

ALGO SOBRE CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

Miguel Moreno Jaramillo

CAPITULO XI DE LA HIPOTECA

Me esfuerzo por dar alcance a la difícil cuestión que encubren estos artículos del código civil:

“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”.

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

Tales normas han dado origen a dos tesis:

Una. — Para que el contrato de hipoteca sea perfecto basta otorgarlo por escritura pública.

Otra. — Para que el contrato de hipoteca sea perfecto no basta otorgarlo por escritura pública sino que además es necesario inscribir dicha escritura en el registro de instrumentos públicos.

—A—

Me parece que no podemos confundir el **contrato** de hipoteca con el **derecho** de hipoteca (arts. 665, 1495, 1499, 2432, 2434, 2435 y 2436 del C. C.).

Entiendo que por el **contrato** de hipoteca **un deudor**, o un tercero que hace este servicio al deudor, se obliga para con el acreedor a constituir, como seguridad de su crédito, el **derecho** de hipoteca sobre una cosa legalmente hipotecable (arts. 665, 1495, 1499, 2413, 2432, 2434, 2435, 2436, 2439; 2443 y 2444 del C. C.).

Y entiendo que en virtud del **derecho** de hipoteca **un acreedor**, en favor del cual se ha afectado, como seguridad de su crédito, una cosa legalmente hipotecable, puede pedir que ésta se venda en pública subasta para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago hasta concurrencia de su crédito; o que, si su valor no excediere de ciento cincuenta pesos, y el juez lo autorizare, se le adjudique por su tasación, sin que se proceda a subastarla (arts. 2422, 2425, 2432, 2448 y 2499 del C. C.).

—B—

En mi sentir, **el contrato de hipoteca se celebra** por escritura pública (art. 2434 del C. C.), y **el derecho de hipoteca se constituye** inscribiendo la escritura en el registro de instrumentos públicos (art. 2435 del C. C.). Dos fenómenos distintos y sucesivos —primero se **contrata** y después se **constituye**— semejantes a la compraventa de inmuebles, causa remota o título, y a su tradición, causa próxima o modo. Semejantes no más. Figuras que en algo se parecen y en mucho difieren (*).

Me parece que por el contrato solemne de hipoteca se obliga el deudor, o el tercero que le hace este servicio, a constituir un derecho real de hipoteca en favor del acreedor, es decir, que el contrato se perfecciona por la escritura y el derecho se constituye por el registro de la escritura.

—C—

Pero esta doctrina, a que tímidamente suscribo, no es la de todos los legistas, como ya lo observé. Algunos, quizá muchos, sostienen la de que el código exige para el perfeccionamiento del contrato de hipoteca dos solemnidades: la escritura y su registro. Se fundan en que, según el artículo 2434, la hipoteca “deberá otorgarse por escritura pública”, y en que, según el 2435, esa escritura, “deberá además ser inscrita en el registro de instrumentos públicos” y “sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su

(*) Excepcionalmente la hipoteca puede constituirse por documento privado, reconocido e inscrito en debida forma. (Véase los decretos extraordinarios números 818 de 1940 y 1369 de 1942 y las leyes 46 de 1939 y 85 de 1946).

fecha sino desde la inscripción". Quienes sostengan esta otra doctrina y no hagan diferencia entre constitución y tradición deben concluir diciendo que el contrato de hipoteca es traslativo como el de renta vitalicia, y, como éste, solemne y real (art. 2292 del C. C.).

—CH—

Creo que la historia fidedigna del establecimiento de la hipoteca en nuestro código civil puede ayudarnos a buscar el verdadero sentido de sus artículos 2434 y 2435, cuyos textos han suscitado el problema a que me estoy refiriendo.

Don Andrés Bello, en el artículo 635 de su **Segundo Proyecto** (1846-1847), definió así:

"635. — La **hipoteca** es un contrato accesorio por el cual se obligan una o más cosas a la seguridad de un crédito, **constituyéndose** (subrayo) al acreedor un derecho real sobre dicha cosa o cosas".

Tal proyecto definió la hipoteca convencional o especial, pero también admitió la legal o tácita o general, que no es contrato y "nace de la lei sola, sin estipulación de las partes" (arts. 638, 639 y 640).

Aquella definición hizo del contrato un título **constitutivo** del derecho real de hipoteca. El contrato, como allí quedó definido, no crea la obligación de constituir el derecho sino que lo constituye por sí mismo. Parecido al de mutuo, que por su propia virtud hace al mutuario dueño de la cosa prestada, y más parecido aún al de renta vitalicia que, simultáneamente solemne y real, con sólo perfeccionarse hace a una de las partes dueña del precio que la otra le entregó (arts. 2221, 2222 y 2292 del C. C.).

Completó ese **Segundo Proyecto** la definición del contrato de hipoteca contenida en el artículo 635, diciendo en el 643:

"643. La hipoteca especial deberá estipularse expresamente i otorgarse por escritura pública... no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces, o sobre naves... deberá además ser anotada por el competente anotador de hipotecas. Sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde el día de la anotación".

Formo una definición de la hipoteca especial, o convencional, o expresa, con lo pertinente de esos artículos 635 y 643 del **Segundo Proyecto** (1846-1847), y me queda así:

"La hipoteca es un contrato en que, por escritura pública registrada, se constituye en favor del acreedor, para la seguridad de su crédito, un **derecho real** de hipoteca sobre uno o más bienes raíces o sobre una o más naves".

Entendido así el **contrato** como título constitutivo de un derecho real, fue lógico el **Segundo Proyecto** al no hablar del de hipoteca de bienes futuros y al prescribir, en su artículo 644, que no podía celebrar este contrato, o sea, constituir hipoteca especial, sino la persona "capaz de enajenar los bienes que se hipotecuen, i con los requisitos necesarios para su enajenación".

Vino el **Tercer Proyecto** del señor Bello (1853) y **directamente no definió el contrato hipotecario sino el derecho de hipoteca.**

Dijo así:

"Artículo 2573. La **hipoteca** es un derecho real, constituido por la lei o por una convención, sobre todos los bienes del deudor o sobre una o más fincas, para la seguridad de una obligación civil".

El mismo **Tercer Proyecto** (1853) estableció las siguientes normas en sus artículos 2600, 2601, 2602 y 2603:

a). La hipoteca convencional o especial deberá estipularse expresamente y otorgarse por escritura pública.

b). Deberá además ser registrada en la oficina de hipotecas y sin este requisito no tendrá valor alguno ni se contará su fecha sino desde la de la anotación o registro.

c). No podrá tener lugar sino sobre bienes raíces, o sobre naves.

ch). No podrá constituir hipoteca especial sobre sus bienes, sino la persona que sea capaz de enajenarlos, y con los requisitos necesarios para su enajenación.

En este **Tercer Proyecto** (1853) el contrato de hipoteca tenía también carácter de **título constitutivo** del derecho real de hipoteca.

Al fin llegó el **Proyecto Inédito** y dijo lo que dice nuestro código civil, que en este punto lo adoptó literalmente a través del código civil chileno:

"La **hipoteca** es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor" (arts. 2573 del Proyecto y 2432 del C. C. C.).

"La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública..." (arts. 2600 del Proyecto y 2434 del C. C. C.).

"La hipoteca deberá además ser inscrita...; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción" (arts. 2601 del Proyecto y 2435 del C. C. C.).

El **Proyecto Inédito** (y nuestro código que en este punto lo acoge) no define el contrato sino el derecho. Me parece que cuando exige escritura pública inscrita, so pena de invalidez, no se refiere a la celebración del contrato sino a la constitución del derecho.

Don Manuel Montt, presidente de Chile, en su mensaje al congreso, fechado el 22 de noviembre de 1855, para recomendarle la adopción del proyecto de código civil, dice así:

“La transferencia y transmisión de dominio, **la constitución de todo derecho real**, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, **exige una tradición**; y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros **existencia alguna**” (he subrayado).

—D—

Creo que no carecen de importancia las siguientes observaciones:

Nuestro código habla de “contratos hipotecarios celebrados fuera de la República o de un Territorio”, y dice que “**darán hipoteca** sobre bienes situados en cualquier punto de ella o del respectivo Territorio, con tal que se inscriban en el competente registro” (subrayo). Así me parece que distingue el **contrato** de hipoteca de la **constitución** del derecho de hipoteca (art. 2436 del C. C.).

La hipoteca (entiendo el contrato) “de bienes futuros sólo da al acreedor el derecho de hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor **adquiera** en lo sucesivo, y a medida que los **adquiera**”. Yo diría **el hipotecante**, en vez de, “el deudor”, porque puede haber sido un tercero quien celebró el contrato de hipoteca con el acreedor. El contrato de hipoteca de bienes futuros vale; pero el derecho de hipoteca no se adquiere sino a medida que se vaya haciendo la inscripción (arts. 2439 y 2444 del C. C.).

Los “títulos constitutivos de hipoteca” (entiendo los contratos) sólo podrán registrarse (entiendo constituirse los derechos reales) dentro de ciertos términos (arts. 4º, 10 y 12 de la Ley 56 de 1904).

Prescribe el artículo 2436 del código civil que los contratos hipotecarios “darán hipoteca”. Así en futuro, “darán”, o sea, obligan a dar, como la compraventa que **no da** sino que “obliga a dar”. El contrato hipotecario no da, no constituye, derecho real de hipoteca. Esto no ocurre sino cuando la escritura pública que lo contiene queda oportunamente inscrita en el competente registro, así como el de venta de inmueble no da, no tradita, el derecho real de dominio sino por el registro, en el libro número 1º, de la

escritura pública que lo contiene (arts. 756, 2436 y 2641, numerales 1º y 3º, del C. C. y arts. 4º y 12 de la ley 56 de 1904). Ejemplo de un contrato que da, no simplemente que dará, es el mutuo, a causa de que por él una de las partes “entrega a la otra”, le tradita; la cosa fungible materia de la convención (arts 2221 y 2222 del C. C.).

Hallo aceptable la tesis de Bernardo Echeverri sobre validez del **contrato** de hipoteca de cosa ajena y sobre invalidez de la **constitución** del derecho de hipoteca en cosa ajena, diferencia que dicho autor explica diciendo: “Quien celebra un contrato accesorio de hipoteca puede hacerlo sobre un bien propio o sobre un bien ajeno. Pero al constituir el gravamen hipotecario, lo cual se verifica por medio de una escritura pública debidamente registrada, no puede hacerlo sino sobre bienes propios”. (“El concepto de enajenación a través del código civil colombiano”, pág. 25).

Es entre nosotros frecuente el caso de que cuando en un contrato de compraventa de inmueble se da al comprador plazo para el pago del precio o de una parte del precio, el deudor declare en la misma escritura que hipoteca a su acreedor el mismo inmueble que por ella compra, es decir, una cosa ajena, puesto que el solo contrato no le ha transferido el dominio de la comprada, dominio que no adquiere sino más tarde cuando la escritura de compraventa haya sido debidamente registrada, pues sólo entonces se cumple la tradición, como es obvio.

No me desconcierta el hecho de que el código civil, en su artículo 2652, numeral 3º, y la ley 56 de 1904, en sus artículos 4º y 12, llamen al contrato de hipoteca **título constitutivo**, porque en forma semejante se expresa el código cuando al mencionar un título meramente traslativo de dominio, no traslativo, como el de venta, que evidentemente no enajena, lo llama **título de enajenación** (arts. 754, numeral 5º). Y no me atrevería a decir que son censurables dichas locuciones porque el contrato de hipoteca y el de venta son causas remotas, o títulos, el primero de constitución del derecho real de hipoteca y el segundo de tradición del derecho real de dominio (arts. 745, 2434 y 2436 del C. C.).

—E—

El espíritu general de nuestra legislación tal vez sirva para buscar el verdadero sentido de los artículos 2434 y 2435, porque en ella es regla general, no digo absoluta pues recuerdo contratos como el mutuo y la constitución de renta vitalicia, el que la adquisición de un derecho real exige un

título como causa remota y un modo como causa próxima.

La tesis de ser el contrato de hipoteca un fenómeno distinto de la constitución del derecho de hipoteca cabe con mayor naturalidad que la tesis contraria en lo que pudiéramos llamar nuestro sistema legal.

Dice Valencia Zea:

“En este derecho las dos condiciones se realizan así: 1) . El “título” es el contrato hipotecario; 2) . El “modo” es la constitución del derecho. Y como toda adquisición de derechos reales en inmuebles sólo se realiza por el registro, las dos condiciones enumeradas son fáciles de distinguir: el contrato hipotecario (título constitutivo de hipoteca) es la respectiva escritura pública, pues, dichos contratos son siempre solemnes; y la “constitución” del derecho real de hipoteca (que el código impropiaemente denomina “tradición”) está representada por la inscripción de la escritura pública . . .” (“Curso de Derecho Civil Colombiano”. VII-VIII, página 399, número 564).

Esta doctrina del título y el modo para la constitución de la hipoteca no es la del expositor chileno Barros Errázuriz, quien afirma que las “solemnidades exigidas por la ley para el contrato de hipoteca, son dos: la escritura pública y la inscripción . . .” y que ésta “no sólo sirve para efectuar la tradición del derecho real de hipoteca, conforme al art. 686 (semejante a nuestro artículo 756), sino que sirve como **requisito** indispensable para la validez misma del contrato . . .”. (“Curso de Derecho Civil”, págs. 413 y 414, número 326).

En el “Curso de Derecho Civil” por Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, redactado y puesto al día por Vodanovic H. (página 643, número 975), leo que según algunos autores chilenos (los dos Alessandris, Arturo y Fernando, entre otros), el contrato hipotecario requiere dos solemnidades, escritura pública y su inscripción, y que en concordancia con este parecer la inscripción desempeña dos papeles: solemnidad del contrato y tradición del derecho real de hipoteca.

En cambio, leo en esa misma obra que en concepto de Luis Barriga y Manuel Somarriva, la solemnidad del contrato hipotecario es la escritura pública y el registro no es sino la tradición del derecho real (**ibidem**).

Para Rodríguez Piñeres el contrato de hipoteca es **constitutivo** del derecho de hipoteca y lo califica de solemne y real. Le asigna este último carácter fundado en que, según este autor, se perfecciona “con la inscripción del título”. Conceptúa que para su perfeccionamiento se requiere la escritura pública oportunamente registrada en el corres-

pondiente libro de la correspondiente oficina ("Derecho Usual", números 122, 252 y 382).

Opina Bernardo Echeverri:

"El artículo 756 del C. C. dice cómo se hace la tradición del derecho real de hipoteca y demás derechos reales sobre inmuebles. Sin la solemnidad especial del registro no se transmite el derecho de hipoteca, pero el contrato de hipoteca para ser válido no necesita registro. La hipoteca para ser válida como contrato requiere sólo la formalidad de la escritura pública. La hipoteca como enajenación del derecho real de hipoteca requiere además el registro, es decir, la tradición del derecho..." (Obra citada, página 28).

—F—

Qué es dar hipoteca? Será traditar este derecho al acreedor o será más bien crear este derecho en su favor?

En el mensaje de 1855 se afirma que la constitución de todo derecho real, exceptuadas las servidumbres, "exige una tradición". Aunque sostienen esta misma idea notables comentaristas del código, yo he dudado de si el fenómeno que se cumple merced al registro de la escritura hipotecaria sea un fenómeno de tradición o más bien lo sea de nacimiento, de constitución, de creación.

Yo he dudado de que el **hipotecante** tradite al acreedor el derecho real de hipoteca, porque toda tradición supone preexistencia de la cosa traditada y que el tradente sea el verdadero dueño de la que es entregada por él o a su nombre (arts. 740 y 752 del C. C.). Mediante la escritura hipotecaria, oportuna y debidamente registrada, la parte que hipoteca constituye para la parte acreedora el derecho real de hipoteca. Como la **hipotecante** no podía ser antes de esta constitución acreedora hipotecaria de sí misma, me pregunto si podrá hablarse de la tradición de un derecho que no existía cuando ésta se cumplió. Simplemente "he dudado" pero reconozco la seriedad de la tesis en que se afirma ser cierto que quien hipoteca enajena al acreedor un derecho real de hipoteca.

En su artículo 2641, numeral 3º, dispone nuestro código civil que el registrador lleve un libro "para la inscripción de los títulos legalmente **constitutivos** de hipoteca" (subrayo). No dice que **trasladen** el derecho de hipoteca como lo hace, en su numeral 1º, al disponer la inscripción de los que sirven para transferir el dominio de inmuebles, títulos éstos que suponen la preexistencia, en cabeza del tradente, del dominio en las cosas que van a ser objeto de tradición.

No dijo nada el artículo 756 del código civil, en su inciso segundo, cuando prescribió que la tradición del derecho real de hipoteca se efectúa inscribiendo el título en la oficina de registro de instrumentos públicos?

Sí dijo, y mucho.

Desde luego ese artículo 756 es aplicable a la tradición del derecho de hipoteca que ya exista por haber sido constituido legalmente antes de su tradición. Es lo que ocurre cuando se cede un crédito hipotecario. Sólo que por norma posterior (art. 1964) dispuso el código que la cesión de un crédito, cuyo procedimiento reguló, comprende sus hipotecas, lo cual autoriza para creer que, siguiendo lo accesorio a lo principal, tal vez sea innecesaria la inscripción aunque el derecho de hipoteca se reputé inmueble (art. 667 del C. C.), porque se cede el crédito con sujeción al artículo 33 de la ley 57 de 1887. Siendo el punto dudoso, es aconsejable inscribir el documento del crédito con su nota de traspaso cuando él tiene la calidad de hipotecario. Ello aun cuando el documento sea privado. Pero no me parece que la cesión de un crédito hipotecario requiera escritura pública.

No sé si el artículo 756, en su inciso 2º, habla sólo de la tradición de las hipotecas ya constituidas, o si sólo llama tradición a su constitución, o si comprende tanto el transferir como el constituir. Sea como fuere científicamente (parece que el punto no tuviera importancia práctica), son hechos indiscutibles: que el presidente Montt, en su mensaje, dice que la constitución de todo derecho real, exceptuadas las servidumbres, “exige una tradición”; que nuestro código civil, en el inciso 2º de su artículo 740, extiende a todos los derechos reales lo que dice del dominio; que en su artículo 756 dice cómo se efectúa la tradición del derecho real de hipoteca, y que en su artículo 1964 establece que la cesión (o sea su tradición como dice el artículo 761) de un crédito personal, comprende sus hipotecas.

No podemos olvidar que las causas de preferencia, entre las cuales se cuenta la hipoteca, “son inherentes a los créditos, para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera” (art. 2493 del C. C.).

Afirma Bernardo Echeverri que sí hay tradición del derecho hipotecario y funda su dictamen en interesante exposición, de la cual entresaco los renglones siguientes:

“...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. Es, pues, un de-

recho de especificación y preferencia. Ese derecho formaba parte del patrimonio del deudor porque en su poder estaba preferir para hacer el pago este o aquel bien con exclusión de los demás, o en primer término con relación a ellos. Adquiere además el acreedor una seguridad de solvencia para su crédito que no ha de perjudicarse por el cambio de dueño de la cosa hipotecada que, pase a las manos que pasare, queda afecta al pago. También esa seguridad que forma parte del crédito y le sirve de base, es algo que está en el haber patrimonial del deudor, quien en virtud de la hipoteca se desprende de ella... Esa facultad de destinar especialmente al pago determinado bien sin que por otra parte desaparezcan los derechos del acreedor sobre los demás bienes del deudor, es algo que está cuantitativamente en el patrimonio del deudor y forma parte de él. Al constituir hipoteca sobre un bien determinado, el deudor o hipotecante se desprende de una parte de su patrimonio y esa parte de patrimonio ingresa en el del acreedor que mejora y valoriza su crédito con la garantía hipotecaria. Hay, pues, en la constitución de un gravamen hipotecario una verdadera enajenación, enajenación del derecho real de hipoteca que forma parte integrante del derecho de propiedad... En la hipoteca no hay entrega de la cosa pero sí hay tradición del derecho hipotecario, lo cual se verifica por el registro de la escritura de hipoteca y su fecha se cuenta desde la inscripción en el registro". (Obra citada, páginas 26 y 27).

—G—

La tesis **Una**, a la cual yo adhiero, de que **contratar** hipoteca y **constituir** hipoteca son dos cosas distintas, lleva a estas conclusiones:

1ª El contrato hipotecario es solemne y se perfecciona otorgando la escritura pública (arts. 1500 y 2434 del C. C.).

2ª La constitución de la hipoteca es el cumplimiento del contrato y se opera inscribiendo la escritura en el registro de instrumentos públicos (arts. 2435, 2436, 2641 (numeral 3º) y 2652 (numeral 3º) del C. C. y arts. 4º, 10 y 12 de la ley 56 de 1904).

3ª El contrato hipotecario es unilateral porque una de las partes, la que hipoteca, se obliga con la otra parte, la acreedora, que no contrae obligación alguna (art. 1496 del C. C.). A qué se obliga? A constituir la hipoteca, esto es, a que la acreedora quede dueña del derecho de hipoteca merced a la inscripción de la escritura pública, título de inne-

gale eficacia como tál, si bien no tiene valor alguno para constituir por sí solo ese derecho real (arts. 2434, 2435 y 2436 del C. C.). De ahí que conferido el título hipotecario, no pueda quien lo confirió revocarlo a su albedrío, ni oponerse a que la escritura sea registrada. Su posición es semejante a la del vendedor de un inmueble: celebrado el contrato por escritura pública, no puede a su antojo retractarse ni oponerse a la inscripción del título (arts. 756, 1849 y 1857 del C. C.).

La tesis **Una** me autoriza para clasificar así el contrato de hipoteca: unilateral, gratuito, accesorio y solemne.

La tesis **Otra**, según la cual el contrato de hipoteca requiere para su perfeccionamiento la escritura pública y su registro, me lleva a la conclusión de no existir tal contrato en nuestro código civil, porque exigiéndose las dos formalidades especiales para que exista el acto, una vez cumplidas no quedan las partes obligadas a nada: no la **hipotecante**, que ya constituyó el gravamen, y no la **acreedora** porque el acto no la grava en lo mínimo pues no tiene que dar, ni hacer, ni no hacer. Todo contrato es unilateral o bilateral. Quien se empeñara en clasificar ese acto como contrato se vería en calzas prietas. Ruego a los civilistas de Chile y de Colombia que se sirvan dar sus dictámenes sobre la materia de este capítulo XI. Mi modesto parecer puede estar errado. Sus dictámenes serían incluidos en futuros capítulos de esta obrecilla.

CAPITULO XII