

O.A.J. 950

Bogotá, D.C., mayo 28 de 2007

Inscripción de Hipotecas

Consulta

Consulta un ciudadano sobre la devolución sin registrar de escrituras de constitución de hipotecas, sobre predios que adolecen de falsa tradición, si se tiene en cuenta que el titular de derechos y acciones se encuentra debidamente inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria.

Consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica

Al respecto, el artículo 2443 del Código Civil, prevé que la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves.

De este artículo se infiere que es indispensable que quien constituye hipoteca sea el titular del inmueble que va a hipotecar, de modo que la doctrina predominante ha sido la que propugna porque la hipoteca de cosa ajena carece de validez.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho a este respecto: “De los principios consagrados en los artículos 2439 y 2443 del Código Civil que establecen como requisitos indispensables para la constitución válida de la hipoteca que el constituyente sea dueño del inmueble y que tenga capacidad para su enajenación, establecidos en consideración a que el gravamen hipotecario es un acto de dominio en germen por lo menos de una enajenación, ya que el incumplimiento de la obligación garantiza que el acreedor puede hacer vender el inmueble gravado (artículo 2448 del Código Civil), se deduce la consecuencia clara de que la hipoteca sobre bien ajeno no está autorizada por la ley y es nula de nulidad absoluta porque cae bajo la sanción que corresponde a los contratos a que se refiere el artículo 1523 del Código Civil, y porque, además, la naturaleza jurídica del contrato hipotecario no tolera su celebración sobre cosa ajena sin consentimiento del dueño...” (G.J. N° 1936 , pagina 549)” . (C.S.J. Sentencia 27 de julio de 1959. G.J., t. XCI, página 91).

“La hipoteca que garantiza definitiva y eficazmente las obligaciones aseguradas con ella es la contraída por la persona que siendo capaz, es dueña del inmueble gravado, según lo preceptúan los artículos 2439 y 2443 del Código Civil, y lo tiene aceptado la Corte en larga y sostenida doctrina.

En razón de que la primera de estas normas no permite establecer hipoteca sino sobre bienes propios, y la segunda repite que no podrá tener lugar sino sobre los inmuebles que se posean en propiedad o usufructo, se ha considerado, por la prohibición que sus términos entraña, que la hipoteca sobre cosa ajena adolece de nulidad absoluta, por caer dentro de los términos del artículo 1523 del Código Civil, que sancionan de objeto ilícito todo contrato prohibido por las leyes...” (C.S.J. Sentencia del 3 de mayo de 1962).

En consecuencia, el Registrador de Instrumentos Públicos no inscribirá una escritura de constitución de hipoteca, cuando no sea el titular del derecho de dominio quien

grava el inmueble, circunstancia que se presenta cuando el folio de matrícula inmobiliaria ostenta falsa tradición.

La llamada falsa tradición no es más que una inscripción que se hace a favor de una persona a quien otra que carece de dominio sobre el bien o el derecho vendido, le ha hecho acto de transferencia y se considera como tal los actos que versen sobre:

- 1.- Enajenación de cosa ajena.
- 2.- Transferencia de derecho incompleto o sin antecedente propio, como es la venta de derechos herenciales o derechos y acciones en sucesión y la posesión inscrita.

De donde se infiere que no existe opción legal de inscribir hipoteca sobre derechos y acciones, así exista antecedente registral de falsa tradición, por cuanto los actos inscribibles en la sexta columna se refieren exclusivamente a enajenación y transferencia.