

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO

"EL CONTRATO DE HIPOTECA"

Tesis para optar el título en Derecho presentada y sustentada
el de de 1980.

Carlos A. Ruano Villota

Por: Carlos A. Ruano Villota

Presidente: Dr. Lucio Rodríguez Cabera

Carta, octubre 1980

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO

Redicataria:

A mis padres,

a mis hermanos,

a mis familiares,

"EL CONTRATO DE HIPOTECA"

a todos mis profesores

y amigos

Carlos A. Ruano Villota

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

Carlos A. Ruano Villota

Pasto, octubre de 1980

Dedicatorias:

A mis padres,
a mis hermanos,
a mis familiares,
a todos mis profesores
y amigos

Carlos A. Ruano Villota

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION

No. 17479 Fj. 1
Valor: \$ 1800 -
Fed. VI - 1 - 81 Don. X
Fac. Aut. A. S. Canje
Librería Autax Comp.

.....	1
.....	4
.....	4
.....	5
.....	6
.....	8
.....	10
.....	14
.....	16
.....	17
.....	18
.....	20
.....	20
.....	21
.....	22
.....	23
.....	24
.....	25
.....	26
.....	27
.....	28
.....	29
.....	30
.....	31
.....	32
.....	33
.....	34
.....	35
.....	36
.....	37
.....	38
.....	39
.....	40
.....	41
.....	42
.....	43
.....	44
.....	45
.....	46
.....	47
.....	48
.....	49
.....	50
.....	51
.....	52
.....	53
.....	54
.....	55
.....	56
.....	57
.....	58
.....	59
.....	60
.....	61
.....	62
.....	63
.....	64
.....	65
.....	66
.....	67
.....	68
.....	69
.....	70
.....	71
.....	72
.....	73
.....	74
.....	75
.....	76
.....	77
.....	78
.....	79
.....	80
.....	81
.....	82
.....	83
.....	84
.....	85
.....	86
.....	87
.....	88
.....	89
.....	90
.....	91
.....	92
.....	93
.....	94
.....	95
.....	96
.....	97
.....	98
.....	99
.....	100

"La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en esta tesis, las cuales deben considerarse como propias de su autor". (Acuerdo No. 108 de 1965, Art. 7o. Reglamento Interno de la Facultad).

INDICE GENERAL

	Pag.
	38
	Pag.
I.	1
II.	4
	4
	5
	6
	8
	13
	14
	16
	17
	18
III.	18
	18
	18
	19
	19
	20
	20
	22
	22
	23
	24
	24
VI.	26

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
 FACULTAD DE CIENCIAS
 DEPARTAMENTO DE ECONOMIA

T
AN
D346.6
R894.
Ej. 1a

	Pag.
6.1.1 Disposición de administración del in-	
3.4.2.1 El error como vicio del consentimiento	26
3.4.2.1.1 Error de hecho	27
3.4.2.1.2 Error de derecho	28
3.4.2.2 La fuerza como vicio del consentimien-	
to	30
3.4.2.2.1 Elemento material	31
3.4.2.3 El dolo como vicio del consentimiento	34
DERECHOS SUSCEPTIBLES DE HIPOTECARSE	38
IV. 4.1 El constituyente debe ser titular del dere-	
cho que grava con hipoteca	38
4.2 Extinción de la propiedad en el constitu-	
yente de la hipoteca	40
VII. 4.2.1 Cumplimiento de una condición resolutivo-	
ria	40
4.2.2 Declaración de simulación	41
4.2.3 Extinción del título del heredero o lega-	
tario putativos	41
4.2.4 Declaración de nulidad	42
4.2.5 Hipotecas aparentes	42
VIII. EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA	43
V. BIENES HIPOTECABLES	43
5.1 Hipoteca de inmueble	43
XI. 5.1.1 Hipoteca sobre inmueble en común	43
5.2 Hipoteca sobre derecho de usufructo en in-	
muebles	45
5.3 Hipoteca sobre el arriendo e indemnización	48
5.4 Hipoteca de propiedad fiduciaria	49
5.5 Hipoteca de bienes futuros	50
EFFECTOS DE LA HIPOTECA	53
VI. 6.1 En relación con el deudor	53

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN
PROCESOS TÉCNICOS

INTRODUCCION

Pag.

6.1.1 Disposición de administración del inmueble por el deudor	53
6.1.1.1 Disposición jurídica	53
6.1.1.2 Disposición material	54
6.1.1.3 Actos de administración	55
6.2 En relación con el acreedor	56
6.2.1 Noción de acción hipotecaria	56
6.2.1.1 Realización del valor del inmueble ...	56
6.2.1.2 Realización del valor del inmueble frente a cualquier poseedor del inmueble hipotecado	59
6.2.1.3 Situación del acreedor hipotecario frente a otros acreedores	60
VII. MODIFICACIONES QUE PUEDE SUFRIR LA HIPOTECA ..	63
7.1 Cambio de deudor	63
7.2 Cambio de acreedor	64
7.3 Modificaciones del crédito	65
7.4 Cambio del inmueble hipotecado	66
7.5 Cambio del derecho hipotecado	66
VIII. EXTINCION DE LA HIPOTECA	68
IX. LA HIPOTECA CON VALOR CONSTANTE	73
X. CONCLUSIONES	77

BIBLIOGRAFIA

Desde esa entonces las características esenciales de la hipoteca fueron estructuralmente bien definidas, considerándose como un derecho real, de garantía, accesorio e indivisible, con el cual se buscaba la cancelación de un crédito preferentemente a los demás acreedores.

INTRODUCCION

Pensando siempre en el aporte científico que requiere la elaboración de un trabajo investigativo como lo es la tesis de grado, Conocedor de la gran importancia que en la actualidad representa el contrato de hipoteca, como máxima garantía en el mundo de los negocios civiles y comerciales, decidí elaborar mi tesis de grado, tomando como tema el contrato de hipoteca, tendiente a optar el título que me acredite como profesional del derecho; asimismo, quise complementar y ampliar los conocimientos sobre esta institución jurídica, conocimientos adquiridos tanto durante la enseñanza universitaria como con posterioridad a ella en el ejercicio particular de la profesión de abogado.

La Hipoteca es una entidad jurídica de las más antiguas la que fue creada y casi perfeccionada por los romanos conservándose en la actualidad con ciertas modificaciones en varias legislaciones civiles, entre ellas la nuestra. Con ella se buscaba asegurar el cumplimiento de obligaciones adquiridas por una persona, dando en garantía un bien inmueble de su propiedad a fin de que en caso de incumplimiento, previa la acción real hipotecaria, se lleve el inmueble a la venta judicial y obtener con los dineros recaudados la cancelación del crédito perteneciente al acreedor hipotecario.

Desde ese entonces las características esenciales de la hipoteca fueron estructuralmente bien definidas, considerándose como un derecho real, de garantía, accesorio e indivisible, con el cual se buscaba la cancelación de un crédito preferentemente a los demás acreedores.

Pensando siempre en el aporte científico que requiere la elaboración de un trabajo investigativo idóneo como lo es la tesis de grado, elaboré sistemáticamente un plan de tesis, tomando como base el material bibliográfico existente sobre la materia, y para su desarrollo hice una integración de las investigaciones realizadas por los tratadistas colombianos con los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia, como máximo tribunal de justicia en nuestro país.

Espero que los conceptos personales emitidos por el análisis e interpretación jurídica de algunas normas que regulan el contrato de hipoteca, así como también el contenido general de la tesis en unión de las conclusiones obtenidas constituyan un aporte para las futuras investigaciones que se emprendan.

EL CONTRATO DE HIPOTECA

I. SINTESIS HISTORICA

En un principio el acreedor corría un grave peligro en sus intereses, respecto a los créditos concedidos a sus deudores debido a que éstos respondían a sus obligaciones con su patrimonio, pero, que en el momento en que se declaran insolventes, los acreedores corrían un peligro de perder todo o parte de lo que habían prestado.

Para evitar tal inconveniente, que en cierto modo envolvía un problema social, los diversos gobiernos, a través de los tiempos, fueron tomando medidas de protección, mas o menos eficaces, y es así como se crea la garantía real, o sea la hipoteca, que no es otra cosa que la afectación de un bien al pago de una deuda.

La historia del derecho romano nos habla de las distintas formas de proporcionar al acreedor la seguridad del pago de su crédito. La primera fue la fiducia, que transmitía al acreedor la propiedad de la cosa, convirtiéndose definitivamente en dueño de ella cuando el deudor no cumplía su obligación oportunamente. Situación injusta, porque en la mayoría de los casos el bien dado en prenda tenía un valor superior al del crédito y el derecho adquirido por el acreedor era propicio al abuso, ya que lo autorizaba para enajenar la cosa aún antes de vencer el plazo otorgado al deudor para pagar su deuda, sin que éste tuviera derecho de acción contra el adquirente para recuperarla, pues sólo podía demandar por parte

del acreedor alguna indemnización, en ejercicio de la acción de fiducia. La prenda fue la primera institución de garantía conocida, cuyo objeto estaba constituido por una cosa mueble, que debía ser entregada al acreedor en propiedad; luego simplemente la posesión y posteriormente, otorgándole el jus in re, creado por la acción serviana, que consistió en la facultad del acreedor para vender la cosa y con el producto de la venta pagarse su crédito. La práctica y experiencia en el desarrollo y aplicación de esta garantía, llevaron a los legisladores a extender a los bienes inmuebles la capacidad jurídica para ser objeto de ella. La vinculación de inmuebles como seguridad real del cumplimiento de las obligaciones del deudor se hizo dentro de la institución de la prenda, de manera que el objeto de ésta podía ser indistintamente una cosa mueble o inmueble.

Estos tropiezos influyeron en la búsqueda de otra institución distinta de la prenda, vinculada exclusivamente a los inmuebles. Así se llegó a la noción de hipoteca, palabra griega que indica poner una cosa como seguridad de una obligación sin necesidad de traspasar su propiedad al acreedor, quien adquiriría tan solo el derecho de venderla para pagarse su crédito.

Todos los autores están acordes en considerar que la palabra hipoteca es de origen griego y que etimológicamente significa po-

II. NOCIÓN Y CARACTERÍSTICAS

2.1 Definición.- Nuestro Código Civil en el inciso 1ro. del Art. 665 da una definición del derecho real, para en su inciso 2do. enumerarlos, colocando al final el derecho real de hipoteca, institución jurídica de garantía, tal vez la más importante, para la seguridad en la efectividad de los créditos, ya que con un bien inmueble se garantiza de parte del deudor el cumplimiento de una obligación u obligaciones que adquirió con el acreedor; el inmueble debe ser determinado y sometido al régimen del registro de la propiedad inmueble. El gravamen hipotecario que se constituye en un inmueble lo afecta hasta su cancelación en la oficina del registro, pero, el deudor no pierde la posesión por ello, quedando facultado para usarlo y explotarlo económicamente; de igual manera al acreedor, en caso de que le incumpla el deudor le queda la facultad de perseguir el bien hipotecado para venderlo en pública subasta y obtener el pago del crédito preferentemente al resto de acreedores.

En el Título XXXVII del Libro 4to. de nuestro Código Civil se regula la hipoteca en los Arts. 2432 a 2457. El Art. 2432 empieza dando una definición antijurídica, pues al establecer que: "La hipoteca es un derecho de prenda...", toma a la hipoteca y a la prenda como si fueran una misma entidad jurídica y realmente son diferentes, ya que la primera recae sobre inmuebles y la otra so-

bre muebles, las dos son garantías en caso de incumplimiento de obligaciones, pero por ello no deben tomarse como una misma cosa. La definición de hipoteca que trae nuestro Código Civil, es además incompleta, por contener solo dos de las características que dicho fenómeno jurídico implica, cuales son: el de recaer sobre inmuebles y el de permanecer éstos en poder del deudor, dejando de esta manera las características más importantes como son la de ser garantía del cumplimiento de una obligación y aquella por la cual el acreedor está facultado para el ejercicio de la respectiva acción ante la justicia ordinaria, tendiente a realizar la venta del inmueble para pagarse de preferencia a los demás acreedores.

Haciendo una integración de las anteriores características podrá definirse más exactamente la hipoteca como un derecho real, accesorio e indivisible, que recae en un inmueble individualizado o singularizado, el cual continua en poder del constituyente, teniendo como fuente un contrato solemne y público, el que se celebra para garantizar el cumplimiento de una obligación, quedando ampliamente facultado el acreedor para realizar o hacer vender el inmueble y pagarse con esos dineros su crédito preferentemente a los demás acreedores.

2.2 La Hipoteca como Derecho Real..- El Art. 665 del Código Civil Colombiano reza: "Derecho Real"

cho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales. De esta norma se deduce que la hipoteca es un derecho real ya que recae sobre una cosa (bien inmueble) sin respecto a determinada persona, esto es, constituye un derecho erga Omnes, en el cual todos los hombres en un momento dado pueden constituirse en sujeto pasivo del mismo.

2.2.1 Es la Hipoteca un Derecho Real Principal o Accesorio.-

La hipoteca es un derecho real accesorio. Esta característica se deduce de su naturaleza jurídica, que señala el objeto o finalidad de constitución para asegurar el pago de una obligación propia o ajena. La doctrina la sitúa entre los contratos de garantía. La teoría general de los contratos nos indica que, por regla general, estos son principales y excepcionalmente cuando se configuran como garantía de una prestación, son accesorios y toman el nombre de caución, que significa contraer una obligación para asegurar el cumplimiento de otra, propia o de terceros; por ejemplo, la hipoteca, la prenda, la fianza, la anticresis, etc. El concepto legal de esta definición lo establece el Art. 1499 de nuestra codificación civil que dice: "El contrato es principal cuando sub

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
LIBRERIA

siste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella."

La existencia de la hipoteca está sujeta a la existencia de un crédito, no pudiéndose constituir en forma autónoma. La hipoteca adquiere vida jurídica cuando nace el crédito u obligación que garantiza y se extingue con el cumplimiento de la obligación, es decir, la cancelación del crédito. Generalmente el derecho real de hipoteca y la obligación cuyo cumplimiento se asegura nacen al mismo tiempo, sin embargo puede celebrarse el contrato de hipoteca antes que el contrato en donde está estipulada la obligación que se garantiza o a que accede, según lo dispuesto por el Art. 2438 en su inciso 3ro. de nuestro Código Civil.

Pueden también asegurarse con hipoteca obligaciones que no han nacido pero se espera que nazcan, son obligaciones futuras, en este caso la hipoteca está supeditada al nacimiento de dichas obligaciones, solo quedará en firme, con retroactividad a su constitución, cuando éstas se generen, de lo contrario se entenderá que no existió, al tenor del Art. 2438 inciso 2do. del Código Civil Colombiano.

La hipoteca es un derecho real accesorio, por cuanto, la invalidez en su constitución no acarrea la invalidez del crédito; en cambio, si se invalida el crédito, por el cual se constituyó como

garantía de su cumplimiento, se extingue la hipoteca.

2.3 Es Causa de Preferencia.— Esta característica se desprende del mandato contenido en el Art.

2493 que a la letra dice: "Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca."

Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos, para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieren por cesión, subrogación o de otra manera".

La hipoteca le otorga al acreedor hipotecario el derecho de ser preferido a cualquier acreedor quirografario o personal y a cualquier otro acreedor hipotecario cuya hipoteca se haya inscrito con posterioridad.

En un principio, todos los acreedores tienen derecho a perseguir la totalidad de los bienes de su deudor y hacerlos rematar para que, con su producto de venta, se paguen sus créditos, ya que tales bienes constituyen prenda común de los acreedores.

Las únicas causas de preferencia son el privilegio y la hipoteca, de donde surge una primera división de los créditos en privilegiados, hipotecarios y aquellos comunes que gozan de preferencia.

El Art. 2494 de nuestro Código Civil dice: "Gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase". Con rela

ción al privilegio de que nos habla este artículo, nuestra Corte ha dicho en Sentencia de 22 de agosto de 1939, XLVIII, 571 lo si-

guiente: "Cuando concurren un crédito hipotecario y uno de la cuarta clase, el crédito a favor de la nación, que es de cuarta clase, no goza de preferencia sobre el hipotecario que es de tercera. Así lo ha decidido la Corte en varias sentencias".

El Art. 2497 *Ibidem* dice: "La segunda clase de créditos comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran: 1o.) El poseedor sobre los efectos del deudor, introducidos por éste en la posesión, mientras permanezca en ella, y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y danos; 2o.) El acarreador o empresario de transportes sobre los efectos que se causen en el interés general de los acreedores;

la.) Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores;

2a.) Las expensas funerales necesarias del deudor difunto.

3a.) Los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor.

Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia;

4a.) Subrogada. Ley 165 de 1941, art. 1o.- Los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes de contrato de trabajo. La Ley 75 de 1968, Art. 33, agrega los alimentos señalados judicialmente a favor de los menores.

5a.) Los artículos necesarios de subsistencia, suministrados al deudor y a su familia durante los últimos tres meses. El juez, a petición de los acreedores, tendrá la facultad de tasar este cargo si le pareciere exagerado;

inscripción.

6a.) Los créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados".

El Art. 2497 ibidem dice: "A la segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran:

1o.) El posadero sobre los efectos del deudor, introducidos por éste en la posada, mientras permanezcan en ella, y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños;

2o.) El acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños; con tal que dichos efectos sean de la propiedad del deudor.

Se presume que son de la propiedad del deudor, los efectos introducidos por él en la posada, o acarreados de su cuenta;

3o.) El acreedor prendario sobre la prenda".

El Art. 2499 ibidem, dice: "La tercera clase de créditos comprende los hipotecarios.

A cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse, a petición de los respectivos acreedores, o de cualquiera de ellos, un concurso particular para que se les pague inmediatamente con ella, según el orden de las fechas de sus hipotecas.

Las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca, preferirán unas a otras en el orden de su inscripción.

En este concurso se pagarán primeramente las costas judiciales causadas en él".

A su vez el Art. 2502 ibidem, dice: "La cuarta clase de créditos comprende:

1o.) Los del fisco contra los recaudadores, administradores y rematadores de rentas y bienes fiscales;

2o.) Los de los establecimientos de caridad o de educación, costeados con fondos públicos, y los del común de los corregimientos contra los recaudadores, administradores y rematadores de sus bienes y rentas;

3o.) Los de las mujeres casadas por los bienes de su propiedad que administra el marido, sobre los bienes de este;

4o.) Los de los hijos de familia por los bienes de su propiedad que administra el padre sobre los bienes de este;

5o.) Los de las personas que están bajo tutela y curaduría, contra sus respectivos tutores o curadores;

6o.) Los de todo pupilo, contra el que se casa con la madre o abuela, tutora o curadora en el caso del artículo 599".

Finalmente el Art. 2509 de nuestro Código Civil dice: "La quinta y última clase comprende los bienes que no gozan de preferencia...".

La ley divide los créditos en las cinco clases anotadas y les da el carácter de privilegiados a los dos de la primera, segunda

y cuarta clase. Los créditos hipotecarios los califica en la tercera.

El Art. 2500 de nuestro Código Civil dice: "Los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas, sino en el caso de no poderse cubrir en su totalidad con los otros bienes del deudor.

El Déficit se dividirá entonces entre las fincas hipotecadas a proporción de los valores de éstas, y lo que a cada una quepa se cubrirá con ella, en el orden y forma que se expresan en el artículo 2495".

Aunque los créditos pertenecen, según la ley, a la tercera clase en la división anunciada, no entran en conflicto con los créditos de segunda clase; el privilegio de éstos incide únicamente sobre los bienes muebles señalados en el artículo 2497 del Código Civil que no tiene relación alguna con la acción hipotecaria.

El Art. 3o. del Decreto 1132 de 1953 le da un privilegio al Banco Central Hipotecario ante las demás instituciones crediticias y personas naturales, consistentes en que el Banco puede exigir el pago de la obligación aun sin vencerse el plazo, por el solo hecho que el hipotecante venda, arriende o hipoteque en segundo grado el inmueble que a él se le dió para garantizar la obligación en donde constituye un contrato de primer grado o sea la hipoteca.

Este privilegio que otorga la ley al Banco Central Hipotecario ante sus deudores en caso de surgir otra obligación con una persona jurídica diferente a él o persona natural, y, que la diferencia de los demás me parece que debe ser aplicada por analogía no solo por esa entidad crediticia sino también por las demás personas, pues toda persona que contrae estas clases de obligaciones está arriesgando su capital que da a cambio del inmueble que garantiza dicha obligación, máximo si se tiene en cuenta que las instituciones crediticias ya no hablan en los actos jurídicos de hipoteca de pesos, sino de unidades de valor constante como los UPAC.

2.4 Indivisibilidad de la Hipoteca.- Esta característica del contrato de hipoteca se

hallaba consagrada en el Art. 2433 de nuestro Código Civil que dice: "La Hipoteca es indivisible." En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella".

El contrato de hipoteca genera obligaciones cuya característica principal es la de ser indivisibles y solidarias, en vista de que en caso de incumplimiento puede hacerse efectivo a todos o a cualquiera de los deudores que aparezcan en el contrato y tiene una preferencia para efectos de pagarse el crédito el acreedor.

Por lo tanto, cada uno de ellos responde en forma individual o colectiva por la totalidad del crédito.

La hipoteca no puede ser objeto de división, en cambio la obligación o el crédito que garantiza si admite división entre los deudores hipotecarios, y es así como si el crédito que se protege con hipoteca se divide entre varios deudores y uno o mas de ellos no cancelan su cuota, entonces el acreedor hipotecario está facultado para solicitar la realización del valor total del inmueble hipotecado con el fin de obtener el pago total de su crédito; así mismo si se divide el inmueble hipotecado entre los deudores y alguno paga su cuota que le corresponde en el crédito entonces el acreedor puede válidamente solicitar la realización del valor de la totalidad del inmueble por la parte del crédito no satisfecha todavía.

2.4.1 Excepción al Derecho Indivisible de la Hipoteca.- La indivisi

bilidad del derecho real de hipoteca tiene una excepción y es precisamente la establecida en la división de los edificios sometidos al régimen de la propiedad horizontal regulada por la Ley 182 de 1948. Un edificio puede construirse de varios pisos y un piso puede contener varios departamentos independientes entre sí, razón por la cual puede ser uno o varios los propietarios de un piso o departamento que forman el edificio. En estos casos cada propietario de un piso o departamento tiene independencia con respecto a

los otros propietarios de los otros pisos, existe comunidad sobre los bienes comunes del edificio, es decir, sobre aquellos que se sirven a todos los dueños para el normal uso de su piso o departamento. Al respecto el Art. 2o. de esta Ley dice: "Cada propietario será dueño exclusivo de cada piso o departamento, y comunero en los bienes afectado al uso común".

Si cada propietario es dueño de su piso o departamento, enton-
ce tiene a su favor los atributos que concede el derecho de pro-
piedad como son el de usar, gozar y disponer de la cosa. Como ac-
tos de disposición podrá hipotecar y enajenar el piso o departa-
mento del cual es propietario. Por ello el Art. 8o. ibidem dice:
"Cada propietario puede enajenar su piso o departamento, hipotecar-
le, darle en anticresis o arrendarle sin necesidad del consenti-
miento de los propietarios de los demás pisos o departamentos. Di-
vidido el inmueble, en los casos previstos en el artículo 14 de
esta ley, subsistirá la hipoteca o el gravamen".

La excepción a la indivisibilidad de la hipoteca está claramen-
te consagrada en los Arts. 22 y 23 de la Ley 182 de 1948 a saber:
Art. 22 "Los Bancos Hipotecarios y los Bancos Comerciales con sec-
ción hipotecaria quedan autorizados para dividir las hipotecas
constituidas a su favor sobre edificios sometidos al régimen de
la presente ley, entre los diferentes pisos o departamentos que
integran tales edificios, a prorrata del valor de cada uno de a-
quellos" y el art. 23 ibidem dice: "Una vez efectuada la división
de obligación personal o girografía. El plan para el registro de

La hipoteca es de noventa días contados a partir de la fecha de celebración en la notaría, si tener de lo dispuesto en el Art. 32 del Decreto 1230 de 1970. o departamento serán responsables, exclusivamente, de las obligaciones inherentes a los respectivos gravámenes".

es personal o quirografaria, siendo en estas circunstancias el contrato hipotecario un título valer que encaja en la definición

2.5 Modalidades de la Hipoteca.- Las modalidades de la hipoteca que se encuentran contempladas en el Art. 2438 del Código Civil Colombiano; desde luego el acreedor hipotecario está facultado para perseguir los bienes tan metido a un plazo y condición, se entiende que la condición es suspensiva, su validez está sujeta a que se produzca la condición o que llegue el día estipulado en el contrato hipotecario, de lo contrario si no se produce la condición ni llega el día, la hipoteca no tendrá validez alguna y por lo tanto, el acreedor hipotecario no podrá ejercer la acción real hipotecaria o si lo hiciere no le prosperará.

La disposición anteriormente citada dice en su inciso 2o. que una vez cumplida la condición o llegado el día la fecha de la hipoteca será la de su inscripción, se entiende que es en la Oficina de Registro respectiva, lo que según mi criterio es jurídicamente lógico, por ser la hipoteca un contrato solemne que versa sobre bienes inmuebles.

La inscripción del contrato hipotecario en la Oficina del Registro es fundamental ya que de lo contrario se convierte en una obligación personal o quirografaria. El plazo para el registro de

la hipoteca es de noventa días contados a partir de la fecha de celebración en la notaría, al tenor de lo dispuesto en el Art. 32 del Decreto 1250 de 1970.

Sin el registro legal la obligación hipotecaria se convierte en personal o quirografaria, siendo en estas circunstancias el contrato hipotecario un título valor que encaja en la definición que trae nuestro Código de Comercio en su Art. 619, siendo así el acreedor hipotecario está facultado para perseguir los bienes tanto muebles como inmuebles que son de propiedad del deudor hipotecario. El contrato hipotecario cuando se convierte en un documento que contiene un crédito personal debe regirse por las normas de nuestro Código de Comercio, además es un título ejecutivo comprendido en los relacionados por el Art. 488 de nuestro Código de Procedimiento Civil, por lo tanto presta mérito ejecutivo.

2.6 Fuentes de la Hipoteca. - La única fuente de la hipoteca

es el contrato celebrado entre acreedor y deudor hipotecarios, pues el Código Civil nuestro no regula hipotecas que tengan su origen en la ley o en sentencias judiciales.

inscripta que deberá hacerse en la matrícula que se lleva del inmueble, este requisito es sustancial para la validez jurídica de la hipoteca.

2.7 Contenido del Contrato Hipotecario. - El contrato hipotecario debe contener

los siguientes elementos sustanciales que son:

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TÉCNICOS

gana de los demás contratos, a saber: Identificación del deudor y
III. CONSTITUCION DE LA HIPOTECA
corroborar con sus respectivos nombres; emancipación y determinación

3.1. Formalidades para la Constitución de la Hipoteca.- Los Arts.
de la hipoteca; la indicación de la fecha del contrato y fines.
2434 y 2435 de nuestro Código Civil establecen las formalidades
para la constitución del acto jurídico de hipoteca, exigiendo

ciertas solemnidades o requisitos necesarios para su validez y e-
ficacia, como son la escritura pública y la inscripción en la Ofi-
cina de Registro de Instrumentos Públicos.
Según lo dispuesto por el inciso 2o. del Art. 2434, en una so-

la escritura pública podrá celebrarse tanto la hipoteca como tam-
bién el contrato en donde consta la obligación que se garantiza
con la hipoteca, reduciéndose además, que podrá celebrarse en es-
crituras separadas o independientes y también que el contrato a
que accede conste en documento privado y la hipoteca que lo garan-
tizó en escritura pública.
La inscripción deberá realizarse dentro de los noventa días si

guintes a la celebración del contrato hipotecario en la notaría
respectiva, inscripción que deberá hacerse en la matrícula que se
lleva del inmueble, este requisito es sustancial para la validez
jurídica de la hipoteca.

3.2. Contenido del Contrato Hipotecario.- El contrato hipote-
cario debe contener

3.2.1. Clases de Capacidad.- Hay tres clases de capacidad a
ciertos elementos sustanciales que lo individualizan y distin-

guen de los demás contratos, a saber: Identificación del deudor y acreedor con sus respectivos nombres; enunciación y determinación del crédito que se garantiza; especificación del inmueble objeto de la hipoteca; la indicación de la fecha del contrato y finalmente deberá anotarse el nombre del tercero si grava con hipoteca un bien inmueble de su propiedad.

3.3 Capacidad.- La capacidad no es una creación del derecho moderno es el resultado del triunfo de las ideas individualistas de la Revolución Francesa. Antes el esclavo no tenía capacidad, existían otros con *capitis diminutio*, existían pues limitaciones en cuanto a las personas.

Ya en la Revolución Francesa se proclamaron los principios de igualdad de las personas ante la ley. La capacidad jurídica consiste en poderse obligar una persona por sí misma sin ministerio de otra. Otros dicen que capacidad es la facultad que tienen las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones, para otros la capacidad es la aptitud que tienen las personas para ejercer derechos y contraer obligaciones.

Quienes afirman que la capacidad es una aptitud que tienen las personas para ejercer derechos y contraer obligaciones están dando un concepto más aceptable y una definición que se ajusta más a la realidad.

3.3.1 Clases de Capacidad.- Hay tres clases de capacidad a

saber: la, sus efectos son erga omnes.

a) La capacidad de goce o de ejercicio, que implica ejercitar sus derechos, contraer obligaciones y realizar actos que tengan incidencia en el derecho.

b) La capacidad de adquisición, es la aptitud que tienen las personas para acrecentar su patrimonio. Esta capacidad determina que una persona pueda adquirir bienes.

c) La capacidad política, es una creación del derecho público; es la aptitud de las personas para ejercer los derechos políticos.

No puede establecerse identidad entre las tres capacidades; una persona puede tener capacidad de goce y no tener capacidad política. La capacidad de goce conlleva una presunción legal; todas las personas se presumen legalmente capaces mientras no se demuestre lo contrario, la carga de la prueba la tiene la persona que discuta la capacidad del titular de ella.

3.3.2 Incapacidades. - Son aquellos impedimentos que tienen las personas para ejercer derechos y contraer obligaciones. Las incapacidades se refieren única y exclusivamente a la capacidad de goce o ejercicio y no a la de adquisición y se dividen en: Absoluta, relativa e incapacidad particular; para los doctrinantes se llaman inhabilidades.

3.3.2.1 Incapacidad absoluta. - La incapacidad absoluta genera la nulidad absoluta de los actos jurídicos concluidos o celebrados por quienes están afectados

de ella, sus efectos son erga omnes.

3.3.2.2 Incapacidad absoluta. - Se presentan las incapacidades absolutas los impúberes, los dementes, los sordos mudos que no pueden darse a entender por escrito. En el Código de Comercio nuestro encontramos otra incapacidad absoluta para el quebrado, que está impedido para ejercer los derechos que tiene sobre sus bienes.

Son impúberes los varones que no han cumplido los 14 años y las mujeres que no han cumplido los 12 años. Los actos jurídicos de éstos generan una nulidad absoluta y no producen ni obligaciones naturales.

Los dementes, son las personas con deficiencias en sus facultades mentales y que no poseen el discernimiento para medir las consecuencias que un acto jurídico puede traer.

Para que pueda alegarse esta incapacidad absoluta en el acto jurídico concluido, debe haber interdicción judicial, es una presunción legal, sus actos se presumen válidos antes de ser puestos interdictos, les corresponde, a quienes alegan la nulidad, demostrar que ella no está en plenas facultades mentales.

El fundamento de las incapacidades es de orden público, busca proteger a las personas que por causas naturales y otras, no están en condición de prever las consecuencias que un acto jurídico les puede acarrear; en fin, se busca la preservación patrimonial de los incapaces.

3.3.2.2 Incapacidad Relativa.- Se presentan las incapacidades entre los cónyuges, prohibiciones relativas, cuando los actos concluidos por los incapaces relativos, pueden tener validez en circunstancias determinadas por la ley; ellos pueden ser: las personas jurídicas, y los interdictos por disipación. Con relación a las personas jurídicas, no puede predicarse que exista la incapacidad y se ha dicho que son capaces, siempre y cuando actúen por medio de sus órganos de representación.

Estas incapacidades radican en personas que no tienen un concepto claro de fortuna, del manejo de sus bienes, esta es para mí la razón de ser de la nulidad relativa. Los menores adultos no habilitados de edad o sea el varón mayor de doce años y menor de veintiuno y la mujer mayor de doce y menor de veintiuno, pueden realizar actos jurídicos sobre bienes muebles, pero no sobre inmuebles. La mayoría de edad actual según el Acto Legislativo No. 1 de 1975 es de dieciocho años, modificó el Art. 14 de la Constitución Nacional, de esta manera las edades para el menor adulto fluctuarían entre doce y dieciocho para el varón y doce y dieciocho para la mujer.

3.3.2.3 Incapacidades Particulares o Inhabilidades.- Esta clase de incapacidad consiste en la prohibición que legalmente se ha hecho de determinadas personas para la ejecución de ciertos actos. Algunos tratadistas las denominan inhabilidades.

Las inhabilidades que se presentan son: Las que se establecen entre los cónyuges, prohibición de celebrar actos jurídicos entre ellos, la que tienen los magistrados, jueces y funcionarios públicos, las que tienen los tutores y curadores.

De las inhabilidades que se establecen entre los cónyuges nos habla la Ley 28 de 1932, entre las cuales está la prohibición de celebrar compraventas entre ellos. A los magistrados, jueces y funcionarios públicos, la prohibición de adquirir bienes que se ofrecen en venta así sea en pública subasta; y a los tutores y curadores de adquirir bienes que ellos administran.

El Decreto 150 de 1976, en los Arts. 7o. y 8o., de los contratos administrativos, nos trae varias causales de inhabilidades, es así como el numeral 1ro. del Art. 8o. dice: "El cónyuge y los parientes de los empleados públicos, de los trabajadores oficiales y de los miembros de las juntas o consejos directivos de los organismos descentralizados, a la entidad en la cual aquéllos y éstos prestan sus servicios y con las del sector administrativo al que la misma pertenece". Son inhabilidades para contratar.

3.4 El Consentimiento.- El Art. 1502 de nuestra codificación civil enumera los requisitos necesarios para la validez de los contratos, incluyendo el consentimiento como uno de ellos, siempre y cuando no adolezca de vicio alguno.

3.4.1 Concepto.- Existen ciertas tendencias que tratan de identificar el consentimiento con la expresión de voluntad; sin embargo desde el punto de vista jurídico, voluntad y consentimiento no son equivalentes.

Doctrinariamente, el consentimiento es la suma de voluntades sobre un objeto jurídico o sea que el consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto jurídico. Judicialmente, el consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto jurídico constituido por dos elementos, que son consecutivos y copulativos. Consecutivos, porque necesariamente es la consecuencia de otro elemento; copulativos porque u nidos dan lugar a la existencia del consentimiento. Dichos elementos son la oferta y la aceptación. Sobre la formación del consentimiento nuestro Código Civil no dice nada, por ello es necesario recurrir al Código de Comercio. La oferta es aquel proyecto definitivo de acto jurídico que se somete a la aprobación o consideración de una persona, la aceptación es la consecuencia de la oferta.

3.4.1.1 La Aceptación.- Es la manifestación positiva que hace el destinatario de querer concluir el acto jurídico sometido a su consideración por la oferta, es donde apenas viene a nacer el consentimiento, y ella puede ser: verbal, escrita, entre presente y ausente. El nuevo Código de Comercio establece la oferta por medio de teléfono y pa

ra efectos de aceptación se entiende que ha sido entre presentes.

Vicios del Consentimiento.— Son vicios del consentimiento de la oferta es por escrito ésta debe responderse dentro de los seis días siguientes a la fecha en que se hace; en el Código de Comercio anterior era de veinticuatro horas siguientes al recibirse la oferta; si el beneficiario está distante del lugar dentro de los seis días más, para lo cual se tomará en cuenta el medio de transporte a ese lugar.

Esta clase de oferta la vemos con mucha frecuencia en las instituciones bancarias, cuando el presunto deudor hipotecario propone que a través de un inmueble que da en garantía le concedan cierto dinero constituyendo una obligación por medio de un contrato de hipoteca.

La aceptación de la hipoteca debe ser pura y simple, es decir, no puede estar condicionada a ningún evento ni sujeta a plazo. Tanto la oferta como la aceptación es el procedimiento inicial que utilizan las instituciones bancarias como personas jurídicas, no tanto solo ellas, sino también las personas naturales.

Por eso, si la aceptación contiene una modificación a la oferta inicial, ésta se entiende como una nueva oferta, lo mismo si se hace la aceptación en forma extemporánea, o sea, aquella que se hace fuera de términos, o sea que hay nueva oferta en

dos eventos. La doctrina colombiana dice que el error es la falsa

3.4.2 Vicios del Consentimiento. - Son vicios del consenti-

En general error es el falso conocimiento el error, la fuerza y el dolo, así lo dispone el Art. 1508 de nuestro Código Civil. Se entiende por vicio el defecto o daño físico en las cosas y la falta de rectitud o defecto moral en las acciones o actos.

El consentimiento no siempre está expresado en forma pura y simple, en muchos casos adolece de vicios que tienen consecuencias en cuanto a la conclusión del acto jurídico, que lo pueden hacer inexistente o nulo. Esos vicios del consentimiento según nuestra legislación son: el error, la fuerza y el dolo. Los doctrinantes también incluyen la lesión enorme como vicio del acto jurídico.

3.4.2.1 El Error como Vicio del Consentimiento. - La teoría

error de hecho vicia sobre el error no es nueva, esta figura jurídica existe desde el derecho romano y se aceptaba en los contratos que implicaban una fidelidad de buena fe, según algunos tratadistas es la discrepancia entre el concepto y la calidad o realidad.

Para Demogue el error es el estado psicológico de una persona que está en discordancia con la verdad objetiva.

Para Saleilles el error es la discordancia entre la verdad real e interna y la verdad declarada o externa.

La Jurisprudencia Colombiana dice que el error es la falsa noción que una persona tiene sobre una cosa o sobre un acto.

En general error es el falso concepto que se tiene ya sea de la ley, de las cosas o de las personas. Si versa sobre la ley se denomina error de derecho, si sobre las personas o las cosas, error de hecho, denominándose error in corpore y error in personae, respectivamente.

De estos conceptos surge la necesidad de diferenciar el error de la ignorancia, el error implica una posición, puede decirse positiva de la inteligencia, en cuanto hay conocimiento pero equivocado, false; la ignorancia es una posición negativa de la inteligencia, es no saber nada y ese error se divide en error de hecho y error de derecho.

3.4.2.1.1 Error de Hecho.- En la Legislación Colombiana el error de hecho vicia el consentimiento según el Art. 1510 del Código Civil que dice: "El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra".

3.4.2.1.2 Error de Persona. El error de hecho puede clasificarse en: Esencial, Substan-

cial y Accidental. Es esencial el que afecta la esencia del contrato produciendo su inexistencia, no solo vicia el consentimiento sino que lo anula y consecuentemente produce la nulidad del acto jurídico o contrato. A este error se refiere el Art. 1510 de nuestro Código Civil antes transcrito.

Error sustancial, es regulado por el Art. 1511 ibidem, de esta

norma se deduce que hay tres clases de error sustancial así:

a) Error sobre la materia de que se compone la cosa objeto del contrato;

b) Error sobre la condición accidental del objeto, siempre que haya sido determinante para los contratantes, y en el Código, debe acreditarse la falsa noción que se tiene sobre un determinado ordenamiento legal. Para que pueda alegarse como vicio del consentimiento en los casos señalados en el Código, debe acreditarse la falsa noción y no la ignorancia.

c) Error en cuanto a la persona de uno de los contratantes. A esta clase de error se refiere el Art. 1512 del Código Civil

Si bien por regla general el error de derecho no vicia el consentimiento crea que por excepción sí lo vicia, pues de lo contrario, el código estaría fomentando la injusticia en cierta forma, por lo siguiente: Se supone legalmente que todo el mundo debe conocer la ley, pues si a todas obliga, todos deben conocerla y por ello nadie podría alegar a su favor el desconocimiento de ella, pero pueden presentarse situaciones facticas que lo hagan desconocer, así por ejemplo: pago cincuenta mil pesos de recibo por las modalidades de tiempo, plazo, modo, siendo errores accidentales que no vician el consentimiento.

3.4.2.1.2 Error de Derecho. - De conformidad con el Art. 15-

repetir lo pagado. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha

09 de nuestra Legislación Civil, el error de derecho no vicia el consentimiento, a la letra dice: "El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento". Esta definición se funda en el principio jurídico de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. *indebidamente pagado*. (Sentencia, Sala Civil de

El error de derecho es creación del derecho romano, siendo aceptado con algunas modificaciones por la Jurisprudencia y la doctrina. El error de derecho es aquella falsa noción que se tiene sobre un determinado ordenamiento legal. Para que pueda alegarse como vicio del consentimiento en los casos señalados en el Código, debe acreditarse la falsa noción y no la ignorancia. *derecho tiene que ver a lo conato cuando se valoriza la prog*

Si bien por regla general el error de derecho no vicia el consentimiento creo que por excepción si lo vicia, pues de lo contrario, el código estaría fomentando la injusticia en cierta forma, por lo siguiente: Se supone legalmente que todo el mundo debe conocer la ley, pues si a todos obliga, todos deben conocerla y por ello nadie podría alegar a su favor el desconocimiento de ella, pero pueden presentarse situaciones fácticas que la hagan desconocer, así por ejemplo: pago cincuenta mil pesos de impuesto creyendo que los debía, pero al momento de haberlo resulta que la ley que antes me obligaba ha sido derogada. En este caso el Art. 2315 de nuestro Código Civil permite *Algunos doctrinantes critican la expresión legislativa "error de derecho", dicen que no debe utilizarse, como vicio del consentimiento, sino que no debe utilizarse el término "error", sino una bien debida explicación de la palabra* repetir lo pagado. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha

bra "Violencia", ya que la fuerza es una consecuencia de la violencia. Para ejercer la acción consagrada en el Art. 2315 se requiere: 1) El Pago; 2) La falta de causa; 3) El error de hecho o de derecho de quien paga; 4) La ausencia siquiera de una obligación natural que pudiera autorizar una retención de lo indebidamente pagado". (Sentencia, Sala Civil de única instancia, 6 de julio 1936, XLIV, 191).

Constituyen errores de derecho, la inobservancia de las formalidades requeridas para la recepción de las declaraciones dentro de un proceso; el darle valor probatorio a un testimonio sin la formalidad de la ratificación, trasladado de un proceso en que no fue parte aquel contra quien va la prueba. El error de derecho tiene que ver o se comete cuando se valoriza la prueba, atañe al poder de convicción que a las probanzas haya concedido o negado el sentenciador.

3.4.2.2 La Fuerza como Vicio del Consentimiento. - La fuerza es el se-

gundo vicio del consentimiento consiste en la impresión fuerte producida por medios violentos o por amenazas con el propósito de obligar a una persona a que celebre un determinado acto jurídico. Hay medios materiales implícitos cuando no hay de por medio un objeto sino un cambio de posiciones de la persona, para hacer obrar, hay una relación de causalidad entre el sujeto pasivo y el sujeto activo.

Algunas doctrinantes critican la expresión legislativa fuerza, como vicio del consentimiento, dicen que no debió utilizarse el término "fuerza", sino mas bien debió emplearse la pala-

bra "Violencia", ya que la fuerza es una consecuencia de la violencia. Nuestro derecho no recoge en particular ninguna de las dos.

Otros tratadistas identifican los términos entre ellos Marty y Reinand sostienen que la fuerza y violencia, son aquellas acciones que se ejercen sobre una persona para enderezar su voluntad en determinado sentido y obtener la formación del consentimiento sobre un objeto jurídico.

Se ha dicho que la fuerza no produce el vicio del consentimiento sino que la amenaza es la que lo crea, o sea la situación psicológica en que se encuentra una persona frente a determinado hecho, estado psicológico de inferioridad y así se ha dicho que la persona es amenazada y que la amenaza para que pueda viciar el consentimiento debe tener los siguientes elementos:

elemento material; elemento psicológico; y debe ser injusta.

3.4.2.2.1 Elemento Material. - Son elementos materiales, los medios que utiliza el agente

para colocar en esa situación de inferioridad al violentado. Esos medios pueden ser expresos o tácitos. Expresos, cuando la persona se la amenaza con una determinada arma para que obre en determinado sentido. Hay medios materiales implícitos cuando no hay de por medio un objeto sino un cambio de posiciones de la persona, para hacer obrar, hay una relación de causalidad entre el sujeto pasivo y el sujeto activo.

Nuestro derecho no acoge en particular ninguna de las dos; juntas se encuentran en el Art. 1513 de nuestro Código Civil, creándose una confusión, dando motivo a que la una excluya a la otra.

El Código Civil en su Art. 1513, dice: "La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento".

Al respecto nuestra Corte en Auto de 9 de junio de 1943, LV, 533 dijo: "Para que exista la violencia es necesario el elemento 'coacta voluntas', según expresión de los jurisperitos romanos, que consiste en la fuerza que se usa contra alguna persona para obligarla a hacer lo que no quiere por medios a que no puede resistir. Es una presión sobre el ánimo, que influye de una manera tan determinante en quien padece la violencia, que su voluntad no queda libre sino sometida al agente de la fuerza. Tiene ésta un carácter subjetivo, porque la violencia no vicia el consentimiento ni inhibe la voluntad, siempre que se ejercita,

las partes contratantes de un negocio jurídico. Ello se patentiza si se piensa que para que el consentimiento vincule, configure la convención, sea que se trate de una oferta o de una aceptación, se requiere haberlo dado con intención de obligarse y no con otra distinta". (Casación de 5 de octubre de 1939, XLV III, 720).

La norma anteriormente citada no consagra la violencia en los bienes ni en las personas, ha sido una creación doctrinaria, acogida en principio en el derecho francés y posteriormente en el derecho colombiano; para la legislación hasta los descendientes y para la doctrina sobre todos.

Para que la fuerza o violencia haya sido capaz de viciar el consentimiento se requiere que sea determinante, encaminada a obtener la desviación de la voluntad de una persona sobre lo que constituye el objeto del acto y además el elemento injusto; que no le asista un derecho. Se dividen en dos, violencia física y violencia moral.

3.4.2.3 El Dolo Como Vicio del Consentimiento. - Ya desde el

derecho romano se consideró el dolo como vicio del consentimiento, consistente en toda maniobra o artificio que realiza una persona en otra induciéndola a realizar un acto jurídico. El dolo determinante es el que induce a tener como fin la consecución del consentimiento. Consideraban que el dolo podía provenir de los contratantes

o de un tercero con efectos jurídicos diferentes. El dolo verdadero era el producido por uno de los contratantes, era el que producía el vicio del consentimiento, el que provenía de un tercero no lo viciaba, en este caso había lugar a indemnización de perjuicios.

Los romanos crearon tres acciones para la defensa del perjudicado con el dolo, así: La actio doli, la exceptio doli y la in integro restitutio.

Nuestra legislación civil en el Art. 63 da una definición genérica de dolo, lo toma como la intención positiva, el término positivo, lleva el dolo al terreno de la exteiorización en maniobras. Esta misma disposición establece una equivalencia entre la culpa grave y el dolo.

El dolo se ha clasificado desde los romanos en: Dolus bonus; dolus malus; dolo determinante y dolo incidental. Según el tratadista Alvaro Pérez Vives en su obra "Teoría general de las obligaciones" el dolus bonus consiste en "el encarecimiento de cualidades porque está representado en la ponderación o exageración que hace uno de los contratantes; esa ponderación o exageración es lícita. El dolus malus es el dolo propiamente dicho, está representado por esas maniobras que la persona realiza en orden a crear un engaño en el otro contratante. El dolo determinante es el enderezado a tener como fin la consecución del con-

trato en atención a las maniobras empleadas por el otro contratante. El dolo incidental es aquel que no necesariamente lleva a que la persona reaclice el contrato en un determinado sentido, sino que puede hacerle más gravosa la situación al otro contratante".

El Profesor Eduardo Zuleta Angel, manifiesta que son necesarios cinco requisitos para que haya dolo así: 1) Que el dolo ha ya sido empleado a sabiendas de que se engañaba; es, pues necesario un criterio intencional muy subjetivo. 2) Que sea reprehensible, o sea, contrario al orden social, immoral distinto a las buenas costumbres. 3) Que sea ejecutado por el contratante, requisito que no es necesario en los otros vicios del consentimiento. 4) Que el móvil tenga el carácter de determinante y 5) Debe ser probado, o sea que no se presume.

Se entiende que estos requisitos deben ser concurrentes ya que sin uno de ellos no hay dolo, no hay vicio del consentimiento.

El Art. 63 del Código Civil Colombiano consagra la teoría tripartita de la culpa así: 1) Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, equivale al dolo. 2) Culpa leve, descuido leve, descuido ligero y 3) Culpa o descuido levísimo. Esta teoría es muy subjetivista y ha sido criticada por nuestra Corte Suprema de Justicia quien en su sentencia de 28 de marzo de 1957, LXXXIV,

IV. DERECHOS SUSCEPTIBLES DE HIPOTECARSE

424 dijo: "Para definir si una persona determinada ha incurrido en culpa grave, leve o levisima, es necesario comparar su conducta con la de las tres categorías abstractas de personas, circunstancias que excluye el examen de elementos objetivos de gran significación, que le quita a la noción de la culpa civil su verdadero alcance científico, a diferencia de la culpa penal, para la cual el Código Penal trae una noción clara y precisa".

No solamente se puede hipotecar la propiedad o el dominio pleno, sino también la nuda propiedad, o sea, el derecho de dominio separado del goce de la cosa, ya que ésta al tener del Art. 832 del Código Civil se puede transmitir por actos entre vivos.

Según la Ley 182 de 1948 orgánica de la Propiedad Horizontal, por disponerse así en Art. 80, puede hipotecarse el inmueble o propiedad horizontal. Asimismo puede ser objeto de hipoteca la propiedad fiduciaria. Igualmente lo puede ser el derecho de cuota que posee un comunero en una indivisión, Art. 2142 del Código Civil.

4.1. El Constituyente debe ser Titular del Derecho que grava con Hipoteca. Para que la garantía constituida mediante el contrato hipotecario tenga plena eficacia jurídica es necesario que el dador hipotecario constituyente de la hipoteca sea el Titular del derecho que es

UNIVERSIDAD DE PANAMA

hipoteca; lo IV. DERECHOS SUSCEPTIBLES DE HIPOTECARSE

trato de garantía por excelencia instituido para la protección
Nuestro Código Civil no trae dentro de la regulación jurídi-
ca del contrato hipotecario una enumeración exacta de los dere-
chos que pueden ser objeto de hipoteca, sin embargo, de algunos
artículos como el 2443 dedúcese que pueden ser objeto de hipote-
ca el derecho de dominio y el de usufructo sobre bienes inmue-
bles.

No solamente se puede hipotecar la propiedad o el dominio
pleno, sino también la nuda propiedad; o sea, el derecho de do-
minio separado del goce de la cosa, ya que ésta al tenor del
Art. 832 del Código Civil se puede transmitir por actos entre vi-
vos.

Según la Ley 182 de 1948 orgánica de la Propiedad Horizon-
tal, por disponerlo así su Art. 8o. puede hipotecarse el domi-
nio o propiedad horizontal. Asimismo puede ser objeto de hipote-
ca la propiedad fiduciaria. Igualmente lo puede ser el derecho
de cuota que posea un comunero en una indivisión, Art. 2442 del
Código Civil.

4.1 El Constituyente debe ser Titular del Derecho que gra-
va con Hipoteca.- Para que la garantía constituida me-
diante el contrato hipotecario tenga

plena eficacia jurídica es necesario que el deudor hipotecario
constituyente de la hipoteca sea el titular del derecho que se

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

hipoteca, lo cual es lógico, ya que siendo la hipoteca el contrato de garantía por excelencia instituido para la protección de obligaciones propias o ajenas del constituyente, deben necesariamente, éste ser el titular del derecho que se grava, así sea el de propiedad, el de usufructo o cualquiera de los derechos susceptibles de hipoteca. No obstante lo anterior, es posible jurídicamente la hipoteca de cosa ajena, aplicando por analogía lo dispuesto en el Art. 752 de nuestro Código Civil que dice: "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 este transferido desde el momento de la tradición".

Per cuanto si el deudor hipotecario de cosa ajena, adquiere con posterioridad a la celebración de la escritura hipotecaria, la propiedad del inmueble que pignora entonces se entiende reanlizada la constitución de la hipoteca desde la fecha en que se celebró el contrato hipotecario del inmueble ajeno y no desde la fecha en que adquiere la posesión de bien ajeno.

Es también posible la hipoteca de bienes futuros que el constituyente no tiene en su patrimonio como propios al constituir la hipoteca pero que puede llegar a tenerlos en el futuro al tener de lo dispuesto por el Art. 2444 de nuestro Código Civil,

con la condición de que el acreedor puede inscribir la hipoteca en el Registro de Instrumentos Públicos cada vez que el deudor hipotecario adquiera los inmuebles.

4.2 Extinción de la Propiedad en el Constituyente de la Hipoteca.

Este evento suele presentarse y consiste en que el deudor hipotecario es titular del derecho que hipoteca (propiedad, usufructo, etc.) pero, luego de constituida la hipoteca pierde el derecho, en consecuencia, una vez extinguido el derecho gravado, se extingue también la hipoteca. Pero debe protegerse la buena fe del acreedor que acepta un contrato hipotecario, en vista de ser el constituyente titular del derecho que hipoteca.

4.2.1 Complimiento de una condición resolutoria.

Otra eventualidad que puede ocurrir después de constituida la hipoteca consiste en que el derecho hipotecado haya sido adquirido por el constituyente hipotecario bajo condición resolutoria. Si la condición se realiza, entonces se extingue para el constituyente el derecho que gravó con hipoteca. De esta manera la hipoteca perdería su eficacia jurídica, pues nadie puede dar de lo que no tiene, a no ser que se cumpla lo dispuesto en el Art. 1548 de nuestro Código Civil que dice: "Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condi-

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

ción constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública". título al acto testamentario judicialmente reconocido. Como consecuencia quedan hipotecar los bienes inmuebles a ellos definitivamente adjudicados. Pero si más tarde se revoca la aptitud hereditaria o se anula el testamento, se pierda la hipoteca no consta que ella está sometida a los efectos de una condición resolutoria, la realización de ésta no lo perjudica, por cuanto acepta la hipoteca considerando al deudor hipotecario como titular absoluto del derecho hipotecado. Pero si la condición resolutoria constaba en el título debidamente registrado, el acreedor hipotecario tenía la posibilidad de conocerla y en consecuencia admitía tácitamente los efectos de su realización que no son otros que los de la extinción de la hipoteca. Esta situación la regula el Art. 2441 ibidem.

4.2.2 Declaración de Simulación.— Si se celebran compraventas simuladas mediante escritura pública y el que compra posteriormente hipoteca el bien, no podrá oponerse, al acreedor hipotecario las estipulaciones hechas en escrituras privadas o secretas, según lo prescrito por el Art. 1766 de nuestro Código Civil.

4.2.3 Extinción del Título del Heredero o Legatario Putativo.— El Art. 766 del Código Civil nuestro, en su último inciso expresa que constituye justo título para el heredero putativo el decreto judicial por el cual se da la posesión efectiva del inmueble gravado con hipoteca.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

tiva de los bienes inmuebles, asimismo para el legatario putativo constituye justo título el acto testamentario judicialmente reconocido. Como consecuencia pueden hipotecar los bienes inmuebles a ellos definitivamente adjudicados. Pero si más tarde se revoca la aptitud hereditaria o se anula el testamento, se pierde el derecho, no obstante ello, la hipoteca sigue vigente a favor del tercero de buena fe.

4.2.4 Declaración de Nulidad.— Cuando se declara la nulidad del acto jurídico por el

cual el constituyente hipotecario adquiere el derecho de dominio o el de usufructo, se extingue el derecho mas no la hipoteca, siempre y cuando se demuestre que el acreedor hipotecario no tuvo conocimiento de la causal de nulidad.

4.2.5 Hipotecas Aparentes.— Son las constituidas por aparentes propietarios que aparecen

como legítimos titulares del derecho de dominio, por poseer materialmente el bien y además por tener el título inscrito debidamente en el registro, pero a quienes posteriormente se les presenta otra persona con mejor derecho para poseer y reivindicar el inmueble. En estas circunstancias el acreedor hipotecario no pierde el derecho de la garantía hipotecaria, por haber obrado de buena fe exenta de culpa, es decir, que el inmueble continúa gravado con hipoteca.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

V. BIENES HIPOTECABLES

5.1 Hipoteca de Inmueble.- La hipoteca de inmueble está sujeta a inscripción en los libros de Registro de Instrumentos Públicos, deben ser bienes que se encuentren en el comercio y que sean predios, es decir, que estén debidamente delimitados y matriculados en los libros de registro. Dicho instrumento hay que inscribirlo, debido a que esa inscripción es parte de la solemnidad del acto jurídico y así lo exige la ley, y si no se cumple con este requisito, deja de ser una obligación real para convertirse en obligación de crédito o personal, o quirografaria, característica ésta que no la tiene el contrato de mutuo, obligación real que solo se constituye a través del contrato de hipoteca y que si este contrato no existiere con esa formalidad, generaría otra clase de contrato pero menos el de hipoteca.

5.1.1 Hipoteca sobre inmueble en común.- La hipoteca sobre inmueble en común

tiene lugar cuando por ejemplo, el inmueble se encuentra en el proceso de sucesión o mejor dicho incluido en los inventarios de un proceso de sucesión, y se constituye o se da para garantizar una obligación hipotecaria, y cada uno o todos los herederos de común acuerdo celebran sobre dicho bien un contrato de hipoteca. Si el contrato lo celebra uno de los herederos, la hi

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

poteca recae sobre acciones y derechos herenciales que le pueden corresponder. Deben en este caso citarse los linderos de toda la finca y su ubicación. El Art. 2442 del Código Civil Colombiano dice: "El comunero puede antes de la división de la cosa común, hipotecar su cuota, pero verificada la división, la hipoteca afectará solamente los bienes que en razón de dicha cuota se adjudiquen, si fueren hipotecables. Si no lo fueren caducará la hipoteca. la obligación hipotecaria pasa a ser personal o de crédito. Podrá, con todo, subsistir la hipoteca sobre los bienes adjudicados a los otros partícipes, si éstos consintieren en ello, y así constare por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción hipotecaria".

De este artículo se deduce que existe viabilidad jurídica para que el comunero grave con hipoteca la cuota o parte que le corresponde en la cosa común, pero la eficacia jurídica de ella está sujeta a que dicha cuota se adjudique al comunero y además que sea hipotecable.

Al respecto nuestro Corte en sentencia de julio 24 de 1958, LXXXVIII 538 ha dicho lo siguiente: "Si el comunero hipoteca al gravamen no es nulo, pero la eficacia de él está sometida a que el bien o los bienes caucionados se le adjudiquen al constituyente del gravamen. En caso de que así no ocurriera, la hipote-

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

ca caducará, a menos que los partícipes de las cosas dadas en hipoteca consientan en ésta y expresen su consentimiento en escritura pública de que se tome nota en el registro".

Si no se adjudican los bienes al constituyente de la hipoteca o si los demás adjudicatarios no consienten en que se constituya sobre sus cuotas respectivas, la hipoteca caducará, en este caso le quedaría al acreedor hipotecario la acción real, en vista de que la obligación hipotecaria pasa a ser personal e de crédito, y por tanto podrá perseguir los demás bienes patrimoniales del deudor hipotecario.

En igual sentido ha dicho la Corte en su sentencia de 18 de junio de 1954, LXVIII, 540: "El heredero si puede gravar con hipoteca uno o varios inmuebles determinados en la sucesión ilíquida, como se desprende de los Arts. 779, 1401, 1441 del Código Civil, hipoteca que, como es obvio, queda sometida a la condición de que el inmueble o inmuebles gravados por el heredero se le adjudiquen a éste en la respectiva partición". La sentencia se refiere a la constitución de hipoteca sobre bienes sucesoriales, antes de aprobarse la respectiva partición, o sea, que la eficacia jurídica de la hipoteca queda sometida a la condición de que los bienes hipotecados se le adjudiquen al heredero con la partición.

5.2 Hipoteca Sobre derecho de usufructo en inmuebles.— El

Art. 823 del Código Civil define el derecho de usufructo: "El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible".

El tratadista Vera sobre el usufructo dice: "Se entiende por sustancia en derecho, el ser en sí, no sólo la materia de que la cosa se compone, sino también la forma, que es la que hace servir para el destino que el dueño le da. Conservar la sustancia, es, pues, conservar la forma, como lo dicen Laurent y Marcadé". El usufructo es semejante al arriendo; uno y otro dan el goce de la cosa. La diferencia está en que el uno es un derecho real y el otro es personal; además, en el arriendo el arrendador tiene que hacer gozar al arrendatario y en el usufructo se deja gozar. El hacer gozar implica un hecho. Idéntica diferencia existe en el usufructo y el mutuo.

Los derechos del usufructuario están determinados en la ley para los casos en que no hayan sido por la convención. El Art. 824 del Código Civil supone dos derechos coexistentes: el de nudo propietario y el de usufructo. Por consiguiente tiene una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario y se consolida con la propiedad.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

La hipoteca sobre derecho de usufructo en inmueble está consignada claramente en el Art. 2443 de nuestro Código Civil, como la hipoteca o el contrato de hipoteca no se puede constituir sino sobre bienes raíces que posean en propiedad o en usufructo, o sobre las naves, sobre estas últimas rige el Código de Comercio. El anterior artículo es complementado con el Art. 2447 ibi dem que dice: "La hipoteca sobre un usufructo, o sobre minas y canteras no se extiende a los frutos percibidos, ni a las sustancias minerales, una vez separadas del suelo".

El doctor Alvaro Pérez Vives en su tratado de Tesorería General de las Obligaciones, página 168, dice al respecto: "Sólo puede hipotecarse el inmueble que se posea en plena o nuda propiedad o en usufructo. Para hipotecar se requiere ser titular de los derechos de usufructo sobre el bien raíz de que se trate. Este significa que la ley descarta la posibilidad de constituir el gravamen sobre bienes inmuebles incorporales, es decir, sobre derechos no susceptibles de materializarse con la cosa misma poseída a título de dueño. La ley no solo exige la propiedad o el usufructo, sino también la posesión del bien a hipotecar. De allí esa expresión que es muy clara: Bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo. Excepto el caso de hipoteca de cuota.

Quedan pues, descartados todos los derechos reales sobre inmuebles que no sean el de dominio y el de usufructo.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

Tampoco pueden hipotecarse el derecho abstracto de dominio, es decir, el de quien no sea poseedor del bien que se grava. Ni el usufructo sobre derechos muebles".

Para mi concepto y así lo señala la ley pueden ser objeto de hipoteca los derechos herenciales y la cosa ajena, siempre y cuando el deudor adquiriera el inmueble, de lo contrario el contrato de hipoteca es inexistente, se tiene como si nunca hubiera nacido a la vida jurídica; con la adjudicación o la adquisición del bien al deudor hipotecario se produce el saneamiento del contrato, y por tanto tiene validez jurídica y es legítimo.

5.3 Hipoteca sobre el arriendo e indemnización.- Al tenor del Art.

2446 de nuestro Código Civil, la hipoteca de un bien inmueble comprende además del bien en sí lo que produce por concepto de arriendo y además a la indemnización debida por los aseguradores del bien o bienes hipotecados, en caso de daños o destrucción. Esta disposición le da según mi criterio más amplitud y seguridad al gravamen hipotecario.

Se extiende la hipoteca o el contrato de hipoteca cuando en la constitución del mismo se establece un contrato accesorio o sea de administración, con el fin de que el deudor hipotecario vaya capitalizando o amortizando con los cánones de arrendamiento el capital que le fue facilitado o prestado, para que

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

fiduciaria. monstrar que las unas y las otras sean comerciales

La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución.

La propiedad fiduciaria es aquella que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. De esta definición se deduce que el propietario fiduciario de un inmueble es dueño de éste mientras no se cumpla la condición establecida mediante la constitución del fideicomiso

y puede hipotecar el derecho de dominio condicional que tiene sobre el inmueble. Así, el acreedor que reciba como garantía de su crédito una hipoteca de tal naturaleza, debe saber que ella puede desaparecer en cualquier momento al cumplirse el hecho de la condición.

5.5 Hipoteca de bienes futuros. - La hipoteca de bienes futuros solo da al acreedor el

derecho de hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor adquiriera en lo sucesivo, y a medida que los adquiriera. Lo anterior es una transcripción del Art. 2444 del Código Civil nuestro, mediante el cual se acepta por nuestra legislación civil la hipoteca de bienes que se espera que existan.

La anterior disposición se complementa con el Art. 1518 ibidem que dice: "No solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan".

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

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

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por la ley, o contrario a las buenas costumbres o al orden público".

De las disposiciones anteriormente transcritas se deduce que el deudor o una persona puede obligarse hipotecariamente sobre un inmueble que actualmente no tiene la propiedad pero que espere con una certeza firme poder adquirirlo en un plazo determinado.

En estas condiciones, el derecho real de hipoteca sobre bienes futuros no nace inmediatamente sino solamente a partir de la fecha en que el deudor haya adquirido la propiedad del inmueble, pues solo así se puede correr la respectiva escritura para hacerla inscribir, y, precisamente, para los efectos del registro que debe hacerse dentro de los 90 o 180 días, según se adquirió el inmueble y no a partir de la fecha de la constitución de la escritura hipotecaria, pues de lo contrario no tendría razón de ser el Art. 2444 de nuestro Código Civil.

Al comentar el Art. 2444 el doctor Alvarez Pérez Vives, en su

obra antes citada, dice: "El que hipoteca un bien futuro hace un acto en el vacío. Esto es resultado del concepto mismo del bien futuro, por oposición a la idea del derecho eventual. En éste existe un germen, un embrión conocido del derecho del bien respectivo: es la cosecha en perspectiva, es el feto que el animal lleva en su vientre, es el derecho".

Estoy de acuerdo con el análisis que el doctor Pérez Vives hace del Art. 2444, por cuanto a semejanza de la hipoteca de la cuota o parte de un bien sucesoral, que es permitida por nuestra legislación civil, también pueden hipotecarse bienes futuros, o sean, los que no existen en el momento de constituirse la hipoteca pero que realmente se espera que existan.

potecario la impone, y se podrá por tanto disminuir el valor económico del inmueble en perjuicio del derecho del acreedor hipotecario.

6.1.1.1 Disposición jurídica.— La disposición jurídica del bien hipotecado por el Art. 2444 de nuestro Código Civil. Consiste en la facultad que tiene el propietario del bien o bienes gravados con hipoteca, para volverlos a hipotecar o enajenar, pero en caso de venta del inmueble el que compra lo adquiere con el gravamen hipotecario, anotando que el acreedor tendrá facultad para perseguir la finca y si fuere necesario realizar su valor, según

UNIVERSIDAD DE...

El Art. 2452 del VI. EFECTOS DE LA HIPOTECA

6.1. En relación con el deudor.— Como todo acto jurídico la hipoteca produce sus efectos jurídicos entre las partes contratantes deudor y acreedor hipotecarios. Dichos efectos se manifiestan antes del ejercicio de la acción hipotecaria y con posterioridad al ejercicio de ella. nuestro Código Civil.

6.1.1. Disposición de administración del inmueble por el deudor.— El deudor hipotecario en su calidad de propietario del inmueble que hipoteca continúa con la posesión y el dominio del inmueble, es decir, puede usar gozar y disponer de él, pero deberá tener en cuenta las limitaciones que el gravamen hipotecario le impone, y no podrá por tanto disminuir el valor económico del inmueble en perjuicio del derecho del acreedor hipotecario.

6.1.1.1. Disposición jurídica.— La disposición jurídica del bien hipotecado está permitida por el Art. 2440 de nuestro Código Civil. Consiste en la facultad que tiene el propietario del bien o bienes gravados con hipoteca, para volverlos a hipotecar o enajenar, pero en caso de venta del inmueble el que compra lo adquiere con el gravamen hipotecario, anotando que el acreedor tendrá facultad para perseguir la finca y si fuere necesario realizar su valor, según

UNIVERSIDAD DE...

el Art. 2452 ibidem.

Cuando el deudor hipotecario constituye otras hipotecas sobre el mismo inmueble al primer acreedor le asiste el derecho de preferencia en el pago con respecto a los demás, para dicho efecto el juez deberá tener en cuenta el orden de las fechas de registro de las hipotecas, según lo dispuesto por el Art. 2499 de nuestro Código Civil.

Si el deudor hipotecario constituye sobre el bien raíz hipotecado, derechos de usufructo, uso, habitación o servidumbres, estos derechos no son oponibles a una hipoteca anterior. La constitución del primer derecho real prima sobre las constituidas con posterioridad.

6.1.1.2 Disposición material. - Si bien el deudor hipotecario puede ejercer todos los atributos propios del derecho de dominio sobre el bien hipotecado, este ejercicio encuentra su limitación si se tiene en cuenta lo dispuesto por el Art. 2451 del Código Civil nuestro, en donde se protege los intereses del acreedor hipotecario, concediéndole ciertos derechos en caso de pérdida o deterioro de la finca dada en hipoteca, tales como por ejemplo, que se mejore la hipoteca o también que se le de otra garantía o seguridad equivalente, en defecto de éstas puede pedir que se produzca el pago de la obligación asegurada, no obstante estar pendiente el

6.1.1.3 Actos de administración. - Los actos de administración

plazo y puede solicitar también medidas conservativas.

Los derechos contemplados en el Art. 2451 de nuestro Código Civil pueden ejercerse cuando la pérdida o deterioro de la finca (o el bien inmueble hipotecado) se deban a fuerza mayor o a hecho o culpa de un tercero, en cambio, cuando se deban a culpa del deudor se aplica lo dispuesto en el Num. 2o. del Art. 1553 del Código Civil.

El Art. 2451 ibidem, presupone un daño que disminuya el valor de la finca hipotecada hasta tal punto, que resulte insuficiente para el pago de la obligación asegurada con hipoteca.

Las acciones derivadas de esta disposición no podrán ejercerse cuando aparezca que al momento de celebrarse el contrato hipotecario el valor del inmueble no alcanzaba a cubrir el monto de la obligación u obligaciones aseguradas con hipotecas. La mejora de la hipoteca de que habla el Art. 2451 puede consistir en la cancelación de parte de la deuda u obligación asegurada, de manera que el valor del inmueble alcance para el pago del saldo. Puede consistir también en mejoras plantadas en la finca que aumenten considerablemente su valor. Siempre y cuando el acreedor hipotecario lo permita el deudor constituyente puede otorgarle nueva garantía pero equivalente, se entiende que son equivalentes una nueva hipoteca sobre otro bien, o la fianza e incluso la prenda.

6.1.1.3 Actos de administración. - Los actos de administración

ción que puede realizar el dueño y poseedor sobre el bien hipotecado consisten en los necesarios para una adecuada explotación económica, como sembrar, cosechar, hacer cerraduras, cría y venta de animales, etc. Estos actos deben ser realizados prudentemente por el deudor hipotecario, tratando de evitar una desvalorización o deterioro de la propiedad; si no fuere así, el acreedor hipotecario puede ejercer las acciones derivadas del Art. 2451 del Código Civil. inmueble hipotecado, debe hacer

6.2 En relación con el acreedor.- Los efectos de la hipoteca también cubren al acreedor hipotecario y son a saber:

6.2.1 Noción de acción hipotecaria.- La acción hipotecaria es de carácter real,

pues nace de un derecho real como es el de hipoteca. Mediante esta acción el acreedor hipotecario está facultado para lograr en pública subasta judicial, la venta del inmueble hipotecado y obtener con el producto de esa venta el pago de su crédito preferentemente al resto de acreedores.

6.2.1.1 Realización del valor del inmueble.- Para vez de llegar a obtener ju

rídicamente la realización del valor del inmueble hipotecado es necesario ejercer la acción hipotecaria, pero ésta debe reunir ciertas condiciones como son: a) Debe acreditarse la existencia de la hipoteca con la escritura pública, legalmente inscrita en

la Oficina de Registro. b) Debe demostrar el acreedor hipotecario que al momento de la celebración del contrato hipotecario era el deudor propietario del inmueble hipotecado. La prueba de que actualmente es el deudor hipotecario el propietario del inmueble gravado no es necesaria jurídicamente, y c) Es indispensable probar la existencia de la obligación asegurada con hipoteca.

La realización del valor del inmueble hipotecado, debe hacerse siempre a través de venta judicial en pública subasta. El juez a petición del acreedor decreta la venta ordenando el embargo y secuestro; con el producto de la venta se cancela el crédito al acreedor y si hay remanente se entrega al deudor.

Hecho el remate del inmueble se produce la cancelación del gravamen hipotecario, en consecuencia el nuevo adquirente obtiene la propiedad saneada, o sea, sin el gravamen de hipoteca. Si bien la hipoteca se extingue por este medio no sucede siempre lo mismo con el crédito al cual sirvió de garantía o respaldo, ya que si con el producto del remate alcanza a pagarse parcialmente el crédito, habrá acción para el cobro de la parte del crédito no cubierta, pero no acción real hipotecaria sino personal o quirografaria, para ser intentada sobre bienes distintos al hipotecado, pero de propiedad del deudor constituyente.

De lo anterior se deduce que el crédito es independiente de

UNIVERSIDAD

la hipoteca, al respecto el doctor Arturo Valencia Zea en su obra de Derechos Reales Tomo II expresa: "Esta circunstancia especial nos enseña que en derecho colombiano el crédito nunca se identifica con la hipoteca ni sigue su suerte, pues la hipoteca no hace sino reforzar el crédito, o sea, garantizar su pago con la realización del valor de la finca hipotecada; en lo demás el crédito conserva su propia sustantividad".

La forma más común que tiene el acreedor para obtener la cancelación del crédito de parte del deudor es mediante la realización del valor del inmueble en pública subasta, sin embargo, puede suceder que la finca sea objeto de una expropiación y que la realización del valor del inmueble se produzca por otro medio, en este evento aceptan los tratadistas el ejercicio de la acción hipotecaria tendiente a obtener el pago del crédito de los dineros entregados al deudor hipotecario a título de indemnización por concepto de la expropiación por motivos de utilidad pública e interés social. El mismo criterio se tiene en caso de destrucción o deterioro del inmueble hipotecado, cuando los daños los causa un tercero y a causa de ello paga una indemnización por perjuicios, en el sentido de que puede ejercitarse la acción hipotecaria y obtener la cancelación del crédito con el producto de la indemnización.

La acción hipotecaria es viable sobre la finca gravada con hipoteca como también puede ejercerse sobre los muebles que por

formar parte de ella se reputan inmuebles por destinación o por adhesión, son los muebles accesorios a la finca. Nuestro Código Civil en su Art. 2445 expresa que la hipoteca se extiende o abarca a los bienes accesorios al inmueble siempre y cuando no pertenezcan a terceros, es decir, que son objeto de hipoteca y contenido.

Para el ejercicio de la acción hipotecaria, tendientes a ser realizados en pública subasta, para que con el producto de esa venta se pague el crédito. Esta situación puede ocurrir cuando el valor del crédito es pequeño en relación al valor del inmueble y con el fin de evitarle mayores perjuicios al deudor con el ejercicio de la acción hipotecaria directamente sobre la finca, se la ejercita sobre los bienes muebles accesorios.

6.2.1.2 Realización del valor del inmueble frente a cualquier poseedor del inmueble hipotecado.- Al tener

acrededor de su propio, igualmente lo es el poseedor de parte de del Art. 2440 de la Codificación civil nuestra, el propietario de bienes gravados con hipoteca podrá enajenarlos o volverlos a hipotecar. De esta disposición se desprende que al momento de ejercitar la acción hipotecaria puede el acreedor hipotecario encontrar que el bien a él hipotecado tenga a otra persona como su propietario y poseedor legítimo, circunstancia ésta que aparentemente haría pensar en una posible ineficacia de la acción, pero jurídicamente la realidad es otra, por cuanto la acción hipotecaria es de carácter real y por tanto puede ejercerse erga omnes.

6.2.1.3 Situación del acreedor hipotecario frente a otros

UNIVERSIDAD

mes o contra todo el mundo. Esta facultad se desprende del Art. 2452 del Código Civil nuestro, que reza: "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".

Para el ejercicio de la acción hipotecaria se considera como terceros poseedores a las siguientes personas: a) Al que da en hipoteca un bien de su propiedad en garantía de una deuda ajena; b) Al que se le restituye un bien inmueble al prosperarle la acción de nulidad, simulación o el cumplimiento de una condición resolutoria; y c) Al adquirente de la finca sin la obligación de cancelar el crédito garantizado con hipoteca. La Jurisprudencia acepta como tercer poseedor al adquirente del usufructo, al acreedor del contrato de anticresis, al simple poseedor en nombre propio, igualmente lo es el poseedor de parte de la finca hipotecada.

El tercer poseedor no puede oponer para su defensa el beneficio de excusión, para solicitarle al juez que primeramente se persiga los bienes propios del deudor hipotecario como directamente responsable de la obligación hipotecaria; sin embargo, con la cancelación del crédito se subrogará en los derechos y acciones del acreedor y podrá ejercer las acciones pertinentes contra el constituyente del gravamen para que se le indemnice plenamente.

6.2.1.3 Situación del acreedor hipotecario frente a otros

que adquiere acreedores.— Cuando varios acreedores persiguen la cancelación de créditos mediante el ejercicio de acciones reales o personales sobre bienes de un deudor común surgen conflictos por la contraposición de intereses económicos, conflictos que nuestra legislación civil regula de la mejor manera posible, tratando de conseguir la armonía social. Es así como el Art. 2488 del Código Civil dispone que las obligaciones personales facultan al acreedor para perseguir ejecutivamente los bienes del deudor. Son obligaciones personales reales, que facultan a los acreedores para solicitar la venta de los bienes del ejecutado en pública subasta y obtener el pago de los créditos.

Cuando el producto de la venta es insuficiente para cubrir los créditos se aplica la regla del prorrateo, teniendo en cuenta el valor de cada uno según lo dispuesto por el Art. 2492 ibidem. En este caso no hay preferencia entre uno y otro créditos personales, están en un plano de igualdad frente a la ley civil. Esta es la diferencia substancial en relación con los créditos hipotecarios o garantizados con hipoteca, por cuanto éstos gozan del derecho de preferencia, en el sentido de que mediante el ejercicio de la acción hipotecaria, se pagarán de preferencia a los personales. La preferencia en el pago es la característica fundamental de la hipoteca, constituye la seguridad del acreedor, quien no tiene que preocuparse por otras obligaciones

que adquiera el deudor, siempre y cuando el valor real de la finca sea suficiente para el pago de su crédito.

Otra situación se presenta cuando un bien inmueble se encuentra gravado con varias hipotecas, y los acreedores ejercen la acción hipotecaria, en este evento opera el principio de la prioridad, mediante el cual las hipotecas anteriores prefieren a las posteriores de acuerdo a la fecha de inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos, Si se inscriben en una misma fecha varias hipotecas, entonces debe tenerse en cuenta el orden de la inscripción, según lo dispuesto por el Art. 2499 ibidem.

Así como el bien inmueble en sus distintos cambios jurídicos, de esta manera, un tercer poseedor puede adquirir un bien gravado con hipoteca sin ser deudor principal, pero acepta el gravamen, se tramita la hipoteca pero no necesariamente la deuda. Al respecto suelen presentarse varios eventos, así:

- 1.) Transmisión de la hipoteca sin transmisión de la deuda e inversa, que una persona adquiere la calidad de tercer poseedor pero no la de deudor. Esto sucede cuando se extingue la propiedad del constituyente, mas no la hipoteca, cuando el deudor hipotecario enajena el inmueble y cuando se hipoteca un inmueble en garantía de deuda ajena. Aplicando lo dispuesto por el Art. 2454 de nuestro Código Civil, los adquirentes de inmuebles gravados con hipoteca no están obligados personalmente a ser que se encuentre estipulado expresamente.

VII. MODIFICACIONES QUE PUEDE SUFRIR LA HIPOTECA

Las modificaciones que puede sufrir la hipoteca son: 1) Cambio de deudor; 2) Cambio de Acreedor; 3) Modificación del crédito; 4) Cambio del inmueble hipotecado, y 5) Cambio del derecho hipotecado.

7.1 Cambio del deudor. - La hipoteca es un gravamen constituido sobre inmuebles en garantía de un crédito, por lo cual su existencia y validez dependen de éste, sin embargo, tiene cierta autonomía por ser un derecho real que sigue al bien inmueble en sus distintos cambios jurídicos, de esta manera, un tercer poseedor puede adquirir un bien gravado con hipoteca sin ser deudor principal, pero acepta el gravamen, se transmite la hipoteca pero no necesariamente la deuda. Al respecto, suelen presentarse varios eventos así:

- 1.) Transmisión de la hipoteca sin transmisión de la deuda o sea, que una persona adquiere la calidad de tercer poseedor pero no la de deudor. Esto sucede cuando se extingue la propiedad del constituyente, mas no la hipoteca, cuando el deudor hipotecario enajena el inmueble y cuando se hipoteca un inmueble en garantía de deuda ajena. Aplicando lo dispuesto por el Art. 2454 de nuestro Código Civil, los adquirentes de inmuebles gravados con hipoteca no están obligados personalmente a no ser que se encuentre estipulado expresamente.

2.) Transmisión de la hipoteca con transmisión de la deuda, sin extinción de ella; el tercer poseedor o tercer adquirente de la propiedad se obliga a pagar la deuda respaldada con hipoteca, pero es necesario que acepte el acreedor. Si así fuere, el antiguo deudor deja de ser propietario del inmueble, pero todavía sigue siendo deudor hasta que el nuevo deudor, o sea, el adquirente cancela la obligación, aceptada voluntariamente por él.

3.) Transmisión de la hipoteca, de la deuda y extinción de la anterior, esta sucede por causa de muerte, ya que los herederos adquieren los bienes del causante y las deudas hereditarias; también sucede por convención, o sea, que el deudor enajena el bien y el adquirente se compromete a cancelar la deuda, con consentimiento del acreedor.

4.) Aceptación de deuda ajena sin transmisión del gravamen; un tercero se compromete a cancelar deuda ajena con aceptación del acreedor hipotecario, sin haber adquirido el bien hipotecado.

7.2 Cambio de acreedor.— El cambio de acreedor en la hipoteca se presenta cuando hay cesión del crédito ya que al tener del Art. 1964 de nuestro Código Civil, la cesión del crédito implica sus fianzas, privilegios e hipotecas, o sea que se tramite la hipoteca a un tercero (el cesionario). Para la cesión del crédito hipotecario es necesario

la entrega al cesionario de la escritura que contiene el contrato de hipoteca, con una nota de traspaso en el margen, de lo contrario no produce efectos entre cedente y cesionario. Para los efectos entre el cesionario y el deudor es necesario la notificación de aquel a éste o la aceptación del deudor.

Como puede verse no es necesario para el cambio de acreedor en el contrato hipotecario cuando se trata de cesión del crédito nueva escritura lo que si fuera así haría más dispendioso y complicado el trámite de cesión del crédito hipotecario.

También se opera el cambio de acreedor en la hipoteca por la muerte de éste y por subrogación, en caso de muerte del acreedor hipotecario la hipoteca y el crédito son adquiridos por los herederos dividiéndose éste si son varios, pero la hipoteca no por ser indivisible.

Por la subrogación se traspasan al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo acreedor (Art. 1670 de nuestro Código Civil), es decir, que se transmite al subrogatario el crédito y la hipoteca.

7.3 Modificaciones del crédito.— El importe del crédito sufre modificaciones que lógicamente influyen en el contrato de hipoteca. Es así como la disminución del crédito afecta a la hipoteca ya que un inmueble en ningún caso puede responder por un importe superior

judicial una cuota o parte de la co-propiedad, pues de una hipoteca al del crédito. Asimismo, no todos los aumentos en el importe del crédito quedan protegidos por la hipoteca, solamente los siguientes: Los intereses pactados en la escritura pública; los intereses moratorios y los gastos judiciales de cobranza del crédito.

7.4 Cambio del inmueble hipotecado.- El inmueble hipotecado puede recibir aumentos por mejoras, por cosas accesorias o puede aumentar su valor por causas naturales o artificiales, todos esos aumentos se incluyen en la hipoteca.

7.5 Cambio del derecho hipotecado.- Se produce el cambio del derecho gravado con hipoteca cuando se extingue la propiedad en el constituyente del gravamen por nulidad, cumplimiento de una condición resolutoria, etc., causales de extinción que deben ser desconocidas por el acreedor para que la hipoteca siga vigente, en cambio, si se comprueba que era conocida la causa consignada por aparecer en los títulos, entonces la hipoteca también se extingue, hay un ejemplo clásico que traen los tratadistas y es el de la propiedad fiduciaria, si se extingue la propiedad del constituyente se extingue la hipoteca.

Cuando se hipoteca la co-propiedad sufre cambios el derecho hipotecado si se realiza luego una partición o división y se ad

judica una cuota o parte de la copropiedad, pues de una hipoteca que comprende el todo se pasa a una parte de la misma.

Las causas de extinción de la hipoteca aparecen consignadas en el Art. 2157 de nuestra Codificación Civil así: a) Por extinción de la obligación principal a la que está o garantiza la hipoteca. b) Por la resolución del derecho del acreedor. c) Por el evento de la condición resolutoria. d) Por la llegada del día hasta el cual fue constituida. e) Por la acción que el acreedor acordare en escritura pública de por sí o con rúbrica al margen de la inscripción respectiva.

Es necesario distinguir entre extinción y cancelación de la hipoteca. La primera se produce por cualquiera de las causas anteriores, la cancelación se produce después de extinguida la hipoteca. La cancelación de la hipoteca se lleva a cabo en una escritura pública que debe inscribirse en la oficina de registro de Instrumentos Públicos, debiéndose antes la cancelación en la matrícula del inmueble, a constitución de la hipoteca hipotecaria. Al acreedor hipotecario le corresponde la extinción de la hipoteca una vez extinguida por una cualquiera de las causas; excepcionalmente pueden cancelar la hipoteca los herederos del acreedor hipotecario y el acreedor hipotecario cuando se hubiere liquidado la herencia, o el acreedor tal vez con los herederos, para ello deberá haberse inscrito el Decreto 200 de 1979.

VIII. EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

Las causales de extinción de la hipoteca aparecen consignadas en el Art. 2457 de nuestra Codificación Civil así: a) Por extinción de la obligación principal a la que accede o garantiza la hipoteca. b) Por la resolución del derecho del constituyente. c) Por el evento de la condición resolutoria. d) Por la llegada del día hasta el cual fue constituida, y e) Por la cancelación que el acreedor acordare en escritura pública de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva.

Es necesario distinguir entre extinción y cancelación de la hipoteca. La primera se produce por cualquiera de las causales anteriores, la cancelación se produce después de extinguida la hipoteca. La cancelación de la hipoteca se lleva a cabo en otra escritura pública que debe inscribirse en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, debiéndose anotar la cancelación en la matrícula del inmueble, a continuación de la inscripción hipotecaria. Al acreedor hipotecario le corresponde la cancelación de la hipoteca una vez extinguida por una cualquiera de las causales. Excepcionalmente pueden cancelar la hipoteca todos los herederos del acreedor hipotecario y el cónyuge sobreviviente, cuando no se hubiere liquidado la sucesión, o el crédito no se hubiere adjudicado, para ello deberán probar la calidad de tales con los documentos respectivos al tenor del Art. 51 del Decreto 980 de 1970.

dad.

Creo que también constituyen causales de extinción de la hipoteca las siguientes: La no inscripción de la hipoteca en el registro dentro del término legal de los 90 días, según lo exige el Art. 32 del Decreto 1250 de 1970; por la no inscripción de la hipoteca dentro del término legal, ésta se convierte de derecho real en derecho personal o de crédito, quedándole al acreedor la facultad para ejercer la acción ejecutiva y perseguir los bienes del deudor hipotecario en caso de incumplimiento del crédito que se pretendió asegurar con hipoteca. En este caso el ejercicio de la acción hipotecaria es ineficaz ya que el título hipotecario carece de un requisito sustancial, o sea el del registro legal.

Al respecto nuestra Corte ha dicho en sentencia de casación de 5 de septiembre de 1911, G. J., T. XX, Pag. 264 lo siguiente: "Si la escritura de un crédito garantizado con hipoteca no se registra en el libro de anotaciones de hipotecas, la emisión implica solamente que el acreedor carece de la acción real hipotecaria, mas no de la acción personal inherente al crédito".

Por confusión también se puede extinguir la hipoteca, cuando se reúne en una misma persona la calidad de propietario y la de acreedor hipotecario ya que nuestro Código Civil no admite la constitución de hipoteca sobre cosa propia. Al respecto la Corte dijo: "Se extingue por confusión el derecho real de hipoteca

por el hecho de que la finca hipotecada llegue a ser propiedad del acreedor hipotecario". (Casación, de 22 de noviembre de 1895, XI, 196).

Igualmente constituyen causales de extinción de la hipoteca el celebrarse por un menor o incapaz o por una persona declarada interdicto por disipación, se extingue también la hipoteca celebrada sobre bienes del deudor sometidos a concordato preventivo previo. Todas estas últimas causales indican que el acto es nulo y por consiguiente conllevan la extinción del mismo.

Nuestra Corte en su sentencia de casación de 26 de noviembre de 1935 XLIII, 390 dijo: "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 misma escritura cual fue la persona que le hizo el pago. Este punto puede establecerse por cualquier medio probatorio".

Y al hablar de la extinción de la hipoteca como consecuencia

de la resolución del derecho de propiedad del hipotecante en Au-
to de 8 de abril de 1918, G. J., T. XXXVI, Pag. 286 nuestra Cor-
te dijo: "Para que la resolución de una venta por no haberse pa-
gado el precio pueda extinguir la hipoteca constituida por el
comprador a favor de un tercero, es preciso que el acreedor hi-
potecario sea demandado conjuntamente con el comprador, a efec-
to de que el fallo se decreta no sólo la resolución del contra-
to de venta, sino también la resolución de la hipoteca. El a-
creedor hipotecario no puede ser privado de su derecho sin ha-
ber sido oído y vencido en juicio".

no se habla de pesos, sino
de unidad de valor constante, que varía de acuerdo al costo de
la vida.

Las palabras poder adquisitivo, hacen relación principalmen-
te al dinero en cualquier parte del mundo, de ser usado, ya
sea por mercancías, por alimentos o por otros artículos, por ca-
usa o por automóvil. Este sistema va variando a medida que va
cambiando la economía familiar, en causa de las inflaciónes mon-
tarias, con el fin de obtener mayores utilidades o fomentar el
ahorro o sea el ahorro de intereses de intereses, estipula-
ción prohibida por el Art. 2305 de nuestra Constitución Civil.
Pero de lo que se trata en el campo jurídico relacionado al con-
trato de hipoteca, la norma que se aplica es la misma que se ha
venido aplicando en otras instituciones crediticias con autori-
dad, aplicando el sistema, el Art. 30. del Decreto 1132 de 19

IX. LA HIPOTECA CON VALOR CONSTANTE

El contrato "UPAC" es nuevo en la vida jurídica por el valor o modalidad de valor constante, o sea por medio de la creación de UPAC, que significa unidad de poder adquisitivo constante, pero en sí, se rige por las normas del Código Civil, común y corriente como el contrato de hipoteca. Este fenómeno jurídico que ha hecho es aumentar el costo de la vida. Esta "estafa legalizada", como la llaman algunos fue creada por los Decretos 677 y 678 de 1972, que fueron el cimiento para la creación de UPAC, como institución jurídica, donde ya no se habla de pesos, sino de unidad de valor constante, que varía de acuerdo al costo de la vida.

Las palabras poder adquisitivo, hacen relación principalmente al dinero en cualquier parte del mundo, de ser cambiado, ya sea por mercancías, por alimentos o por otros artículos, por casa o por automóvil. Este sistema va variando a medida que va cambiando la canasta familiar, es causa de las inflaciones monetarias, con el fin de obtener mayores utilidades o fomentar el endeudamiento o sea el cobro de intereses de intereses, estipulación prohibida por el Art. 2235 de nuestra Codificación Civil. Pero de lo que se trata en el campo jurídico relacionado al contrato de hipoteca, la norma que se aplica es la misma que se ha venido aplicando en otras instituciones crediticias con anterioridad, aplicando el sistema, el Art. 3o. del Decreto 1132 de 19

sados en UPAC, cuyo plazo de amortización no podrá exceder de quince años, y b) Una tasa de interés efectiva del ocho por ciento (8%) anual para los créditos a constructores, expresados en UPAC, cuyo plazo de amortización será igual al programado inicialmente para la construcción y seis meses más." Si esto fuera así no existiera problema, el fenómeno jurídico es el cambio constante del valor del peso, con lo cual se fomenta el arietismo y se crea las inflaciones constantes para tener mayor volumen de capital, y obtener las excesivas ganancias.

La norma anterior está en contraposición con el Art. 1617 de nuestro Código Civil, en donde se prohíbe las prerrogativas que traen ciertas normas que reglamenta UPAC para efecto de cobrar la obligación que se le ha incumplido a la institución crediticia de valor constante, en este caso creo debe aplicarse la norma del Código Civil, pues está vigente y es favorable al deudor hipotecario.

La forma o tratamiento que actualmente se le viene dando a los contratos de hipoteca por parte de las corporaciones de ahorro y vivienda, aplicando la unidad de poder adquisitivo de valor constante, es a mi parecer antijurídica, pues él va aumentando de acuerdo al costo de la vida, produciendo de esta manera la inflación monetaria; además imponiendo forzosamente a circular un tipo de moneda en nuestro medio y depreciando la moneda que es el "peso" y aumentando el valor adquisitivo del dólar.

52 que da prevalencia al Banco Central Hipotecario.

El Art. 2o. del Decreto 1229 de 1972 se refiere al principio de valor constante para ahorros y préstamos, dice: "Para los efectos previstos en el Art. 1518 del Código Civil, tanto en los contratos sobre constitución de depósitos de ahorro entre los depositantes y las Corporaciones de Ahorro y Vivienda como en los contratos de mutuo que éstas celebren para el otorgamiento de préstamos, se estipulará expresamente que las obligaciones en moneda legal se determinarán mediante la aplicación de la equivalencia de la unidad de poder adquisitivo constante".

Dicha norma se refiere al contrato de mutuo que celebre la Corporación de Ahorro y Vivienda. Si habla de mutuo está dando a entender que se trata de préstamos de consumo, donde una de las partes entrega cierta cantidad de cosas fungibles para que la otra le devuelva otras tantas del mismo género y cantidad. La cosa fungible significa mueble, por ello jamás podrá ser aplicada al contrato de hipoteca ya que éste versa sobre bienes inmuebles.

El Art. 10 del decreto citado dice: Las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, para sus operaciones, cobrarán las siguientes tasas de interés, y otorgarán los siguientes plazos: a) Una tasa de interés efectiva del siete y medio por ciento (7 1/2%) anual, aplicable a los créditos individuales hipotecarios, expre-

X. CONCLUSIONES

lar.

1.) El contrato de hipoteca está clasificado dentro de los de garantía siendo quizá el más importante de ellos. El sistema empleado por UPAC y que se encuentra estipulado en todo contrato de hipoteca comprende: a) Intereses sobre capital; b) Intereses sobre la corrección monetaria; c) Intereses sobre la deuda expresada en unidad de poder adquisitivo constante UPAC; d) Intereses en moneda legal colombiana; e) Intereses por sistema de amortización gradual; f) Los intereses dentro del plazo de mensualidades sucesivas en caso de mora en el pago. Como puede verse los intereses son excesivos en el sistema de las UPAC, sistema que viola lo dispuesto por el Art. 1617 en concordancia con el 2235 de nuestro Código Civil. Además el Art. 1526 dice: "Los actos o contratos que la ley declara inválidos no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad". y el Art. 1523 ibidem dice: "Hay asimismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes". De estas disposiciones puede concluirse que el contrato celebrado por el sistema UPAC es inexistente por ser contrario a la ley.

5.) El contrato de hipoteca es solemnario y público, pues necesita para su perfección celebrarse por escritura pública que debe llevarse al registro correspondiente. Esta característica es una virtud del contrato de hipoteca al igual que del con-

X. CONCLUSIONES

- 1.) El contrato de hipoteca está clasificado dentro de los de garantía siendo quizá el más importante de ellos.
- 2.) La hipoteca es un derecho real, accesorio e indivisible, que recae en un inmueble individualizado o singularizado, el cual continúa en poder del constituyente, de hecho tiene su fuente en un contrato solemne y público, el que se celebra para garantizar el cumplimiento de una obligación, en el cual queda ampliamente facultado el acreedor para realizar o hacer vender el inmueble y pagarse con esos dineros el crédito con preferencia a los demás acreedores.
- 3.) El contrato de hipoteca es accesorio por cuanto se celebra para garantizar o asegurar el cumplimiento de obligaciones nacidas del contrato a que accede.
- 4.) La obligación que nace del contrato hipotecario es indivisible y solidaria, por cuanto puede hacerse efectiva a cualquiera de los deudores que aparezcan en el contrato y tiene preferencia para efectos del pago del crédito del acreedor hipotecario.
- 5.) El contrato de hipoteca es solemne y público, pues necesita para su perfección celebrarse por escritura pública que debe llevarse al registro oportunamente. Esta característica es una virtud del contrato de hipoteca al igual que del con-

trato de compraventa de inmuebles.

6.) Como todo contrato el de hipoteca necesita, para su validez jurídica que la persona que lo celebra sea capaz, que consienta en dicho acto, que su consentimiento no adolezca de vicios, que el contrato recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita. Es decir que reúna los requisitos generales de todo contrato.

7.) Los derechos susceptibles de hipotecarse son el de propiedad y el de usufructo sobre bienes inmuebles.

8.) Es posible jurídicamente la hipoteca de cosa ajena con la condición de que el tradente adquiriera con posterioridad a la celebración del contrato el dominio o propiedad de la cosa, y el nuevo propietario adquiere la propiedad con el gravamen hipotecario.

9.) La extinción o pérdida del derecho que hipoteca el constituyente, como titular del mismo, hace que también se extinga la hipoteca, sin perjuicio de los derechos del acreedor hipotecario de buena fe.

10.) La hipoteca de cosa común antes de la división es permitida por nuestra legislación civil, pero una vez hecha la división, la hipoteca solo afectará a los bienes que se adjudiquen al deudor hipotecario, de lo contrario caducará la hipoteca.

11.) La hipoteca no solo comprende el bien en sí, sino lo que

produzca por concepto de arriendo, las indemnizaciones debidas por los aseguradores del bien hipotecado y además, comprende los bienes muebles que por accesión y adhesión se reputan bienes inmuebles y también los aumentos y mejoras que reciba la cosa.

12) Los bienes futuros pueden ser objeto de hipoteca siempre y cuando sean determinados. Pero el acreedor solo tendrá derecho de hacerla inscribir a medida que el deudor vaya adquiriendo los bienes inmuebles.

13) Al deudor constituyente de hipoteca le está permitido volver a hipotecar e incluso enajenar el bien hipotecado. Pero el nuevo acreedor hipotecario adquiere hipoteca de segundo grado y el nuevo propietario adquiere la propiedad con el gravamen hipotecario. El primer acreedor hipotecario tiene el derecho de preferencia sobre los demás.

14) Si bien el deudor hipotecario conserva sobre la cosa hipotecada los atributos de la propiedad, tiene sus limitaciones, por cuanto nuestro Código Civil protege los derechos del acreedor otorgándole a éste ciertos derechos, que atañen a la conservación del inmueble y al cumplimiento inmediato de la obligación asegurada o al cambio de garantía.

15) La acción jurídica que nace del incumplimiento de las obligaciones adquiridas con el contrato hipotecario es de

carácter real, mediante ella el acreedor hipotecario persigue la realización del valor del bien hipotecado para obtener el pago de su crédito preferentemente a los demás. ABC, Bogotá,

16) El sistema de las "UPAC" utilizado por algunas entidades crediticias de ahorro y vivienda en cuanto a contratos hipotecarios está en contraposición con el régimen civil ordinario, pero nuestra legislación civil debe primar sobre los decretos que crearon el sistema de las unidades de valor constante.

17) Finalmente, el régimen del sistema "UPAC" es ilegal por cuanto permite el cobro de intereses de intereses prohibido por nuestra legislación civil y además, es un atentado contra la economía nacional porque fomenta las inflaciones monetarias y aumenta el poder adquisitivo del dólar.

Segunda Edición, Editorial TEMIS Ltda. Bogotá Colombia, 1972.

Código de Procedimiento Civil, compilado por Jorge Ortega Torres, Segunda Edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 1972.

Competencia Civil de la Corte Suprema de Justicia.

BIBLIOGRAFIA

- 1.-) MORALES M. Hernando, "Curso de Derecho Procesal Civil", Parte General, 6a. Edición, Editorial ABC, Bogotá, 1973.
- 2.-) PEREZ VIVES Alvaro, "Teoría General de las Obligaciones", Volumen IV, Parte Tercera, De Las Garantías Civiles, (hipoteca, prenda y fianza), Editorial TEMIS, Bogotá, 1959.
- 3.-) VALENCIA ZEA Arturo, "Derecho Civil", Tomo II, Derechos Reales, Cuarta Edición, Editorial TEMIS, Bogotá 1974.
- 4.-) Código Civil Comentado, compilado por Jorge Ortega Torres Duodécima Edición Actualizada, Editorial TEMIS, Bogotá, 1977.
- 5.-) Código de Comercio, compilado por Jorge Ortega Torres Séptima Edición, Editorial TEMIS Ltda. Bogotá Colombia, 1979.
- 6.-) Código de Procedimiento Civil, compilado por Jorge Ortega Torres, Segunda Edición, Editorial TEMIS, Bogotá, 1972.
- 7.-) Jurisprudencia Civil de la Corte Suprema de Justicia.

AN		No. del Carnet
T	17479	
D346.6		
R894	Ruano Villota, Carlos A.	
Ej.1.	El contrato de hipoteca	
NOMBRE <i>Francisco Estupiñán</i>		VENCE
No. del Carnet <i>5'239.530.</i>		
NOMBRE <i>WILFARDO TERAN</i>		
No. del Carnet		

AN
T
D346.6
R894
Ej.1.

17479