Providencia recolectada por GMH Abogados
Adquiere nuestra suscripción en
www.gmhabogados.com/tienda
WhatsApp 313-8836491

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado ponente

SC3097-2022

Radicación n.° 11001-31-03-032-2015-00070-01

(Aprobado en sesión de dieciocho de agosto de dos mil veintidós)

Bogotá D.C., tres (3) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Se decide el recurso de casación interpuesto por Saín Aguirre, frente a la sentencia del 28 de octubre de 2019 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, dentro del proceso que en su contra promovieron Luz Dary Garcés de Puerta y Gustavo Alberto Puerta Muñoz, y al cual se vinculó como litisconsorte necesario a Martha Elena Puerta Garcés.

ANTECEDENTES

1. Los actores deprecaron que se declarara que «*la hipoteca abierta y sin límite de cuantía, constituida mediante escritura pública No. 00306 del 15 de febrero de 2011 de la Notaría 16 de Bogotá, sobre el inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-812000[,]… es inexigible e inoperante*».

Como consecuencia, pidieron ordenar la cancelación del instrumento público, así como de su inscripción en el registro correspondiente (folios 53 a 55 del archivo digital CUADERNO PRIMERA INSTANCIA.pdf).

2. Como sustento fáctico (folios 55 a 57 *ibidem*) los reclamantes relataron:

2.1. Mediante escritura pública n.° 306 del 15 de febrero de 2011, otorgada en la Notaria 16 de Bogotá, se constituyó hipoteca abierta y sin límite de cuantía sobre el inmueble ubicado en la calle 78 n.° 9-53 de la misma ciudad.

2.2. A la fecha de la demanda no existen títulos valores otorgados por los hipotecantes en favor del acreedor, por lo que surgió el deber de cancelar el gravamen, sin que se lograra un acuerdo entre los interesados en la conciliación extrajudicial.

3. Una vez adelantado el proceso de enteramiento, el convocado negó algunos hechos, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones intituladas: «*falta de requisito de procedibilidad*», «*inexistencia de la causa invocada*», «*fianza hipotecaria*» y «*falta de constitución de litisconsorcio necesario activo*» (folios 80 a 87 *ejusdem*).

4. Martha Helena Puerta Garcés, después de vincularse como litisconsorte necesario de la parte demandante, se

adhirió «*a los hechos, pruebas y peticiones, formuladas en el libelo demandatorio*» (folios 114 y 115).

5. El Juzgado Cuarto Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, el 3 de diciembre de 2018, emitió sentencia escrita en la que reconoció «*la prosperidad de la excepción denominada 'inexistencia de la causa invocada'*» y negó las pretensiones.

6. El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, el 28 de octubre de 2019, desató el remedio vertical promovido contra el fallo de primer grado, revocándolo y declarando «*de oficio, la nulidad absoluta de la hipoteca contenida en la escritura pública No. 00306 de 15 de febrero de 2011, corrida en la Notaría 16 de Bogotá*» (folios 22 y 23 del archivo digital CUADERNO DE SEGUNDA INSTANCIA.pdf).

7. El demandado acudió al remedio extraordinario, el cual fue admitido por esta Corporación y sustentado en su oportunidad (archivo digital 11001310303220150007001-0007Documento_actuacion).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Después de reproducir *in extenso* el contrato de hipoteca firmado entre las partes, así como sus anexos, efectuó un recuento detallado de las principales actuaciones procesales, con el fin de demarcar los contornos del litigio.

2. Se adentró en la teoría general del contrato de hipoteca para señalar que este negocio consiste en un derecho real de prenda sobre inmuebles, según el artículo 2432 del Código Civil, el cual debe otorgarse por escritura pública, así como cancelarse de la misma forma.

Aseguró que lo usual es que la hipoteca se constituya para garantizar obligaciones existentes, aunque nada se opone a que se otorgue antes o después de los contratos a que acceda; empero, en este último caso, resulta abusivo incluir como garantizadas todas las obligaciones, sin un límite temporal o sobre un monto indeterminado, en fundamento de lo cual invocó un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia.

Sostuvo que, según la Escritura Pública n.° 306 del 2011, el gravamen recayó sobre obligaciones de los demandantes, y no de terceros, sin que este colofón fuera desmentido por otros medios de convicción. Por tanto, erró el sentenciador de primer grado al considerar que estaban identificadas las deudas garantizadas, sin que este yerro permita la extinción de la hipoteca conforme a las causales legales.

3. Empero, estimó la Sala que hubo un vicio en la formación de la hipoteca y que conduce a su ineficacia, consistente en la vaguedad de las obligaciones cubiertas con el gravamen.

Consideró que, en verdad, se pactó una garantía perpetua, indeterminada y genérica, en contravención de su naturaleza accesoria, por no especificar la causa u origen de las obligaciones, ni fijar un límite temporal para la hipoteca, en desatención del artículo 1455 del Código Civil.

4. Luego, si bien lo alegado en el *sub lite* no encaja dentro de las causales de extinción del contrato, lo cierto es que se configuró un motivo de ineficacia, consistente en la indeterminación del objeto, vicio que puede ser declarado de oficio, por aparecer manifiesto en la escritura de constitución, haberse invocado la garantía en el presente litigio y concurrir todas las partes del contrato al actual trámite judicial.

De conformidad, declaró la nulidad absoluta de la hipoteca, en aplicación del artículo 328 del Código General del Proceso.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El demandado propuso un embiste solitario, por violación directa de la ley sustancial, el cual, anticípese, está llamado a abrirse paso, como se dilucidará en lo sucesivo.

CARGO ÚNICO

Se acusó el desconocimiento directo de los artículos 1741, 1742, 2432, 2434, 2435, 2436, 2438, 2455, 2457 y

2492 del Código Civil, al haberse declarado oficiosamente la nulidad de la hipoteca abierta sin límite de cuantía, pues los motivos invocados por el sentenciador en realidad aluden a la existencia del contrato.

1. Remarcó que el disentimiento en casación se acota a la aplicación del instituto de la nulidad absoluta, sin criticar la incongruencia originada por fallarse más allá de lo pedido.

2. Indicó que los requisitos de validez de la hipoteca son la licitud del objeto y de la causa, el consentimiento y la capacidad; empero, para el surgimiento del derecho real de garantía es necesario que se inscriba, condición para que el acreedor pueda perseguir el bien hipotecado y, de ser el caso, pagado de forma preferente.

Dentro de esta órbita contractual, el deudor puede solicitar la reducción del gravamen, «*entendiéndose por tal el evento en que existan varios inmuebles afectos al pago del crédito y que resulte excesiva la garantía; y, correlativamente, el derecho que tiene el acreedor hipotecario para la mejora de la garantía*».

3. Sostuvo que, como en el caso se pactó una hipoteca abierta y sin límite de cuantía, se tiene que «*ampara obligaciones que no necesariamente deben estar determinadas o inclusive, que no existen para el momento de su constitución, con lo cual no se puede establecer que la*

determinación de la cuantía o el plazo, sean elementos esenciales para la constitución de dicha clase de hipoteca».

Luego de transcribir los cánones 1741 y 1742 del Código Civil, estimó que la invalidez declarada no se ajusta a los mandatos legales, porque «*la hipoteca abierta sin límite de cuantía no requiere obligatoriamente que se establezca un plazo y una determinada suma a garantizar, pues como ya se dijo, puede ser la garantía para obligaciones futuras o que aún no existen… Es así como no hay motivo para declarar la nulidad absoluta de la hipoteca sobre el inmueble*».

Criticó que, a pesar de negarse la extinción de la hipoteca, lo que equivale a reconocer su eficacia, de forma contradictoria se declare su nulidad, más aún ante la ausencia de elementos esenciales faltantes, al punto que nada se dijo sobre la licitud del objeto o la causa, ni la formalidad y la capacidad de las partes.

4. Reprochó la invocación de sentencias de la Corte Suprema de Justicia, haciéndole decir afirmaciones que están contenidas en un salvamento de voto, pues la posición mayoritaria ratifica que no hay causal de nulidad.

5. Por último, a partir de la premisa de que la nulidad es una sanción civil, remarcó que, ante la ausencia de incumplimiento de los requisitos y formalidades de la hipoteca, no debió declararse su nulidad y, menos aún, con fundamento en un salvamento de voto.

CONSIDERACIONES

1. **Generalidades del contrato de hipoteca.**

1.1. La hipoteca, conforme a los artículos 2409 y 2432 del Código Civil, «*es un derecho de prenda* -contrato por el que se empeña una cosa a un acreedor para la seguridad del crédito- *constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor*».

Refulge de la anterior definición legal una doble naturaleza: **derecho real** del cual es titular el acreedor hipotecario (artículo 665), expresado en atributos como la persecución (artículo 2452), preferencia (artículo 2493) y venta judicial (artículo 2448); y **contrato**, del cual emanan derechos personales entre las partes.

1.1.2. En lo tocante a la primera este colegiado tiene decantado que:

> *Como derecho real que es, la hipoteca concede al titular los atributos que atañen a los demás de su tipo, es decir, la persecución y la preferencia, caracteres que han sido reconocidos por la Corte, con apoyo en los artículos 2452 y 2448 del Código Civil, como la facultad del acreedor para "embargar y hacer vender ese bien, al vencimiento del término, sea quien fuere el poseedor, para hacerse pagar con el precio, de preferencia a los otros acreedores" (XLIV, Pág. 542). En otras palabras, la hipoteca permite al acreedor promover las acciones judiciales tendientes a la satisfacción de las obligaciones garantizadas, con abstracción de quién sea el dueño o poseedor actual del bien gravado y asistido aquel acreedor del derecho de preferencia respecto de los*

demás acreedores de menor derecho (SC, 2 dic. 2009, rad. n.° 2003-00596-01).

1.1.3. Como convención, la hipoteca es un acuerdo de voluntades entre dos partes, acreedor y deudor hipotecarios, por medio de la cual se ampara el cumplimiento de obligaciones contraídas por este último o por un deudor principal (artículo 2454), a través de la imposición de un gravamen sobre un bien inmueble (artículo 8° de la ley 1579 de 2012), de suerte que, frente al incumplimiento, el acreedor pueda acudir a la realización judicial del activo (artículo 2449 del Código Civil).

En palabras de esta Sala: «*La hipoteca es una seguridad real e indivisible que consiste en la afectación de un bien raíz del deudor al pago de una obligación, sin desposesión actual del constituyente, y que le permite al acreedor embargar y hacer vender ese bien, al vencimiento del término, sea quien fuere el poseedor, para hacerse pagar con el precio, de preferencia a los otros acreedores*» (SC, 15 dic. 1936).

1.2. La hipoteca, atendiendo a su naturaleza contractual y para nacer a la vida jurídica, debe observar las exigencias contenidas en el artículo 1502 del Código Civil, a saber: capacidad de los contratantes, manifestación de voluntad, consentimiento, ausencia de vicios, objeto determinado, posible y lícito, y causa lícita.

Además, debe satisfacer los requerimientos especialmente señalados para este negocio jurídico,

consistentes en: (I) formalidad, (II) capacidad plena del deudor hipotecario y (III) naturaleza de los bienes hipotecables.

(I) Respecto a la forma, los artículos 2434 y 2435 de la codificación civil exigen que la hipoteca se constituya por escritura pública, la cual deberá registrarse dentro de los noventa (90) días hábiles siguientes a su otorgamiento (artículo 28 de la ley 1579 de 2012), so pena de que no produzca efectos jurídicos.

En verdad es una doble solemnidad, como ha sido reconocido por esta Corporación, por cuanto «*deberá otorgarse por escritura pública… y… está sujeto al registro, art. 2435*», de allí que «*[l]a falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba*» (SC, 30 ab. 1938).

(II) De otro lado, por desvelar un acto de disposición indirecto, el canon 2439 ordena que «*no podrá constituir hipoteca sobre sus bienes* ***sino la persona que sea capaz de enajenarlos****, y con los requisitos necesarios para su enajenación*» (negrilla fuera de texto).

Luego, es «*indispensable que quien constituye la 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*» (SC, 27 jul. 1959, G.J. XCI, n.° 2214).

(III) Por último, sólo son hipotecables los derechos reales de dominio y usufructo sobre inmuebles o naves (artículo 2443 del Código Civil), incluyendo el derecho del comunero sobre la cosa común (artículo 2442 *ibidem*), sin perjuicio de las normas especiales en materia de aeronaves (artículos 1904 y siguientes del Código de Comercio) y minas (artículo 237 de la ley 685 de 2001).

1.3. Satisfechos los requisitos antes enunciados, la hipoteca produce los efectos jurídicos de: (I) generar un derecho real para el acreedor, caracterizado por los atributos de oponibilidad *erga omnes*, persecución del bien hipotecado para la satisfacción del crédito sin importar su titularidad y preferencia en caso de concurso de *accipiens*; y (II) perfeccionar una convención accesoria, que será «*ley para los contratantes*» (artículo 1602 del Código Civil).

1.3.1. Sobre este último conviene recordar que, según el artículo 1499, «*[e]l contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención,* ***y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal****, de manera que no pueda* ***subsistir*** *sin ella*» (negrilla fuera de texto).

El carácter accesorio, entonces, hace alusión a la influencia que un negocio ejerce sobre otro, de suerte que uno es la razón del otro: el primero se denomina *principal* y el segundo *accesorio*, frente al cual se predica la regla

«*accesorium sequitur principale*» -lo accesorio sigue la suerte de lo principal-.

Interdependencia que, en nuestro sistema jurídico, no es absoluta, pues el negocio accesorio no se subordinada *per totum* -en total- al principal. Así se extrae del artículo 1499 del Código Civil, el cual acota la ligazón a lo tocante a la «***subsistencia***» de los negocios, huelga dilucidarlo, a la exigibilidad de las obligaciones, forma de cumplimiento, motivos de ineficacia y extinción.

Dicho de otra forma, el carácter accesorio no trasluce una conjunción de las reglas tocantes a la formación, requisitos de perfeccionamiento o régimen sustancial aplicable a los contratos vinculados, sino, itérese a riesgo de hastiar, a su ejecución y pervivencia, expresado en reglas como:

(I) el agotamiento del contrato principal extingue, por este mismo hecho, al accesorio, salvo las excepciones legales o convencionales;

(II) la inexistencia, nulidad, rescisión o ineficacia de la convención principal, conduce a la pérdida de efectos del accesorio;

(III) el juez competente para conocer de las controversias sobre el contrato principal tendrá competencia para conocer de los litigios relativos al accesorio; y

(IV) si bien los contratos puedan celebrarse en momentos diferentes, una vez coexistan, las vicisitudes del principal afectarán al accesorio, pero no a la inversa[1].

1.3.2. Tratándose del contrato de hipoteca, según los preceptos 2434, 2464 y 2537 del Código Civil, deviene innegable que es una convención accesoria. Colofón que encuentra asidero adicional en su asimilación con la prenda, frente a la cual el legislador previó expresamente que es un «*contrato… [que] supone siempre una obligación a la que accede*» (artículo 2410).

Esto explica que el legislador estableciera directrices como las que se compendian a renglón seguido:

(I) «*La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas*» (artículo 1964 del Código Civil);

(II) «*cada una de las cosas hipotecadas… son obligadas al pago de toda la deuda y de cada una parte de ella*» (artículo 2433 *ibidem*);

(III) «*si la finca se perdiere o deteriorare… tendrá derecho el acreedor a que se mejore la hipoteca, a no ser que consienta en que se le dé otra seguridad equivalente; y en defecto de ambas cosas, podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida…*» (artículo 2451);

[1] Cfr. Ricardo Luis Lorenzetti, *Tratado de los Contratos*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 37

(III) «*la hipoteca se extingue junto con la obligación principal*» (artículo 2457); y

(IV) «*La acción hipotecaria y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden*» (artículo 2537).

1.3.3. Interdependencia que, valga la pena concretar, no supone que los créditos cubiertos deban ser preexistentes a la garantía, pues nada obsta para que esta última se constituya de forma previa a aquellos. Así lo permite el inciso final del artículo 2438 del estatuto privado, que expresamente consagra: «***Podrá*** *asimismo* ***otorgarse*** [la hipoteca] *en cualquier tiempo,* ***antes o después de los contratos a que acceda***» (negrilla fuera de texto).

La Corte, refiriéndose al precepto de marras, doctrinó: «*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*» (SC, 1° jul. 2008, rad. n.° 2001-00803-01).

Descuella, en el contexto del contrato, que es posible: (I) la existencia de créditos quirografarios que posteriormente son garantizados con el gravamen inmobiliario, para mejorar la prenda general de garantía del deudor; o (II) el otorgamiento de la hipoteca con el fin de amparar los créditos que, en el futuro, sean debidos por el *solvens*, como mecanismo para facilitar el acceso al crédito.

Hipótesis final que tiene cabida, por ejemplo, en los originales cánones 466 y 605 del Código Civil, los cuales permitían a los guardadores otorgar hipoteca para el discernimiento de su cargo, con vista a la eventual indemnización de perjuicios por los daños irrogados en la administración de los bienes del pupilo -obligación futura-. Lo mismo sucede, en la actualidad, con la caución hipotecaria establecida en el artículo 604 del Código General del Proceso, pues este mecanismo sirve para amparar los perjuicios que eventualmente se originen por la proposición de variados trámites judiciales -obligación futura- (cfr. artículos 57, 309, 341, 382, entre otras).

1.4. Ahora bien, para demarcar los efectos de la accesoriedad, conviene considerar su relación con los principios de indivisibilidad y especificidad a que está encuentra sometida la hipoteca.

1.4.1. El primero prescribe que el inmueble gravado, sus aumentos, mejoras, accesiones, frutos e indemnizaciones (artículos 2445 y 2446), amparan el cumplimiento de cada una de las obligaciones garantizadas, incluyendo capital e intereses (artículo 2433), como certeramente lo dictaminó la Corte años atrás: «*la finca hipotecada responde tanto por el principal como por los intereses*» (SC, 10 dic. 1886, G.J. I, n.° 14).

Sostiene la doctrina:

> *El carácter indivisible de la hipoteca puede mirarse desde dos puntos de vista que operan simultáneamente: 1°. Desde el punto de vista del inmueble o los inmuebles hipotecados; 2.° Desde el punto de vista de la obligación garantizada con la hipoteca. Vista por el primer aspecto, la indivisibilidad de la hipoteca significa que la totalidad del inmueble o de los inmuebles hipotecados, y cada una de sus partes (cada molécula pudiera decirse), están afectados al cumplimiento de la obligación principal, mientras esta no se extinga totalmente. Vista por el segundo aspecto, la indivisibilidad de la hipoteca significa que cada parte de la obligación principal, y por lo mismo toda ella, tiene el respaldo o la garantía de todo el gravamen; de suerte que mientras subsista cualquier parte de la obligación principal sin ser satisfecha, por insignificante que ella sea, subsistirá la totalidad del gravamen*[2].

1.4.2. La especificidad hace referencia a la determinación, del (I) bien gravado y de las (II) obligaciones garantizadas.

(I) Como regla de principio, el gravamen debe recaer sobre fundos existentes y claramente particularizados, lo que constituye una condición *sine qua non* para que la escritura pública pueda registrarse en el folio correspondiente; de allí que, de recaer sobre bienes futuros, según el artículo 2444 del Código Civil, el acreedor sólo tendrá «*el derecho de hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor adquiera en lo sucesivo, y a medida que los adquiera*».

(II) Se agrega que los créditos garantizados también deben estar definidos. Exigencia que, en el contexto de obligaciones presentes, comporta su plena individualización; mientras que, frente a créditos futuros, se expresa en el

[2] César Gómez Estrada, De los Principales Contratos Civiles, Temis, 2008, p. 470.

señalamiento de las reglas que servirán para su posterior concreción.

Total, según el canon 1518 del Código Civil: «***No sólo las cosas que existen pueden ser objeto*** *de una declaración de voluntad,* ***sino las que se espera que existan****; pero* ***es menester*** *que las unas y las otras sean comerciales y que* ***estén determinadas****, a lo menos, en cuanto a su género*» (negrilla fuera de texto).

En suma, el principio de especificidad, en este punto, se traduce en que las partes del contrato establezcan los criterios que servirán para que, en un momento determinado, puedan concretarse las obligaciones cubiertas por el gravamen. Laborío que puede consistir, bien en enumerar las obligaciones amparadas dentro de la escritura pública en que conste la hipoteca, ora en la simple indicación de los criterios que permitan identificarlas en un momento posterior.

1.4.3. Principios que deben conjuntarse con el artículo 2455 del Código Civil, el cual establece un límite cuantitativo a la garantía, a saber: «*La hipoteca* ***podrá*** *limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente,* ***pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto, de la obligación principal****, aunque así se haya estipulado… El deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho importe*» (negrilla fuera de texto).

De esta correlación descuellan tres (3) clases de hipoteca:

(I) **Cerrada**, que se caracteriza porque la garantía comprende únicamente determinados créditos preexistentes y hasta el límite de éstos;

(II) **Abierta con límite de cuantía**, en la que, si bien el gravamen comprende obligaciones determinadas, también se prevé la cobertura de créditos futuros, pero hasta un máximo prefijado por los interesados; y

(III) **Abierta sin límite de cuantía**, es «*una garantía abierta para varias, diferentes, múltiples [y/o] 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'*» (SC, 3 jul. 2005, rad. n.° 00040-01); en otras palabras, es «*la garantía constituida para amparar de manera general obligaciones que de ordinario no existen ni están determinadas en su cuantía al momento del gravamen*» (SC, 1° jul. 2008, rad. n.° 2001-00803-01).

El límite del gravamen, tratándose de hipoteca cerrada, será el mismo que emana de la sumatoria de los créditos especificados en el acto constitutivo, considerando el principio de indivisibilidad. Frente a la hipoteca abierta *con límite de cuantía*, la garantía otorgada para cubrir obligaciones futuras no podrá sobrepasar un tanto

equivalente al de las obligaciones determinadas que resultan cubiertas desde el acto de constitución, so pena de que sea procedente su reducción. Por último, en la hipoteca *sin límite de cuantía* no hay un tope prefijado al importe de los créditos cubiertos, razón para discutir su validez jurídica en el contexto del artículo 2455 del Código Civil.

Y es que, conforme a esta norma, en el contrato «*podrá*»[3] 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.

Discusión que era más evidente con el derogado artículo 2663, que exigía para el registro de la hipoteca «*expresar la fecha del contrato a que accede*», así como «*la suma determinada a que se extienda la hipoteca, en caso, de que ella se limitare a una determinada suma*».

Frente a esta disyuntiva se plantearon soluciones opuestas, como es ilustrado con detenimiento por Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga:

> *La determinación en cuanto a la naturaleza de las obligaciones que se garantizan, tampoco es necesaria, como lo prueba:*

[3] «*facultad o potencia de hacer algo*» (Diccionario de la Lengua Española, consultado en https://dle.rae.es/poder).

1) El artículo 2427 [equivalente al artículo 2451 del Código Civil colombiano], *que se pone en el caso de que la obligación sea ilíquida, condicional o indeterminada. Como no se refiere específicamente a la indeterminación en cuanto al monto, hay que concluir que abraza a ambas, es decir, a ésta y a la indeterminación en cuanto a la naturaleza.*

2) El inciso final del artículo 2413 [equivalente al artículo 2438 del Código Civil colombiano], *que estatuye que la hipoteca puede otorgarse antes o después de los contratos a que acceda, y corre desde que se inscribe. Si se puede otorgar antes del contrato principal, es evidente que la hipoteca puede garantizar obligaciones indeterminadas futuras, ya que no se sabe cuáles serán las obligaciones garantizadas.*

Lo anterior nos lleva a estudiar la llamada cláusula de garantía general hipotecaria… El valor de estas hipotecas ha sido discutido. Algunos creen que no lo tienen, fundándose en que, de acuerdo con el artículo 2432 [equivalente al derogado artículo 2663 del Código Civil colombiano], *una de las enunciaciones que debe tener la inscripción hipotecaria es la individualización del contrato al cual accede; si la inscripción no contiene la indicación del contrato al cual accede, es evidente que la hipoteca, como garantía que es, no puede tener valor. También se argumenta con el artículo 2431* [equivalente al artículo 2455 del Código Civil colombiano], *que dice que en ningún caso la hipoteca puede exceder del duplo de la obligación principal. La otra opinión, la que reconoce validez a estas hipotecas, cuenta con mayores adeptos y defensores. Las razones para defenderla se reducen a las siguientes:*

1) En cuanto al argumento del artículo 2432 (la inscripción debe contener la indicación del contrato a que accede), se dice que esta indicación sólo puede exigirse cuando ya ha nacido la obligación; si aún no ha nacido, no se la puede exigir.

2) La disposición del artículo 2431 la tomó Bello del proyecto del Código español de García Goyena, donde se reconocía validez a estas hipotecas.

3) Se argumenta que con estas hipotecas no se viola el artículo 2431, porque en cualquier momento puede ejercitarse el derecho que este artículo confiere…

> *4) Otra razón es la facilidad con que se puede obtener crédito; y todo lo que sea beneficiar el crédito debe aceptarse. Porque mediante estas hipotecas es más fácil obtener crédito en los Bancos…*[4]

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.

In extenso, la Sala doctrinó:

> *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****.*
>
> *En todo caso, la hipoteca cualquiera sea su modalidad, 'abierta' o 'cerrada' al tenor del artículo 2455 del Código Civil, no va más allá del duplo de la obligación garantizada, ni aún conocido con exactitud el quantum y de acordarse una suma mayor, pues, en esta hipótesis el contrato no es ilícito ni nulo sino que la garantía está circunscrita al monto máximo tarifado en la ley, siendo ineficaz el exceso. En efecto, cuando se excede el duplo de la*

[4] *Curso de Derecho Civil, Tomo IV, Fuente de las obligaciones*, Ed. Nascimiento, Santiago de Chile, 1942, p. 659 y 660.

obligación garantizada, el orden jurídico no establece la invalidez sino la reducción del exceso, lo que significa que la garantía conserva eficacia hasta concurrencia.

Tampoco, ***la indeterminación inicial y la determinabilidad posterior del monto de la obligación, desconocen el derecho del deudor a obtener su reducción****, precisamente, porque en este caso, el ordenamiento lo protege y, de no obtenerse de consuno, podrá ejercer las acciones respectivas…*

[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…* (negrilla fuera de texto, SC, 1° jul. 2008, rad. n.° 2001-00803-01).

Hermenéutica que encuentra apoyo suplementario en la derogatoria del artículo 2663 del Código Civil y su reemplazo por el canon 35 del decreto 1250 de 1970, a la postre sustituido por la ley 1579 de 2021, en el cual únicamente se impuso, para el registro de cualquier instrumento público, la previa «*comprobación de que reúne las exigencias de la ley para acceder al registro*» (artículo 16), eliminando la exigencia de que se identifiquen las obligaciones principales y el monto máximo de la cobertura.

Entonces, ¿cómo compatibilizar la hipoteca abierta sin límite de cuantía y el principio de especificidad de las obligaciones garantizadas?

Para responder, señálese 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, por ejemplo, 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.

Total, la determinación se satisface cuando en el título se «*establece[n] las bases firmes para llegar a precisar [el objeto] sin ninguna duda*»[5], esto es, basta que la prestación «*pueda ser establecid[a] más tarde por una simple operación o una serie de operaciones aritméticas, sin ninguna apreciación arbitraria*» (SC, 2 jul. 1958, G.J. LXXXVIII).

2. El caso concreto.

2.1. Recuérdese que el Tribunal declaró oficiosamente la nulidad absoluta de la hipoteca contenida en la escritura pública n.° 306 de 2001, otorgada en la Notaría 16 de Bogotá, por cuanto:

> *La hipoteca abierta, en suma, no puede entenderse como una garantía indeterminada, absoluta, eterna e imperecedera en favor del acreedor, pues ello supondría no sólo la imposición de un gravamen excesivamente abusivo a la parte más débil de la*

[5] Fernando Hinestrosa, *Derecho Civil, Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, 1968, p. 313.

relación contractual, sino se convertiría la hipoteca en una obligación principal, lo cual es jurídicamente inadmisible.

Cotejado lo reseñado con lo obrante en el plenario, podemos decir que lo que aparece probado es lo siguiente: que la escritura pública… se plasmó que el gravamen serviría de seguridad para las obligaciones de los demandantes y no de Pablo Eduardo Castro y esta declaración no quedó desmentida por algún otro medio de convicción…

[Se] encuentra acreditado un vicio al momento de levantarse la hipoteca, y que se ha mantenido hasta el día de hoy, que acarrea su ineficacia por indeterminación inicial del valor singular de las obligaciones y por ende del monto global de la garantía, ya que la vertida en la escritura pública… no es admisible porque configura una garantía genérica, indeterminada y perpetua que… desnaturaliza el carácter accesorio de la misma, ya que ***no se precisó cuándo menos cuáles iban a ser las obligaciones que iban a ser cobijadas, a más que no se fijó un límite temporal para dichas obligaciones, ni se dijo cuáles por sus particulares características quedarían cobijadas para ser posible su avalúo, a fin de determinar los créditos cobijados o la causa u origen de éstos****, ya que el Código Civil desconoce las hipotecas generales porque… carecerían de eficacia por falta de individualización del crédito al que se accede, para hacer uso de la preceptiva del artículo 1455* (sic) *a fin de hacer efectiva la reducción, en los términos allí previstos* (negrilla fuera de texto, minuto 13:16 a 13:18 de la audiencia de 28 de octubre de 2019).

2.2. Frente a lo anterior el casacionista censuró, por la senda directa, que:

[L]a nulidad absoluta declarada por el Tribunal, no se ajusta a lo normado en la ley sustancial, pues como se ha reiterado, la hipoteca abierta sin límite de cuantía no requiere obligatoriamente que se establezca un plazo y una determinada suma a garantizar, pues… puede ser la garantía para obligaciones futuras o que aún no existen cuando se constituye dicha hipoteca sobre el inmueble. Es así como no hay motivo para declarar la nulidad absoluta de la hipoteca en el caso de referencia, toda vez que, por las condiciones y características particulares de la hipoteca abierta sin límite de

> *cuantía, no se le pueden imponer obligaciones que la misma ley ha ajustado para estos casos* (folio 17 del archivo digital 11001310303220150007001-0004Demanda.pdf).

2.3. 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 1° 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; además, ya la Sala definió, en el transcrito fallo del 1° de julio de 2008, que el cálculo mencionado puede diferirse al momento en que se ejecute el gravamen por el acreedor o en que el deudor acuda a la acción de reducción.

2.4. Lo anterior no conlleva a que la hipoteca devenga perpetua, como lo argumentó el Tribunal en su veredicto, pues su temporalidad emana de su extinción por dos (2) vías diferentes.

2.4.1. De forma directa, particularmente, en los siguientes casos:

(I) Por la destrucción de la cosa ejecutada, con los efectos del canon 2451 del Código Civil;

(II) «*[P]or la resolución del derecho del que la constituyó, o por el evento de la condición resolutoria… por la llegada del día hasta la cual fue constituida… [y] por la cancelación que el acreedor acordare por escritura pública*», en aplicación de los incisos segundo y tercero del artículo 2457 del Código Civil;

(III) Por el ejercicio de la acción consagrada en el inciso segundo del artículo 2455, de la cual podrá hacerse uso en cualquier momento por parte del deudor hipotecario, para «*que se reduzca la hipoteca… [al] duplo del importe conocido o presunto, de la obligación principal*». Por ende, si al momento de litigar no existen obligaciones amparadas y no es dable anticipar su valor, la hipoteca devendrá en cero, imponiéndose por sustracción de materia su cancelación; y

(IV) Por prescripción extintiva del gravamen, fruto de la ausencia de obligaciones garantizadas dentro de los diez (10) años siguientes a la constitución, por traslucir el no ejercicio del derecho real que se encuentra en cabeza del acreedor, en aplicación de los artículos 2535 y 2536 del estatuto civil.

2.4.2. De forma indirecta cuando el acreedor haya acudido a la acción de ejecución y este trámite termine (I) por pago de la obligación ejecutada (inciso primero del artículo 2457 del Código Civil), (II) por adjudicación o realización de la garantía real (artículos 467 y 468 del Código General del Proceso), (III) por prescripción del crédito pretendido, o (IV) por cualquier motivo semejante.

2.5. Refulgen, entonces, los yerros de la sentencia confutada y su trascendencia pues, de no haberse impuesto requisitos contrarios al propósito de la hipoteca abierta sin límite de cuantía, el análisis del sentenciador de segundo grado respecto al principio de especificidad se habría realizado desde una óptica diferente, análisis con incidencia en la

evaluación de la validez del gravamen contenido en la escritura pública n.° 306 del 15 de febrero de 2011, razón para acceder a la casación del fallo confutado.

Decisión que, conviene precisar, tiene alcances parciales, pues las consideraciones que sirvieron para rehusar las pretensiones devienen intangibles en este momento procesal, al no haber sido objeto de acusación, en concreto, lo tocante a la exclusión de la fianza hipotecaria y la no configuración de causales de extinción del gravamen para la fecha de presentación del libelo genitor.

Y es que, si bien en el acápite resolutivo del veredicto del 28 de octubre de 2019, se revocó la decisión del *a quo* y oficiosamente se declaró la nulidad absoluta del contrato *sub judice*, lo cierto es que en las consideraciones se esgrimieron los motivos que servían para denegar las pretensiones, en concreto, para no dar cabida al artículo 2457 del Código Civil, determinación que resulta intocable por fuerza de las presunciones de acierto y legalidad que abrigan las decisiones judiciales.

En este punto conviene rememorar lo expresado por esta Corporación:

> *[A]tendiendo la presunción de legalidad y acierto con que el proveído de mérito de segunda instancia arriba a casación y en aplicación del principio de conservación de los actos procesales, es menester interpretarlo sistemáticamente, mirándolo como un todo…*

> *Desde esta perspectiva hermenéutica, la Corte ha predicado reiteradamente que aún si en la parte resolutiva no aparece pronunciamiento expreso sobre todos los aspectos que deberían ser definidos allí, no por ello el fallador cayó en el yerro de desarmonía, si del apartado de consideraciones se puede extraer que en efecto adoptó una determinación en relación con el tópico debatido* (SC2217, 9 jun. 2021, rad. n.° 2010-00633-02).

3. Conforme al inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso no se condenará en costas al recurrente extraordinario, ante la prosperidad de la impugnación.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Procede la Corporación a resolver la alzada, pero únicamente en aquellas materias que fueron objeto de casación, esto es, la validez del gravamen frente a la determinación del objeto.

No se harán reflexiones en lo tocante a la prosperidad de las pretensiones, porque, como se dijo al resolver el remedio casacional, esta materia fue decidida en el fallo de segundo grado, según se advierte de sus consideraciones.

2. Para decidir, por brevedad, se entiende reproducidas las consideraciones efectuadas al desatar la impugnación extraordinaria, en el sentido de que: (I) la hipoteca abierta sin límite de cuantía se encuentra permitida en nuestro ordenamiento jurídico; (II) para la determinación de las obligaciones garantizadas, tratándose de garantías abiertas, basta que las partes señalen las reglas para su concreción

futura; y (III) es dable que se otorgue la hipoteca previamente a los créditos a los cuales accede, por expreso mandato legal, sin desconocer su naturaleza accesoria.

2.1. En el *sub examine*, según la Escritura Pública n.° 306 del 15 de febrero de 2011, otorgada en la Notaría 16 de Bogotá D.C., Gustavo Alberto Puerta Muñoz, Martha Elena Puerta Garcés y Luz Dary Garcés de Puerta, manifestaron constituir «*hipoteca abierta, de primer grado,* ***sin límite de cuantía****, en favor de Sain Aguirre… sobre… [el] lote de terreno junto a la construcción en el existente, inmueble distinguido… con la cédula catastral número 77 9 28, ubicado en la calle setenta y ocho (78) número nueve – cincuenta y tres (9-53) de la actual nomenclatura urbana de la ciudad de Bogotá*», para «*cubr[ir], respalda[r] y garantiza[r] el pago de las* ***obligaciones o sumas de dinero que le deban o lleguen a deberle al acreedor los deudores, individual o conjuntamente, por concepto de préstamos, de mutuos****, de intereses (remuneratorios o de plazo y de sanción por mora o moratorios y de intereses sobre intereses), de reajuste monetario, de gastos judiciales o extrajudiciales, de honorarios de abogados, o de aquellos que por cualquier otra causa o concepto* ***y a cualquier otro título o calidad le deban*** *los deudores, individual o conjuntamente, al acreedor*» (negrilla fuera de texto).

Asimismo, se previó que «*la garantía hipotecaria… permanecerá vigente, mientras exista, sin cancelar,* ***cualquier deuda en favor del acreedor y a cargo de los deudores, individual o conjuntamente****, cualesquiera que sean las*

causas, las fechas y la procedencia de estas deudas u obligaciones» (negrilla fuera de texto).

2.2. Descuella, de la transcripción previa, que las partes señalaron las reglas que, aplicadas en concreto, servirán para definir las obligaciones garantizadas con la hipoteca constituida, en particular, el deudor, acreedor, temporalidad y causa, siempre dentro del contexto de una garantía abierta sin límite de cuantía.

Que los contratantes no incluyeran ningún límite respecto a la fecha de nacimiento del crédito o su fuente, no descubre indeterminación, sino la decisión de amparar genéricamente todos los débitos que los deudores contraigan con el acreedor, incluyendo las erogaciones vinculadas, propio de una hipoteca abierta.

De esta forma se descarta la nulidad por falta de precisión sobre los créditos amparados.

3. En consecuencia, se emitirá sentencia que sustituye las determinaciones del Tribunal en lo tocante a la declaración oficiosa de la ineficacia negocial. En lo demás la providencia de segunda instancia se mantendrá incólume, amén de que la casación fue parcial.

4. Acorde con el numeral 4° del artículo 366 del Código General del Proceso, como en la apelación se negarán las pretensiones, los demandantes serán condenados en costas.

Las agencias en derecho se tasarán, según el numeral 3° *ídem* y las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **casa parcialmente** la sentencia del 28 de octubre de 2019, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, dentro del proceso que Luz Dary Garcés de Puerta y Gustavo Alberto Puerta Muñoz, adelantaron contra Saín Aguirre, y al cual se vinculó como litisconsorte necesario a Martha Elena Puerta Garcés, y en sede de instancia, **resuelve:**

Primero. Modificar el acápite resolutivo de la sentencia del 28 de octubre de 2019 en el siguiente sentido:

> *Primero.- Confirmar la sentencia calendada 3 de diciembre de 2018 proferida por el Juez 4° Civil Circuito Transitorio de Bogotá, por las razones indicadas en el veredicto de alzada y en la providencia sustitutiva.*
>
> *Segundo.- Condenar en costas de ambas instancias, a la parte demandante, incluyendo a la litisconsorte necesaria, en favor del demandado. El magistrado ponente fija como agencias en derecho en segunda instancia la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de hacerse la liquidación.*

Segundo. Sin costas en casación.

Tercero. Oportunamente devuélvase el expediente a la corporación de origen.

Notifíquese

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Presidenta de Sala

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA
(Ausencia justificada)

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Martha Patricia Guzmán Álvarez

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Francisco Ternera Barrios

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 2F29D656C411B8D2E1DA0AE0F463A4945AEE4B403C06F92F38B58360CCBD63BB
Documento generado en 2022-10-03