registrador en la que se fé de la competente y oportuna inscripción.

Valor de la Inscripción .- En Colombia el sistema de registro realiza funciones de importancia, como:

- a) Servir de medio único de publicidad de todos los instrumentos públicos sometidos por la ley al registro.
- b) Sirve también de elemento orgánico esencial para el nacimiento o constitución de ciertos derechos reales en inmuebles. "Todo derecho real de hipoteca está sometido a la publicidad; y ésta sólo se realiza por el registro de la escritura. Totalmente ajenas a nuestro sistema positivo son las hipotecas ocultas o clandestinas".
- c) Es medio de prueba de los actos jurídicos que reacen en inmuebles. El único medio de prueba del derecho real de hipoteca es el registro. Debe observarse a la vez que la constitución del derecho real de hipoteca presupone un título válido de constitución, o sea una escritura pública. En consecuencia el medio de prueba del gravamen hipotecario es la escritura pública con la respectiva nota de registro al pié. Cuando el Código advierte que la hipoteca no es válida sin la inscripción de la escritura pública, se está refiriendo a la única manera de probar en nuestro derecho la hipoteca.

d) La mayor garantía de autenticidad y seguridad a los títulos (artículo 2.637 del C.C.).

En caso de pérdida del protocolo del original y de la copia o copias registradas, servirá de prueba supletoria la certificación que expida el registrador acerca del punto o de los puntos de que haya constancia en el registro, relativamente a los contenidos en el título original perdido; pero esta certificación no la dará el Registrador sino por orden de autoridad competente (Art. 2.675 del c.c.).

INDIVISIBILIDAD DE LA HIPOTECA

La hipoteca es indivisible según lo ordena la ley (art. 2433 del c.c.). Quiere esto decir que todos los bienes hipotecados y cada parte de ellos, responden de la totalidad de la deuda y de cada parte de ésta. Sin embargo, el mandato no es de la esencia del contrato, sino de su naturaleza, como lo apunta el doctor Vélez, porque "no habría texto legal en que fundar el principio de que el acreedor no podía renunciar un derecho que sólo mira a su interés individual, no estando prohibida la renuncia de él".

Demuestra su acerto el reputado civilista con el siguiente ejemplo que enseguida transcribimos: "Un individuo hipoteca dos fincas para garantizar el pago de lo que debe, sería válido el pacto en que se conviniera que satisfecha la mitad de la deuda quedaría libre de la hipoteca una de las fincas, como lo eligiese el deudor." Aquí se renuncia el interés privado.

Se deduce que no existiendo el convenio apuntado, mientras se deba algo de la deuda, la hipoteca debe considerarse subsistente.

La hipoteca da derecho al acreedor hipotecario a perseguir - la cosa hipotecada sea quien fuere el que la posea y a cualquier titulo que la haya adquirido. (art. 2.452 del .c.c.)

De esta disposición se desprende la adherencia de la hipoteca de que nos hablan los tratadistas, porque una vez constituido el gravamen en forma legal sólo deja de existir cuando la obligación se extinga por alguno de los medios establecidos por la ley, de donde se infiere que la hipoteca es algo que sigue a la obligación permanentemente como si fuera su sombra, como el decir del señor Valverde. Y como la cosa hipotecada puede ser vendida en este estado por su dueño, es razonable que el acreedor la persiga en manos de cualquiera para la efectividad de su crédito.

En la hipoteca sucede lo mismo que con la prenda, que el acreedor no puede por sí solo apropiársela, sino que necesita la venta judicial para pagarse con su producto.

CONTRATOS HIPOTECARIOS CELEBRADOS FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL

Art. 2.436. "Los contratos hipotecarios celebrados fuera de la República o de un Territorio darán hipoteca sobre bienes situados en cualquier punto de ella o del respectivo Territorio, con tal que se inscriban en el competente Registro". R

El artículo 2.436 se separa del artículo 11 de la Constitución Nacional, respecto de la reciprocidad internacional, dando validez

a las hipotecas constituidas en el exterior sobre inmuebles situados en Colombia, siempre que se constituyan en instrumento auténtico.

MODALIDADES DEL CONTRATO HIPOTECARIO

Art. 2.431 " La hipoteca podrá otorgarse bajo cualquier condición y desde o hasta cierto día.

Otorgada bajo condición suspensiva o desde cierto día, no valdrá sino desde que se cumpla la condición o desde que llega el día; pero cumplida la condición o llegado el día, será su fecha la misma de la inscripción.

Podrá asimismo otorgarse en cualquier tiempo, antes o después de los contratos que acceda; y correrá desde que se inscriba".

El Sr. Vera al comentar el art. 2.413 del Código chileno, igual al nuestro art. 2.431 del C.C. nos dice: " La hipoteca puede constituirse bajo cualquier condición, es decir, siempre que sea lícita y no contraria a la moral y buenas costumbres. Luego se agrega: Desde un cierto día, lo que hace que la hipoteca se entienda constituida bajo condición suspensiva, lo cual puede tener lugar cuando el que hipoteca un inmueble no es propietario sino bajo condición suspensiva. Puede ser hasta un cierto día, como por ejemplo, el que no tenga sobre un inmueble más que un derecho sujeta a una condición, como ser resolutoria y no suspensiva, pero en este caso no adquiere el dominio de ella. No es propietario y por lo tanto no puede hipotecar.

" Se puede dar hipoteca por una obligación condicional, la cual en este caso puede ser suspensiva o resolutoria, pero no tiene va-

lor sino desde que se cumpla la condición, porque antes no existe el derecho para exigirla".

" El contrato a que accede una hipoteca como el de mutuo por ejemplo, puede ser puro y simple, a plazo, bajo condición suspensiva o resolutoria y modal (art. 2.365 del c.c.). Estos modos de ser del contrato principal, serán los de la hipoteca, si nada especial se pacta acerca de ésta. Pero la ley para evitar dudas, permite que cualesquiera que sean aquellos, (obligación principal, pura y simple, condicional, etc.) puede la obligación subsidiaria constituirse como se quiera, de lo que puede resultar que se extinga la hipoteca quedando subsistente el contrato principal (art. 2.366). Lo que si no resultaría es que extinguido ese contrato, salvo que sea rescindible por consistir en una obligación natural, pueda existir la hipoteca". Este comentario del Dr. Vélez lo ilustra con ejemplos que nos parece importante transcribirlos.

"En consecuencia, un tercero que no sea el deudor, por ejemplo (artículo 2.439, inc. 2º), para garantizar lo que se deba, puede constituir hipoteca sobre uno de sus inmuebles, pero con la condición de que ella subsistirá hasta el día en que se enajena el inmueble, o se aporte a una compañía, o desde que se cumpla tal condición, como el matrimonio del deudor. En el primero de estos casos, es decir en el que hay condición resolutoria, la hipoteca existe desde la perfección del contrato hasta que la condición se cumpla. En el segundo, esto es, en el de condición suspensiva, la hipoteca no tiene existencia si la condición no se cumple. En este segundo caso, como en el de que la hipoteca se constituya desde día cierto, como de tal día en adelante si vive el dueño del inmueble, lo que había condicional este día (art. 1.142, inc. 2º) cumplida la condición o llegado el día, la hipoteca existe desde que se la

registró, retroactividad que conviene al acreedor para la prelación de créditos (art. 2.499). SIBEMO la hipoteca hasta cierto día, como durante cuatro años para responder, por ejemplo, del pago de una pensión vitalicia, vencidos, ella se extingue como en el caso del cumplimiento de la condición resolutoria".

La hipoteca puede constituirse antes del contrato a que accede, aunque lo normal es que el contrato se celebre una vez perfeccionado el contrato principal. Además, la ley autoriza que una misma escritura pública se corran ambos contratos (art. 2.438). Pero según el inciso 3º del mismo artículo 2.438, se autoriza la previa celebración del contrato hipotecario; lo que podrá tener importancia práctica cuando por cualquier circunstancia no puede perfeccionarse el contrato principal inmediatamente; de igual manera cuando el constituyente es un tercero.

CAPACIDAD PARA CELEBRAR UN CONTRATO HIPOTECARIO

Nuestro estatuto legal vigente en su artículo 2.439 expresa "que no podrá constituir hipoteca sobre sus bienes sino la persona que es capaz de enajenarlos, y con los requisitos necesarios para su enajenación."

Pueden obligarse hipotecariamente los bienes propios para la seguridad de una obligación ajena; pero no habrá acción personal contra el dueño, si éste no se ha sometido expresamente a ella."

Resulta del artículo citado arriba que para que una hipoteca sea válida se requiere:

- 1.- Que quien la constituya sea dueño del inmueble que se trata de hipotecar; y

2.- Que sea capaz de enajenarlo.

Como la hipoteca recae en inmuebles y es un derecho real, con lo cual indica que se trata de un acto de disposición, tenemos que sólo puede celebrar el contrato hipotecario la persona que tiene capacidad para enajenar otros inmuebles y con las condiciones exigidas para que semejante enajenación sea válida.

Cabe anotar una importante diferencia entre la enajenación de cualquier bien inmueble y la de la hipoteca, en lo que se refiere a capacidad. Por ejemplo, en la compraventa de inmuebles se exige plena capacidad para enajenar tanto en el vendedor como en el comprador; en el primero para enajenar y en el segundo para adquirir un derecho real.

Pero, en tratándose de hipoteca, se exige la plena capacidad en el constituyente de la hipoteca, no en el acreedor a favor del cual se constituye, a quien sólo se le exige capacidad para obligarse.

SI la hipoteca quiere constituirse por medio de apoderado, es preciso mandato especial (art. 2.169), y aún decir en éste, en favor de quien puede hipotecarse. II

No todo propietario tiene capacidad de enajenar lo que le pertenece. Carecen de esta capacidad:

- a) Los menores. El menor habilitado de edad no puede enajenar ni hipotecar sus bienes raíces sin autorización judicial, y esta autorización no se concederá sin conocimiento de causa. De acuerdo con el art. 15 del C. de C., pueden gravar de cualquier modo sus bienes propios sin autorización.
- b) El tutor o curador no podrá, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca.

En cuanto a la capacidad de obligar, el tutor o curador puede convertir al pupilo en deudor o acreedor, sin que para ello sea necesaria la autorización judicial; en consecuencia, pueden aceptar en representación del pupilo una hipoteca sin autorización judicial. Además, el art. 495 del Código, impone a todo tutor o curador la obligación de prestar el dinero ocioso del pupilo con las mejores seguridades, y la mejor es la hipoteca. El Dr. Valencia Zea al comentar este hecho, dice que no sería equitativo que si el tutor o curador puede convertir al pupilo sin licencia judicial, en acreedor, no pudiese aceptar en su nombre una hipoteca sino mediante dicha licencia.

Dice el señor Vera hablando del art. 2414, igual al 2.499:

"No son susceptibles del gravamen hipotecario sino los bienes inmuebles que se poseen en propiedad o usufructo o las naves. Además, la hipoteca puede constituirse en bienes propios para seguridad de una obligación ajena; pero no se da acción personal contra el dueño y expresamente no se somete a ella; o si la caución no tiene el carácter de fianza hipotecaria, nombre que se da a la obligación de un fiador que constituye hipoteca a más de afianzar, pues en este caso contra la misma obligación personal que los otros fiadores.

"Respecto al artículo 2.414, agregáramos que los que no pueden válidamente obligarse, no pueden hipotecar sus bienes; pero esto no obsta a que la hipoteca constituida por un incapaz, pueda ser confirmada o ratificada por él mismo con efecto retroactivo cuando cese su incapacidad. Entonces la regla general será en este caso, que los que no pueden enajenar sus bienes inmuebles, no pueden constituir el derecho real de hipoteca, salvo que se proceda con la autorización que el Código exige en ciertos casos, como ser respecto de los que están bajo patria potes-

dad o curaduría o potestad marital. Habrá casos en que una persona pueda válidamente obligarse como ser un menor emancipado o habilitado de edad, y sin embargo no puede hipotecar sus bienes raíces sino con permiso judicial. La ley exige menos para empeñar una cosa que para hipotecar. Sólo en este caso dice que puede enajenar y como se trata en la prenda de cosa mueble, se ve la diferencia notable en uno y otro contrato. En la anticresis sólo puede celebrar ese contrato el que tiene capacidad para disponer del inmueble.

"Ratificado o confirmado un acto de los que se refiere este artículo, son dos cosas distintas, jurídicamente hablando, y producen a veces resultados también diversos. Ratificación es el acto por el cual una persona aprueba los actos que otra persona ha hecho a su nombre sin haber recibido mandato. Confirmación es el acto jurídico por el cual una persona capaz hace desaparecer los vicios de un acto.

"El efecto retroactivo que da la ley en estos casos se debe entender que es siempre sin perjuicio de derecho de terceros válidamente adquiridos antes de la confirmación".

El Sr. Vera ha expuesto magníficamente sus conceptos sobre el efecto retroactivo de la confirmación de una hipoteca nula por incapacidad. Las hipotecas nulas por incapacidad de enajenación de bienes inmuebles constituidas por los menores de 21 años y mayores de 12 o 14, según sean mujeres o varones; o las constituidas por los representantes legales de estas mismas personas, son susceptibles de confirmación, tienen efecto retroactivo; es decir, que se supone que la hipoteca es válida desde el día de su constitución y no del día de la confirmación.

El efecto retroactivo de la confirmación de una hipoteca nula no afecta a terceros de buena fe. Así por ejemplo, un menor hipoteca un

bien inmueble; Cuando alcanzó su plena capacidad constituye una nueva hipoteca y sólo posteriormente confirma la primera. En este caso tiene prioridad la constituida válidamente desde el principio a la que se - confirmó con posterioridad.

Finalmente diremos que la capacidad plena para enajenar un bien inmueble se exige a quien constituye la hipoteca, y normalmente - quien la constituye es el deudor sobre bienes de su propiedad. Pero si se trata de un tercero que cauciona el cumplimiento de una deuda ajena mediante hipoteca, entonces la plena capacidad se exige ya no al deudor sino a ese tercero.

DEL CONSENTIMIENTO.

El contrato de hipoteca se celebra por lo general entre el deudor y el acreedor, pero el constituyente bien puede ser un tercero. Se requiere el consentimiento de uno y otro. Como la constitución de este contrato es solemne, el consentimiento debe constar en la respectiva escritura pública.

Es importante aquí dilucidar si ambas declaraciones de la voluntad, tanto del constituyente como del acreedor, deben ser siempre expresas, o si sólo se requiere que lo sea la del deudor, pudiendo ser expreso el consentimiento del acreedor. Somarriva afirma enfáticamente que ambas declaraciones deben ser expresas; otros autores sostienen la tesis opuesta. Josseland al referirse a la solemnidad del contrato hipotecario considera que la forma notarial no es exigida sino de parte del deudor, que " la aceptación del acreedor puede intervenir bajo una forma cualquiera, tácitamente, por ejemplo; es solamente la voluntad del deudor la que debe afirmarse en el acto notarial".

Sobre este punto el Dr. Valencia sea en su curso de Derecho Civil Colombiano, es de opinión que "cuando la escritura pública sólo contiene contrato hipotecario, sólo se requiere el consentimiento del constituyente en forma expresa; el del acreedor puede ser tácito". Se explica diciendo que si ambos consentimientos deben ser expresos, se deduce que han de comparecer ante el notario personalmente o por medio de apoderado constituyente. Pero si sólo se requiere que el consentimiento del constituyente sea el expreso y no el del acreedor, el contrato hipotecario es plenamente válido con la sola comparecencia del constituyente; el contrato surge a la vida jurídica, salvo en el caso en que el acreedor a cuyo favor se constituyó el gravamen lo rechazare. Su tesis la defiendo con los argumentos que transcribimos:

- 1.- " El contrato hipotecario es unilateral. Se obliga al deudor o constituyente a afectar un inmueble al pago con todas las ventajas de una seguridad real; el acreedor hipotecario no se obliga, sino que obtiene ventajas importantes. Era titular de un crédito; y ahora con la hipoteca su crédito queda mejor garantizado, pues, se asegura contra la insolvencia del deudor.
- 2.- " En la compraventa en inmuebles se requiere que tanto el consentimiento del vendedor como del comprador sean expresos, es decir, que consten en la escritura. La razón es clara: por definición en dicho contrato ambos contratantes se obligan, luego deben declarar sus obligaciones en forma expresa. Igual argumentación pueda hacerse para los contratos de permuta, aporte a una sociedad, arrendamiento, mandato, etc. Dada la naturaleza diferente del contrato hipotecario en donde sólo el constituyente se obliga, no cabe traer la doctrina de los otros contratos citados, que son -

esencialmente bilaterales, a este contrato que es unilateral.

3.- En algunos derechos puede ser dudosa la regla expuesta de que solo se requiere sea expresa la voluntad del constituyente de la hipoteca; que la declaración de voluntad del acreedor pueda ser tácita; no así en el derecho colombiano. Si ambas declaraciones son expresas para el contrato hipotecario, deben serlo también para la cancelación del contrato cuando el deudor cancela la obligación hipotecaria. Pero en virtud de la ley 82 de 1.888, en su artículo 2º, se estableció que " la cancelación de toda escritura se puede hacer ante cualquier notario, sin necesidad de que esté presente sino la parte acreedora, o sus herederos o sucesores; debiendo en todo caso hacer la cancelación del registro en el Circuito respectivo".

Luego si en el derecho positivo para la cancelación del contrato hipotecario sólo se requiere que sea expresa la declaración de voluntad del acreedor hipotecario, es porque la celebración del contrato que es objeto de cancelación sólo necesita de la declaración expresa de voluntad del constituyente. La aceptación por parte del constituyente de la cancelación se presume, es tácita, por cuanto es beneficio de la extinción de la hipoteca; luego, con la misma fuerza del anterior argumento cabe afirmar que en la mera constitución del gravamen hipotecario sólo se requiere sea expresa la voluntad del constituyente, pudiendo ser tácita la del acreedor ya que le beneficia el contrato"/

Decimos, al hablar del consentimiento expreso, que el contrato hipotecario puede también celebrarse mediante un mandatario que presente al deudor o constituyente. Pero es necesario aclarar que únicamente el mandatario que tenga un poder especial puede obligar hipotecariamente a su mandante, pero que carece de esta capacidad el mandatario

quo solo dispensa de un apoderamiento general.

Sobre el poder de constituir inmuebles del mandante en garantía hipotecaria, nuestra legislación nada nos ha dicho de si se requiere también una escritura pública. La doctrina francesa tampoco da una solución precisa sobre el particular. Afirman Colin y Capitant que "si el otorgante está representado por un mandatario, es preciso que el mandato que se le ha dado esté consignado en escritura pública". Sarriva se pronuncia en el mismo sentido y dice "que la hipoteca constituida por un mandatario cuyo poder no consta en escritura pública engendra un mandato nulo en forma absoluta, pero que el contrato hipotecario no es nulo sino simplemente ineficaz frente al mandante".

Se trata pues de saber si el apoderamiento para constituir hipoteca requiere una escritura pública o sólo basta un documento privado. En cuanto a lo primero, el Dr. Valencia Foa es de opinión de que la hipoteca otorgada por un mandatario sería ineficaz frente al mandante "sin necesidad de hablar de la nulidad del mandato" y que es suficiente una escritura privada, pero expresa, sobre el inmueble que debe hipotecarse. "Porque el consentimiento del deudor o constituyente sólo se exige se exprese en la escritura pública de hipoteca; y allí lo presta el mandatario!/"

NULIDADES DEL CONTRATO HIPOTECARIO.

Seguendo las reglas generales, puede decirse que el contrato de hipoteca puede adolecer de ambas nulidades: absolutas y relativas.

Si el contrato hipotecario adolece de una nulidad relativa,

y después se valida por el tiempo o por la confirmación, el contrato se mira válido desde su celebración y no del día de la convalidación; y el derecho real de hipoteca se mira existente desde la fecha de la inscripción en el registro (art. 2.437).

Serían nulidades relativas de dicho contrato, si quien constituyese la hipoteca hubiese padecido error, fuerza o dolo, o fuese incapaz relativamente, como los menores adultos, los pupilos, etc. El Dr. Vélez nos ilustra con el siguiente ejemplo: "un púber de 18 años hipoteca uno de sus inmuebles. En el contrato hay nulidad relativa, que puede alegarla el representante del incapaz. Pero en vez de esto, luego que el menor cumple 21 años, ratifica expresa o tácitamente el contrato, o deja transcurrir el tiempo que tiene para alegar la nulidad (arts. 1.750 a 1.756). En este caso - concluye - el contrato se valida, y la hipoteca tiene la fecha del registro correspondiente."

En el caso del contrato hipotecario celebrado por un mandatario que no tenía facultades suficientes para hacerlo, se aplica la regla ya dada si el mandante lo ratifica.

OBJETO DE LA HIPOTECA

DERECHOS SUSCEPTIBLES DE HIPOTECARSE.

Formalmente lo que es objeto de hipoteca es el derecho de propiedad que se ejerce sobre una cosa inmueble. Los derechos reales sobre inmuebles aunque se consideren bienes inmuebles sólo son hipotecables - excepcionalmente como en el usufructo (art. 2.443). Las servidumbres activas por su naturaleza no son susceptibles de hipotecarse, ya que no se pueden separar del predio a que pertenecen. Si se hipoteca el predio, -

también se afectaba con el gravamen la servidumbre como parte o adherencia de aquel.

"No importa la naturaleza de la propiedad que se tenga sobre una cosa para la hipoteca. Tanto la propiedad unitaria como la propiedad indivisa o plural, tanto la propiedad plena como la nuda propiedad, tanto la propiedad simple como la fiduciaria o la sometida a condición pueden constituirse en hipoteca" (Cas. Civil Marzo 29 de 1.924 XXI, 312).

En el mismo sentido puede constituirse la hipoteca sobre el derecho de usufructo en inmuebles. Igualmente es susceptible de hipotecarse el derecho real de herencia que corresponda a un heredero en uno o varios inmuebles. Puede también ser hipotecada una construcción independientemente del suelo sobre el cual se ha edificado; igualmente puede hipotecarse el suelo sin que abarque la construcción en él levantada.

HIPOTECA DE COSA AJENA

Lo hemos expresado en otra oportunidad, como elemental principio de la ciencia jurídica, que el enajenante de derechos reales en inmuebles debe ser titular de ellos. Ahora se hace necesario conocer o averiguar las consecuencias de hipotecar un derecho del cual no se es el titular en el momento de constituirse la hipoteca, como también de la suerte que corre el gravamen cuando se extingue el derecho del constituyente.

"La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves.

Las reglas particulares relativas a la hipoteca de las naves, pertenecen al Código de Comercio" (art. 2.443).

El citado artículo se limita a decir que pueden hipotecarse:

1. Bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo; y
2. Las naves (la hipoteca de éstas queda sometida a las reglas del Código de Comercio).

De las limitaciones anteriores se puede concluir que es sólo la hipoteca de bienes raíces ajenos, si únicamente pueden hipotecarse inmuebles que se posean en propiedad o usufructo. Así pues, que puede hipotecar quien es dueño de un inmueble corporal.

En cuanto a los derechos reales considerados como inmuebles, es hipotecable únicamente el usufructo, mas no es hipotecable el derecho de herencia en general, pero pueden hipotecarse los inmuebles pertenecientes a la herencia. Tampoco son hipotecables las servidumbres ni los derechos de uso o habitación. En síntesis, son hipotecables las tierras, edificios o el derecho de usufructo sobre unas u otras; la hipoteca comprende los inmuebles por naturaleza, adherencia, destinación etc.

Cuando el derecho de usufructo se concede para gozar la cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, el usufructuario puede hipotecar su derecho si se trata de inmueble. No sucede lo mismo con los muebles, pues el artículo 2.443 establece una especie de propiedad sobre el inmueble mientras dura su derecho.

“ El usufructuario recibe la cosa para gozar de ella hasta que se extinga su derecho (art. 833). Si hipoteca ésta y se ejecuta y remata, el adjudicatario del derecho recibirá la cosa hasta que se termine el usufructo, quedando responsable el usufructuario para con el nudo propietario (art. 852). Como el usufructo termina necesariamente con la muerte del usufructuario (art. 865), la hipoteca del usufructo por su naturaleza es bajo condición resolutoria.

"Según el artículo 852, el usufructuario no podrá arrendar ni ceder su usufructo si el constituyente se lo hubiere prohibido, y si - contraviere a esta disposición perderá el derecho de usufructo. Si el constituyente lo que prohíbe es que se hipoteque ese derecho, y el modo propietario no releva al usufructuario de la prohibición, si ésta consta en el instrumento de constitución del usufructo, puede decirse por analogía que se extingue el derecho caducando la hipoteca".

El tratadista Fernando Vélaz insiste en el usufructo y dice que lo que puede hipotecarse es el derecho de usufructo indicando en la escritura la situación y linderos del inmueble sobre que recae, y no los frutos, que son el producto del derecho. Ilustra este argumento así: "los frutos se distinguen del usufructo como los intereses del capital: el usufructo y el capital son la causa productiva; los frutos y los intereses, el producto". De manera más, que si un usufructuario hipoteca su derecho, no puede exigir el acreedor hipotecario que le sean entregados con preferencia a otros acreedores los frutos correspondientes que el usufructuario vaya percibiendo, pues éste conserva ese derecho y, una vez que entran en su patrimonio, sirven de garantía a todos los acreedores sin distinción alguna. De esta suerte, el derecho del acreedor hipotecario queda reducido, en este caso, a perseguir el derecho de usufructo y hacerlo rematar.

Transcribimos del tratadista Fernando Vélaz lo que sigue.

"Se acepta que el modo propietario puede hipotecar a su vez la misma propiedad, desde que ésta se haya comprendida en el inciso 1º del Art. 2.443, que no se refiere a la propiedad perfecta. Sería inexplicable que la ley autorizase la hipoteca del usufructo y no la de la misma pro

plena que constituye un derecho tan efectivo como el del usufructo. Si este se consolida con la nuda propiedad antes de la extinción de la hipoteca, este aumento o mejora aprovecha a la hipoteca que en adelante comprenderá la plena propiedad (art. 2145).

"El dueño de ésta, podrá hipotecar solamente la nuda propiedad? parece que sí, porque si le es permitido enajenar sólo la nuda propiedad, reservándose el usufructo, también debe serle permitido hipotecar aquella. El deudor puede tener interés en ocurrir a esta combinación, para en caso de que no pueda pagar y se remate la nuda propiedad, conservar a lo menos el usufructo durante su vida, o por cierto tiempo. Podría llegarse a la conclusión de que el propietario perfecto puede hipotecar sólo el usufructo, pero en la práctica esta combinación no se presentará a causa de que el acreedor puede quedarse sin garantía antes de que pueda exigir el pago de lo que se le debe."

Habíamos dicho que las servidumbres activas no son susceptibles de hipoteca, como tampoco lo son los derechos de uso y habitación; en primer lugar porque no están comprendidos en el artículo 2143, y en segundo porque no son embargables y por consiguiente no podría hacerse efectivo un crédito sobre ellos.

Ahora, nos preguntamos, si siendo la hipoteca un derecho real puede hipotecarse este derecho. Según la legislación francesa que seguía la tradición romana "pignus pignori dari potest" sí se podía. "El acreedor en cuyo provecho se había constituido hipoteca sobre un derecho de hipoteca, podía exigir preferencia para el pago en concurrencia con el acreedor en favor de quien se había hipotecado el inmueble respectivo".

Según nuestro Código, dice el Dr. Vélez, hay que concluir que el derecho de hipoteca no puede hipotecarse por no figurar en el artículo 2.443. En razón, sólo serían hipotecables los bienes que expresamente menciona dicho artículo por el carácter limitativo que éste tiene.

Desacuerdo entre nuestros expositores y la Corte sobre hipoteca de bien ajeno.

Algunos de nuestros tratadistas opinan que la hipoteca de bien ajeno es nula, como lo sostiene el doctor Fernando Vélez, quien nos dice que "es sólo pueden hipotecarse inmuebles que se posean en propiedad o usufructo, la primera conclusión es la de ser nula la hipoteca de bienes raíces ajenos poseidos como se poseyeren".

Argumenta su tesis diciendo que quien constituye la hipoteca debe ser dueño de los bienes que hipoteca, según se deduce del comienzo del artículo 2.439 y 2.443; agrega que la hipoteca de inmueble ajeno, no siendo base para adquirir esta por prescripción, a nada conduce: "sería inexistente". Continúa así su exposición. "De esto puede seguirse que si quien lo hipoteca lo adquiere posteriormente, no se validaría el contrato hipotecario; que la hipoteca de cosa ajena, no es ratificable por el dueño de ella y que si quien hipoteca el inmueble, hereda éste, no se valida la hipoteca, ni tampoco si el dueño del inmueble hereda al constituyente de la hipoteca. Esto porque los contratos inexistentes o absolutamente nulos, no pueden ratificarse, ni en el lapso de 30 años es aplicable en este caso desde que la hipoteca no puede ganarse por prescripción". Cita los siguientes ejemplos. "Si un comarero hipoteca como suyo el inmueble en que tiene parte, será nula la hipoteca? La hipoteca de todo el inmueble no parece válida, pero puede ser aceptable que quede hipotecada la cuota del comarero en los términos del -

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

artículo 2.442".

El Dr. González Valencia opina que "no hay en verdad texto alguno que autorice para esta conclusión, lo que hay es que no se entiende hipotecado sino el derecho que se tiene sobre la cosa. En realidad, si se constituye una hipoteca sobre cosa ajena, esto no afecta el derecho del verdadero dueño; el acreedor no ha adquirido nada, porque "nemo dat qui non habet" o "nemo transferre potest plus juris quam ipse habet". Pero esto no implica que la hipoteca de cosa ajena sea nula, porque si el que constituyó la hipoteca adquiere después el dominio de la cosa, la hipoteca es eficaz, porque se entiende que ese derecho existía al tiempo de la constitución de la hipoteca; suceda en la venta de cosa ajena lo mismo, como lo establecen los artículos 1.674 y 1.675". El Dr. Valencia Zea se pronuncia en igual sentido, y al efecto dice:

" La hipoteca de cosa ajena vale". Entra a explicar sus puntos de vista y parte de las reglas generales que informan nuestro derecho positivo, por el cual una persona puede obligarse a transmitir a otro la propiedad como también a constituir a su favor un derecho real cualquiera, sin ser legítimo titular, al tiempo de contraer la obligación. Este principio deriva del valor que la ley ha dado al contrato y que tiene por fin realizar la enajenación de un derecho real. "El contrato traslativo o constitutivo de derechos reales no realiza por sí solo la tradición o constitución del respectivo derecho; es un título creador de obligaciones y no más."

Aplicando lo anterior al derecho real de hipoteca, se tiene que por el contrato hipotecario el constituyente se obliga para con el acreedor a gravar un inmueble con hipoteca y que la constitución del

gravamen sólo se realiza por la inscripción de la escritura en el respectivo libro de registro.

Tratando de dilucidar si las reglas generales (diferentes a las consignadas por el Derecho francés), se aplican o no a la hipoteca, el profesor Valencia Zea nos dice que una persona puede obligarse en el momento del contrato a trasladar o constituir un derecho real sobre una cosa ajena, y que, si en el momento de realizar la tradición o constitución (aun no es titular de ese derecho, apenas es natural que el derecho no se traslade o constituya, por cuanto nadie puede trasladar a otro más derechos de aquellos de que es titular, pero que en todo caso el contrato traslativo o constitutivo es válido.

" Así, respecto a la venta de cosa ajena en forma clara establece el Código: en primer lugar su validez; y en segundo lugar, que si la venta de cosa ajena fuere ratificada posteriormente por el dueño, el comprador adquiere los derechos de tal desde la fecha de la venta. Y en cuanto a la tradición de cosa ajena se establece que si se vende y entrega a otro una cosa ajena, "si el vendedor adquiere después el dominio de ella" se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición". (Arts. 1874 y 1.875 del c.c.)

El artículo 752 establece, con el carácter de regla general, que si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse esto transferido desde el momento de la tradición.

El profesor Valencia Zea dice que "el contrato hipotecario de cosa ajena vale, a semejanza de lo que sucede con la venta de cosa

ajena: Pero si en el momento de la constitución, es decir, de la inscripción de la escritura en los libros de registro, el constituyente no ha adquirido el derecho que se obligó a hipotecar, el acreedor no adquiere el gravamen real; su crédito no queda garantizado con la mencionada seguridad real. Esto por aplicación del artículo 752 y demás textos legales que hacen aplicaciones concretas (1.274 y 1.275) - para la venta.

" Pero si el deudor o constituyente adquiere posteriormente la propiedad sobre la cosa hipotecada (o el derecho que gravó con tal seguridad) se mirará al acreedor hipotecario como titular del derecho de hipoteca desde el día de la inscripción en los libros de registro de la escritura; y el contrato hipotecario se mirará como válido desde la fecha de su celebración. Es decir, que tanto el contrato hipotecario como la constitución del derecho real adquieren validez retroactivamente".

Continuando el estudio de este capítulo, se hace necesario conocer algunas sentencias de la Sala de Negocios Generales.

" Los arts. 2.439, 2.443 del Código Civil llevan a concluir los siguientes:

- 1o. Que es indispensable que quien constituye la hipoteca sea dueño del inmueble que va a hipotecar.
- 2o. Que pueda enajenarlo.

Estos requisitos son indispensables: el de la capacidad de hipotecar, porque la hipoteca es un acto de dominio, pues si no se cubre la deuda garantizada por ella, el inmueble hipotecado puede venderse para pagar al acreedor con su producto (art. 2.448 del c.c.); y el de la calidad de dueño, porque el contrato de hipoteca establecida sobre -

un bien ajeno tiene que ser nulo, pues contraviene a la disposición del artículo 2.443 y esa contravención no puede tener otro efecto que el de la nulidad. Se asevera ésto, porque el gravamen hipotecario es precisamente una de las manifestaciones del derecho de propiedad y un efecto suyo, puesto que es creado voluntariamente por el dueño de la finca en favor de su acreedor; y si quien hipoteca no es dueño, su acto no puede ser una manifestación del derecho de propiedad, y, por tanto, es un acto inexistente o nulo. Y si quien ha hipotecado adquiere después el inmueble, no puede por ello validar el contrato hipotecario nulo o inexistente, porque esta clase de contratos no puede ratificarse. De aquí que aunque el contrato de venta de cosa vale (art. 1.671 del c.c.), esto no puede equipararse para sus efectos con el hipotecario de una cosa ajena, pues el primero está permitido por la ley y éste prohibido. La equiparación de la hipoteca sobre un inmueble ajeno con la que verifica un comunero sobre el inmueble en común no es aceptable, porque en este caso el comunero tiene un derecho sobre el inmueble; por eso, verificada la división de éste, se entenderá haber poseído exclusivamente el comunero la parte que por la división le cupiere, y los derechos reales con que la haya gravado subsistirán sobre dicha parte; pero si en la división no le correspondía lo que había hipotecado, el gravamen no subsistirá sino en el caso de que aquellos a quienes hubiera correspondido esa parte consientan en el gravamen. De manera que verificada la división de la cosa común, la hipoteca establecida por uno de los comuneros sólo afectará la parte que al comunero hipotecante se le adjudicó, si esta cuota es hipotecable (art. 779 y 2.442 del C.C.). Y si se les adjudica a otros, la parte que es hi-

potecó por quien no fué adjudicatario, puede valer la hipoteca si aquellos consienten en ello, pero previa expresa retificación. Tampoco puede equipararse el contrato de prenda con el hipotecario, para aplicar a este todos los efectos del primero, porque son substanciales las diferencias entre ellos. Siendo que el contrato prendario tiene por objeto una cosa mueble, la ley da valor a la prenda constituida sobre cosa ajena sin la voluntad de su dueño (art. 2.415 del c.c.); pero es que la cosa pignorada se entrega al acreedor, y el tercero dueño de lo que se dió en prenda está en capacidad de reclamar lo empeñado haciendo valer sus derechos de dueño, mientras que la cosahipotecada permanece en manos del que hipoteca, y no podría obligarse al que es dueño de un inmueble a que constantemente averiguase en la Oficina de Registro si se había constituido sobre ese inmueble hipoteca para hacer valer sus derechos. Puede ser cierto que mientras el verdadero dueño no haga valer sus derechos la hipoteca subsiste. Pero una vez que el dueño hace valer esos derechos la hipoteca no puede subsistir" (Sentencias 30 de Octubre de 1929, XXX, 183; 30 de Mayo de 1.927, XXXIV, 117; 3 de Agosto de 1.936, XLIII, 550; 30 de Marzo de 1.939, XLVIII, 352).

Por lo transcrito arriba vemos que nuestra Jurisprudencia afirma que la hipoteca de cosa ajena queda afectada de nulidad absoluta. Vemos: En sentencia de la Sala de Negocios Generales de Agosto 3 de 1.936, se sostuvo que es indispensable, conforme a los artículos 2.439 y 2.443, que quien constituye la hipoteca sea dueño del inmueble que va a hipotecar, motivo por el cual la hipoteca constituida sobre bien ajeno es nula.

En sentencias de Casación de Octubre 30 de 1.932 y Mayo 30 de 1.927, se sostuvo la tesis de la nulidad de la hipoteca de cosa aje

na pero no en forma tan enfática. Después de 1.936 la Corte refiriéndose a las consecuencias de la nulidad de la hipoteca, ha dicho:

1. Trátase de una nulidad absoluta;
2. No es posible la ratificación de una hipoteca nula; por tanto, si el constituyente adquiere con posterioridad el dominio del inmueble hipotecado, no hay lugar a la convalidación del gravamen.

La Jurisprudencia nacional se encuentra impotente para aplicar rigurosamente la tesis de la nulidad de la hipoteca en cosa ajena, dice el Dr. Valencia Zea, Trata de demostrar la imposibilidad de aplicar en nuestro Derecho el sistema francés analizando algunas aplicaciones hechas por nuestra jurisprudencia sobre el tema que se trata.

I - "En la Sentencia de Casación de Febrero 15 de 1.934 se dice - que el principio del Código de que la hipoteca debe recaer sobre bienes actualmente propios del constituyente tiene excepciones, - como sucede con la de bienes futuros, en donde el constituyente no es actualmente dueño pero espera llegar a serlo. El artículo 2.444 del - Código autoriza la constitución del gravamen hipotecario sobre bienes futuros, es decir sobre bienes que actualmente no poseen en propiedad el constituyente; bien: el artículo 2.444 es plena validez a la hipoteca de cosa ajena, conforme a los principios generales de la legislación positiva; sólo que la corte, por pretender introducir a nuestro derecho la doctrina de los expositores franceses, se ve obligado a sostener forzosamente que el 2.444 es una excepción, cuando se trata de una simple aplicación de la regla general (art. 752, 1.874, 1.875, 2.444, etc. del c.c.).

II - " En la Sentencia de la Sala de Negocios Generales de Agosto 3 da 1.936 (G.J. t. XLIII, 877) en la que con énfasis singular -

afirma la Corte que la hipoteca de cosa ajena queda afectada con nulidad absoluta, se hace un esquinco a esa tesis al prohibirse el que se equipare la hipoteca sobre un inmueble ajeno con la que verifica el comunero sobre el inmueble común. Si un comunero o copropietario en vez de hipotecar su derecho proindiviso en los bienes comunes, hipoteca singularmente uno de dichos bienes, sobre los cuales no tiene en el momento del contrato la propiedad singular, pues ha hipotecado cosa ajena. Pues bien: conforme a la tesis general del derecho colombiano acabada de exponer, dicha clase de hipoteca es válida; conforme a la tesis de la Corte debería ser nula, pero nuevamente aquí se sostiene que se trata de una excepción. Lo que tiene importancia a fin de que si en la división de los bienes comunes se adjudica el bien hipotecado al constituyente, entonces se mira al acreedor hipotecario como titular de ese derecho desde la inscripción.

III - " Quien hipoteca singularmente un bien de la herencia que aún no se le ha adjudicado, en verdad constituye hipoteca sobre cosa ajena; y según el art. 1.402, inc. 2º, si dicho bien se adjudica al constituyente, la hipoteca es válida desde el día de la inscripción; si no se le adjudica nos encontramos ante el caso de hipoteca ajena. Nuevamente aquí la Jurisprudencia en varios de sus fallos afirma que se trata de una excepción a la regla general de que la hipoteca de cosa ajena genera nulidad absoluta" (Cas. Civ. Ferrero 20 de 1.942, LIII, p.73).

Jurisprudencia y Doctrina Chilena sobre Hipoteca de Cosa Ajena. - Según la Jurisprudencia chilena la hipoteca de cosa ajena queda afectada de nulidad absoluta.

Escarriva sostiene que dicha tesis no se ajusta a los buenos principios del derecho; simplemente la hipoteca de cosa ajena es inoponible al dueño, pero no nula.

"Decir que la hipoteca de cosa ajena es inoponible al dueño del inmueble, es exactamente lo mismo que afirmar, como afirmamos, que el acreedor no adquiere el gravamen hipotecario. Ya vemos que quien pretende ejercitar la acción hipotecaria para realizar el valor del bien hipotecado debe acreditar que es titular del derecho que pretende ejercer, lo que acredita no sólo con la escritura pública debidamente inscrita, sino además, con un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, de la existencia del dominio en el constituyente".

Josserand explica los motivos por los cuales la hipoteca está afectada de nulidad absoluta. "Por definición el Contrato Hipotecario debe crear una hipoteca, es decir, un derecho real; debe por consiguiente emanar del propietario y más generalmente de una persona titular del derecho que se hipoteca; el nacimiento inmediato del derecho real de garantía es de la esencia misma del contrato hipotecario."

El sistema francés es diferente al colombiano; el contrato hipotecario no crea el derecho real de hipoteca, sencillamente crea la obligación de constituirlo. Lo que lo constituye es la inscripción de la escritura en los libros de registro.

Según el derecho francés el contrato de hipoteca traslada automáticamente el derecho real enajenado. Así, en la venta, la propiedad se traslada de inmediato al comprador, pero el vendedor debe -

ser luego al tiempo de celebrarse el contrato, de otra manera la venta es mala. De igual manera, en el contrato hipotecario, el constituyente debe ser titular del derecho de propiedad en el momento del contrato, y si no lo es, la hipoteca queda afectada de nulidad.

Consecuencias.- Las consecuencias de ambos sistemas, colombiano y francés, difieren en cuanto a su aplicación. Veamos por qué. Si es válido el contrato hipotecario de cosa ajena (según nuestro sistema), al igual que la venta de cosa ajena, bien se puede aplicar a la hipoteca las mismas reglas que a la venta de cosa ajena, o sea:

- a) que la hipoteca que recae sobre cosa ajena y posteriormente es ratificada por el dueño, confiere al acreedor hipotecario su derecho de propietario desde la fecha del contrato;
- b) si el constituyente o deudor adquiere posteriormente el dominio del inmueble, se mirará al acreedor hipotecario como titular del derecho de hipoteca desde el día de la inscripción.

Pero si como sucede en el sistema francés, el contrato hipotecario es malo, de nulidad, absoluta, no es posible la ratificación ni del contrato ni de la inscripción por parte del constituyente o deudor.

OTRAS COSAS QUE PUEDEN HIPOTECARSE

En virtud del artículo 2.412 "El comunero puede antes de la división de la cosa común hipotecar su cuota; pero verificada la división, la hipoteca afecta solamente los bienes que la razón de dicha cuota se adjudiquen, si fueron hipotecables. Sin no lo fueren caducaría la hipoteca.

Podrá, con todo, subsistir la hipoteca sobre los bienes ad-

judicados a los otros partícipes, si éstos consintieron en ello, y así constare por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción hipotecaria".

En sentencia de Junio 3 de 1.898 (O.J. año 13, 317), la Corte Suprema resolvió que la constitución de hipoteca sobre el derecho eventual que pueda corresponder al cónyuge sobreviviente que pueda corresponder a título de gananciales en un inmueble de la sociedad conyugal, es acto que no infliere lesión al derecho de los otros comuneros, y del cual no puede hacer, por lo mismo, acción por parte de este para hacerla anular y mucho menos para reclamar dominio en lo que es exclusivo del otro comunero.

Según sentencia del Tribunal de Bogotá, "la hipoteca constituida por uno de los comuneros antes de efectuarse la división de la comunidad, no subsiste si en la partición se adjudica la finca hipotecada no al comunero que la gravó sino a otro.

A esta doctrina le objetan algunos autores porque facilita la manera de perjudicar a los acreedores hipotecarios.

"Si la ley permite que un comunero venda su cuota en la cosa común (art. 1.866), es lógico que le permita hipotecarla, naturalmente si la cosa es hipotecable."

De acuerdo con el inciso 2º del artículo 2.442, no se hace necesario la constitución de una nueva hipoteca, sino que ella se cancela por los interesados, en una escritura pública, de que se toma razón al margen de la inscripción hipotecaria.

Leemos en jurisprudencia de la corte:

"El art. 1.401 del C.C. se refiere a la enajenación sin mencionar la hipoteca; pero a más de que el 779 abarca a ambas, el 2.442 no puede

entenderas limitado a cosa singular, de suerte que excluya una comunidad de otra clase, ya porque no se veía motivo para establecer diferencia de disposición no habiéndola en las razones, ya porque su redacción misma obliga a reconocer que comprende la pluralidad de bienes, sin reducirse ante uno solo, puesto que expresamente contempla el caso de que los haya de clases distintas, unos hipotecables, otros no, y puesto que habla de bienes, así en plural, adjudicados a los otros coparticipes. No es este simple argumento que pudiera tacharse de meramente gramatical lo que conduce a esa opinión, sino más aún, la altísima igualdad de razón, consistente en que, tanto en la comunidad universal como en la singular, media incertidumbre sobre lo que precisamente acabará por cubrir el haber de cada comarero, y no se ve motivo jurídico para que ante la contingencia de que a cierta persona se adjudique o no esto o aquello, el legislador permitiera en un caso sacar ventaja de la validez de la hipoteca y negara lo mismo en el otro, al extremo de hacerla absolutamente nula. No pueden pensarse por alto las peculiaridades del lapso que transcurri entre la muerte del decajue y la partición. Entre tanto el heredero o herederos no tienen título inscrito y personal sobre tal o cual de los bienes relictos y al mismo tiempo tienen derecho en todo. Es una época de incertidumbre acerca de con cuál o cuáles bienes se ha de cubrir el haber herencial de cada uno de los herederos y aún sobre ese mismo haber mismo que sólo se precisará cuando al partir se haga la liquidación que el legislador atiende expresamente como pago inicial (art. 1.394 del C.C.).

La enajenación anterior a la partición puede tener validez plena porque lo enajenado por el heredero viene a adjudicarse solo, o puede tener sólo la validez correspondiente a la venta de cosa ajena,

con todas las resultas de ésta, si lo enajenado no es la adjudica. La hipoteca anterior a la partición pueda tener a su turno la plena validez correspondiente a que lo hipotecado se adjudica al hipotecante, o puede, por adjudicarse a persona o personas distintas, carecer de valor al punto de no tenerlo, sino en cuanto al consentimiento de los adjudicatarios se lo confiere.

El art. 2.442 del C.C. no puede ser interpretado en forma de que excluya la comunidad universal o la pluralidad de bienes de que se habla en la parte motiva del fallo. Ya habia dicho la corte que estando el dominio del comunero, por decirlo así, sobre todo el inmueble, no es pertinente ni aceptado equiparar la hipoteca, de cualquiera extensión que sea, que otorgue sobre la finca indivisa un copropietario, con la hipoteca sobre cosa ajena. Decidida por virtud del efecto retroactivo que corresponde a la partición la suerte y el alcance de la hipoteca otorgada por un comunero o indivisario sobre la totalidad o una parte de la finca común, surge la noción de cosa ajena en favor de los coparticipes restantes, adjudicatarios de parte del inmueble gravado hipotecariamente por otro comunero, y de esta manera se explica la capacidad de la hipoteca contemplada en el artículo 2.442 del C.C. Viva la comunidad, no procede ninguna acción de nulidad de los comuneros por hipoteca a non domino y cesado el condominio indiviso, el ejercicio de tales acciones no corresponde sino al dueño exclusivo en quien se radica el interés jurídico, es decir, a los adjudicatarios de lo que no corresponde al hipotecante; en ningún caso a este mismo. En principio, no existe nulidad por concepto de cosa ajena o a non domino en la hipoteca de cualquiera extensión, que un comunero constituye sobre el inmueble común. La suerte de este gravamen no pue

de determinarse mientras no cese el condominio por la partición correspondiente, a cuyos resultados según expresas disposiciones del código, queda completamente subordinada (Cov. 20 de Febrero de 1.942 LIII, 79).

La regla de que la extinción del derecho hipotecado en el constituyente o deudor implica la extinción del gravamen hipotecario, se halla ante el principio de la buena fé de terceros, entre quienes se encuentra el acreedor hipotecario.

Se supone que un deudor hipoteca un derecho del cual no es titular en el momento de la constitución de la hipoteca; supone nos ahora que el constituyente es el titular del derecho que hipoteca en el momento del contrato y de su inscripción, pero que debido a causas diferentes pierde posteriormente el derecho hipotecario. En este caso habría que preguntarse cuál sería la situación del acreedor hipotecario; es decir, si pierde el derecho de que es titular. Este problema ha sido resuelto en algunas aplicaciones por la ley y la jurisprudencia. Veamos algunas de ellas.

La jurisprudencia nacional en una de sus aplicaciones ha resuelto en forma clara sobre la extinción del dominio en el constituyente, que lo que no comporta extinción de la hipoteca, es el ejercicio de la acción de simulación. "Si la acción triunfa se extingue el dominio del deudor o constituyente, pero no el gravamen hipotecario. En este caso y en todos aquellos en donde se extingue el dominio o el derecho hipotecado por el deudor o el constituyente, sin extinción del gravamen hipotecario a favor del acreedor hipotecario, nos encontramos ante la hipoteca constituida por un tercero en garantía de una deuda ajena".

La condición resolutoria es también una de las causas prin

principales de extinción del dominio o del derecho hipotecado. Si la condición resolutoria constaba en la respectiva escritura de adquisición y así fue hipotecado, el acreedor hipotecario adquirió un gravamen sometido a la modalidad del derecho que se le hipotecó; por tanto la pérdida del dominio que es consecuencia de la citada resolución, extingue el gravamen (art. 1.548 del C. C.). No es necesario que ^{en} la escritura de hipoteca se advierta que el derecho que se grava con esa seguridad está sometido a la mencionada modalidad; basta y es suficiente que el título de adquisición del derecho exprese con claridad la condición (art. 2.441 del C. C.)".

Lo dicho tiene aplicación para la condición resolutoria tácita, cuando en la escritura de adquisición por compra, se deja aclarado que el comprador queda debiendo el precio o una parte de él. Mas si en la escritura nada se advierte sobre el particular, y el derecho de dominio se resuelve, el inmueble continúa hipotecado a favor del acreedor hipotecario.

HIPOTECAS APARENTES.

Sabido es que quien constituye un gravamen sobre una finca aparece ante los demás como legítimo propietario de ese derecho; explota materialmente el inmueble, que además se encuentra debidamente inscrito en el libro de registro.

Frente a la situación anterior, si en realidad de verdad el constituyente no era el verdadero titular del derecho gravado, en qué condiciones queda el gravamen de Hipoteca? habría que aplicar en este caso el principio jurídico "Error communis facit jus", o sea la doctrina de la buena fe excenta de culpa, en virtud de la cual quien

adquiere un derecho que tiene todas las apariencias de existencia normal, y ha obrado de buena fé, la simple apariencia se convierte en realidad.

Como aplicación de esta máxima "error communis facit jus", la Sala de Negocios Generales, en sentencia de Marzo 27 de 1.942, ha dicho lo siguiente:

"Valiéndose del principio jurídico según el cual error communis, facit jus, la jurisprudencia de otros países convalida las hipotecas constituidas por el dueño aparente, que exhibe un justo título de propiedad. Mientras las apariencias fundadas subsisten, el dueño del inmueble sigue siendo el propietario ante terceros y las hipotecas que concede son válidas aunque después se anule el título. Entre nosotros no es dudoso que con igual principio se pueda llegar al mismo resultado cuando el título de propiedad se anula sin audiencia del acreedor, quien con pleno derecho le dió su confianza por ser un justo título de adquisición, rodeado de todas las apariencias de legalidad. Sería aborrrante que la justicia dejase desamparada la buena fé del acreedor anulándose un derecho sin su intervención y por la mera voluntad de otros. Pero es del artículo 478 del C. J. de donde se desprende una amplia y sólida doctrina jurídica que salvaguarda el derecho de los acreedores hipotecarios. Según el sentido claro de este precepto, de los acreedores, "a contrario sensu", entre los cuales están como principales los hipotecarios, quedan por lo tanto, fuera del alcance de los efectos de la cosa juzgada reglamentada por el artículo 474, ibidem, respecto de las sentencias pronunciadas contra el deudor, en lo concerniente a su derecho real de garantía" (Sentencia Sala de Negocios Generales, 27 de Marzo de 1942, LIII, 509).

Se dijo, al hablar de la tradición del dominio en inmueble, que las condiciones para aplicar dicha doctrina eran: a) que el tradente debe ser poseedor material del inmueble; b) que en los libros de registro debe aparecer como dueño; y c) que la inscripción debe remontarse a un lapso de diez años.

Aplicando esas reglas a la hipoteca aparente tenemos: cuando el acreedor se cerciora que el constituyente es dueño por aparecer inscrito en los libros de registro durante un lapso superior a diez años, y ese dueño es el que explota materialmente el inmueble sin contradicción de nadie, adquiere en forma definitiva el gravamen hipotecario, aunque posteriormente se acredite que hipotecó una cosa ajena.

HIPOTECA DE BIENES FUTUROS.

El artículo 2.444 establece que la hipoteca de bienes futuros sólo da al acreedor el derecho de hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor adquiriera en los sucesivos y a medida que los adquiriera.

Según el sistema francés, los bienes futuros no pueden hipotecarse (Art. 2129).

El tratadista Ferrando Vélez dice que "se entiende por bienes futuros los que no figuran en el patrimonio del deudor, sobre los cuales, por lo mismo, no tiene ningún derecho, ni aún condicional".

"La hipoteca de un inmueble futuro, es decir, que espera adquirir el constituyente es válida, dice el Dr. Valencia Zea, conforme a la regla general del art. 1.511. No sólo las cosas que existan pueden ser objeto de una declaración de voluntad sino las que se espera que -

existan; pero es necesario que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género.

Ambos artículos (2.444 y 1.518) se refieren a la validez del contrato hipotecario. Un individuo puede obligarse a hipotecar un bien raíz sin ser aún su propietario, pero que espere adquirirlo después. En este caso el derecho real de hipoteca sólo surge a la vida jurídica y a favor del acreedor cuando dicho acreedor haya adquirido tal propiedad.

Según el artículo 2.444, si en una escritura pública, un deudor hipoteca en favor de su acreedor los inmuebles que adquiriera en lo futuro, ninguno puede quedar hipotecado; necesariamente faltaría el registro de la hipoteca, solemnidad sin la cual no puede existir ésta.

El citado artículo da derecho al acreedor de hacer inscribir en la Oficina de Registro y en el libro de anotaciones de hipotecas, la correspondiente a cada inmueble que el deudor adquiriera en lo sucesivo ya en propiedad o usufructo. El Registrador debe abstenerse de registrar una hipoteca hasta tanto no se le presente la escritura pública en la que se constituya la hipoteca sobre bienes raíces, especificados por su situación y linderos, o sea que no pueden tenerse de otra fuente sino de la misma escritura.

Hay diferencia entre la hipoteca de bienes futuros y la promesa de constituirla, promesa que puede hacerse constar aún en documento privado y como se trata de una obligación de hacer, está sometida a las reglas del artículo 89 de la Ley 153 de 1.887.

En conclusión, la hipoteca de un inmueble futuro debe reunir las siguientes condiciones:

I - El inmueble debe determinarse en el contrato hipotecario, no vale la hipoteca sobre fincas que el deudor espera adquirir en lo futuro; ello iría contra la regla de la especialidad.

II - La determinación puede no ser completa, pero en ese caso el contrato hipotecario debe fijar las reglas que sirvan para determinarla a objeto de darle aplicación el artículo 2.444 que autoriza al acreedor para hacer inscribir la escritura en la oficina de registro a medida que los inmuebles pasen al dominio del deudor.

III - No es válida la hipoteca general de todos los inmuebles que el deudor adquiriera en lo futuro sin determinarlos.

IV - Es válida la hipoteca de inmuebles que el constituyente espere adquirir, pero en este caso deben determinarse, siquiera de manera general, si los linderos y demás indicaciones que aparezcan en la escritura de hipoteca, serán los mismos que se indiquen en la respectiva escritura de compra.

"Si se hipoteca el inmueble que se espera adquirir por herencia y ésta consta de varios, basta y es suficiente que la escritura determine esos inmuebles y que el gravamen recaerá sobre el que se le adjudique".

V - Los noventa días, que es el plazo otorgado por la ley para la inscripción de la escritura de hipoteca en los libros de registro, se contará a partir del día de la adquisición del inmueble y no desde el día del otorgamiento de la escritura, pues de no ser así no tendría aplicación el artículo 2.444 en relación con el artículo 1.518 del C. C.

QUE COMPRENDE LA HIPOTECA.

Art. 2.445 "La hipoteca constituida sobre bienes raíces 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 la cosa hipotecada".

El sr. Vera hace un comentario al artículo 2.420 y 2.421 del Código chileno, que resultan iguales al 2.445. "La hipoteca afecta aún los muebles que se reputan inmuebles por acceder al inmueble hipotecado; mas, deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros.

"Se extiende así mismo a todos los aumentos y mejoras que recibe la cosa gravada, a las pensiones devengadas, si se tiene arrendada; y a la indemnización que deban sus aseguradoras, si está asegurada; pero no se extiende en el caso de recaer sobre un usufructo o sobre minas y canteras, a los frutos percibidos ni a las sustancias minerales separadas ya del suelo.

"Ahora bien, qué se llaman accesorios? a todas las cosas que están mediata o inmediatamente adheridas materialmente al suelo o que dependen del inmueble. Las mejoras naturales comprenden en rigor las accidentales y son las que se producen sin el hecho o trabajo del hombre, aplicado al inmueble. Las mejoras naturales comprenden las afecciones naturales, causadas por aluvión o evulsión. Las construcciones y obras hechas en el inmueble constituyen una mejora artificial o industrial; pero para que se consideren pertenecientes al inmueble ha de ser cuando no se alega ni prueba dominio por un tercero. El dueño puede disponer de los frutos naturales y civiles devengados desde que

sobre ellos no exista todavía embargo ni prohibición judicial. Pertenecen al inmueble todos los accesorios mientras estén unidos a él; esto significa que no se pueden separar estos accesorios sin perjuicio del hipotecario porque así le hace disminuir el valor de la cosa hipotecada y esto le autoriza para impetrar medidas precautorias o conservativas, y si esto se hiciere después del embargo, existiría acción criminal".

No cualquier clase de inmuebles puede ser asiento de una hipoteca; únicamente los inmuebles por naturaleza que se encuentren en el comercio y sean predios.

Extensión de la hipoteca sobre los inmuebles por adherencia y por

destinación.- Decíamos que no cualquier clase de inmuebles puede ser asiento de una hipoteca, que únicamente lo son los inmuebles por naturaleza, sin que ello quiera decir que no se extiendan sobre todos los otros bienes adheridos a ese inmueble o a los daños que están destinados a su beneficio.

La hipoteca se extiende a todos los inmuebles por adherencia y por destinación que en el momento del contrato se encuentren en el suelo o fundo, pero "no se extienden a aquellos muebles que no merecen la calidad de inmuebles por destinación".

Se extiende asimismo sobre todas las cosas nuevas que adquieran la calidad de inmueble por adherencia o por destinación, como por ejemplo la cosecha posterior al gravamen, los árboles sembrados por el propietario estando gravada la finca, los animales comprados para el cultivo de la misma, instalaciones, eléctricas etc.

También se extiende sobre el mayor valor que con las mejoras haya adquirido el inmueble hipotecado (inc. 2ª Art. 2.445), es

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

decir, a todas las mejoras, de cualquier naturaleza que sean, no sólo a las naturales sino también a las industriales. Las naturales, que son por ejemplo aumento, resultan del aluvión, de la avulsión y de corrientes de agua. La industrial resulta del trabajo del hombre, como las de desecación de un pantano, la agregación de un piso a un edificio ya construido, el abono de la tierra, etc.

A las mejoras industriales las afecta la hipoteca, aunque sean obra de un tercero en los casos de los arts. 738 y 739, salvo el derecho de éste para exigir del acreedor hipotecario el reembolso del mayor valor que con las mejoras haya adquirido el inmueble hipotecado.

La jurisprudencia nacional se pronuncia de la siguiente forma:

"La disposición contenida en el inciso 2º del art. 2.445, es generalísima; se aplica a todas las mejoras, de cualquier naturaleza que sean, ya se trate de naturales o industriales; la ley no distingue, y es tan clara y tan límpida la redacción de este inciso, que no autoriza al juzgador para poner de lado su tenor literal, que ha de tenerse muy en cuenta, de acuerdo con el mandamiento del art. 27 del C. C., ya que el inciso no contiene expresión oscura para que haya de recurrirse a la intención o espíritu para fijar su verdadero sentido. Sería en verdad inusitado que los aumentos o mejoras que recibe la cosa hipotecada se refirieran únicamente a los muebles que por accesión a aquella se reputan inmuebles, y que las mejoras y aumentos que recibe la finca exclusivamente hipotecada esté fuera de la órbita de la garantía hipotecaria, pues no se ve razón para emparar la tesis

consistente en que deban excluirse de la hipoteca las mejoras que reciban los muebles que por accesión se reputan inmuebles. A dos casos distintos se refiere el art. 2.445 en sus incisos 1º y 2º: el primero, a los bienes muebles reputados inmuebles por el art. 658, para constatar que ellos están comprendidos en la hipoteca; el segundo, se refiere a los aumentos y mejoras de la cosa hipotecada sin hacer distinciones. Todas las decisiones de los tribunales de los países que tienen una legislación semejante a la nuestra en este punto, han resuelto sin vacilación que la hipoteca comprende las mejoras que reciba la cosa hipotecada ya sean naturales o industriales, y la Corte Suprema ha decidido, aplicando el art. 2.446, que la hipoteca se extiende a la indemnización debida por los aseguradores de una edificación hipotecada destruida por el fuego, porque si el edificio sometido al gravamen hipotecario estaba bajo la posibilidad legal de ser vendido a pedimento del acreedor para el pago de su crédito, no se justificaría que la suma de dinero en que se convierte por la azarosa ocurrencia del siniestro se considerase como un bien común del deudor asegurado en beneficio de todos sus acreedores, precisamente cuando la situación del dueño del predio hipotecario desmejora por la destrucción de la cosa que le servía de garantía.

Se entiende por mejoras naturales las que se realizan sin el trabajo del hombre, como la extinción de las servidumbres que gravan el inmueble hipotecado, los aumentos que recibe por vía de lluvia y aún de avalación. Por mejoras industriales se entienden las verificadas por la mano del hombre, como las construcciones, las plantaciones, los trabajos de irrigación, drenaje, desecación de pantanos;

la agregación de un piso a un edificio ya construido, y aún hasta las construcciones hechas por el propietario del fundo hipotecado, porque ellas se consideran incorporadas al suelo por efecto de la accción. Se presume que el propietario del fundo hipotecado extiende los efectos de la hipoteca a las construcciones nuevas, a menos que aparezca lo contrario en el acto originario constitutivo de la hipoteca. Si es de rigor que el acreedor hipotecario corre el albur de una disminución del predio hipotecado, proveniente de una causa natural o económica, también es de justicia que aproveche de la plus valía del inmueble hipotecado a consecuencia de una evolución económica o de trabajos ejecutados en las vicinidades del fundo, que lo hagan mejorar en todo sentido y aumenten su valor" (Cas. 7 de Julio de 1.941, LVI, 784).

Según el citado inciso 2º del artículo 2.445, si las mejoras que recibe un bien raíz se convierten en accesorias de él, es natural que queden comprendidas en la hipoteca que grava el inmueble. La hipoteca está expuesta necesariamente a todas las vicisitudes del inmueble de que es un gravamen. De esto se desprende que si perece el inmueble, se extingue la hipoteca, y que si disminuye de valor, pierda su importancia. En cambio, si su valor aumenta, éste aumento aprovecha a la hipoteca.

La razón que suele darse a la extensión de la hipoteca sobre todo aumento o mejora, todos los inmuebles nuevos por adherencia o destinación, la vimos expuesta en sentencia de Casación Civil de Julio 7 de 1.941, cuando expresa que "si es de rigor que el acreedor hipotecario corre el albur de una disminución del predio hipotecado, proveniente de una causa natural o económica, también es de justicia que aproveche de la plus valía del inmueble hipotecado a consecuencia de

una evolución económica o de trabajos ejecutados en las vecindades del fundo, que lo hagan mejorar en todo sentido y aumenten su valor".

La hipoteca no se extiende sobre los demás inmuebles por naturaleza que forman un solo cuerpo con el inmueble originariamente hipotecado.-

El Dr. Viba dice que no debe exagerarse el alcance del inciso 2º del artículo que nos ocupa. "Así es que si el dueño del bien raíz hipotecado adquiere a continuación de éste alguna propiedad, ésta no queda comprendida en la hipoteca, porque realmente no es mejora de aquel, desde que tiene existencia independiente. Esta conclusión debe aceptarse, aunque el dueño del inmueble hipotecado haya ensanchado los cercos de éste para comprender dentro de ellos el terreno que haya adquirido después de la constitución de la hipoteca".

En el mismo sentido se manifiesta la jurisprudencia francesa citada por Colin y Capitant. "Las nuevas adquisiciones que vengan a aumentar la extensión del fundo gravado, añadiendo al mismo nuevas parcelas, no se consideran como mejoras y, por consiguiente, no se encuentran afectas a la hipoteca, aunque el propietario las uniese al primer fundo, cerrándolas con el mismo muro. Igualmente la hipoteca constituida sobre su parte indivisa por un copropietario, que luego viene a ser adjudicatario de la totalidad de la finca, no se extiende a todo el inmueble".

Facultad del deudor hipotecario para enajenar inmuebles por destinación o por adherencia.-

El deudor hipotecario puede enajenar los inmuebles por destinación o por adherencia a condición de que sean separados del inmueble, pues según el art. 2.145, la hipoteca deja de

66 70

afectar esos inmuebles desde que pertenecen a terceros. Esta regla es consecuencia de los poderes de administración y disposición que conserva el deudor hipotecario, poderes que se encuentran limitados.

Extensión de la hipoteca a los frutos civiles y naturales.— El Art.

2.446 establece que la hipoteca se extiende a las pensiones devengadas, que son frutos civiles, y a la indemnización que deban los aseguradores del inmueble hipotecado.

Las pensiones devengadas, es decir, vencidas pero que no estén satisfechas, estando comprendidas en la hipoteca el día que ésta no haga efectiva, dan derecho al acreedor para exigir que acerca de ellas se les reconozca la preferencia que le corresponde como hipotecario.

El tratadista Fernando Vélaz dice que "las pensiones pagadas al dueño del inmueble hipotecado, como si es un edificio, la renta de éste, no se comprenden en la hipoteca con las consecuencias de ésta, porque desde que las percibe el dueño del inmueble, se confunden con sus demás bienes no gravados. Aún las pensiones caídas a un tercero de buena fé y no satisfechas, parecen en el mismo caso de las devengadas".

Lo anterior se funda en que la hipoteca no impide al dueño del inmueble hipotecado gozar de él en su carácter de propietario. La consecuencia de esta regla es que el dueño pueda percibir los frutos del inmueble, disponer de ellos y aún enajenarlos mientras estén pendientes. No es ya la razón para que a los frutos naturales no se extienda la hipoteca, si el día de hacerla efectiva están pendientes.

En resumen, los frutos de cualquier clase que se hallen —

pendientes el día del embargo del inmueble hipotecado, o que siendo civiles, no están devengados ese día, quedan comprendidos en la hipoteca.

El artículo 2.447 establece que "La hipoteca sobre un usufructo, o sobre minas y canchales, no se extiende a los frutos percibidos, ni a las sustancias minerales, una vez separadas del suelo". Lo que indica que a las demás clases de frutos sí se extiende. A este artículo son aplicables las observaciones del artículo precedente.

"Las disposiciones de los artículos 2.446 del C. C. y 679 del C. de Comercio son contrarias. En presencia de este conflicto la Corte acoge la teoría de la aplicación preferente de la doctrina del artículo 2.446 del Código Civil, en virtud de lo estatuido por el artículo 5º de la Ley 57 de 1.827, y porque lo dispuesto en ese artículo del C. Civil es de carácter excepcional, preferible, por consiguiente, a la disposición del de Comercio, que contiene la regla general. En cambio el artículo del Código Civil conagró la especial o de excepción al disponer expresamente la extensión de la hipoteca a la indemnización de vida por los aseguradores de los bienes hipotecados. Esta indemnización, comprendida por la hipoteca, no propiamente por virtud de la subrogación sino por expreso mandamiento de la ley que ha querido representar en ella la cosa percibida, forma parte del patrimonio del deudor como cosa especialmente afecta al pago de la obligación hipotecaria, y sobre él puede el acreador, consecuentemente, ejercitar las acciones que concede la ley. Por otra parte, la ley de la hipoteca es civil, cualesquiera que sean las condiciones de quienes la otorgan y la naturaleza de la obligación que garantizan." (Sentencia 4 de Abril de 1.940, XLIX, 43).

Refiriéndose al artículo que nos ocupa dice el Profesor Eduardo Zuleta Angel en sus conferencias sobre la hipoteca: " Este conflicto es más aparente que real. Lo que se trata de averiguar es si la hipoteca en cada caso es un contrato civil o comercial, porque la regla se refiere no al seguro, que siempre es un contrato 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 acceda 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 del derecho comercial".

EFFECTOS DE LA HIPOTECA

DEUDOR O CONSTITUYENTE HIPOTECARIO

Analizemos estos efectos en dos momentos: antes del ejercicio de la acción hipotecaria por parte del deudor y después del ejercicio de dicha acción.

Sabemos que en principio el constituyente sigue ejerciendo los atributos de propietario sobre el inmueble gravado pero con algunas limitaciones, puesto que el propietario del inmueble hipotecado no puede, en perjuicio de los derechos del acreedor hipotecario, efectuar ningún acto de disposición que, directamente y por su propia naturaleza, tenga como consecuencia disminuir las garantías del acreedor, afectando el valor del inmueble.

Es importante distinguir los actos de disposición de los de administración. Sobre los actos de disposición es importante distinguir asimismo entre los actos de disposición propiamente y los actos de disposición material.

Actos de disposición.- El artículo 2.440 establece en forma clara que el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario.

Esta disposición de carácter general indica que el deudor propietario del inmueble hipotecado conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad, como constituir nuevos gravámenes hipotecarios, derechos reales de usufructo, uso y habitación, servidumbres; puede igualmente vender, donar, permutar la finca gravada. Ningún acto de disposición jurídica lo está vedado con tal que esos actos no imputen directamente al inmueble una disminución de su valor.

Con estos actos de disposición el acreedor hipotecario no sufre perjuicio ya que dispone de acciones, de las cuales veremos algunas.

1.- Según el art. 2.499 del C. C., los créditos hipotecarios, cuando hubieren varios, se pagarán según el orden de las fechas de las hipotecas, es decir, de las inscripciones de las escrituras. Por consiguiente, si el deudor constituye una nueva hipoteca sobre el mismo bien, el primer acreedor será pagado integralmente con preferencia a los acreedores posteriores.

2.- Si el deudor propietario constituye una servidumbre sobre la finca, éste nuevo derecho no es oponible al acreedor a menos que se trate de una servidumbre legal. En todo caso, tiene derecho el acreedor a subrogarse en los gastos de indemnización que debe pagar el dueño del pro

ño dominante; y

3.- Si el constituyente traslada su dominio por venta, permuta, etc., el gravamen hipotecario sigue al derecho transmitido. El acreedor en este caso, según el artículo 2.452 del Código Civil, tiene derecho para perseguir la finca y hacer realizar su valor.

Actos de disposición material.- La libertad del deudor está limitada en la ejecución de estos actos, ya que ellos lesionan los intereses legítimos del acreedor hipotecario.

Sobre el tema que se trata establece el artículo 2.451. "Si la finca se perdiera o deteriorara, 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 se le dé otra seguridad equivalente; y en defecto de ambas cosas, podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente el plazo, o implorar las providencias conservativas que el caso admita, si la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada".

Sobre la causa que produce pérdidas o deterioros de la finca hipotecada no hace distinción el artículo 2.451, ya provenga de la culpa o hecho del deudor o por caso fortuito.

Refiriéndose al artículo 2.427, igual al 2.451 que se comenta, dice el Sr. Vera: "Si se llega este caso (el de que se deteriore la finca hipotecada), el acreedor tiene derecho a pedir las medidas correspondientes contra los actos que destruyan su garantía. No podía la ley condenarle a mirar impasible su ruina y por eso puede impedir todo deterioro. Lo mismo sucede si enajena los muebles accesorios a la hipoteca y con esto peligran el crédito. Se puede, pues, exigir mejora -

de la hipoteca o que se dé por vencido el plazo de ella y ejecutar por la deuda, si no se da por el deudor una seguridad equivalente a la destrucción o perjuicio causado. Puede también, si no quiere que se minore, consignar el valor de los deterioros o un suplemento a la deuda. Este derecho se extiende a los acreedores cuyo crédito depende de una condición suspensiva. Las medidas precautorias pueden en este caso ser variadas, y tócale al Juez resolver lo conveniente una vez que se lo acreditan los hechos; porque para ello no basta la palabra del acreedor, que puede proceder por temores infundados o con datos inexactos".

Actos de Administración.— Todos los actos de administración que caen dentro del giro ordinario de la correcta explotación de la finca pueden ser realizados por su dueño, por ejemplo, correr cercas, recoger las cosechas, etc.

Es palmaria la dificultad que surge para distinguir entre los actos de administración que le están permitidos al propietario y los que no lo están.

Sobre el artículo 2.451 se llega a concluir: a) que las acciones debe ejercerlas el acreedor hipotecario; b) el acreedor debe exigir en primer término que se mejore la hipoteca; el deudor lo puede hacer en dos formas: 1.— reparando la pérdida o deterioro y 2.— pagando la parte de la deuda a fin de que la finca con el deterioro o pérdida sea suficiente para cancelar el resto del crédito. Si mediante las dos formas indicadas el deudor no accediere a mejorar la hipoteca, podrá ofrecer otra seguridad equivalente que el acreedor acepte como una prenda, una anticresis y aún otra hipoteca. En el caso de que el deudor no pueda o no quiera complacer al acreedor, éste

podrá demandar el pago de la deuda si ésta es líquida, aunque esté pendiente el plazo; pero si la deuda no fuere líquida y fuere incondicional o indeterminada podrá impetrar las providencias conservativas que el caso admita. Las medidas conservativas, dice Segarra, "podrán consistir en la prohibición judicial de celebrar nuevos actos de esa naturaleza, en el nombramiento de un interventor, en la retención de las rentas de arrendamiento que produzca el inmueble."

ACREEDOR HIPOTECARIO.

ACCION HIPOTECARIA

Hablaremos de los derechos que la hipoteca otorga al acreedor para hacer efectivos sus créditos, y de las obligaciones que pueda tener, las cuales difieren esencialmente de las del acreedor prendario, desde que éste recibiendo la prenda, tiene que cuidarla con cierta diligencia, cosa de que está libre al acreedor hipotecario, porque éste no recibe el inmueble hipotecado, el cual queda en poder de su dueño.

Los artículos 2.422 a 2.425 establecen los derechos del acreedor prendario sobre la prenda. El acreedor hipotecario no goza del derecho que concede el artículo 2.426 al acreedor prendario sobre retención de la prenda para garantizar deudas contraídas después de la obligación para la cual se ha constituido la prenda. Los otros derechos del prendario se reducen a hacerse pagar con el producto de la prenda, capital, intereses, gastos de conservación de ella y aun perjuicios que cause al acreedor, y podrá el acreedor pedir al Juez que la adjudique por su tasación, y que se proceda a subastarla, cuando -

la prenda no tiene el precio requerido.

En lo que respecta al derecho que tiene el acreedor hipotecario de ser pagado con el producto de la hipoteca, vemos que si se ha vencido el plazo que tiene el deudor para pagar o se ha cumplido la condición de que depende el pago y éste no satisface la deuda, puede el acreedor ejecutarlo si tiene el documento que presta mérito ejecutivo, como puede también ejecutar al que posee la finca hipotecada, distinto al deudor, para que con el producto de la finca se le pague la deuda. En este caso hace uso de la acción real sobre la finca.

En la licitación de la finca hipotecada que ha sido embargada, evaluada y depositada, pueden hacer postura el acreedor a cuenta de su crédito, el deudor y terceros, según lo establece el art. 2.423 del C. C. La licitación no puede suprimirse por convenio de las partes, "como estímulo que si no paga el deudor queda la hipoteca como propiedad del acreedor, o que adquiere ésta por un medio diferente a la subasta pública" (art. 2.422).

Como finco objetivo de la acción hipotecaria se considera el hacer vender la cosa hipotecada en pública subasta. Sin embargo esta acción es más amplia. Vemos lo que dice el Dr. Valencia Zea: "La acción hipotecaria supone, antes de la venta en pública subasta o inclusive una vez realizada, la acción de despojo de la cosa del deudor; y, como el gravamen hipotecario está indisolublemente ligado al sistema de registro, supone también el retirar la finca del comercio a fin de impedir al deudor todo acto de disposición.

" La acción de despojo se realiza mediante el secuestro de la finca y tiene por finalidad el impedir que el deudor continúe realizando actos de administración, los que pueden perjudicar al

acreedor; la acción de retirar la finca del comercio se realiza por el embargo de la finca.

" El ejercicio de la acción hipotecaria por el antiguo sistema presupone la existencia de la finca en el mismo estado en que se encontraba cuando se constituyó el gravamen hipotecario. Mas la finca puede haber sido destruida por un tercero y estar éste obligado a una indemnización; puede haber sido destruida encontrándose asegurada; puede haber sido enajenado por el deudor y tener derecho al precio o parte del precio. En todos estos casos la indemnización, el precio del seguro, el precio debido por la enajenación, ocupan el mismo lugar de la finca. Y como el acreedor tiene derecho a la venta para transformar el valor de la finca en dinero y pagarse con ese dinero, resulta claro que cuando se ha realizado algunas de los casos contemplados u otros de naturaleza semejante, el acreedor puede subrogarse en el respectivo valor que tiene derecho a recibir el deudor. De manera que la acción hipotecaria puede tener dos objetivos: o la venta en pública subasta de la finca o la subrogación en su valor total o en parte de ese valor, cuando la realización que se persigue con la venta, ha ocurrido anteriormente".

Condiciones que requiere la acción hipotecaria.- Tres condiciones esenciales debe reunir la acción hipotecaria. En primer término la que hace relación al derecho real de hipoteca; una segunda que se relaciona con el derecho gravado y una tercera que se refiere al crédito que garantiza la hipoteca.

1. La primera condición se acredita con la escritura pública debidamente inscrita en el respectivo libro de registro; además debe lle

var la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos acerca de la vigencia del gravamen hipotecario (art. 1.189 del C.J.).

II. El acreedor hipotecario debe acreditar que es titular de un derecho real de hipoteca que emana de quien tenía la facultad y poder para constituirlo y que no es titular de una hipoteca de cosa ajena.

III. Debe acreditarse la existencia del crédito que garantiza la hipoteca y que dicho crédito presta mérito ejecutivo (Ley 105 de 1991 del C. J.).

Ejercicio procesal de la acción hipotecaria.— La acción hipotecaria de venta que pretenda realizar el valor del inmueble gravado con hipoteca, debe necesariamente realizarse mediante los trámites procesales y en pública subasta. Veamos rápidamente cuál es este procedimiento.

I. El acreedor hipotecario debe solicitar al Juez competente que la venta de la cosa gravada, acreditando además del título, el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de que habla el art. 1.008 del C. J., pieza que debe relacionar la tradición del dominio, la vigencia del gravamen, los demás acreedores que haya, etc.

II. Una vez admitida la demanda, el Juez decreta de plano el embargo de la finca, y verificado se notifica la demanda al deudor hipotecario. El ejecutado puede oponerse alegando la inexistencia o la nulidad de la obligación, el pago, la prescripción, la compensación y otro hecho liberatorio que pueda inhibir el título ejecutivo del crédito.

III. Si no hay oposición o se declara infundada la propuesta, el Juez

debe ordenar: a) el avalúo de los bienes perseguidos; b) su venta en pública subasta; c) la liquidación del crédito o créditos; d) el pago al acreedor o acreedores con el producto del remate.

IV. En cuanto a secuestro, queda a voluntad del demandante llevarlo a cabo. Si se pide, puede hacerlo al presentar la demanda, caso en el cual se verifica una vez que se ha embargado y notificado al deudor la demanda, o después de la sentencia de venta; pero si lo prefiere, la venta puede hacerse sin necesidad del secuestro.

V. Efectuado el remate y hecho el pago a los acreedores presentes, y, si fuere el caso, reparado y depositado lo correspondiente a acreedores reales ausentes, el colvanto se lo entrega al demandado, si el juez no se le ha dado aviso de que ese remanente está embargado en otro juicio.

VI. Aunque en la licitación del bien gravado con hipoteca o prenda, pueden los acreedores hacer postura por cuenta de sus créditos, de conformidad con los arts. 2.423 y 2.448 del C. C., y 1.048 del C. J., que se aplica en el juicio de venta, según el 1.197, puede suceder que ni tales acreedores ni terceros hagan postura en el remate, por parecerles muy alto el avalúo u otra circunstancia. En esta situación, el procedimiento ofrece la particularidad de darle al demandante la opción de que, haga repetir la subasta pública basando la base de las posturas, al tenor del art. 4º de la Ley 176 de 1.936, o que pida "previo avalúo", le adjudique directamente la cosa. Pero es entendido que en ese caso el precio tiene que ser por la totalidad del avalúo, y no con el 70, 60 ó 50%, porque esta base es cuando puede haber concurrencia pública de posturas, pero no cuando lo es singular y exclusivamente al acreedor.

VII. Si los bienes valen \$150.00 o menos, el acreedor puede solicitar, desde un principio, "sin ninguna licitación previa ni segundo avalúo", que se le adjudique la cosa gravada, como lo permiten los artículos 2.425 del C. C. y 1.196 del C. J.

El procedimiento especial de venta en nuestra legislación es diferente del ejercicio de la acción ejecutiva.

Antecedentes de la nueva institución procedimental. - Bajo imperio del Código Judicial que fué reemplazado por el de 1.923, revivido en 1.924 y derogado definitivamente en 1.931, no existía sino un solo procedimiento común para hacer efectivas las obligaciones simplemente personales y las respaldadas con garantía real: el juicio ejecutivo. Es decir, que acreencias garantizadas con prenda o hipoteca, que en derecho cuantativo gozan de preferencia en el fondo para ser pagadas, a la hora de hacerlas valer ante la justicia eran colocadas en su tratamiento procedimental en el mismo plano que las otras, quedando así embarrandadas al trámite y dilaciones del juicio ejecutivo, que entonces era más embrollado por la acreencia afluencia de acreedores, verdaderos o supuestos frecuentemente coludidos con el deudor y a quienes se le permitía la entrada como terceristas sin necesidad de título ejecutivo, y dándole a su acción el trámite de juicio ordinario.

Si a esto se agrega que la prohibición absoluta de embargar un bien embargado ya en otro juicio o no hacía salvedad tratándose de acciones reales, con frecuencia sucedía que cuando un acreedor prendario o hipotecario intentaba su acción, tropezaba con el embargo anterior obtenido por un acreedor personal, viéndose obligado el

primero, a veces con acreencias hipotecarias, por ejemplo, de \$10.000 o más, a prescindir de su propio juicio e ir a remolque del ejecutivo de \$500 de la acción personal, en juicio ordinario de tercería, que fuera de sus instancias y casación, no llegaba jamás a ponerse en estado de que se hiciera el pago, porque esto dependía, además, del adelantamiento del ejecutivo cuyo timón, acelerador y freno estaban en manos no del tercerista sino del acreedor personal, interesado casi siempre, por colusión con el deudor, en que el asunto se demorara.

Si esta situación desastrosa se debía en gran parte la ficción de limitación o restricción del crédito hipotecario, porque las personas edineradas que podían atenderlo cobraban en altos intereses y plazos cortos lo que perdían o calculaban perder en las dilaciones y embudos del procedimiento judicial a que tenían que someterse a la hora de hacer efectivas las obligaciones.

Con gran acierto el Dr. Ismael Urbaláez, autor del proyecto que vino a ser la ley 103 de 1.923, introdujo en ese estatuto un juicio especial que se apoya sustantivamente en los artículos 2.422 y 2.445 del Código Civil, que consagra de manera particular el derecho de pedir la venta o adjudicación de los bienes pignoraados o hipotecados, mediante una acción adjetiva diferente del juicio ejecutivo común, pues para este último bastaban las disposiciones generales que están a la mano de todos los acreedores, sobrando así los preceptos citados si no sirvieran para respaldar un procedimiento propio exclusivamente de los acreedores reales. Pero al ser suspendido ese código en 1.924, se volvió al régimen del antiguo; y aunque la comisión revisora de igual incluyó de nuevo en su proyecto el título sobre venta de los bienes dados en prenda o hipoteca, con algunas mejoras, como la

expedición del código se demoraba y la reforma era urgente porque desde mediados de 1.925 había abierto operaciones de crédito el Banco Agrícola Hipotecario (hoy Banco Central Hipotecario), se elaboró un proyecto de ley que vino a ser la 108 de 1.928 y que era simplemente el capítulo referente al juicio de que se trata, contenido en el código revisado por la comisión.

La única modificación que con respecto al código proyectado se introdujo, fue la de decretar desde el principio del juicio, y no al pronunciarse la sentencia, el embargo del bien hipotecado. En virtud de la ley 108 de 1.928 se conservó el mencionado procedimiento y que vino a integrarse definitivamente en el actual código judicial (ley 105 de 1.931) en el Título XLIII del Libro 2º.

En síntesis el procedimiento especial de venta de la cosa hipotecada se caracteriza:

- 1o. Por el decreto de plano del embargo de la finca. El Juez dicta ese decreto háyalo o no solicitado el acreedor y es medida preventiva, pues se realiza antes de la notificación de la demanda del deudor; en esta forma la finca queda fuera del comercio.
- 2o. Se contempla en forma especial la desposesión del deudor, pues el Juez decreta el secuestro a solicitud del acreedor en cualquier etapa del procedimiento. Cuando el deudor no solicitare el secuestro, entonces el adjudicatario de la finca para hacerse poner en posesión de la finca tiene que ejercer la acción especial de posesión contemplada en el artículo 867 del Código Judicial.

Acciones de que dispone el acreedor hipotecario.— Por lo que se ha visto, el acreedor hipotecario dispone de dos acciones: la real sobre el inmueble hipotecado y la personal sobre los demás bienes del deudor, la cual no le otorga preferencia ninguna. Si el inmueble hipotecado no es del deudor, art. 2.439, o si éste enajenó el que hipotecó (art. 2.440, para perseguirlo sólo puede hacer uso el acreedor de la acción real, en virtud de la cual no puede embargársele ni hipotecársele otro bien que el hipotecado. Pero si éste lo poseen el deudor o sus herederos, puede el acreedor hacer uso al mismo tiempo de las acciones real y personal: de la primera para perseguir la hipoteca y de la segunda para perseguir los bienes del deudor. En este caso la hipoteca da preferencia al acreedor. Respecto de los demás bienes, ninguna tiene.

Esta doctrina resulta del art. 2.449, aclarado por el art. 2º de la ley 95 de 1.890 que dice: "El ejercicio de la acción hipotecaria no perjudica la acción personal del acreedor para hacerse pagar sobre los bienes del deudor que no le han sido hipotecados, y puede ejercitarlas ambas conjuntamente, aún respecto de los herederos del deudor difunto; pero aquella no comunica a ésta el derecho de preferencia que corresponde a la primera".

Puede ocurrir que siendo la hipoteca de un tercero, esa no tercio que no alcance para satisfacer la deuda garantizada con ella. dice el tratadista Vélez que "quizá pueda aceptarse que el acreedor, además de establecer la acción real contra el tercero, pueda dirigirse, aún ejecutivamente, contra el deudor haciendo uso de la acción personal para lograr de este modo que con sus bienes le complete el pago respectivo. Aún pudiera ser aceptable en este caso un secuestro

preventivo, para que no sea migratorio el derecho correspondiente del acreedor". (art. 2º y siguientes, Ley 40 de 1.907)

Sobre este punto podemos concluir:

- a) La acción personal debe ejercerse por el juicio ejecutivo; en ningún caso por el especial de venta.
- b) La acción real debe ejercerse por el especial de venta de la cosa hipotecada; no es posible escoger el trámite del juicio ejecutivo.
- c) Para cuando a la acción real se ejerce la personal sobre otros bienes del mismo deudor hipotecario, nada obsta para tolerar su ejercicio conjunto por la vía ejecutiva; en ningún caso por el especial de venta;
- d) Más aún, queda una dificultad: si cada acción se ejerce contra personas diferentes parece que no es posible ejercerlas conjuntamente como cuando la acción real se dirige contra un tercer poseedor y la personal contra el deudor.

Ejercicio de la acción hipotecaria mediante la subrogación.— El deudor hipotecario afecta una cosa inmueble al pago de una obligación; es el respectivo valor comercial de esa cosa lo que queda afectado al crédito, en el evento de que el acreedor hipotecario tenga que realizar su valor por el ejercicio de la acción hipotecaria. La realización del valor de la cosa inmueble puede efectuarse por un hecho ajeno a la subasta pública provocada por el acreedor hipotecario. En todos los casos en que tal suceda, el acreedor hipotecario puede ejercer la acción hipotecaria sobre el respectivo valor que corresponda al dueño o propietario.

ASI, por ejemplo, si un tercero causa un dafio a la cosa hipotecada y el duefio tiene derecho a una indemnización, el acreedor hipotecario puede ejercer la acción hipotecaria por dicho valor. Así también la acción hipotecaria se ejerce sobre el precio del inmueble en caso de expropiación por causa de utilidad pública.

Hay otras formas de realización de la acción hipotecaria:

- a) La acción hipotecaria puede dirigirse sobre cualesquiera de las cosas sobre las cuales se extiende la hipoteca y los inmuebles por adscripción o destino quedan de plano afectados al gravamen. Luego el acreedor, independientemente de la finca puede ejercer su acción sobre ella (semovientes, maquinaria, etc.).
- b) Mediante la anticresis convencional, un deudor entrega a su acreedor una finca para que el último se pague con los frutos.

La ley 68 de 1.924 creó a favor del Banco Agrícola Hipotecario la opción para ejercer la acción hipotecaria sobre los frutos o sobre la finca. "Cuando los deudores de cuotas periódicas no las hubieren satisfecho en los plazos fijados y requeridos judicialmente, no pagaran en el término de 30 días, el Banco podrá solicitar la (adherencia) tenencia y administración del inmueble hipotecado, o proceder ejecutivamente" (art. 20). "La tenencia del inmueble la decretaría el Juez en Juicio breve y sumario, justificada que sea la deuda y el no pago en el plazo de 30 días después del requerimiento judicial. En virtud de esa tenencia y administración el Banco perseguirá las rentas, entradas o productos del inmueble, y cubiertas que sean las contribuciones, gastos de administración y demás gravámenes de preferencia, aplicará el sobrante al pago de las cuotas periódicas, llevando cuenta del exceso, si lo hubiere, para entregarlos al deudor. En cualquier tiempo que el deudor se allane al pago de las -

cantidades debidas al Banco, lo sea entregado el inmueble" (art. 31).

MEJORA DE LA HIPOTECA.

Dice el art. 2.451: "Si la finca se perdiera o deteriorare, en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda, tendrá derecho el acreedor a que se mejore la hipoteca, o no ser que consienta en que se le dé otra seguridad equivalente; y en defecto de ambas podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente al plazo, o implorar las providencias conservativas que el caso admita, si la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada".

Este derecho, de que carece el acreedor prendario, pues teniendo la prenda en su poder no puede deteriorarse por culpa del deudor, lo reconoce la ley al acreedor hipotecario, a causa sobretodo de que los inmuebles hipotecados pueden deteriorarse por hechos o culpas del deudor, y la ley no podría condeñar al acreedor a mirar impasible su ruina, y por eso puede impedir todo deterioro.

Este artículo, que es especial, pues apenas comprende la caución hipotecaria, se refiere al caso en que la finca hipotecada se pierda o deteriore, aún por caso fortuito desde que el artículo no distingue. En estos casos la ley concede al acreedor dos derechos principales: 1º exigir del deudor que mejore la hipoteca, si no la mejora, y el acreedor consiente en aceptar una seguridad equivalente, como una fianza o prenda, no ser dá por vencido el plazo. La mejora no debe depender de la voluntad del acreedor. (Mejorar la hipoteca es hipotecar en favor del acreedor uno u otros inmuebles además del primitivo). Pues bien! si los ofrece, resolverá el criterio del juez, en vista de los hechos, si es aceptable la mejora propuesta por el deudor; el remplazo

de la hipoteca parece que depende exclusivamente de la voluntad del deudor; 2º Si no se mejora ni reemplaza la hipoteca, el acreedor puede demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente el plazo, o implorar las providencias conservativas que - el caso admita, si la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada (art. 2.375 y 2.416).

DERECHO DE PREFERENCIA Y PRINCIPIO DE PRIORIDAD.

Puede suceder, y se dá el caso, que sobre una misma finca pretendan hacerse efectivos o satisfacerse varios créditos. El crédito hipotecario que existe sobre la finca, frente a los demás créditos, se gobierna por estas reglas: a) derecho de preferencia en relación con los créditos quirografarios y b) principio de prioridad en relación con los demás créditos hipotecarios constituidos sobre la misma finca.

Según la primera regla, toda hipoteca dá al acreedor el derecho de preferencia o privilegio para pagarse sobre el valor producido en la venta por la finca, frente a los acreedores quirografarios, quienes tienen que esperar a que sea satisfecho el crédito o créditos hipotecarios, si existe más de una hipoteca sobre el bien subastado. Si sobre dinero, podrán hacer efectivos sus créditos sobre el remanente.

En cuanto a las relaciones del crédito hipotecario con otros de la misma naturaleza, se aplica el principio de la prioridad. Según este principio cuando sobre una misma finca concurren varios derechos reales, éstos se ocupan rango igual, como sucede con los personales, sino que se gradúan y clasifican por relación de prioridad en

orden al tiempo: prior tempore, potior jure. Los anteriormente establecidos prevalecen sobre los posteriores".

La fecha de la inscripción y no la del contrato hipotecario otorga a una hipoteca el rango. Si en una misma fecha se inscriben varias escrituras de hipoteca, el rango se otorga según el orden de las inscripciones según reglas dadas por el art. 2.499 inc. 2º y 3º.

Realizado el valor del inmueble gravado con varias hipotecas, se hará la distribución cancelando los créditos según su fecha de inscripción. En primer término se cancelará la hipoteca de primer grado, después la del segundo y así sucesivamente.

Si con el valor del inmueble realizado no se alcanza a cancelar el crédito o créditos hipotecarios, el gravamen se extingue definitivamente y el crédito pierde todo privilegio, convirtiéndose en acreencia quirografaria. Si sobrare algún dinero los demás acreedores quirografarios tienen derecho a que se destine para sus acreencias; si no alcanza para que se les satisfaga plenamente, el juez aplicará la ley del prorrato.

Concurso especial de acreedores.— el inciso 2º del art. 2.499 autoriza a los acreedores hipotecarios o a cualquiera de ellos, para pedir que se abra a cada finca gravada un concurso particular para que se les pague inmediatamente, con ella, según el orden de las fechas de sus hipotecas. Cuando lo que se persigue una sola finca no hay necesidad del concurso especial, pero cuando se han subastado varias fincas del deudor, todas las cuales están gravadas con hipoteca, con o sin concurso, especial, pero cual la distribución de los valores se hace de la siguiente manera: los acreedores hipotecarios de cada finca son pagados con preferencia a los quirografarios; los remanentes

se destinan a la cancelación de créditos quirografarios. Un crédito hipotecario puede convertirse en quirografario cuando el valor de la finca que garantiza el crédito no alcanza para cubrirlo por ser de segundo o tercer grado; en este caso al acreedor hipotecario le queda el derecho de entrar con los acreedores quirografarios a pedir la cancelación "en los remanentes de las otras fincas."

DERECHO DE PERSECUCION

Artículo 2.452. La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido.

Sin embargo, esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta ordenada por el Juez.

Mas, para que esta excepción surta efecto a favor del tercero deberá hacerse la subasta con citación personal, en el término de emplazamiento de los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca; los cuales serán cubiertos sobre el precio del remate, en el orden que corresponde.

El Juez, entre tanto, hará consignar el dinero.

Siendo el derecho de hipoteca un derecho real, es claro que pueda hacerse efectivo contra quien posea la finca hipotecada cualquiera que sea el título que le haya transmitido su dominio, esto es, sea oneroso (venta o permuta), o gratuito (herencia o donación), sin que le sea permitido pretender que antes de ejercerse aquel derecho se proceda contra el deudor principal. Este es el fundamento del inciso 1º del Art. 2.452.

La "excepción" a la regla precedente está contenida en el inciso 2º del artículo transcrito que dice que no hay derecho a perseguir el inmueble hipotecado contra la persona que lo haya rematado en pública subasta ordenada por el Juez. Pero, para que dicha persona pueda hacer valer la excepción se requiere que la subasta haya sido precedida de la citación personal de los acreedores a quienes también está hipotecado el inmueble, con el fin de que se les cuira lo que se les debe con el producto del remate, conservando el orden respectivo. Mientras se efectúan estos pagos, el Juez de la causa debe consignar el dinero que produzca, a su orden, para efectuar aquéllos oportunamente.

Procedimiento para la efectividad de la excepción.- La Ley 105 de 1.890 establece el procedimiento para que sea efectiva la excepción a favor del tercero.

- I.- "Cuando en el juicio ejecutivo se embargue una finca raíz, está obligado el ejecutante a presentar, dentro del término que el Juez de la causa le señale, un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que acredite la libertad de la finca, o los gravámenes que tenga.
- II.- "Si del certificado resultare que la finca está gravada, el Juez ordenará de oficio que se cite personalmente a los acreedores que tengan constituida hipoteca en dicha finca, emplazándolos para que dentro de un término que prudencialmente fije, comparezcan a hacer uso de su derecho en juicio de tercería.
- III.- "Si no pudieren ser habidos los acreedores para citarlos personalmente, por no saberse su nombre o por ignorarse su paradero,

el Juez, dispondrá que se les cite y nombre defensor conforme a las disposiciones generales; verificado lo cual, si no comparecieren oportunamente, se adelantará y concluirá la ejecución con audiencia del defensor.

La cantidad que correspondiere a los acreedores de que se habla se depositará en persona de honrada notoria y con las debidas seguridades, o en un abonado establecimiento de crédito.

V.- "Si citados los acreedores hipotecarios de que se habla no comparecieren ni dentro del término que el Juez les haya señalado, ni antes de hacer el pago al ejecutante, ello no impedirá que en la oportunidad debida se pague a éste y a los demás acreedores lo que se les adeude por principal, intereses y costas. Si alguna cantidad sobrare, se tomará a la correspondiente a los mencionados acreedores hipotecarios y se depositará de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo que precede.

De la constitución de este depósito se dará cuenta a los interesados por medio de un aviso que se publicará tres veces en el periódico oficial del respectivo Departamento, y vencidos seis meses, si no se hubiere hecho reclamación alguna por parte de tales acreedores, se entregará el dinero al ejecutado" (Arts. 239 a 243, Ley 105, 1899).

Leemos en la Jurisprudencia nacional algunas de las sentencias que se han dictado con relación al derecho de persecución.

"Para que los acreedores hipotecarios no tengan derecho de perseguir la finca hipotecada contra un tercero que la ha adqui-

rido en pública subasta ordenada por el Juez, es preciso que la subasta se haya hecho con citación personal de ellos en el término del emplazamiento, y esta formalidad no queda surtida si la citación se hace después de la venta o al remate" (Cas. 29 de Junio de 1.898).

"El hecho de que uno de los condueños de una finca hipotecada poseedor regular de una acción de dominio indivisa en esa finca, no haya sido designado por el acreedor ejecutante en su demanda ejecutiva la cual dirigió contra el otro dueño hipotecario, también poseedor de la finca, no es obstáculo jurídico para que tal inmueble sea perseguido, por lo mismo embargado y rematado, en fuerza del art. 2.452 del C. C. Esta acción puede dirigirse contra aquel de los poseedores que posea el todo o parte de la cosa dada en caución" (Sentencia 17 Abril de 1.908, XVI, 264).

"El dueño de una cuota indivisa de una finca hipotecada para garantizar el cumplimiento de una obligación ajena, hipoteca cuya nulidad no ha sido pedida ni declarada, no puede ejercitar la acción de descargo de su cuota, en la ejecución seguida contra el otro condueño en la cual se embargó toda la finca, por el solo hecho de no habersale citado como poseedor regular de una parte del inmueble en la demanda ejecutiva". (Sentencia 17 Abril de 1.918, XXVII, - 134).

"La hipoteca es una seguridad real e indivisible que consiste en la afectación de un bien raíz del deudor al pago de una obligación, sin desposesión actual del constituyente, y que le permite al acreedor embargar y hacer vender ese bien, al vencimiento del término, sea quien fuere el poseedor, para hacerse pagar, con el precio, de preferencia a los otros acreedores. Como se desprende de esa de-

finición, la hipoteca es un derecho real aunque no establezca una relación directa entre su titular y la cosa sobre que recae, pero no un derecho real principal sino un derecho real accesorio. De este carácter de derecho accesorio que tiene la hipoteca se deduce que todo titular de una hipoteca es también un acreedor que tiene por consiguiente dos derechos y dos garantías: el derecho personal o de crédito que conlleva el de perseguir la ejecución de la obligación sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, y el derecho real de hipoteca sobre el inmueble hipotecado en virtud del cual puede hacer vender dicho inmueble para que con el producido se le pague o hacerlo adjudicar en pago hasta concurrencia de su crédito sea quien fuere el que posea la cosa hipotecada. De ese mismo carácter accesorio de la hipoteca se desprende también que al extinguirse la obligación a que accede se extingue inevitablemente el derecho real. Como el acreedor hipotecario, según lo antes dicho, por el hecho de tener un derecho real de hipoteca, no deja de tener los derechos de acreedor común y corriente, es claro que tiene dos acciones distintas: la acción personal y la acción real hipotecaria, que pueden ejercitarse conjuntamente. Cuando se ejercita la acción personal, el demandante tiene que ser el deudor de la obligación. Cuando se ejercita la acción real, el demandante tiene que ser el actual poseedor" (Cas. 15 de Diciembre de 1936, XLIV, 542).

"La sentencia de un juicio de los anteriores vendedores de una finca hipotecada no puede producir la nulidad de los actuales, porque la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido; el dueño de los bienes gravados con hi-

poteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquier estipulación en contrario (Art. 2.440 del C. C.); y el acreedor hipotecario tiene, para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda (art. 2.445 del U.C.)" (Cas. 4.º Abril de 1.940, LIII, 216).

"La hipoteca es un derecho real que afecta al dominio, y puede afectar a la posesión, la plenitud de la posesión de la cosa hipotecada, sea ésta regular o irregular, inscrita o material. De ahí que el artículo 2.542 del código civil sienta el principio de que la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posee y a cualquier título que la haya adquirido. El antiguo código judicial adolecía del vicio de no haber consagrado una tramitación especial para el ejercicio de la acción real hipotecaria adoptando para ella el procedimiento especial del juicio ejecutivo. El hecho notorio de que la ley 103 de 1.928 primero, y el actual código judicial Ley 105 de 1.931, después crearon un trámite especial y sumario para el ejercicio de la acción real y declararan obligatorio acompañar a la demanda certificado sobre la propiedad de la finca hipotecada, está demostrando que si tuvo en mente el legislador nacional variar el sistema anterior y sustituir la fórmula de demandar al deudor o al obligado bajo juramento como único poseedor material, por la de seguir la acción con el propietario de la finca hipotecada, a la fecha de la presentación de la demanda" (Cas. 29 de Mayo de 1.941, LI, 503).

"La acción real que se genera en el contrato hipotecario permite al acreedor embargar y hacer vender el bien gravado, cuando la obligación a que accede es exigible, sea quien fuere el pos

tor y a cualquier título que lo haya exhibido para hacerse pagar. En esto consiste el derecho de persecución que corresponde al acreedor hipotecario que consagra el artículo 2.452 del C. C. y que es consecuencia del derecho real que tiene la hipoteca, que como tal, permite perseguir la cosa en manos de quien se encuentre" (Sent. 13 de Agosto de 1.946, LXXI, 59).

La disposición del artículo 2.453 del C. C., no priva al tercer poseedor de una finca hipotecada del derecho de alegar la prescripción de la acción hipotecaria, por lo mismo que la hipoteca es inherente a la finca, y el poseedor de ella se aprovecha ese medio legal de liberarla del gravamen con que la adquirió. "No hay disposición legal que prohíba a esos poseedores aprovecharse de la prescripción que ha extinguido la acción hipotecaria, con la cual se persiguen las fincas que posean".

Cuando la acción real se dirige contra una finca hipotecada que está en poder de un tercero como propietario de ella, este tercero no tiene derecho para exigir que se persigan primero los bienes del deudor personal, pues no goza del beneficio de excusión otorgado a los fiadores.

En este caso se presentan dos eventos: o el tercero paga la deuda y entonces se subroga en los derechos del acreedor contra el deudor personal, en los mismos términos que el fiador, o el tercero no paga, caso en el cual la finca será subastada y cancelada la inscripción a su favor. En este caso será plenamente indemnizado por el deudor, con inclusión de las mejoras que haya hecho en ella. (inc. 3º art. 2.453).

Cuando se transmite el dominio de una finca hipotecada, a título oneroso, como el de venta, sabiendo el comprador que la finca queda expuesta a satisfacer el gravamen, lo que se hace si no se tiene fe en la solvencia del tradente, es que el adquirente se haga cargo de la deuda, como reservándose del precio de venta, con que satisfacerla. En este caso no quedaría subrogado en los derechos del acreedor si lo paga, ni se le deberían las indemnizaciones mencionadas si la finca se remata para cubrir la deuda y sus accesorios.

En sentencia de Mayo 30 de 1.927 la Corte dice que "si la persona que compra una finca en favor de otra, la hipoteca para garantizar la parte del precio que queda debiendo, es ejecutado por la suma que debe, y la finca es rematada, el rematador no se hace dueño de ella, porque el ejecutado no es dueño de la finca sobre que constituye la hipoteca, una vez que intervino como un estipulante a favor de tercera persona. La formalidad del remate y su aprobación no puede tener la peculiaridad de convertir en dueño a quien no lo es.

Distinción entre terceros poseedores y deudores hipotecarios.— Es importante hacer esta distinción con cuando el trámite y la manera de desposeer tanto al deudor hipotecario como al tercer poseedor sea uno mismo.

10. Si el propietario del inmueble tiene la calidad de DEUDOR HIPOTECARIO, con la subasta de la finca o el pago de la deuda se extingue la acción hipotecaria y no hay lugar a nuevas relaciones.

26. Si el dueño de la finca es TERCER POSSEEDOR, ya porque sólo consintió en caucionar el pago de una deuda ajena con hipoteca, ya porque además, se obligó personalmente como fiador o deudor

solidario, el pago o la subasta extinguen la acción hipotecaria, pero surgen nuevas relaciones con el verdadero deudor.

3o. Si el dueño es el deudor hipotecario y la subasta de la finca no alcanza para cubrir el crédito hipotecario, puede ser perseguido en otros bienes por el resto de la deuda.

4o. Si el dueño es tercer poseedor y el producido de la subasta es inferior al valor del crédito, el saldo no se puede hacer efectivo sobre otros bienes del tercer poseedor, sino del deudor.

5o. Una persona puede constituir hipoteca en garantía de una deuda ajena, y, además, obligarse personalmente como fiador o deudor solidario, como ya se dijo arriba. Pero en principio, quien constituye hipoteca para caucionar la deuda de otro, no se entiende obligado personalmente, salvo que se estipale en forma expresa (art. 2.454, inciso 1º del C.C.).

EXTINCION DE LA HIPOTECA

Como derecho real accesorio la hipoteca se extingue con la obligación que garantiza. Pero además, puede extinguirse independientemente de la extinción del crédito caucionado.

El pago de la deuda 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 en cuanto al crédito, si se cancela una parte, la hipoteca subsiste por el resto; si se cancela el capital sin cancelar los intereses, la hipoteca

subsiste en garantía del pago de dichos intereses.

La novación extingue la hipoteca salvo que el propietario del inmueble acceda a la reserva.

La confusión extingue la hipoteca, es decir, cuando el acreedor hipotecario deviene propietario del inmueble hipotecado, o es sucesor universal del cedor hipotecario, o viceversa, extingue el gravamen hipotecario, en el primer caso con o sin extinción del crédito, y en los dos últimos, por extinción del crédito. Si la confusión cesa por motivos o vicios de la misma adquisición o por no haber podido el enajenante transmitir la propiedad o dominio pleno, la hipoteca revive cesando la confusión.

La evicción hace revivir la hipoteca cuando la causa es anterior al contrato de adquisición. Si la causa de evicción es posterior al contrato o voluntaria de parte del acreedor, no cabe duda que la hipoteca extinguida no revive. (arts. 1.724 y s. ; 2.442, inciso 2º.)

La prescripción del crédito extingue la hipoteca. En nuestra legislación no existen causas de extinción de la hipoteca independientemente del crédito.

El inciso 1º del artículo 2.457 que nos ocupa, es una regla general fundada en que siendo la hipoteca una obligación accesorio, extinguida la principal no puede subsistir, salvo el caso del art. 1.529 del c.c.

El inciso 2º del artículo 2.457 comprende casos en que se extingue la hipoteca sin que se extinga la obligación principal. Son estos: el derecho de propiedad del que constituye la hipoteca, es resoluble o depende del evento de una condición resolutoria. Si esto -

consta en el título respectivo, de acuerdo con el art. 1.598, se extingue la hipoteca quedando subsistente la obligación principal. Fue de decirse que a este caso no se refiere el art. 2.451 porque no puede considerarse como pérdida o deterioro de la hipoteca en la significación que debe dársele a ese artículo, el cual parece trata de pérdida material. El otro caso de extinción especial de la hipoteca, sin la de la deuda es cuando ella se constituye hasta cierto día, como puede ocurrir en una cuenta corriente. El

El inc. 3º del art. 2.457, puede referirse, o a cancelación de la hipoteca, o a la extinción de la obligación principal, o a cancelación sólo de ella, (art. 1713 inc. 2º) dejando subsistente dicha obligación (arts. 1758, 1760, 2.610 etc.).

La Corte en sentencias de casación ha dicho: "se extingue por confusión el derecho real de hipoteca, por el hecho de que la finca hipotecada llegue a ser propiedad del acreedor hipotecario (Cas. 22 de Nov. de 1895, XI, 196).

"La hipoteca se extingue, entre otros medios, por la cancelación que el acreedor acordare por escritura pública, de que se toma razón al margen de la inscripción respectiva. En este caso la escritura se requiere como solemnidad y no puede suplirse por otra prueba. Debe diferenciarse el fenómeno de la cancelación de las demás declaraciones que pueden hacerse en el mismo instrumento en que se cancela un gravamen hipotecario. Para que aquel fenómeno sea válido no hay necesidad de que el acreedor exprese en la última escritura cuál fué la persona que le hizo el pago. Este punto puede establecerse por cualesquiera medio probatorio" (Cas. 26 de Nov. de 1935, XLIII, 390).

C O N C L U S I O N E S :

A manera de resumen de lo expuesto en la presente tesis, se pueden sacar de ella las siguientes conclusiones:

PRIMERA - En cuanto al origen de la hipoteca, se puede decir que - la hipoteca romana fué producto del medio de aquella época, desde - luego que, confundíendose ella con la prenda, necesariamente, todos los bienes, tanto muebles como inmuebles, debían ser entregados al acreedor para la seguridad de su crédito. Fué el pretor Servio quien sancionó la convención por la cual un arrendatario garantizaba el - precio del arriendo con los objetos con que vestía el campo, lo cual se justificó por la necesidad de dejar al arrendatario los objetos - indispensables para la explotación del fundo rural. Esta primera de- cisión se generalizó y la hipoteca se pudo constituir sobre todas - las cosas en garantía de todos los créditos.

SEGUNDA - Es indudable que la hipoteca y la prenda son perfectamen- te distintas, pues, mientras la segunda recae sobre bienes muebles, la primera debe recaer necesariamente sobre bienes inmuebles, sobre el usufructo o sobre naves. Mientras que la prenda se perfecciona - por la entrega de la cosa, la hipoteca requiere necesariamente, la formalidad de la escritura pública y su inscripción en el lugar de ubicación del inmueble, esto es, en la Oficina de Registro del Cir- cuito Judicial al cual pertenezca el municipio de ubicación.

TERCERA - Así como en el contrato de prenda está terminantemente prohibido el pacto comisario, consistente en que el acreedor puede hacerse dueño de la cosa si el deudor no paga la obligación dentro del término estipulado, sino que debe someterse a la formalidad de la pública subasta, para que con el producido del remate el acreedor se pague su crédito, de igual manera, y por especial disposición del legislador, las reglas de la prenda se aplican por igual a la hipoteca.

CUARTA - Discutida ha sido y es la doctrina que sostiene nuestra corte Suprema de Justicia, sobre que adolce de nulidad absoluta la hipoteca de cosa ajena, doctrina que, si bien cuenta con la autoridad de autores franceses, de otra parte, tanto tratadistas nuestros como extranjeros sostienen su validez.

QUINTA - La institución de la hipoteca es algo que favorece notablemente el crédito, por tratarse de algo que viene a garantizar, hasta donde es posible, el pago del crédito del acreedor, a tal punto que la misma ley la rodea de ciertas y determinadas garantías, tales como el derecho de persecución, el de hacer que el bien hipotecado se venda, y el derecho de preferencia, para que, con el producido del remate, se llegue a pagar preferentemente al acreedor hipotecario por sobre cualesquiera otros acreedores voluntarios, que no gozan sino del derecho de prorrateo, pues éstos solo disponen de un derecho de prenda general, según el artículo 2.488 del C. C.

SEXTA - El legislador creyó conveniente establecer un trámite es

pecial para hacer efectivo el crédito hipotecario. De ahí que, en nuestro Código de Procedimiento Civil, existan las disposiciones de los artículos 1.129 y siguientes, destinados exclusivamente este trámite para la realización del pago, separando de esta manera, el trámite para los créditos con acción personal, o sea, el juicio ejecutivo.

SEPTIMA - La hipoteca llega a comprender el bien que se da como garantía de esta especie, así como las demás derivaciones que se mencionan en el Código Civil, en los artículos 2.445 y siguientes.

OCTAVA - Hecho de notoria importancia es el de la publicidad del gravamen hipotecario, con lo cual, cualquiera persona, puede en determinado momento saber si un bien se encuentra o no afectado con una garantía de esta clase, porque debido a las hipotecas ocultas, en muchos casos no se podía saber si un determinado bien soportaba tal o cual gravamen. El ejemplo lo tenemos en lo que nuestro Código señala como créditos privilegiados de cuarta clase, los cuales anteriormente gozaban de hipotecas ocultas. Por ello, don Andrés Bello, en la redacción del Código Civil Chileno, del cual el nuestro es derivación, manifestó al referirse a estas hipotecas ocultas, y dándoles el carácter de créditos privilegiados de cuarta clase, que se había dado a las cosas su verdadero nombre.

NOVENA - Es común entre nosotros, cuando se trata de constituir hipotecas por medio de mandato, dar a éste una autorización por simple documento. Se considera que el mandato es un simple contrato consensual, y por consiguiente, basta que exista tal au

terización para que la hipoteca se constituya. A juicio de la Corte Suprema, siempre que se trate de contratos de compraventa o de hipoteca, el mandatario debe estar revestido de una autorización por escritura pública, porque en efecto, se dice, aunque el contrato de mandato es consensual, en cambio, si se trata de una venta de bienes raíces, o de hipoteca, como en ambos, el consentimiento debe ser manifestado de un modo solemne, dada la solemnidad de ellos, el consentimiento debe ser manifestado también en forma solemne, esto es, por medio de un poder en escritura pública. Esta doctrina es profijada por célebres autores nuestros y extranjeros.

BIBLIOGRAFIA

Arturo Valencia Fea CURSO DE DERECHO CIVIL COLOMBIANO

Fernando Vélez ESTUDIO SOBRE EL DERECHO CIVIL COL.

Alvaro Pérez Vivas COMPROMISO Y PERICIA

Luís Felipe Istarre CREDITO HIPOTECARIO

Jorge Ortega Torres CODIGO CIVIL

Eduardo Rodríguez Pizarro ... CODIGO CIVIL COLOMBIANO

Jorge Ortega Torres CODIGO JUDICIAL

Benón González Guerra EFECTIVIDAD DE LA FRENSA Y LA HIPOTECA
(tesis de grado)

Milcíades Cortés COMPETENCIA DE DERECHO CIVIL

Alameda Carey COMPETENCIAS SOBRE CONTRATOS

Nicolás Gaviello DOCTRINA GENERAL DEL DERECHO CIVIL

C. Valverde y Valverde TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL

..... DIARIO JURIDICO - II - Jul. 28 1953

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

I N D I C E :

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCION	1
CONTRATO DE GARANTIA	1
SEGURIDADES REALES Y SEGURIDADES PERSONALES.	1 - 2
LA PRENDA	3 - 5
HIPOTECA	6
ORIGEN DE LA HIPOTECA	6 - 11
DEFINICION DEL CONTRATO DE HIPOTECA	11 - 13
CARACTERES DE LA HIPOTECA.	13 - 14
CALIFICACION DEL CONTRATO EN QUE SE CONSTITUYE UNA HIPOTECA. . .	14 - 15
CONTRATO HIPOTECARIO	15
SOLEMNIDAD DEL CONTRATO	15 - 17
PUBLICIDAD Y ESPECIALIDAD DE LA HIPOTECA	18
ELEMENTOS ESENCIALES DE LA HIPOTECA	18 - 19
CONSTITUCION DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA	19 - 20
FORMA DE LA INSCRIPCION	20 - 21
CONTENIDO DE LA INSCRIPCION	21 - 23
VALOR DE LA INSCRIPCION	23 - 24
INDIVISIBILIDAD DE LA HIPOTECA	24 - 25
CONTRATOS HIPOTECARIOS CELEBRADOS FUERA DEL TERRITORIO NAL. . . .	25 - 26
MODALIDADES DEL CONTRATO HIPOTECARIO	26 - 28
CAPACIDAD PARA CELEBRAR UN CONTRATO HIPOTECARIO	28 - 32
DEL CONSENTIMIENTO	32 - 35
NULIDADES DEL CONTRATO HIPOTECARIO	35 - 36
OBJETO DE LA HIPOTECA	36

DERECHOS SUSCEPTIBLES DE HIPOTECARSE 36 - 37

HIPOTECA DE COSA AJENA 37 - 41

DESACUERDO ENTRE NUESTROS EXPOSITORES Y LA CORTE SOBRE
HIPOTECA DE BIEN AJENO 41 - 48

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA CHILENA SOBRE HIPOTECA DE CO-
SA AJENA 48 - 50

CONSECUENCIAS 50

OTRAS COSAS QUE PUEDEN HIPOTECARSE 50 - 55

HIPOTECAS APARENTES 55 - 57

HIPOTECA DE BIENES FUTUROS 57 - 59

QUE COMPRENDE LA HIPOTECA 60 - 61

EXTENSION DE LA HIPOTECA SOBRE LOS INMUEBLES POR ADHERENCIA
Y POR DESTINACION 61 - 65

LA HIPOTECA NO SE EXTIENDE SOBRE LOS DEMAS INMUEBLES POR
NATURALEZA QUE FORMAN UN SOLO CUERPO CON EL INMUEBLE ORI-
GINARIAMENTE HIPOTECADO 65 -

FACULTAD DEL DEUDOR HIPOTECARIO PARA ENAJENAR INMUEBLES --
POR DESTINACION O POR ADHERENCIA 65 - 66

EXTENSION DE LA HIPOTECA A LOS FRUTOS CIVILES Y NATURALES . . 66 - 68

EFFECTOS DE LA HIPOTECA 68

DEUDOR O CONSTITUYENTE HIPOTECARIO 68 - 69

ACTOS DE DISPOSICION 69 - 70

ACTOS DE DISPOSICION MATERIAL 70 - 71

ACTOS DE ADMINISTRACION 71 - 72

ACREEDOR HIPOTECARIO 72

	<u>Pág.</u>
ACCION HIPOTECARIA	72 - 74
CONDICIONES QUE REQUIERE LA ACCION HIPOTECARIA	74 - 75
EJERCICIO PROCESAL DE LA ACCION HIPOTECARIA	75 - 77
EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE VENTA EN NUESTRA LEGISLACION ES DIFERENTE DEL EJERCICIO DE LA ACCION EJECUTIVA.- ANTE- CEDENTES DE LA NUEVA INSTITUCION PROCEDIMENTAL	77 - 79
ACCIONES DE QUE DISPONE EL ACREEDOR HIPOTECARIO	80 - 81
EJERCICIO DE LA ACCION HIPOTECARIA MEDIANTE LA SUBROGACION	81 - 83
DERECHO DE PREFERENCIA Y PRINCIPIO DE PRIORIDAD	84 - 85
CONCURSO ESPECIAL DE ACREEDORES	85 - 86
DERECHO DE PERSECUCION	86 - 87
PROCEDIMIENTO PARA LA EFECTIVIDAD DE LA EXCEPCION	87 - 93
DISTINCION ENTRE TERCEROS POSEEDORES Y DEUDORES HIPOTECARIOS	93 - 94
EXTINCION DE LA HIPOTECA	94 - 96
CONCLUSIONES	97 - 100
BIBLIOGRAFIA	101

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA