

**LA HIPOTECA SOBRE OBLIGACIONES FUTURAS: REFLEXIONES CRÍTICAS
SOBRE LA POSTURA ACTUAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

JAVIER ALFONSO DONADO RESTREPO

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de:
Máster en Derecho Comercial y Financiero**

Tutor: JOSÉ LÓPEZ OLIVA.

**Universidad Santo Tomas
Facultad de Derecho**

Maestría en Derecho Comercial y Financiero

LA HIPOTECA SOBRE OBLIGACIONES FUTURAS: REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA POSTURA ACTUAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

JAVIER ALFONSO DONADO RESTREPO

Índice: *I. Introducción; II. Generalidades del Contrato de Hipoteca; III. Tesis vigente de la Corte Suprema de Justicia; IV. Determinación o delimitación de la cuantía de la hipoteca V. Determinación o determinabilidad de las obligaciones garantizadas; VI. Diferencia entre la delimitación económica del contrato de hipoteca y la determinación o determinabilidad de la obligación garantizada. VII. Alcance y elementos para la determinabilidad de la obligación garantizada. VIII. Consecuencias derivadas de su inobservancia. IX. Conclusiones.*

Resumen.

El escrito que a continuación se desarrolla, analiza desde una perspectiva crítica, la postura actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el contrato de hipoteca, particularmente sobre la hipoteca abierta sin límite de cuantía. Por ello, desde la concepción de la teoría del negocio jurídico, se analizan las particularidades de este tipo contractual, se aborda la naturaleza jurídica de la delimitación de la cuantía como elemento de la esencia del contrato de hipoteca y se distingue de la determinación del objeto de la prestación, los dos distintos pero como requisitos de existencia, y se plantea una postura a fin de impedir que la hipoteca sirva — como en la actualidad ocurre— para amparar créditos u obligaciones de manera genérica e indeterminada, concluyendo en las consecuencias de su inobservancia.

Palabras Clave.

Contrato, Hipoteca, determinación, Determinabilidad, obligación y prestación.

Abstract.

The following paper critically examines the current jurisprudential approach adopted by the Supreme Court of Justice regarding the mortgage contract, with particular emphasis on the open-ended mortgage without a maximum secured amount. From the perspective of the theory of legal transactions, it analyzes the distinctive features of this contractual arrangement, explores the legal nature of the specification of the secured amount as an essential element of the mortgage contract, and distinguishes it from the determination of the object of the secured obligation. Although conceptually distinct, both constitute requirements for the existence of the contract. The paper ultimately advances a doctrinal position aimed at preventing the mortgage from continuing to serve—as it currently does—as security for credits or obligations in a generic and indeterminate manner, and concludes by examining the legal consequences arising from the failure to comply with these requirements.

I. Introducción.

La hipoteca constituye uno de los mecanismos de garantía más relevantes dentro del tráfico jurídico contemporáneo, en la medida en que permite asegurar el cumplimiento de obligaciones mediante la afectación real de un bien inmueble sin despojar a su propietario de la posesión o tenencia del mismo. Su utilidad económica, particularmente en el ámbito de la actividad crediticia, ha motivado un progresivo desarrollo de modalidades contractuales destinadas a ampliar el alcance funcional de la garantía, entre ellas la denominada hipoteca abierta, concebida para amparar obligaciones futuras, sucesivas o de cuantía inicialmente indeterminada.

No obstante, la evolución práctica de esta modalidad ha estado acompañada de una construcción jurisprudencial que, a juicio del presente trabajo, ha desdibujado la estructura jurídica del contrato de hipoteca al equiparar dos instituciones que responden a categorías dogmáticas diferentes: de una parte, la determinación o determinabilidad de las obligaciones garantizadas, propia del objeto de la obligación; y de otra, la delimitación de la cuantía o límite económico de la garantía hipotecaria, como requisito esencial del contrato.

Particularmente, la interpretación acogida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, según la cual la denominada hipoteca abierta sin límite de cuantía no requiere la fijación previa del importe máximo garantizado, parte de una comprensión que traslada al ámbito de los elementos esenciales del contrato la flexibilidad que el ordenamiento únicamente reconoce respecto del objeto de las obligaciones futuras.

El problema no radica, entonces, en la posibilidad de garantizar obligaciones aún inexistentes, cuestión expresamente admitida por el artículo 2438 del Código Civil y ampliamente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia. La verdadera dificultad consiste en determinar si dicha habilitación normativa autoriza prescindir de la delimitación económica del gravamen prevista en el artículo 2455 del mismo estatuto o, por el contrario, si ambos preceptos regulan presupuestos jurídicos diferentes que deben concurrir simultáneamente para la válida configuración del contrato de hipoteca.

La hipótesis que orienta esta investigación sostiene que la interpretación jurisprudencial vigente confunde dos requisitos de existencia pertenecientes a planos dogmáticos distintos. Mientras la determinación o determinabilidad de las obligaciones garantizadas constituye una exigencia relativa al objeto de la obligación, regulada por el artículo 1518 del Código Civil, la delimitación de la cuantía corresponde a un requisito esencial y específico del contrato de hipoteca, en los términos de los artículos 1501 y 2455 del mismo ordenamiento. En consecuencia, la autorización legal para garantizar obligaciones futuras no elimina ni sustituye el deber de delimitar el contenido económico del gravamen desde el momento mismo de su constitución.

A partir de esta premisa, el trabajo desarrolla un análisis sistemático de la teoría general del negocio jurídico, de la naturaleza jurídica de la hipoteca como derecho real de garantía y del régimen previsto en los artículos 1501, 1518, 2438 y 2455 del Código Civil, confrontando tales disposiciones con la línea jurisprudencial construida por la Corte Suprema de Justicia sobre la denominada hipoteca abierta sin límite de cuantía. El estudio recurre, además, a la doctrina nacional y comparada relativa a los elementos esenciales del contrato, al objeto de la obligación y a la determinabilidad de las prestaciones, con el propósito de demostrar que

la delimitación de la cuantía constituye un presupuesto estructural del contrato hipotecario que no puede ser desplazado por la admisión de obligaciones futuras.

Con ello se pretende aportar una reinterpretación dogmática del régimen jurídico de la hipoteca abierta, diferenciando claramente los presupuestos relativos al objeto de las obligaciones garantizadas de aquellos inherentes a la configuración del derecho real de hipoteca, de manera que resulte posible armonizar los artículos 2438 y 2455 del Código Civil sin sacrificar la coherencia de la teoría general del negocio jurídico ni la naturaleza propia de las garantías reales.

II. Generalidades del Contrato de Hipoteca.

La hipoteca, como negocio jurídico, en los términos del artículo 2432 del código civil colombiano, es definida como *“un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”*.

Sobre el particular, Arrubla Paucar, enseña que *“se trata de una garantía real que da derecho real accesorio o de garantía, que recae sobre un inmueble”* (2022, p. 223). En palabras más simples, es el negocio jurídico que tiene como fin asegurar la satisfacción de un crédito teniendo como garantía un bien inmueble, lo que es lo mismo, es el acto a través del cual se respalda con un bien inmueble una obligación económica a favor de un tercero acreedor.

La definición anterior permite identificar características propias de este tipo contractual, como lo enseña el profesor Álvaro Pérez Vives (1999), cuando afirma que para gravar hipotecariamente un bien *“se necesita la misma capacidad que para enajenarlo”* (p. 93). En este sentido, tiene establecido la doctrina que corresponde aun acto con doble naturaleza, como derecho real y como contrato (Villamil, 2013), que comporta el ejercicio de atributos como persecución, la preferencia y venta judicial como presupuesto derivados de su atributo principal: el servir como garante de obligaciones con contenido económico.

Por su parte, Bercovitz Rodríguez (2021), precisa que *“la garantía mantiene con el crédito una relación de subsidiariedad que, entre otras consecuencias, motiva que la subsistencia del gravamen real dependa de la obligación cuyo cumplimiento se asegura”* (p. 4156).

La jurisprudencia ha reconocido que la hipoteca faculta al acreedor para ejercer las acciones judiciales encaminadas a obtener la satisfacción de las obligaciones garantizadas, con independencia de quién ostente la calidad de propietario o poseedor del bien gravado. Asimismo, le confiere el derecho de preferencia frente a los demás acreedores cuyos créditos gocen de un rango inferior. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 2 diciembre de 2009)¹.

III. Tesis vigente de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Suprema de Justicia, basada en criterios más socioeconómicos² y no en la naturaleza jurídica y las reglas intrínsecas a este tipo de contratos, ha confundido dos escenarios completamente diversos: (i) La determinabilidad de las obligaciones amparadas con garantía real, esto es, obligaciones no determinadas al momento de constituir la hipoteca, pero determinables bajo criterios claros y específicos; y (ii) el requisito de determinación de la cuantía o monto límite que ampara la garantía real, que comporta ser un elemento esencial y particular del contrato de hipoteca con fundamento en el artículo 2455 del Código Civil.

Sobre tal escenario de imprecisión ha indicado el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria:

¹ Radicado N° 2003-00596-01.

² En sentencia SC3097-2022 la Corte Suprema de Justicia arguyó: *“Encuentra la Corte que acierta el recurrente extraordinario en su reproche, pues el Tribunal exigió a la hipoteca abierta objeto de revisión la satisfacción de requisitos que son extraños a su constitución, so pretexto de la determinación del objeto, como son (I) la individualización de los créditos cubiertos, (II) la definición de un plazo temporal para la garantía o (III) los criterios para la valuación de las obligaciones para limitar la cuantía del gravamen.*

Tales imposiciones del ad quem, que se hicieron con el noble propósito de materializar el contenido del precepto 2455 del Código Civil, no sólo desatienden la finalidad socioeconómica de la hipoteca abierta, sino el entendimiento jurisprudencial que se ha dispensado a la materia.”

“En efecto, como esta hipoteca busca amparar obligaciones futuras, indeterminadas en el presente pero determinables en el porvenir, exigir la concreción de los créditos desatiende este objetivo y refleja una asimilación indebida con la hipoteca cerrada.

Lo mismo sucede con el señalamiento de un monto máximo cubierto, pues su exacción borra la distinción entre las hipotecas con y sin límite de cuantía, a pesar de que la Corte reconoció el valor jurídico a ambos gravámenes, como se infiere de las sentencias del 3 de julio de 2005 y 1º de julio de 2008, antes transcritas.

Por último, apremiar que desde la constitución de la garantía sea posible cuantificar las obligaciones amparadas, con el fin de observar el límite establecido en el artículo 2455, impediría el amparo de obligaciones futuras, en desatención del inciso final del canon 2438 (...)”.(Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC3097-2022)

La referida postura Jurisprudencial inadvierte la distinción entre la determinación o determinabilidad de las obligaciones o créditos que ampara la garantía hipotecaria, y la singularización, determinación o delimitación de la cuantía de la hipoteca como elemento de la esencia de dicho negocio jurídico.

Ambas concurren en el contrato de hipoteca, pero constituyen categorías jurídicas disímiles, porque si bien el artículo 2438³ del código civil posibilita la constitución de la hipoteca con anterioridad al surgimiento del crédito garantizado, también lo es que, el artículo 2455 del mismo código establece el deber legal de determinar —desde el momento mismo de la constitución de la garantía— la cuantía o límite máximo del «importe» garantizado o que se garantizará.

La confusión entre ambos presupuestos jurídicos ha conducido a la interpretación indistinta de dos exigencias normativas que, aunque concurren en el contrato de hipoteca, comportan ser presupuestos jurídicos diversos.

³ “Podrá asimismo otorgarse [la hipoteca] en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda”

IV. Determinación o delimitación de la cuantía de la hipoteca.

En primer lugar, la determinación de la cuantía constituye o comprende el límite económico previamente establecido por las partes a fin de garantizar obligaciones existentes al momento de constituir la hipoteca o de aquellas que llegasen a surgir con posterioridad.

Tal exigencia constituye uno de los elementos esenciales, particulares y característicos del contrato de hipoteca, por cuanto, de conformidad con el artículo 1501 del Código Civil, son de la esencia del contrato "*aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente*".

Sobre las *cosas, elementos o requisitos de la esencia* del contrato, en palabras de Hinestrosa (2015a) corresponde a aquellos requisitos relativos "*al contenido mínimo del negocio*" específico a cada tipo contractual, esto es, "*la estructura lógica de cada figura: lo que la caracteriza y define, sin lo cual por ende, sería irrelevante del todo o como tal*" (pp.113-119). Por su parte, Ospina y Ospina (2018) sostienen que los denominados *essentialia negotii* corresponden al contenido mínimo e indispensable que las partes deben expresar para exteriorizar su voluntad negocial, precisar el interés jurídico que persiguen y determinar el sentido y alcance de la declaración de voluntad.

En síntesis, los elementos o cosas de la esencia de los negocios jurídicos a que alude el artículo 1501 del Código Civil son aquellos cuya ausencia impide que el negocio conserve su naturaleza jurídica (Bohórquez, 2009). En consecuencia, si tales requisitos no concurren al momento de su formación, el acto jurídico no alcanza a configurarse válidamente o, en su defecto, degenera en un negocio jurídico distinto (Tamayo, 2008).

Así, la delimitación de la cuantía en el contrato de hipoteca constituye un requisito de la esencia de ese negocio jurídico, no únicamente porque así se infiera de la interpretación del artículo 2455 del Código Civil, sino porque al ser la hipoteca un derecho real de garantía cuya naturaleza implica precisamente afectar un bien determinado en respaldo de una

obligación de contenido económico, su alcance y delimitación comportan ser esencial en función de definir y precisar el objeto del contrato de hipoteca, es decir, un elemento que delimita el contenido mismo del derecho real que nace con la convención.

Desde este punto de vista, la delimitación de la cuantía permite establecer hasta dónde se extiende o extenderá la afectación patrimonial que recae sobre el inmueble, cuál será el alcance máximo de cobertura económica del inmueble gravado que asume el constituyente de la garantía, cuál es el límite de preferencia del acreedor hipotecario, y en general, establecer cuál es el límite de la afectación real que recae sobre el predio – garante. Esto en palabras de Ospina & Ospina (2018), está dado *“para que cada uno de los agentes sepa exactamente que es lo que puede exigir y qué sacrificios tiene que hacer en virtud de aquel”* (p. 241).

En consecuencia, sin la delimitación de la cuantía, el gravamen carecería de un contenido económico cierto, tornando indeterminado el alcance del derecho real y dejando indefinida la extensión de la afectación que recae sobre el bien hipotecado. Es por ello que tal requisito comporta un parámetro que individualiza el contenido patrimonial del derecho real de hipoteca que determina su alcance desde el mismo momento de su nacimiento.

En estos términos, su fijación dentro del contenido del negocio jurídico, constituye entonces, un presupuesto o requisito esencial o particular de ese tipo contractual, sin el cual el contrato no ha de nacer a la vida jurídica como contrato de hipoteca, porque mediante la delimitación del monto objeto de la garantía hipotecaria resulta posible identificar el alcance material y económico objetivo del gravamen.

V. Determinación o determinabilidad de las Obligaciones garantizadas.

En segundo lugar, la determinación de las obligaciones sobre las que recae o recaerá la garantía hipotecaria, constituye un presupuesto de las prestaciones objeto de la obligación; en otras palabras, implica un requisito relacionado con la obligación garantizada, que ha de ser, al nacimiento del contrato, determinada o determinable.

Cuando se hace referencia al objeto —entendido como el objeto jurídico—, se alude al “*contenido jurídico de la operación*” (Ospina y Ospina, 2018, p. 34), esto es, al conjunto de efectos jurídicos que las partes pretenden producir mediante su manifestación de voluntad. Tales efectos pueden consistir en la creación, modificación o extinción de obligaciones (Paredes, 2016, p. 169), razón por la cual la doctrina lo identifica con el objeto de la obligación (Pérez, 2009) o, en los términos de Hinestrosa (2015a), con el objeto de la prestación.

Dicho objeto debe entenderse como aquel que constituye el núcleo esencial de la prestación contenida en el contrato y sobre el cual recaen las obligaciones asumidas por las partes (Hinestrosa, 2015b). Desde una perspectiva general, corresponde a las prestaciones de dar, hacer o no hacer a que se refiere el artículo 1495 del Código Civil; mientras que, desde una concepción específica, se identifica con el bien o servicio que satisface el interés negocial de las partes, en los términos previstos en el artículo 1517 del mismo estatuto. Sobre este particular, Caprile (2008) explica que:

“Todo contrato tiene un objeto, que son los derechos y obligaciones que crea; las obligaciones tienen a su vez un objeto que, dependiendo de aquello a lo que se haya obligado el deudor, podrá ser una cosa respecto de la cual se transferirá el dominio, u otro derecho real que el deudor transferirá o constituirá en favor del acreedor o cuya tenencia facilitará el deudor al acreedor, un hecho que el deudor se obliga a ejecutar o una abstención”. (p. 140)

Frente a este elemento, Donado (2022) indica que resulta incuestionable que el objeto de la obligación contenida en el contrato corresponde a un requisito de existencia del acto o negocio jurídico, y que su inobservancia, inaplicación o formulación contraria a la Ley detenta como consecuencia la sanción de inexistencia (Ospina, 2019).

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que se configura la inexistencia del acto “(...) *cuando ocurre ausencia de voluntad o carencia de objeto, por*

*concurrir como auténticas bases ontológicas que repercuten en el acto mismo (...)*⁴, en donde tiene cabida la postura de Hinestrosa (2015a) cuando señala que el objeto en el negocio jurídico es “*presupuesto o condición para su eficacia*” (p. 296).

De esta manera, se tiene que el artículo 2438 del Código Civil posibilita la constitución de una hipoteca para amparar o garantizar obligaciones futuras, admitiendo que el gravamen nazca antes de la existencia del crédito garantizado. Dicha interpretación ha sido recogida por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“En nuestro ordenamiento jurídico, por ende, no es menester ni la preexistencia ni la determinación de las obligaciones principales a la constitución de la garantía, desde luego que la prestación futura es indeterminada en su existencia y cuantía, aunque determinable al instante de su cumplimiento y ejecución según corresponde a su función práctica o económica social.

(...)

[N]o sólo legalmente la hipoteca se puede convenir con anterioridad al contrato garantizado permitiéndose la indeterminación de la obligación protegida, sino porque es clara la potestad de los contratantes de determinar el monto del gravamen al momento de su otorgamiento, situación que para nada restringe el derecho del deudor a pedir la reducción del importe de la hipoteca, cuando establecida quede la cuantía o naturaleza del contrato principal o cuando expresamente la convengan las partes o la determine el juez y con base en ello ejercer su derecho de reducción (...)”.

(Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC-060 de 2008)

En el mismo sentido, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STC6163 de 12 de mayo de 2016, reiteró el criterio expuesto por esa Corporación sobre la modalidad de “hipoteca abierta”, según el cual:

⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de Noviembre de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Radicación n° 05001-31-03-007-2011-00481-01

*“(…) con la locución 'hipoteca abierta', se denota la garantía constituida para amparar de manera general obligaciones que de ordinario no existen ni están determinadas en su cuantía al momento del gravamen. Trátase, por consiguiente, de una garantía abierta para varias, diferentes, múltiples, sucesivas obligaciones, por lo común, futuras, indeterminadas y determinables durante su vigencia sin necesidad de estipulación posterior, siendo así 'general respecto de las obligaciones garantizadas'.”*⁵

De lo expuesto, surge afirmar que la habilitación normativa para amparar créditos futuros y determinables no contrasta con el deber legal de delimitación de la cuantía de la hipoteca, como en adelante se explicará.

Si bien el ordenamiento jurídico permite, de lo que no hay duda, que el gravamen hipotecario ampare obligaciones futuras, siempre que estas sean susceptibles de determinación mediante criterios o parámetros objetivos, suficientes y verificables. Por ello, la inexistencia actual del crédito, en términos de Bonivento (2019), no constituye un impedimento u obstáculo para el nacimiento a la vida jurídica del contrato de hipoteca; pero lo jurídicamente relevante no es la preexistencia de la obligación, lo es que, el objeto de la obligación satisfaga las exigencias de determinación o determinabilidad contenidas en el artículo 1518 del Código Civil.

Precisamente por ello, la posibilidad de garantizar obligaciones futuras no puede confundirse con la estructura del derecho real de hipoteca, puesto que la determinación o determinabilidad de las obligaciones amparadas con la garantía real constituyen un presupuesto relativo al objeto de la obligación y no al contenido esencial del contrato hipotecario.

VI. Diferencia entre la delimitación económica del contrato de hipoteca y la determinación o determinabilidad de la obligación garantizada.

⁵ Postura reiterada en Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, de fechas 3 junio de 2005, rad. 00040-01; SC-060-2008 del 1 de julio de 2008 dentro del radicado No. 2001- 00803-01; y STC1613-2016 del 11 febrero de 2016 dentro del radicado 2015- 00848-01.

Lo anterior comprende que, la posibilidad normativa de constituir una hipoteca con anterioridad al nacimiento del crédito garantizado —admitiendo que el gravamen ampare obligaciones futuras—, no exonera el deber legal de las partes de cuantificar económicamente, desde el mismo momento de la constitución, la cuantía o límite máximo de garantía hipotecaria. Esto, porque la posibilidad de garantizar créditos futuros no sustituye ni remplace el requisito o exigencia normativa de determinación del alcance patrimonial de la hipoteca.

Particularmente, porque el límite económico previamente definido por las partes para garantizar las obligaciones, sean éstas existentes o no al momento de constitución de la hipoteca, puede ser cierto para la —hipoteca cerrada y con límite de cuantía— o estimativo o «presunto» para la —hipoteca abierta y sin límite de cuantía—.

Dicho límite no resulta incompatible con la garantía sobre créditos futuros, esto es, aquellos no determinados al momento del perfeccionamiento de la hipoteca, pero sí determinables de conformidad con los parámetros y reglas de determinabilidad fijados por las partes al interior del negocio jurídico; porque una cosa es la posibilidad de amparar créditos futuros, y otra es indeterminar la cuantía o contenido económico del gravamen, convirtiendo a dicho contrato, en palabras de la sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en una “(...) *garantía indeterminada, absoluta, eterna e imperecedera a favor del acreedor* (...)”⁶.

Es por ello que la confusión surge porque se equiparan dos instituciones jurídicas que cumplen funciones diametralmente distintas. En la medida que, la cuantía o límite máximo de la hipoteca prevista en el inciso segundo del artículo 2455 del Código Civil, constituye un requisito esencial del contrato de hipoteca; y por su parte, la determinación o determinabilidad de las obligaciones amparadas con el gravamen hipotecario, corresponde a un presupuesto relacionado con el objeto de las obligaciones, en virtud de lo regulado en el artículo 1518 del Código Civil.

⁶ Sentencia del 28 de octubre de 2019, radicado 110013103032201500070-01

No se trata entonces de una mera discusión teórica o dogmática, al punto que la confusión entre ambos conceptos condujo a una interpretación jurídicamente equivocada y, en consecuencia, a una solución igualmente errónea, como lo es afirmar que “*en la hipoteca sin límite de cuantía no hay un tope prefijado al importe de los créditos cubiertos*” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC3097-2022). En la precitada providencia, se dijo, además:

“Y es que, conforme a esta norma, en el contrato «podrá» limitarse la garantía, lo cual denota que los contratantes fueron facultados para pactar en contrario, huelga decirlo, sin un máximo; sin embargo y de forma contradictoria, a renglón seguido se previó que «en ningún caso» el gravamen puede sobrepasar «el duplo del importe... de la obligación principal», lo que equivale a la exclusión de aquellas.

(...)

La jurisprudencia nacional tomó partido por reconocer valor jurídico a la hipoteca abierta sin límite de cuantía, con la precisión de que, incluso en este evento, conserva aplicación el artículo 2455 del Código Civil, en el sentido de que el límite a la garantía debe establecerse, no a la constitución, sino al ejercicio de la acción judicial respectiva, bien por el acreedor hipotecario al ejecutar los créditos insatisfechos pero cubiertos, o por el deudor hipotecario cuando acuda a la acción de reducción, también conocida como rescisión por lesión enorme.”

En este sentido, es dable afirmar que ambos constituyen requisitos de existencia del negocio jurídico, aunque pertenecen a planos jurídicos diferentes. De un lado, se encuentra el cumplimiento de los elementos esenciales propios del contrato de hipoteca, entre ellos la determinación de su cuantía, y de otro, los requisitos que debe reunir el objeto de las obligaciones garantizadas; los dos, presupuestos distintos, con contenido y función diversa, pero ambos deben concurrir para que el negocio nazca y produzca plenos efectos jurídicos.

Precisamente, el código civil establece una regla de derecho contenida en el inciso segundo del artículo 2455, que implica que la hipoteca deba limitarse a una determinada suma, e impone además, un límite máximo objetivo al impedir que el gravamen se extienda por encima del duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal.

Dicha norma reafirma la postura aquí expuesta, y revela que el legislador no ideó una hipoteca desprovista de delimitación económica, pues incluso cuando las partes pretendan ampliar convencionalmente el alcance del gravamen, el propio ordenamiento jurídico fija un límite máximo de responsabilidad y concede al deudor el derecho a obtener una reducción e la inscripción hipotecaria.

En otros términos, mientras la posibilidad de garantizar obligaciones futuras constituye una regla relativa al objeto de la obligación garantizada, la fijación de la cuantía responde a una exigencia inherente a la configuración misma del derecho real de hipoteca.

VII. Alcance y elementos para la determinabilidad de la obligación garantizada.

Uno de los aspectos centrales de la postura de la Corte Suprema de Justicia, en lo que respecta a la Hipoteca, particularmente aquella denominada ‘Abierta’, comprende posibilitar, con fundamento en la interpretación del artículo 2438 del Código Civil, que al momento del perfeccionamiento de este negocio jurídico no preexista ni esté determinada la obligación garantizada; lo que implica que las partes, en consonancia con el artículo 1518 del mismo Código, puedan fijar criterios de determinación o determinabilidad de las obligaciones que garantizará la hipoteca.

Sobre el particular, la jurisprudencia patria tiene por establecido que “*en nuestro ordenamiento jurídico, por ende, no es menester ni la preexistencia ni la determinación de las obligaciones principales a la constitución de la garantía, desde luego que la prestación futura es indeterminada en su existencia y cuantía, aunque determinable al instante de su cumplimiento y ejecución*” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 01 de Julio de 2008)⁷.

⁷ Radicado 2001-00803-01

Sobre este tópico y en lo que atañe a la determinabilidad de obligaciones futuras, la misma Corporación, preguntándose “¿cómo compatibilizar la hipoteca abierta sin límite de cuantía y el principio de especificidad de las obligaciones garantizadas?”, indicó que el requisito relacionado con el objeto de la convención, esto es, la determinación o singularización de la obligación garantizada, se ha de satisfacer “*siempre que en el contrato se precisen, con perspicuidad, las directrices que permitan correlacionar el gravamen con los créditos susceptibles de ser ejecutados al abrigo de este*”.

En ese ejercicio interpretativo, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria sugirió además ejemplos, que a criterio de la Corte, permiten la determinabilidad del objeto: “*con la indicación de las partes, fuentes, fechas, o cualquier otro criterio inequívoco, sin que en ningún caso se requiera puntualizar una cifra máxima cubierta o individualizar los créditos futuros, so pena de socavar la finalidad de la hipoteca bajo análisis*”. (Sentencia SC3097-2022)

Al respecto debe señalarse que, en este ámbito en particular, el objeto de la obligación no recae en la cosa misma – bien inmueble garante-, sino en el derecho de crédito que ampara aquél. Sobre este tópico Mazeaud & Chabas (1997), indican que:

“Cuando el deudor se ha obligado a transferir un derecho real, personal o intelectual, la prestación consiste en la transferencia de un derecho al acreedor. En el lenguaje corriente, se dice entonces que el objeto de la obligación es una cosa. La expresión es cómoda, pero inexacta; por una parte, los derechos personales y los derechos intelectuales no recaen sobre cosas; por otra parte, si el derecho real recae sobre cosas, es el derecho y no la cosa que es transferida por el contrato” (p. 232)

Se trata de un objeto que, por su propia naturaleza, debe ser determinado o, al menos, determinable, conforme a lo dispuesto en el artículo 1518 del Código Civil, dado que, de no cumplirse esta exigencia, no solo se configuraría la ausencia de uno de los requisitos esenciales del objeto (Grosso, 2011), sino que el acto o negocio jurídico carecería de una

manifestación de voluntad seria, inequívoca y suficientemente definida para producir efectos jurídicos vinculantes (Caprile, 2008).

Respecto a este punto, Donado (2022) explica que *“el objeto jurídico o específico de la prestación u obligación del que se viene tratando, comporta por requerimiento legal exigencias o requisitos relativos a su estipulación en los contratos, con la finalidad de que presente aptitud e idoneidad legal, siendo el objeto estudiado requisito de existencia de los negocios jurídicos.”*

Sobre este mismo tema, Hinestrosa (2015a) refiere que q efectos de que el objeto *“sea apto o idóneo para la operación correspondiente, ha de reunir ciertos requisitos, resultantes, en primer término, de su naturaleza: realidad o existencia actual o futura y comerciabilidad, si se trata de cosas o derechos, y en general, determinación o cuando menos determinabilidad, posibilidad física y moral.”* (p. 297)

En consonancia con lo anterior, el profesor Capobianco (2017) sostiene que la posibilidad del objeto comprende “su posibilidad jurídica como idoneidad para ser punto de referencia de un negocio jurídico” (p. 122). Ello implica que, cuando el ordenamiento jurídico establece que un determinado acto solo puede realizarse bajo ciertas condiciones o conforme a requisitos específicos, surge una imposibilidad jurídica del objeto siempre que tales presupuestos normativos sean desconocidos o contrariados, por cuanto el objeto deja de ser jurídicamente apto para servir de contenido al negocio jurídico.

Este contexto permite sostener que no es posible asimilar como idóneo el objeto del contrato de hipoteca, que materialice de manera genérica e imprecisa el marco de obligaciones garantizadas, pues al no delimitarse el tipo de obligación garantizada, su alcance o límite económico -siquiera-, esto es, hasta donde ha de garantizar y qué ha de garantizar, se está frente a un objeto que no cumple la característica de ser posible jurídicamente, pues no ha de resultar posible jurídicamente lo que las partes no conocen comprenderá una garantía; lo que es lo mismo, no es idóneo un objeto en el que una de las partes entregue en garantía un inmueble para garantizar obligaciones que desconoce cómo se han de determinar.

Aquí emerge otro de los elementos y/o requisitos del objeto, y corresponde a la existencia, entendida como la realidad actual de la prestación o, al menos, la expectativa jurídicamente fundada de que esta llegue a existir y pueda constituirse en el contenido de la obligación contractual. Al respecto, Pérez Vives (2009) sostiene que carecen del requisito de existencia “*las cesiones de un interés o de créditos provenientes de un contrato en proyecto, y en general los derechos no precisados que se esperen de actos jurídicos potenciales*” (p. 298), pues la mera expectativa de existencia no resulta suficiente, siendo indispensable que esta encuentre sustento en un fundamento jurídico o en una causa objetiva que permita razonablemente prever el nacimiento de la prestación.

Analizado bajo la óptica del contrato de Hipoteca, implica que entre los sujetos contractuales, debe, siquiera existir una relación de crédito previa, un vínculo entre aquellos, a lo menos una intención o reconocimiento previo, por ejemplo —de otorgamiento del crédito— que motive la constitución de la garantía, por cuanto sino es así, comportaría inane su perfeccionamiento, pues la naturaleza jurídica de este tipo de negocios jurídicos corresponde a un contrato accesorio; de allí que, si se ha de perfeccionar un contrato de hipoteca que no contenga una génesis obligacional de contenido económico que requiera amparo ¿cuál sería la finalidad de dicho tipo contractual?

La otra característica que acompaña la estipulación correcta del objeto se circunscribe a la determinación o a su determinabilidad, regla contenida en el artículo 1518 del Código Civil, que detenta dos alternativas frente a este presupuesto, ya sea, la determinación clara, específica, concreta y precisa del objeto de la prestación, o la determinabilidad, siempre que el negocio jurídico incorpore elementos o parámetros que permitan su individualización posterior.

En este sentido, cuando la Corte Suprema señala que “*que la determinación del amparo quedará satisfecha siempre que en el contrato se precisen, con perspicuidad, las directrices que permitan correlacionar el gravamen con los créditos susceptibles de ser ejecutados al abrigo de este (...)*” (Sentencia SC3097-2022), se parte de un error conceptual y sustancial

que no diferencia la determinación de las obligaciones garantizadas con el simple relacionamiento de un crédito con una hipoteca una vez el crédito existe.

Así, mientras la determinación *“corresponde a que haya certidumbre respecto de lo cual recae el negocio jurídico, sin más que el detalle y especificación de la prestación y la cosa, evitando así que una de las partes, un tercero o un Juez por sí realicen tal determinación”* (Donado, 2021). La *“correlación”* implica relacionar un crédito futuro con un hipoteca que se perfeccionó previamente, es decir, un ejercicio ex post a la constitución de la hipoteca.

Por su parte, el artículo 1518 del Código Civil también refiere a que el objeto puede ser determinable, lo que implica un deber contractual relativo a abarcar todos los elementos, parámetros o reglas necesarias para ser identificado concretamente. De allí que, la determinabilidad de las obligaciones amparadas por el gravamen real, exige la fijación, precisión y estipulación de criterios objetivos, previos, suficientes y verificables que permitan identificar, de manera anticipada, concomitante y con posterioridad al surgimiento de la obligación garantizada, si esta se encuentra o no comprendida dentro del ámbito de cobertura de la garantía hipotecaria.

Aquí toma relevancia lo sostenido por Capobianco (2017) cuando sustenta que *“al no identificarse un criterio objetivo de determinabilidad, se configura la indeterminación sustancial del objeto del contrato”* (p. 132). Determinación del objeto, que en ninguna circunstancia puede recaer en una de las partes –sujeto contractual-, *“porque a su discreción quedaría sometida la totalidad del contrato”* (Planiol & Ripert, 2017. p. 300).

En este contexto, la determinabilidad de las obligaciones futuras no puede recaer en la voluntad unilateral del acreedor ni quedar supeditada o sometida a acontecimientos inciertos o carentes de parámetros jurídicos de identificación. Esto es, la posibilidad de fijar criterios para determinar las obligaciones garantizadas no depende de una fórmula genérica de cobertura, sino de la incorporación en el contrato de hipoteca de parámetros objetivos, ciertos y suficientes que permitan su individualización.

De lo expuesto se desprende que no es posible establecer con certeza sobre qué recae la manifestación de voluntad de las partes cuando el objeto del negocio jurídico es indeterminado. En ese sentido, Carrasco (2010) sostiene que la indeterminación del objeto del contrato solo se configura en dos supuestos: el primero, *“cuando el pacto resulte tan incierto e inespecífico que fuere necesario un nuevo acuerdo de las partes para precisar el alcance del bien o servicio debido”*; y el segundo, *“cuando para obtener tal especificación, se hubiere atribuido a una parte la potestad de determinar a su arbitrio qué es lo que se debe”* (p. 237).

Por consiguiente, la determinabilidad de las obligaciones que serán objeto de amparo de la garantía hipotecaria comprende puntualizar y pormenorizar: (i) Criterios subjetivos: identificando quiénes pueden ser acreedor y deudor. (ii) Criterios objetivos: estableciendo qué obligaciones pueden garantizarse. (iii) Criterios causales: definiendo de qué tipo de negocio jurídico deben provenir. (iv) Criterios temporales: concretando hasta cuándo pueden nacer. (v) Criterios cuantitativos: puntualizando el importe máximo a garantizar, ya sea por tipo de crédito, o de manera globalizada por el cúmulo de obligaciones que se pretendan amparar. (vi) Criterios funcionales: precisando la conexidad con una determinada operación económica, esto es, especificar criterios de identificación o conexidad entre las obligaciones futuras —o que han de nacer— con la operación o negocio que motivó la constitución de la hipoteca. (vii) Criterios de exigibilidad: estipulando las condiciones bajo las cuales la obligación ingresa al ámbito de cobertura de la garantía hipotecaria. (viii) Criterios de exclusión: disponiendo y reglamentando qué obligaciones han de quedar expresamente fuera del alcance de la garantía real.

Así, la identificación o “correlación” posterior de la obligación no dependerá de la discrecionalidad de alguna de las partes, sino de la aplicación de parámetros o reglas previamente incorporadas al contenido del negocio jurídico, permitiendo reconocer mediante criterios objetivos previamente prestablecidos, cuáles obligaciones futuras integran el objeto de la garantía y cuáles serán ajenas a ella.

No se trata entonces de la simple posibilidad de identificar —*ex post*— o “correlacionar” el gravamen con los créditos que surjan con posterioridad al perfeccionamiento de la Hipoteca. Se trata de, en cumplimiento del mandato establecido del artículo 1518 del Código Civil, la fijación de criterios o parámetros claros, objetivos, preexistentes y suficientes que permita delimitar —*ex ante*— cuáles obligaciones han de ingresar al ámbito de cobertura de la garantía hipotecaria.

VIII. Consecuencias derivadas de su inobservancia.

Los negocios y actos jurídicos están dotados de la autorregulación de intereses en ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, sin embargo, dicha autonomía “*no significa que a los asociados les esté dado regular todo, abarcarlo todo, disponer de sus intereses hasta el infinito*” (Bohórquez, 2009, p.24), en razón a que al Estado le corresponde fijar límites o regular su ejercicio (Hinestrosa, 2014). En otras palabras, todos los actos y negocios jurídicos deben ajustarse a los parámetros y lineamientos fijados por el legislador so pena de que sobre él recaigan sanciones o consecuencias negativas establecidas en la Ley, representadas en la imposibilidad de producir efectos o se impida su existencia jurídica, o que el acto aun perfeccionándose sea susceptible de ser sancionado y privado de producir efectos jurídicos, o que degenere en la anulación de una parte del acto y mantenga la validez de otra (Betti, 2008).

Estas sanciones o consecuencias negativas pueden verse materializadas, como lo sostiene Alarcón (2011), mediante la valoración negativa que realice un juez y se consigna en una decisión judicial, y la segunda, se materializa por el “*poder de la norma misma*” (p. 159). En el primero de los casos, corresponde a las sanciones de anulabilidad de los actos jurídicos (Nulidad absoluta, nulidad relativa y rescisión), y la segunda, corresponde a los fenómenos de ineficacia de pleno derecho e inexistencia.

Siguiendo con esto, se dijo en líneas anteriores que el objeto de la obligación constituye uno de los requisitos de existencia de los negocios jurídicos y adicionalmente se precisó los elementos, características y requisitos que ha de acontecer el objeto de los actos

jurídicos relativo a la cesión de derechos de autor. De donde surge preguntarse: ¿cuál es la consecuencia de inobservar los límites antes advertidos?

En principio resulta imperativo afirmar que, es inexistente el acto jurídico que adolece de la manifestación de voluntad expresada –falta de consentimiento⁸-, de objeto jurídico u objeto de la obligación, o que no contemple los requisitos de la esencia o específicos del acto o contrato, o que inadvierta el cumplimiento de los llamados requisitos ad *substantian actus*, a saber, aquellas formalidades que la Ley impone para su formación jurídica. Y carecen de validez aquellos actos jurídicos que omiten cumplir las condiciones de capacidad de los sujetos⁹, de consentimiento exento de vicios y de contener objeto y causa lícitas.

Así las cosas, la consecuencia de omitir alguno de los requisitos o condiciones de existencia de los contratos varía de conformidad con su naturaleza, en otras palabras, si es civil o comercial. Si el contrato en el que se transfiere o licencian derechos patrimoniales de autor es de naturaleza civil, de conformidad con el artículo 1741 del Código Civil su consecuencia será la de Nulidad Absoluta del Contrato, tal como lo ha sostenido la Jurisprudencia nacional¹⁰, al afirmar que “*en el cuerpo jurídico civilista, no está contemplada*

⁸ La Corte ha precisado que “*por definición el consentimiento uno de los requisitos esenciales para la existencia del acto jurídico*” y además precisa que “*cuando es sano, libre y espontáneo es así mismo elemento esencial para su validez (...)*”. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 11 de Abril del 2000. M.P. Manuel Ardila Velásquez. Expediente 5410.

⁹ La Corte ha sostenido que “*La capacidad y la voluntad en los actos o negocios jurídicos están íntima y recíprocamente relacionadas porque una y otra, constituyen requisitos de validez necesarios de todo tipo de manifestación de la voluntad jurídica, con perjuicio de generar nulidad; sin embargo, tienen una fisonomía propia, sin confundirse, entre sí; así por ejemplo, la voluntad es requisito esencial o de existencia de los actos o negocios jurídicos, sustancialidad que no ostenta la capacidad, porque ésta, apenas es un presupuesto de la validez negocial.*” Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de Noviembre de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Radicación n° 05001-31-03-007-2011-00481-01

¹⁰ La Corte en sentencias SC de 15. Sep. 1943, G.J. t. LVI, pág. 125, reiterada en SC de 19 jul. 1949, G.J. t. LXVI, pág. 351 y SC de 21 may. 1968, G.J. t. CXXIV, págs. 167 y 168, asemejó la inexistencia con la nulidad así: “*En rigor, prácticamente hablando, el problema en si cabe o no pensar en inexistencia, es del todo inoficioso puesto que, aun optando por la afirmativa, ello es que la ley no ofrece casilla especial para tal fenómeno ni le establece tratamiento singular y precisamente, por lo mismo, los casos de esa índole van a dar a la nulidad absoluta, que sí es fenómeno reconocido y reglamentado por la ley.*”.

Postura que es reiterada en providencia SC de 6 ago. 2010 rad. n° 0002-00189-01, en la que reiteró que “*(...) la Corporación de vieja data en distintos pronunciamientos ha concebido que la teoría de la inexistencia, cuyos diversos matices vienen expuestos, es una categoría jurídica desconocida en el interior del Código Civil, motivo por el cual tales aspectos los ausculta a la luz de la anulación (...)*”.

*la categoría de la inexistencia en los actos jurídicos, sino el concepto de nulidad, por lo que será este el conducto a seguir.”*¹¹. Consecuencia, que por expresa disposición del artículo 1742 requiere declaratoria judicial, por ser la nulidad absoluta el único remedio, en palabras de Hinestrosa (2015a), que tiene como consecuencia *“la eliminación del contrato en el estado que se encuentre al momento de la ejecutoria de la sentencia que la dispone”* (p. 774).

Esta última postura no es absoluta, pues la Corte Suprema de Justicia desde el siglo pasado ha transado una divergencia Jurisprudencial¹² alrededor de admitir la inexistencia como sanción o consecuencia de los negocios jurídicos gobernados por la norma Civil, por cuanto a la luz de la interpretación del artículo 1501 del Código Civil puede sostenerse que cuando el legislador imprime la expresión *“Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, **o no produce efecto alguno**¹³, o degeneran en otro contrato diferente”*, connota que no producir efectos, no es más que la materialización de la sanción de inexistencia, pues resultaría ajeno a la realidad y a la antañá teoría del negocio jurídico que se considere contrato a un pacto que adolece de manifestación de voluntad de las partes, esto es, que carezca de consentimiento; o sostener que un acuerdo de voluntades que no tenga objeto, que no emane obligaciones, que no ostente prestación de dar, hacer o no hacer, o no recaiga sobre una cosa o servicio pueda considerarse un acto jurídico; o que se sostenga que aún cuando la Ley impone solemnidades para el perfeccionamiento de los negocios jurídicos

¹¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 25 de Agosto de 2017. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicación n° 25286-31-84-001-2005-00238-01

¹² La Corte Suprema de Justicia ha variado su postura alrededor de la Inexistencia del Negocio Jurídico en los Contratos civiles. En sentencia SC de 15 mar. 1941, G.J. t. L, pág. 802, sostuvo que *“Si dos personas han entendido, por ejemplo, celebrar la compraventa de un inmueble sin escritura pública, ese contrato no existe, y aquél erróneo concepto de haberlo celebrado no da asidero a una acción de nulidad, sencillamente porque no hay contrato que anular (...)”*. Corte, que además ha sostenido que *“la ineficacia comprende todo desconocimiento o alteración de dichos resultados, partiendo de la propia negativa del ser o inexistencia, fenómeno...que es de indispensable contemplación desde un punto de vista lógico y pragmático, frente a reales ocurrencias vitales, que se desenvuelven con entera individualidad”* Gaceta Judicial, t. VII, pág. 261; Gaceta judicial, t. XVII, pág. 128; Gaceta judicial, t. L, págs. 802-803; Gaceta judicial t. LVI, pág. 125; y Gaceta judicial t. LXVI, pág. 351). En providencia más reciente sostuvo que *“En términos más sencillos, la inobservancia de la forma solemne, auténtico requisito de existencia, cuando es total, genera la inexistencia del acto, del mismo linaje, como cuando ocurre ausencia de voluntad o carencia de objeto, por concurrir como auténticas bases ontológicas que repercuten en el acto mismo (...)”*. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de Noviembre de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Radicación n° 05001-31-03-007-2011-00481-01

¹³ Negrilla propia.

y sean desatendidos, pueda considerarse que ahí surgió contrato. Eventos estos, que sin duda pueden serlo todo, menos un negocio jurídico o contrato.

Sobre este punto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, desde una posición contraria ha planteado que “*en consonancia con el artículo 1501 del Código Civil, en hipótesis donde la solemnidad es sustancial, vinculante o constitutiva (forma dat esse rei), y cuya omisión desemboca en la inexistencia, ante la ausencia de un requisito ineludible*”¹⁴. Posición jurisprudencial que tiene asidero en el planteamiento de Pothier (1839) cuando afirma que “*la falta además de las cosas que son de la esencia del contrato impide que haya ninguna clase de contrato. Algunas veces esa falta cambia tan solo su especie*” (p.13).

Y es esta última tesis la que en mi criterio es acertada, pues como se dijo, y tal como está reconocido en la doctrina legal (Uribe, 2010; Ramírez 2008; Hinestrosa, 2015a; Ospina & Ospina 2018; Pérez 2009), los actos jurídicos anulables nacen a la vida jurídica y posteriormente, cuando así se depreque, serán anulados por decisión que siempre conlleva la intervención jurisdiccional. Lo que no ocurre en el plano de la –inexistencia–, pues el acto jurídico nunca se materializa o “*el acto no es identificable como tal*” (Galgano, 1992, p. 261), lo que implica sea imposible realizar un juicio valorativo de eficacia o ineficacia, pues resulta imposible valorar lo que no existe.

Ahora bien, tal dualidad no es predicable en los contratos regulados por el Estatuto Mercantil, porque para estos actos jurídicos la consecuencia será la contemplada en el inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio, relativa a la Inexistencia¹⁵. Sanción jurídica que en el plano de los contratos mercantiles no requiere declaración judicial, pues

¹⁴ Véase: Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de Noviembre de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Radicación n° 05001-31-03-007-2011-00481-01

¹⁵ Sobre esta temática: “*La inexistencia se produce en aquellos supuestos en los cuales los requisitos o condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, tal y como ocurre, por ejemplo, cuando falta completamente la voluntad, cuando no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o cuando no se cumple un requisito o formalidad previsto (ad substantiam actus) en el ordenamiento para la existencia del acto o contrato.*”. Corte Constitucional, Sentencia C-345 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia¹⁶, opera o se manifiesta de pleno derecho *–ipso iure–*, “lo que permite a las personas que hayan tomado parte en el acto inexistente olvidarse tranquilamente de él, sin más, en su ulterior comportamiento jurídico” (Escobar, 2018, p. 373).

Así las cosas, el contrato de hipoteca que pretende garantizar obligaciones futuras no queda exonerado del cumplimiento de exigencias y presupuestos propios del objeto de la obligación. Si bien, el artículo 2438 del Código Civil permite que el gravamen ampare créditos aun no existente, ello no implica que las obligaciones garantizadas pueda quedar descritas de manera genérica, ambigua o absolutamente indeterminada. *A contrario sensu*, el objeto de la obligación garantizada debe satisfacer las exigencias previstas en el artículo 1518 del Código Civil, esto es, encontrarse determinado o ser objetivamente determinable desde el momento de celebración del negocio jurídico.

Entonces, la determinabilidad de la obligaciones garantizadas exige la incorporación de criterios objetivos, suficientes y previamente establecidos a fin de individualizar y reconocer, desde el mismo momento del perfeccionamiento del contrato de hipoteca, cuáles créditos quedarán comprendidos dentro de la cobertura de la garantía, y cuáles permanecerán excluidos. Este ejercicio de determinabilidad comprende un presupuesto *sine qua non* del objeto de la obligación, mismo que corresponde un requisito de existencia de todos los negocios jurídicos.¹⁷

¹⁶ Véase las siguientes sentencias: Corte Suprema de Justicia, sentencia del 06 de Agosto de 2010. M.P. César Julio Valencia Copete. Radicación n° 05001-3103-017-2002-00189-01. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 13 de diciembre de 2013. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Radicación n° 1100131030401999-01651-01. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de Octubre de 2019. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicación n° 11001-31-03-028-1997-09465-01.

¹⁷ Véase la Corte Suprema de Justicia, de antaño, ha decantado su postura alrededor de la solemnidad como requisito de la existencia del negocio jurídico, cuya omisión genera la "inexistencia", al respecto véase la Sentencias SC del 25 de mayo de 1992 y SC del 6 de agosto de 2010. En igual sentido, La Corte a través de la Sala de Negocios Generales en providencia de septiembre 20 de 1945 a propósito de la relación formalidades ad substantiam actus e inexistencia reiterando un precedente del 11 de diciembre de 1936 señaló: “*Cuando un contrato está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, es solemne, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil. (Artículo 1500 del C.C). El contrato celebrado por el señor Gutiérrez con el Departamento de Caldas estaba sujeto, como ya se ha visto, a la formalidad especial de la revisión del Tribunal de lo Contencioso de Medellín, y como está formalidad no se cumplió, tal contrato no tuvo existencia jurídica ni de él se pueden derivar acciones civiles. En otros términos, como el contrato no se celebró legalmente,*

Sobre este tópico, el profesor Paredes Hernández (2016), explica que las condiciones de existencia de los actos jurídicos *“son aquellos requisitos para que un acto o contrato adquiera la trascendencia suficiente para producir algún efecto legal”* (p. 164). Se tiene entonces que, de no cumplirse tal requisito, el acto o negocio no podrá producir efecto alguno.

En el mismo sentido se advierte la consecuencia por la omisión de la fijación o determinación del límite máximo económico de la hipoteca o su importe, que como se ha dicho, comporta ser un elemento esencial o requisito particular del contrato de hipoteca, que ante su omisión, ha de llevar, no a su invalidez¹⁸, sino a su inexistencia. Sobre la diferencia entre los elementos o condiciones de existencia y validez de los actos jurídicos, en palabras del profesor Escobar Trujillo (2018), son *“palmariamente diferenciados”* (p. 372). En este sentido Ramírez Baquero (2008) señala que *“la existencia y la inexistencia, de un lado, y la validez e invalidez, de otro, no pueden confundirse, menos aún amalgamarse, porque en el plano ontológico son muy diferentes y si en este plano no son equivalentes tampoco pueden serlo en el jurídico ni en ningún otro”* (p. 41). Esto es, mientras la ausencia de los requisitos de existencia impide la formación del acto jurídico, y el desconocimiento de los requisitos de validez *“le da vida al acto aunque afectado de un vicio”*¹⁹.

De allí que Donado (2022) indique: *“Como se dijo, es inexistente el acto jurídico que adolece de la manifestación de voluntad expresada –falta de consentimiento-, de objeto jurídico u objeto de la obligación, o que no contemple los requisitos de la esencia o específicos del acto o contrato, o que inadvierta el cumplimiento de los llamados requisitos*

porque le faltó el cumplimiento de una formalidad indispensable para su validez, no puede sostenerse que sea una ley para las partes contratantes, como lo establece el artículo 1602 del C.C., que es la disposición que en primer término sirve de apoyo al demandante”. Finalmente concluyó: *“(…) estando todavía el contrato en vía de perfeccionamiento, no puede en rigor hablarse de nulidad de ninguna especie. El contrato no ha nacido a la vida jurídica y eso es todo (Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, providencia de 20 de septiembre de 1945)”*.

¹⁸ La doctrina sobre la materia al definir el concepto de invalidez, lo justifican en la “negación de la fuerza jurídica” por la inobservancia de las normas regulatorias de la actividad contractual (VEGA, 2007. p. 185 - 187).

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 25 de Agosto de 2017. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicación n° 25286-31-84-001-2005-00238-01

ad substantian actus, a saber, aquellas formalidades que la Ley impone para su formación jurídica. Y carecen de validez aquellos actos jurídicos que omiten cumplir las condiciones de capacidad de los sujetos²⁰, de consentimiento exento de vicios y de contener objeto y causa lícitas”.

En este sentido, bajo una interpretación sistemática y teleológica de la norma debe entenderse que, de no plasmarse la cuantía o límite máximo del importe garantizado al momento de perfeccionar el contrato de hipoteca, no producirá efecto alguno en razón a su inexistencia.

De allí que, el presupuesto de la esencia del contrato hipoteca contenido en el artículo 2455 del Código Civil comporte un auténtico requisito contractual que no ha de ser una condición jurídica externa a la estructura de validez y existencia del acto o negocio (Vega, 2007), razón que las reglas ahí descritas son elementos o condiciones de la existencia del negocio jurídico. De ahí que la inexistencia estudiada no es producida por un factor exógeno al negocio (Navarrete, 2018; Bianca, 2007 y Alarcón, 2011), sino por la omisión en el cumplimiento de un presupuesto o requisito legal atinente a la existencia propia del acto, es decir, es un elemento subordinado a su génesis de constitución y formación negocial.

IX. **Conclusiones.**

La denominada hipoteca abierta sin límite de cuantía ha sido objeto de una interpretación jurisprudencial que confunde dos categorías jurídicas autónomas: la determinación o determinabilidad de las obligaciones garantizadas y la delimitación económica de la garantía hipotecaria. Aunque ambas concurren en la estructura del contrato de hipoteca, obedecen a

²⁰ La Corte ha sostenido que “La capacidad y la voluntad en los actos o negocios jurídicos están íntima y recíprocamente relacionadas porque una y otra, constituyen requisitos de validez necesarios de todo tipo de manifestación de la voluntad jurídica, con perjuicio de generar nulidad; sin embargo, tienen una fisonomía propia, sin confundirse, entre sí; así por ejemplo, la voluntad es requisito esencial o de existencia de los actos o negocios jurídicos, sustancialidad que no ostenta la capacidad, porque ésta, apenas es un presupuesto de la validez negocial.” Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de Noviembre de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Radicación n° 05001-31-03-007-2011-00481-01

presupuestos normativos diferentes, cumplen funciones jurídicas diversas y encuentran fundamento en disposiciones distintas del Código Civil.

Por su parte, la autorización contenida en el artículo 2438 del Código Civil para constituir hipotecas destinadas a garantizar obligaciones futuras únicamente flexibiliza el requisito relativo al objeto de la obligación garantizada, permitiendo que el crédito no exista al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, dicha autorización no elimina, modifica ni aminora los elementos esenciales del contrato de hipoteca ni autoriza la constitución de gravámenes desprovistos de delimitación económica.

Asimismo, la cuantía o límite máximo del gravamen constituye un requisito esencial del contrato de hipoteca en los términos del artículo 1501 del Código Civil, en tanto su función consiste en delimitar el contenido patrimonial del derecho real, establecer la extensión objetiva de la afectación que recae sobre el inmueble, fijar el alcance de la responsabilidad real y determinar el límite de preferencia del acreedor hipotecario. De allí que, la determinación de la cuantía no corresponde a una estipulación accesorio ni a un requisito meramente registral, sino a un elemento estructural sin el cual el contrato carece de uno de sus *essentialia negotii*.

De lo explicado surge afirmar que, no existe duda que la hipoteca puede ser abierta y “sin límite de cuantía”, en la medida que al momento de su otorgamiento, si bien no sea posible determinar concreta, expresa y ciertamente el monto de la obligación garantizada; lo cierto es que siempre ha de tener un límite en el alcance económico o límite de lo que se pretenderá garantizar.

Así, cuando se refiere a “sin límite de cuantía”, debe entenderse sin límite de cuantía al momento de constituir la hipoteca, al momento del nacimiento del contrato; pero ello no es lo mismo que considerar que la hipoteca se constituya sin cuantía -sin delimitación económica-, pues la ley impone una regla -no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto, de la obligación principal-, al punto que tal determinación

ha de ser de la cuantía “conocida” o “presunta”, lo que comporta ser un requisito de dicho contrato.

Seguidamente se tiene que, la determinación o determinabilidad de las obligaciones garantizadas constituye un presupuesto propio del objeto de la obligación, regulado por el artículo 1518 del Código Civil; porque si bien la ley admite que las obligaciones futuras sean determinables, también exige que el contrato incorpore criterios objetivos, suficientes, verificables y preexistentes que permitan individualizar cuáles obligaciones ingresan al ámbito de cobertura de la garantía y cuáles permanecen excluidas. Por ello, la determinabilidad exige, por tanto, una verdadera delimitación jurídica del objeto y no una simple expectativa de identificación posterior.

En este contexto, resulta dable afirmar que la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia incurre en un error conceptual al sustituir la determinabilidad del objeto por la mera posibilidad de correlacionar, con posterioridad al nacimiento del crédito, las obligaciones existentes con la hipoteca previamente constituida. Al punto que se omite entender que la correlación constituye un ejercicio de identificación *ex post*, mientras que la determinabilidad exige la fijación *ex ante* de parámetros jurídicos objetivos que permitan individualizar el objeto de la obligación desde el mismo momento de celebración del negocio jurídico.

Siguiendo con la determinación de la obligación garantizada, comporta prudente indicar que tampoco resulta jurídicamente suficiente una estipulación mediante la cual se pretenda garantizar de manera general "todas las obligaciones presentes y futuras" existentes entre acreedor y deudor. Una cláusula de esa naturaleza únicamente identifica a los sujetos de la relación jurídica, pero no delimita el objeto de la obligación garantizada, dejando el alcance de la garantía sometido a una universalidad indeterminada de créditos futuros, circunstancia incompatible con el requisito de determinación o determinabilidad previsto en el artículo 1518 del Código Civil.

De allí que, la delimitación de la cuantía y la determinación de las obligaciones garantizadas constituyen, ambas, requisitos de existencia del contrato de hipoteca, aunque recaen sobre ámbitos jurídicos distintos. La primera corresponde a un elemento esencial y particular del contrato de hipoteca; la segunda, al objeto de la obligación garantizada. La concurrencia de uno no suple la ausencia del otro, razón por la cual el cumplimiento de ambos presupuestos resulta indispensable para la válida configuración del negocio jurídico.

Finalmente, la interpretación sistemática de los artículos 1501, 1518, 2438 y 2455 del Código Civil conduce a concluir que el ordenamiento colombiano no consagra una verdadera hipoteca desprovista de límite económico. Incluso tratándose de hipotecas destinadas a garantizar obligaciones futuras, el legislador exige la delimitación patrimonial del gravamen y la determinación objetiva de las obligaciones garantizadas. En consecuencia, la denominada "hipoteca abierta sin límite de cuantía" no puede entenderse como una garantía ilimitada ni indeterminada, sino como una modalidad contractual que admite la cobertura de obligaciones futuras, sin relevar a las partes del cumplimiento de los presupuestos estructurales propios de la teoría general del negocio jurídico y de la naturaleza jurídica del derecho real de hipoteca.

Bibliografía.

Libros.

1. Alarcón, F. (2011). *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
2. Arrubla, J. (2022). *Contratos Mercantiles*. Editorial Legis. Bogotá, Colombia.
3. Álvarez, M. (2025). *La ejecución, Derecho y proceso*. Editorial Tirant lo Blanch. Bogotá, Colombia.
4. Betti, E. (2008). *Teoría General del Negocio Jurídico* (Traductor Martín). Granada, España: Editorial Comares.
5. Bercovitz R. (2009). *Contratos de garantía*. En Bercovitz, R. (Ed.), *Tratado de Contratos*. (pp. 4156-4199). Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.

6. Bianca, C. (2007). *Derecho civil* (Traductor Hinestrosa, F. y Cortés, E.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
7. Bohórquez, A. (2009). *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*. Bogotá, Colombia: Doctrina y Ley.
8. Bonivento, J. (2019). *Los principales contratos civiles y comerciales*. Bogotá, Colombia.
9. Capobianco, E., (2017). *Lecciones sobre el Contrato*. (Traductores Alpa, G., Carneiro, D., & Moreno, C.) Puno, Perú: ZELA Grupo Editorial.
10. Caprile, B. (2008). *El objeto de los actos jurídicos*. En Mantilla, F. y Ternera, F. (Ed.), *Los contratos en el derecho privado*. (pp. 135-185). Bogotá, Colombia: Legis Editores y Universidad del Rosario.
11. Carrasco, A. (2010). *Derecho de contratos*. Editorial Arazandi, Pamplona, España.
12. Galgano, F. (1992). *Él negocio jurídico*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
13. Grosso, G. (2011). *Las obligaciones contenido y requisitos de la prestación*. (Traductor Hinestrosa, F.) Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.
14. Hinestrosa, F. (2015a). *De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*. Volumen II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
15. Hinestrosa, F. (2015b). *De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*. Volumen I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
16. Mazeaud, H., Mazeaud, J., Mazeaud, L. y Chabas F. (1997). *Derecho Civil – obligaciones-*, Buenos Aires, Argentina: Ed. Zavalia
17. Morales, M. (2018). *Constitución y límites a la autonomía privada*. En Neme, M. (Ed.), *Autonomía Privada. Perspectivas desde el derecho contemporáneo*. (pp. 195-216). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
18. Moralejo, N. (2009). *Contratos constitutivos de Derechos Reales de Garantía*. En Bercovitz, R. (Ed.), *Tratado de Contratos*. (pp. 4156-4199). Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
19. Navarrete, A. (2018). *La aplicación de la ineficacia negocial en Colombia: entre declaración pública y privada*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

20. Ospina, G. (2019). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
21. Ospina, G. y Ospina E. (2018). *Teoría General del Contrato y del Negocio jurídico*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
22. Paredes, A. (2016). *Ineficacia del acto jurídico*. En Castro, M. (Ed.), *Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización*. (pp. 163-233). Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
23. Pérez, A. (2009). *Teoría general de las obligaciones*. Volumen I, parte primera. Bogotá, Colombia: Doctrina y ley.
24. Pérez, A. (1999). *Garantías Civiles*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia.
25. Pothier, R. (1839). *Tratado de las obligaciones*. (trad. POR UNA SOCIEDAD DE AMIGOS COLABORADORES) Barcelona, Imprenta y litografía de J. Roger.
Recuperado de:
<https://books.google.com.co/books?id=XcuHryxSkVUC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>
26. Planiol, M. & Ripert, J. (2017). *Tratado Práctico de derecho civil francés* (Traductor Díaz, M.). Habana, Cuba: Cultural S.A.
27. Ramírez, E. (2008). *La ineficacia en el negocio jurídico*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia.
28. Tamayo, A. (2008). *Manual de obligaciones*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
29. Villamil, E. (2013) *Algunas garantías civiles*. Editorial Ibañez. Bogota, Colombia.

Artículos.

30. Benetti, L. (2010). La función social del derecho contractual en el código civil brasileño: Justicia distributiva vs. Eficiencia económica. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, (52), 5-51. Recuperado de
http://www.eseade.edu.ar/files/riim/RIIM_52/52_1_benetti_timm.pdf

31. Bernal, M. (2015). La contratación proactiva dentro de las nuevas visiones del contrato, *Vniversitas*, (130), 21-52. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj130.cpdn>
32. Donado, J. (2022). Límites a la transferencia de derechos de autor por acto entre vivos: una perspectiva desde la teoría del negocio jurídico. Universidad Santo Tomás.
33. Escobar Trujillo, P. (2018). Ineficacia e inexistencia en el Código de Comercio. *Estudios De Derecho*, 43(105-6), 368- 384. Recuperado a partir de <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/332610>
34. Hinestrrosa, F. (2014). [Función, límites y cargas de la autonomía privada]. *Revista De Derecho Privado*, (26), 5-39. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3794>
35. Uribe, H. (2010). La ineficacia del negocio jurídico en el derecho privado colombiano. *Revista Criterios*, (V. 3-1), 19-43. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.21500/20115733.1927>
36. Vega Clemente, V. (2007). *El negocio jurídico: Invalidez e ineficacia*. Revista de estudios económicos y empresariales, (19), 177-234. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10662/2580>

Jurisprudencia relacionada.

1. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 2 diciembre de 2009, Radicado N° 2003-00596-01.
2. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 03 de Octubre de 2022. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. SC3097-2022. Radicación n.º 11001-31-03-032-2015-00070-01
3. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 01 de Julio de 2008. SC060-2008, Radicado 2001- 00803-01.
4. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 12 de Mayo de 2016. STC6163-2016.

5. Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia de del 28 de octubre de 2019, radicado 110013103032201500070-01
6. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de Noviembre de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. Radicación n° 05001-31-03-007-2011-00481-01
7. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 11 de Abril del 2000. M.P. Manuel Ardila Velásquez. Expediente 5410
8. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de Septiembre de 1943, G.J. t. LVI, pág. 125.
9. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 6 de agosto de 2010. Radicación: n° 2002-00189-01
10. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 25 de Agosto de 2017. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicación n° 25286-31-84-001-2005-00238-01
11. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 marzo de 1941, G.J. t. L, pág. 802.
12. Corte Constitucional, sentencia de Constitucionalidad, Referencia: expediente D-11758. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo.
13. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 06 de Agosto de 2010. M.P. César Julio Valencia Copete. Radicación n° 05001-3103-017-2002-00189-01
14. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 13 de diciembre de 2013. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Radicación n° 1100131030401999-01651-01.
15. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 25 de Agosto de 2017. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicación n° 25286-31-84-001-2005-00238-01

16. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de Octubre de 2019. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicación nº 11001-31-03-028-1997-09465-01.
17. Corte Suprema de Justicia, Auto del 29 de Julio de 2019. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona. AC2957-2019 Radicación nº 11001-02-03-000-2019-02329-00.
18. Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 03 de Abril de 2017. M.P. Arnoldo Wilson Quiroz Monsalvo. SC4659-2017 Radicación nº 11001-31-03-023-1996-02422-01.