

BERNARDO TORO

Algo sobre  
**LA HIPOTECA**

**TESIS**

PARA OBTENER EL  
TITULO DE DOCTOR EN  
DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



## Informe del Presidente de Tesis.

Señor Rector de la Escuela de Derecho.

Pte.

Por haberme hecho el honor de nombrarme Presidente de Tesis el Señor Bernardo Toro, he hecho un estudio detenido del trabajo que él presenta con el título de "Algo sobre hipoteca". Ese trabajo estudia algunas faces de las múltiples que presenta el contrato accesorio de Hipoteca y está elaborado concisa y metódicamente y con la convicción que da el estudio atento de las disposiciones legales pertinentes comparado con la interpretación que a ellas ha dado nuestra más alta Corte de Justicia.

Estimo, pues, que debe aprobarse la Tesis del señor Toro, al cual doy un voto de aplauso por el mencionado trabajo

Medellín, Octubre 30 de 1.922.

CLIMACO A. PALAU

Profesor de la Escuela de Derecho



## HIPOTECA

El Artº. 2432 de nuestro Código Civil, da la siguiente definición:

«La hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.»

Es la *hipoteca* una caución, una seguridad que el deudor constituye para garantía de su acreedor. Es un verdadero contrato, porque éste, según el Artº. 1495, *es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.*

Desde luégo se comprende que es un contrato accesorio, porque éste, según el Artº. 1499 es el que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal; de manera que no pueda subsistir sin ella.

Estas condiciones las reúne el contrato de hipoteca

Es también un contrato unilateral puesto que el acreedor no contrae obligación alguna. Se requiere su consentimiento, su aceptación, pero esta condición es necesaria para todos los contratos.

Es contrato unilateral, puesto que el acreedor hipotecario no adquiere jurídicamente este nombre, sino cuando ha cumplido el contrato principal por su parte; no cumpliendo, de hecho es nula la *hipoteca*, como sucedería si quien va a constituirse deudor, asegurando con *hipoteca*, constituye ésta en la creencia, de que una vez constituida se, le entregará el dinero, objeto del mutuo, o la cosa, materia de la venta, y la parte contratada no cumple; no existiendo la obligación principal, desaparece la accesorio, la *hipoteca*; y de una manera legal, a pesar de otorgada la escritura de hipoteca, no ha tenido vida jurídica el contrato unilateral.

El Dr Fernando Vélez dice de contrato de *hipoteca*:

*Por su naturaleza es gratuito pero no vemos inconveniente en que el tercero que grave un inmueble para seguridad de deuda ajena. (Artº. 2439, inciso 2º.) convenga con el deudor en alguna remuneración por el servicio que le presta.*

El contrato de HIPOTECA es gratuito, porque sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes.

En cuanto el párrafo anterior del Dr. Vélez, cabe considerar que en tal caso existen tres contratos:

1º El contrato ACCESORIO, dependiente del principal que se celebra entre quien tomará el carácter de acreedor y el que se constituirá deudor, según el cual éste se obliga a que un tercero garantizará el cumplimiento de su obligación con una HIPOTECA. Hablo en estos términos, porque en un caso

semejante, mientras no se cumpla el contrato accesorio, no se cumplirá el principal; no nacen, hasta tanto, las condiciones jurídicas de acreedor y deudor; porque, en un contrato de mutuo con HIPOTECA, por ejemplo, si la parte que recibe el dinero, objeto del mutuo, no otorga la HIPOTECA, puede la contraria pedir la resolución del contrato.

Bien claro es le Art.º 1546:

En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

2.º El contrato celebrado entre el deudor y el tercero, para que este constituya la HIPOTECA, en favor del acreedor. Este contrato, será también gratuito por su naturaleza, de manera que no puede el tercero, si nada se ha estipulado, cobrar ninguna cantidad por el servicio que presta, por más importante que él sea.

Ahora, en caso de estipularse una remuneración, este contrato sería conmutativo o aleatorio?

A primera vista podría considerarse como aleatorio diciéndose que existía «una contingencia incierta» de pérdida o ganancia» pues si el deudor cumple su obligación, el tercero que constituyó la Hipoteca, sale ganando su remuneración; y en el caso contrario, como tiene que cubrir la deuda, sale perdiendo pues tendría que soportar la acción real; la personal, sólo en caso de previa estipulación.

La expresión «Contingencia incierta», no es correcta; es un pleonismo; con una sola de tales palabras basta.

Art.º 2454 del C. Civil:

El que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena, no se entenderá obligado personalmente si no se hubiere estipulado.

Sea que se haya obligado personalmente, o nó, se le aplicará la regla del artículo precedente.

La fianza se llama hipotecaria cuando el fiador se obliga con hipoteca.

La fianza hipotecaria está sujeta en cuanto a la acción personal a las reglas de la simple fianza.

Pero se replica que el tercero perjudicado, tendría contra el deudor acción para que lo indemnizara, en los mismos términos que la tendría el fiador en los del Art.º 2395:

El fiador tendrá acción contra el deudor principal, para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos, aunque la fianza haya sido ignorada del deudor.

Tendrá también derecho a indemnización de perjuicios, según las reglas generales

Pero no podrá pedirle reembolso de gastos inconsiderados, ni de los que haya sufrido antes de notificar al deudor principal la demanda intentada. Contra dicho fiador.

La acción del tercero contra el deudor, sería en término

generales la personal; tendría la real en caso de que el deudor hubiera constituido a su vez hipoteca o prenda en favor del tercero, para garantizarle los riesgos que corre al asegurar su deuda con hipoteca. Esto en caso de que teniendo el deudor bienes inmuebles, no aceptase el acreedor hipoteca sobre ellos, considerando más seguros los del tercero, y rechazando la hipoteca sobre los del deudor, por considerar insuficiente su valor; por su situación, gravámenes, etc. en cuyo caso constituyera el tercero la hipoteca aceptando para su seguridad la hipoteca que rechazó el acreedor sobre los bienes del deudor.

3.º El contrato celebrado entre el tercero y el acreedor, garantizándole con hipoteca, el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Contrato gratuito, porque sólo va en utilidad del acreedor, aceptando el tercero el gravamen.

La hipoteca es un contrato conmutativo. Para ver claramente esta condición de la hipoteca, es preciso fijarse en el contrato principal. Un mutuo, una compraventa, son esencialmente conmutativos; si accesorio a ellos va uno de hipoteca, éste también tiene el carácter de conmutativo. De no serlo habría que clasificarlo como aleatorio: éste lo dijimos ya, consiste en Una contingencia incierta de ganancia o pérdida; y, precisamente para no correr esta contingencia; para asegurar el cumplimiento de la obligación, se constituye la hipoteca; ésta entra a producir sus efectos si no se cumple la obligación principal. Su carácter conmutativo es tan real, que en caso de adelantarse ejecución sobre ella, verificado el remate, se cubre al acreedor; si el producto de tal remate excediere al valor del crédito, tal exceso,—cubiertos también los gastos, por supuesto—se le entrega al dueño del inmueble, a menos que haya tercerías; y caso de que faltare, queda a su cargo el déficit.

Y no obsta que pueda constituirse hipoteca para garantizar una cuota parte de la deuda, porque lo general es que se constituya para garantizar toda la deuda; y aun en el primer caso, es contrato conmutativo, en relación a la cuota parte que se garantiza.

(Art.º 2434). La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública.

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

Art.º 2435 del C. Civil:

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

Tenemos por consiguiente que el contrato de hipoteca es también solemne.

Tratándose de un asunto tan importante y de icado, como la constitución de un derecho real sobre inmuebles; de una limitación a la propiedad raíz, quiere la ley que para que el contrato se perfeccione, se otorgue y registre la escritura; para que el deudor e té informado del gravamen que pesa sobre su inmueble; para que el acreedor esté asegurado en su derecho, y no se le perjudique por medio de artimañas; y para que los terceros que traten con el deudor, en lo referente al predio hipotecado estén al corriente de la hipoteca constituida, y sepán sobre qué bases contratan.

Además, caso de una ejecución establecida por terceros, contra el deudor hipotecario, en la cual se hayan denunciado o presentando para el pago inmuebles hipotecados, garantizan los derechos del acreedor hipotecario los Arts. 239 y 240 de la Ley 15 de 189.

Dicen así:

«Art.º 239. Cuando en el juicio ejecutivo se embargue una finca raíz, esta obligado el ejecutante a presentar, dentro del término que el Juez de la causa le señale, un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos que acredite la libertad de la finca o los gravámenes que tenga».

«Art.º 240.—Si el certificado resultare que la finca está gravada, el Juez ordenará de oficio que se cite personalmente a los acreedores que tengan constituida hipoteca en dicha finca, emplazándolos, para que dentro de un término que prudencialmente fije, comparezcan a hacer uso de su derecho de tercería».

La hipoteca es un derecho en la cosa, y no a la cosa; es *jus un in re*. Por tanto, el acreedor hipotecario, en caso de que su deudor no le cumpla, puede ejecutarlo, para que con el valor del inmueble, hipotecado, que deberá venderse en pública subasta, se le cubra el crédito; no puede pedir que se le adjudique el inmueble; es un derecho análogo al que establece el Art.º 2422 en favor del acreedor prendario, cuando el deudor se ha constituido en mora. Claro está que puede rematar por cuenta del crédito.

Por las razones expuestas en el párrafo anterior no puede entablar el acreedor hipotecario, con tal título, tercería excluyente, sino coadyuvante. (Arts. 215 y 217 de la Ley 105 de 1890).

Por volvamos al Art.º 2434. Vimos que según el inciso segundo de dicho Art.º podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que accede.

Ahora cabe preguntar: Si se verifica un contrato de mutuo o préstamo de consumo, según los Arts. 2221, 2222 y de

más pertinentes del C. Civil, y el deudor, para garantizar el pago del capital con los intereses, constituye en calidad de hipoteca, una casa, en la misma escritura en que se constituyó el mutuo, será necesario hacer dos registros; uno respecto al mutuo en el «Libro de Registro N.º 2.º» y otros respecto al contrato accesorio, en el «Libro de anotación de hipotecas» o bastará con que se registre únicamente la escritura de hipoteca?

Esta última ha sido la opinión de la Corte Suprema de Justicia, fundándose para ello en poderosas razones.

Veamos la Jurisprudencia de la Corte;

«228. El registro de la hipoteca es la anotación de ella en el Libro de hipotecas.

La escritura hipotecaria queda pues registrada por el sólo hecho de anotarse en el Libro de hipotecas.

Pare e que del Art. 2668 resultara un argumento decisivo para sostener que en la constitución de un mutuo con hipoteca, debe verificarse el registro en el libro 2.º y en el de Anotación de hipotecas. Pero es necesario notar la distinción que el Art.º citado establece al decir: «Todo título que verse sobre dos o más actos o contratos que por su naturaleza requieran el registro» etc. Por eso opinó la Corte Suprema lo contrario y en su Jurisprudencia (1886 a 1913), dice:

«3495.—La escritura en que se hace constar un contrato de mutuo con hipoteca queda registrada por el sólo hecho de la anotación en el Libro de hipotecas. No hay necesidad de hacerlo también en el Libro 2.º porque el contrato de mutuo no es de aquellos que por su naturaleza están sujetos a la formalidad de registro. (Casación, 26 Febrero 1891, IV. 356.º 2.ª Casación, Julio 17 de 1891, V.—204, 1.ª)

2315.—La disposición del Art. 2668 del C. Civil se refiere a aquellos actos que necesariamente requieren el registro por la naturaleza de ellos, como la enajenación de bienes inmuebles, la partición de los mismos, los testamentos, la hipoteca, la interdicción judicial, etc. y no se refiere a aquellos que se registran accidentalmente, no por su naturaleza intrínseca, sino por la forma en que se otorgan. No basta que los actos o contratos sean de diversa especie para que deban registrarse en libros diferentes, es necesario que la naturaleza de ellos exija el registro de ellos en distintos libros.

En una ejecución, promovida por el Dr. Vicente M. Azula, contra Vicente Rico Rojas y Ramón Ruiz Quintero, en la cual se utilizó como instrumento ejecutivo una escritura, no inscrita en el Libro de Registro N.º 2.º, los ejecutados propusieron varias excepciones, entre ellas la de nulidad del instrumento ejecutivo; ésta se declaró probada, y

la sentencia fué confirmada por el Tribunal de Tunja; se interpuso por el señor Hermógenes Azula, como heredero de ejecutante, recurso de casación, y en sentencia definitiva, de 26 de Febrero de 1890, publicada en el N.º 196 de la Gaceta Judicial, la Corte revocó la sentencia.

Copiamos la parte principal de su razonamiento;

«... ..El punto controvertido es en substancia: un instrumento público que contiene un contrato de mutuo y la constitución de una hipoteca para seguridad de los derechos del mutuante, debe registrarse para que sea eficaz en el Libro 2.º de registro, por lo que hace al contrato de mutuo?»

El Tribunal Tunja, fundándose en el Art. 5759 del C. Civil del extinguido Estado de Boyacá, igual en el fondo al 2268 del Código Nacional vigente, ha resuelto que «un instrumento semejante debe registrarse, so pena de nulidad, tanto en el Libro 3.º por lo relativo a la hipoteca, como en el libro 2.º por lo que se refiere al contrato de mutuo»

La disposición citada dice así:

“Art. 2668—Todo título que verse sobre dos o más actos o contratos que por su naturaleza requieran el registro en diferentes libros, será registrado en cada uno de tales libros en lo que concierne al respectivo acto o contrato. Si, por ejemplo, el título es relativo a la enajenación de un inmueble y a la constitución de una hipoteca, en lo que concierna a la enajenación del inmueble, se inscribirá en el libro 1.º de registro, y en el libro de anotación de hipotecas, en lo concerniente a la constitución de la hipoteca”.

Resulta de la letra de esta disposición que para que haya necesidad de inscribir el instrumento en dos o más libros, no basta que haya dos actos o contratos; es necesario, además que la naturaleza de esos mismos actos o contratos, requiera el registro en diferentes libros.

Ahora bien: el contrato de mutuo no es de aquellos que por su naturaleza están sujetos al registro, porque ni en el Art. 2652 del C. Civil Nacional, equivalente al 2736 del boyacense, ni en ninguna otra parte del Código se encuentra la prescripción de que este contrato requiera esa formalidad para su perfección. Al contrario, es de los que se consuman por la mera entrega o tradición, sin solemnidad especial. No sucede así con otros contratos o actos como la tradición del dominio de inmuebles, la partición de los mismos, los testamentos, la constitución de servidumbres prediales, los títulos de minas y otros, que necesariamente deben registrarse. Los contratos de mutuo, comodato, arrendamiento y otros muchos, no están sometidos para su validez a esta formalidad. Pueden otorgarse de palabra o por escrito, según su cuantía, y hacerse efectivo sin que haya título registrado.

Si pues a uno de estos contratos accede hipoteca, basta que el título se registre en el Libro de anotación de hipotecas

porque el contrato a que accede la hipoteca no requiere por su naturaleza inscripción en Libro distinto.

Si el texto de ley que se interpreta hubiera de entenderse en el sentido en que lo ha aplicado el Tribunal de segunda instancia, no se comprende por qué motivo el Código al determinar el modo de hacer el registro de la hipoteca, dijo en el Art. 2263, que el registro o anotación de una hipoteca debería contener entre otras cosas:

3.º «La fecha y naturaleza del contrato que accede la hipoteca y el archivo en que se encuentre, y lo que es más significativo:

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

Si la doctrina de la sentencia en cuestión fuera exequible, el Código, en vez de ordenar lo que acaba de expresarse, habría dispuesto que cuando en el título de hipoteca sea determinado el contrato principal, debía citarse el registro de éste en el libro correspondiente, en vez de inscribir ese mismo contrato con la hipoteca.

Nótese, además, que en el sistema de registro adoptado por el Código, se excluye la repetición del contenido del contrato en dos o más libros de una misma oficina. Si pues en la anotación o registro de la hipoteca debe determinarse el contrato a que accede, cuando consta en el mismo título, es claro que no hay necesidad de repetir ese registro en libro distinto, a no ser que el contrato lo requiera por su naturaleza.

Ni es admisible tampoco el argumento de que el contrato de mutuo a que la hipoteca accede, debe registrarse en el Libro 2.º, porque se encuentra en el caso 12.º del Art. 2736 del Código Civil de Boyacá, igual al 1652 del Nacional, supuesto que se trata de un documento otorgado ante Notario, porque, como ya se han visto, le documento queda registrado en el Libro 3.º, con lo cual se cumple la exigencia de la ley; y porque, si semejante razonamiento fuera conforme con el querer del Legislador, había que llegar a esta conclusión: todo documento que pase ante Notario tiene necesariamente que inscribirse en el Libro 2.º, bien sea que contenga uno o más actos o contratos, no precisamente por la naturaleza de estos sino por ser escritura pública, y bien se ve que esto no se compadece con la organización del registro ni con la división de libros, según la materia o naturaleza de los instrumentos.

El contrato de mutuo se inscribe en el Libro 2.º cuando se hace constar en escritura pública que lo contenga sólo en los demás casos no es necesario,

De dar cabida a doctrina que se combate, habría que con-

cluir también que un instrumento, relativo a la simple enajenación de un inmueble, habría que registrarlo en el Libro N° 1° por el traspaso del dominio, y en el segundo por ser documento otorgado ante Notario, lo que es evidentemente insostenible”.

El mismo punto fue tratado por la Corte en sentencia de 17 de Julio de 1890, en recurso de casación interpuesto por Francisco Duarte, respecto a una tercera coadyuvante que éste introdujo en ejecución establecida por Dolores Santos contra Rafael Santos, ante el Juez del Circuito del Socorro quien falló en favor del tercerista; el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Sur en el Departamento de Santander, dictó sentencia revocando la de primera instancia, pero ésta fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia.

Tal sentencia está publicada en el Nro. 234 de la “Gaceta Judicial”.

He creído que se necesita el registro del título en el Libro 2° y en el de registro de Hipotecas, cuando se trata de la constitución de un mutuo con hipoteca.

El argumento presentado por la Corte, y que acabamos de ver, cual es el de que de aceptar tal doctrina habría que admitir que un contrato relativo a la simple enajenación habría que registrarlo en el Libro N° 1° por el traspaso del dominio y en el Libro 2° por ser documento otorgado ante Notario, aparentemente tiene mucha fuerza, pero es de considerar que en este caso se trata de un solo contrato, mientras que en el otro hay dos contratos: el principal, que es el mutuo, y el accesorio que es la hipoteca; que en este caso no es absurdo y en el otro sí, sostener que se necesitan dos registros.

Además, qué razón filosófica, qué motivo jurídico hay para que el contrato de mutuo si se hace constar sólo por escritura haya que registrarlo en el Libro 2°, y si se agrega hipoteca, no?

El contrato de mutuo que consta por escritura, no cambia en lo más mínimo porque se haga constar allí una hipoteca. Su esencia es la misma, su naturaleza es la misma y según lo que dice la Corte Suprema de Justicia, se opera un cambio, una mutación, sin saberse por qué, y en la ciencia del Derecho todo debe tener sus razones, su fundamento filosófico.

En todo caso es más prudente, considero, la inscripción en dos libros.

Dice el al Art. 2653 del Código Civil:

El Registro o Incripción de los títulos traslativos del dominio de bienes raíces, de los constitutivos de hipoteca y demás relativos a inmuebles, expresados en el anterior artículo, se verificará en la oficina de registro del lugar en que el inmueble está situado, y si la situación del inmueble se extendiere a más de un Circuito de registro, se verificará la inscripción en las Oficinas de los Circuitos a que se extien-

de el inmueble.

Si el título fuere relativo a dos o más inmuebles, situado cada uno en diferente Circuito, deberá registrarse en cada una de las Oficinas del Circuito a que respectivamente correspondan los inmuebles.

Respecto a esto dice la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

1826.—Los títulos constitutivos de hipoteca son los que deben registrarse en el lugar de la publicación de las fincas hipotecadas no las transmisiones de ese gravamen, si con ellas no se modifica la hipoteca constituida. Por tanto, si las partes convienen en hacer cesión de un crédito hipotecario por medio de escritura pública, el registro no es necesario hacerlo en el lugar de la ubicación de la finca. (Casación, Julio 17.—1890.—V.—203.—2°.—)

1827.—Con la cesión de un crédito garantizado con hipoteca, no se modifica en nada la hipoteca constituida. (Casación.— Julio 17.—1890.—V.—205.—2°.—)

Ello se debe a que el Art. 2653, ya citado, se refiere a los *Traslaticios del dominio de bienes raíces* y *“a los constitutivos de hipoteca y demás títulos relativos a inmuebles”*, pero no se refiere a las transmisiones de tales títulos; además, por la cesión, se enajena la acción principal, cosa mueble y el título no debe por consiguiente, registrarse sino en el lugar en donde se celebra el contrato.

Al recibir el título del crédito, el cesionario entra en el goce de las fianzas, privilegios e hipotecas que lo aseguran.

El Art. 1964 dice:

*“La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente”*. (Vease la sentencia citada, publicada en el Nro. 234 de la Gaceta Judicial.)

Dice el Art. 2445:

“La hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles, según el Art. 656; pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros.

La hipoteca se extiende a todos los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada”

En primer lugar nótese la mala redacción visible al principio del artículo. *“La hipoteca constituida sobre bienes raíces”* Da a entender que puede constituirse sobre otros que no son raíces. Debería haberse dicho: La hipoteca afecta los muebles que se reputan inmuebles por accesión al bien hipotecado, etc.

Es cierto que puede constituirse la hipoteca sobre navas, pero en tal caso no se relaciona con el asunto en cuestión.

Ahora bien: según el segundo inciso del artículo 2445, es evidente que si el dueño de un inmueble gravado con hipoteca, le introduce mejoras como baños, pisos, techos, etc,

la hipoteca se extiende a ellos. Pero, si la mejora consiste en una nueva extensión de terreno, adyacente, se extenderá a dicho terreno la hipoteca. Desde luego es necesario admitir que es una mejora; porque si el dueño de un inmueble que mide cincuenta metros, compra dos metros más, adyacentes al predio citado, éste se mejora, y según el inciso dicho a estos dos metros se hace extensiva la hipoteca, porque dice categoricamente: «La hipoteca se extiende a todos los aumentos y mejoras», etc. Al decir *todos*, el legislador quiso no excluir ninguno; al decir *todos*, el legislador quiso evitar litigios sobre este punto,

La Corte Suprema de Justicia ha opinado lo contrario. Veamos su jurisprudencia.

1103 —La hipoteca no se extiende a los lotes o terrenos adyacentes adquiridos posteriormente por el dueño de la finca gravada. Por tanto, en caso de que hayan sido embargados an la ejecución hipotecaria, ellos pueden ser desembargados e petición del interesado —(Casación, 30 Abril, 1915.—XXV —14.— 2º.—).

Esta doctrina va directamente contra la letra del Artº. 2445. En cambio interpreta su espíritu. Es indudable que el Legislador, al hablar de «todas las mejoras y aumentos» se refería a las verificadas dentro del inmueble hipotecado. De lo contrario tendríamos que si el dueño de un predio de mil metros lo hipoteca, y después adquiere otro predio adyacente, de diez mil metros de extensión, quedaría incluido también en la hipoteca, lo cual perjudicaría notoriamente a los demás acreedores; y presentaría también obstáculos serios para constituir el adquirente del nuevo predio, hipoteca sobre él, pues se consideraría hipotecado al adquirirlo. Es claro el asunto y no entre en más divagaciones

### INDIVISIBILIDAD

Dice el Artº. 2433:

“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.

Esta condición de ser indivisible la hipoteca, establece un derecho y constituye una garantía para el acreedor, quien tiene derecho a dirigir su acción contra todos los inmuebles hipotecados, aun que uno solo de ellos sea suficiente para el pago; y aunque ejerciendo su derecho en tal forma se perjudiquen acreedores hi-

potecarios cuyos derechos nacieron con posterioridad al suyo.

Por ejemplo, si un individuo adquiere una hipoteca sobre tres fincas diversas, cada una de las cuales vale cinco mil pesos, suma ésta suficiente para cubrir la deuda, intereses y gastos de la ejecución; y si después de constituida esta hipoteca se constituyó otra, sobre una de tales fincas, a favor de un tercero, no puede éste pedir al primero que dirija su acción contra las dos fincas restantes, alegando que son más que suficientes para cubrir su crédito, y que lo perjudica dirigiendo su acción contra las tres; a todo esto, el primer acreedor hipotecario podría replicar que la hipoteca es indivisible.

Si la hipoteca es una limitación a la propiedad, valdrá la hipoteca de cosa ajena?

Podría creerse que sí, pues la venta es la transmisión absoluta de la propiedad, y conforme al Derecho Civil Colombiano, la venta de cosa ajena vale. Según esto, con mayor razón, debería de valer la hipoteca de cosa ajena.

No obstante, no vale; ello se debe a que, según la definición de *hipoteca*, es un derecho constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.

No adquiriendo el acreedor la posesión del inmueble, tampoco podrá verificarse en su favor la prescripción.

Además, según el Artº. 2439, *no podrá constituir hipoteca sobre sus bienes sino la persona que sea capaz de enajenarlos, y con los requisitos necesarios para su enajenación.*

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

Y, por último, como argumento concluyente, citamos el Artº. 2443, que dice:

La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo, o sobre naves. (Inciso 1º.).

Claro y concluyente es el requisito señalado: “se necesita que el inmueble se posea *en propiedad*”.

En cambio, el Artº. 1849, dice:

La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero etc.

Nótese que no requiere este Art<sup>o</sup>. que quien se obligue a dar la cosa, sea el dueño, el propietario de ella. Por consiguiente, si un individuo vende una cosa ajena, y después la adquiere, la compra al dueño anterior, la venta que hizo antes de adquirir la propiedad, es válida.

No sucede lo mismo con la hipoteca: si ésta se constituye por quien no tiene la propiedad, no se valida por el hecho de adquirir luego la propiedad el deudor hipotecario.

Una escritura de venta debe registrarse inmediatamente después de su otorgamiento, para no correr el peligro de que el vendedor, si es de mala fé, verifique una nueva venta cuya escritura se registre primero que la anterior, en cuyo caso la última es la que transfiere el dominio del inmueble. No obstante, en cualquier tiempo puede hacerse el registro. Dentro de los noventa días siguientes al otorgamiento de la escritura, pagando únicamente los derechos, y después de los noventa días, hay que pagar un cincuenta (50%) por ciento de recargo sobre de los derechos fiscales.

No sucede lo mismo con las escrituras de hipoteca.

Si no se hacen registrar dentro de los noventa días siguientes las otorgados en territorio Colombiano, y dentro de los ciento ochenta las otorgados en el Extranjero, no son válidas. [Ley 52 de 1904.—Art<sup>o</sup>.—12].

La *hipoteca* tuvo su origen en el Derecho Romano. En él existían para seguridad de las deudas, el *pignus* y la *hipoteca*; el primero pasó a nuestro Derecho con el nombre de *prenda*.

La *prenda* es un derecho constituído sobre cosas muebles, que quedan en poder del acreedor, para garantía de su crédito.

La *hipoteca* y la *prenda* prestan grandes servicios; cada cual tiene sus ventajas y desventajas. La *prenda* presenta el inconveniente de tener que pasar el objeto

a poder del acreedor, perjudicando así al deudor quien, muchas veces sólo puede contar con los productos de ese objeto para el pago de su deuda, como sucedería con un individuo que no tuviese más que un caballo, y esperase pagar su deuda con los arrendamientos.

La *hipoteca* presenta el inconveniente de no poder constituirse sino sobre inmuebles.

Hacía falta una Ley que reuniese las ventajas de la *prenda* y las de la *hipoteca*.

La Ley "Sobre *prenda agraria*", de Noviembre de 1921, vino a llenar este vacío.

Según ella se puede—digámoslo así--hipotecar muebles. Fue inspirada en altos sentimientos de apoyo a la clase pobre, principalmente a los agricultores.

El contrato de *prenda agraria* puede constituirse por instrumento público o privado, y sólo producirá efectos, con relación a terceros, desde el día de su inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, en los cuales se llevará al respecto un libro especial, llamado "Libro de registro de *prenda agraria*."

Cuando se constituye por instrumento privado, debe hacerse por duplicado.

Puede rezar: sobre máquinas en general, aperos e instrumentos de labranza; animales de cualquier especie y sus productos, así como las cosas muebles destinadas a la explotación rural; los frutos de cualquier naturaleza, sean pendientes, separados de la planta, etc., así como las maderas, producto de la minería y los de industria nacional.

Los Artículos 23, 24 y 25, establecen sanciones penales para el deudor que después de constituir *prenda agraria* sobre sus bienes, disponga de ellos.

La citada ley establece privilegios para el acreedor y derechos que lo ponen a cubierto de fraudes, y por consiguiente un individuo puede hoy dar dinero a interés, asegurado en muebles, con tantas garantías como si se tratara de una *hipoteca*.