

La hipoteca abierta

Un gravamen que debe ser examinado desde la óptica del derecho del consumo

Por: Juan Carlos Guayacán^{1 2}

Introducción

La denominada hipoteca abierta es una figura que no está específicamente consagrada con este *nomen iuris* en el Código Civil colombiano; pero la jurisprudencia, desde tiempo atrás, le ha encontrado fundamento normativo en el artículo 2455. Se invoca como base de esa línea jurisprudencial una sentencia de 1958 proferida por la Corte Suprema de Justicia, en la que supuestamente ese alto tribunal determinó que en este tipo de hipotecas no era necesario establecer el término por el cual se constituía, ni el tipo de créditos que garantizaba, ni el monto de tales créditos garantizados.

El siglo XXI comenzó con la reiteración de esta línea jurisprudencial. Sin embargo, entre 2016 y 2020, dos sentencias de la misma Corte Suprema de Justicia se pronunciaron, aunque sin hacerlo como fundamento decisorio principal, en contra de esta interpretación, y una tercera decidió abiertamente en contra de lo que durante el siglo XX se había dispuesto; pues, se advirtió que la hipoteca no puede ser absolutamente indeterminada en su plazo, tampoco en el monto del crédito garantizado, ni en el tipo de créditos que garantizan. Se evidenció así una fisura en el análisis de esta modalidad de hipoteca, que hasta 2016 se había mantenido monolítica. Pese a lo anterior, en 2022 la Corte vuelve a retomar la jurisprudencia que había reiterado desde mediados del siglo XX, insistiendo en que, en la hipoteca abierta, para

su validez, no se requiere determinar ninguno de esos aspectos, basta que ellos sean determinables.

En este contexto, el propósito de este escrito es estudiar las sentencias disonantes frente a esa línea tradicional — incluida la posición divergente sostenida por un juzgado municipal—, y a partir de ellas hacer unas consideraciones de *iure condendo*, que buscan mostrar la necesidad de que se modernice esa interpretación por una que tenga en cuenta figuras contemporáneas, como la del consumidor, y el principio de solidaridad, propio del Estado social de derecho, y que se coloque a tono con legislaciones contemporáneas sobre la materia.

Para cumplir con este propósito, el escrito se divide en dos partes. En la primera se explican los fundamentos de la línea jurisprudencial tradicional sobre la hipoteca abierta, los argumentos de las sentencias que produjeron la fractura de tal interpretación, y la manera en que la Corte retomó la hermenéutica tradicional en 2022 (I). En la segunda parte, a partir de algunas legislaciones foráneas contemporáneas y del régimen de protección al consumidor financiero, se exponen los argumentos que, a mi juicio, ameritan el cambio en la posición jurisprudencial tradicional (II).

I. La línea jurisprudencial tradicional y sus fisuras

Entre los motivos que han llevado a que la Corte Suprema de Justicia se ocupe de la temática de las hipotecas abiertas, se encuentra la prescripción extintiva de ese derecho real accesorio, debido a que, pasados los

¹ Docente investigador del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en el texto son del autor y no pretenden reflejar ninguna posición institucional.

² Para citar el artículo: Guayacán, Juan Carlos. "Hipoteca abierta. Un gravamen que debe ser examinado desde la óptica del derecho del

consumo", en *Observatorio de Derecho Privado Fernando Hinestrosa (PrivEx)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, n.º 17, octubre de 2026, disponible en: <https://observatoriorederechoprivado.uexternado.edu.co/>.

términos previstos por la ley, no se contrajo ninguno de los hipotéticos créditos futuros que se previeron en el momento en que se constituyó el gravamen; también se encuentran decisiones judiciales en esta materia cuando se pide directamente la nulidad de la hipoteca por la indeterminación de los tres elementos anotados: el monto del crédito, el tiempo de vigencia de la garantía y el tipo de crédito que se va a garantizar. Igualmente, han llegado a la Corte Suprema casos de hipoteca abierta, vía acciones de tutela, cuando se niegan mandamientos de pago por no tener clara la obligación garantizada.

Como primer antecedente de la interpretación tradicional, se suele citar una sentencia del 2 de julio de 1958. Sin embargo, en esa oportunidad no se trataba de la indeterminación del monto de un crédito garantizado con una hipoteca abierta, sino de un contrato de promesa de compraventa cuya nulidad se negó, porque se consideró que, aunque el precio del bien prometido en venta no se había determinado, el mismo sí resultaba determinable pues —se dijo— se requería simplemente que su fijación no quedara al capricho de las partes o de una de ellas³.

En el transcurso de la primera década del siglo XXI, la Corte Suprema de Justicia, siguiendo la línea de la providencia aludida en el párrafo anterior, en un caso en el que se pedía la nulidad de una hipoteca abierta porque el monto del crédito no se había precisado, estableció que en este tipo de hipoteca solo era necesario que la prestación u objeto de la obligación principal pudiera ser determinable con una simple operación matemática. Al resolver un recurso de casación, la Corte dijo que, interpretar la figura como lo sostenía el recurrente, traería como consecuencia dejar de aplicar normas que establecen la posibilidad de celebrar el contrato principal antes que el contrato de hipoteca que es accesorio; y en cambio, sostuvo el alto tribunal que, una vez se determine esa cuantía, el deudor puede hacer uso de su derecho de reducción de la hipoteca⁴.

La interpretación jurisprudencial que se acaba de esbozar comenzó a resquebrajarse en tres sentencias de tutela

proferidas por la misma Sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia.

A. Sentencia STC1613 de 2016

En esta providencia, del 11 de febrero de 2016, la Corte resolvió una acción de tutela contra una decisión judicial que había desvinculado del proceso ejecutivo al propietario del bien hipotecado. El crédito originalmente otorgado por una entidad bancaria, y garantizado mediante una hipoteca constituida por un tercero no deudor, había sido cedido, junto con su garantía, a otra entidad financiera. El juez de instancia determinó que, cuando esta última concedió nuevos créditos al deudor inicial, la obligación que había dado origen a la hipoteca ya se encontraba cancelada, de modo que el gravamen carecía de un crédito vigente al cual acceder. Con fundamento en esa conclusión, desvinculó al garante hipotecario del proceso. Sin embargo, la Corte estableció que la conclusión del juez se sustentaba en una apreciación errónea de los hechos, pues al momento de otorgarse los nuevos créditos el mutuo originalmente garantizado y posteriormente cedido aún se encontraba vigente. En consecuencia, al persistir la obligación que servía de soporte a la garantía hipotecaria, la Corte amparó el derecho fundamental al debido proceso de la entidad acreedora y dejó sin efectos la providencia cuestionada⁵.

Como puede observarse, en esta decisión la Corte no abordó directamente el problema relativo a la determinación o cuantía del crédito garantizado. No obstante, aparece un salvamento de voto, en el que se sostuvo, por primera vez, que la naturaleza abierta de la hipoteca no implica que esta pueda considerarse ilimitada o indeterminada hasta el punto de prescindir de un crédito que le sirva de sustento. El magistrado disidente advirtió que una interpretación de esa índole resultaría incompatible con el carácter accesorio propio de la garantía hipotecaria y que, de admitirse una hipoteca desvinculada de una obligación determinada o determinable, se configuraría una causal de nulidad por ausencia de uno de sus elementos esenciales.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 2 de julio de 1958, Gaceta Judicial LXXXVIII, n.º 2198-2201, 508 y ss.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 1º de julio de 2008, rad. 2001-00803-01. En esta sentencia se apoya, además de la sentencia de 1958 citada, en otro fallo, reciente en ese momento, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,

sentencia del 3 de junio de 2005, en la que se seguían los lineamientos dados por la Corte desde mediados del siglo XX.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC 1613 del 11 de febrero de 2016, magistrado ponente Álvaro Fernando García Restrepo, rad. 05001-22-03-000-2015-00848-01.

B. Sentencia STC550 de 2020

En este caso, se discutía si había violación al debido proceso de un acreedor hipotecario, porque se negó el mandamiento de pago en un proceso de realización de la garantía hipotecaria, para lo cual se argumentó que no se había aportado prueba de la cesión del crédito garantizado con una hipoteca abierta, cesión que se había realizado mediante documento privado. Frente a esta circunstancia, la Corte Suprema estableció que no había violación del derecho fundamental al debido proceso, porque, dentro de las facultades del juez que conocía del juicio ejecutivo, estaba la de exigir un documento que vinculara la hipoteca al crédito concretamente cobrado⁶.

Sin embargo, fue en este contexto en que la Corte repitió lo ya expresado en el salvamento de voto a la sentencia de 2016, aunque a manera de *obiter dictum*. En efecto, el alto tribunal en esta providencia dejó consignado que no es admisible “una hipoteca eterna, ilimitada en el tiempo, o sujeta a una remota adquisición de futuras obligaciones por parte de cualquier deudor y a favor de cualquier acreedor”.

C. Sentencia STC del 4 de mayo de 2020

El caso que se resolvió mediante este fallo daba cuenta de un proceso que se inició para que se declarara la prescripción extintiva de una hipoteca abierta, iniciada por el adquirente del bien hipotecado, toda vez que pasados más de 14 años, no se había adquirido crédito alguno para garantizar. La pretensión fue negada por el juez de primera instancia. En la apelación, el recurrente solicitó que se declarara la nulidad absoluta del gravamen, porque en el acto de constitución no se determinó la forma de pago ni la fecha de exigibilidad de la obligación adquirida. Frente a lo cual el juez de segunda instancia determinó que no era posible declarar la nulidad, pues el actual propietario no fue el hipotecante, y ante la ausencia de este no procedía la declaratoria de nulidad, puesto que no estaban todas las partes implicadas en el contrato.

Se presentó una acción de tutela contra los dos fallos, y el juez constitucional de primera instancia, determinó que, aunque el juez civil podría haber declarado la nulidad, él como juez constitucional no lo podía hacer, toda vez que

a la acción de tutela no fue vinculado el hipotecante que posteriormente vendió el bien hipotecado. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia precisa que es al juez que conoció del proceso declarativo en primera instancia a quien le corresponde citar a todas las partes del contrato de hipoteca y estudiar la nulidad de ese gravamen, por cuanto se trata de una nulidad absoluta, que es declarable de oficio.

El argumento de la Corte Suprema, para amparar los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela, es que la hipoteca abierta es un contrato sujeto a una condición: que se adquiriera un crédito; si ese crédito no llega adquirirse, el negocio es nulo porque no se determinó uno de sus elementos esenciales. El alto tribunal determinó que el juez sí podía declarar la nulidad absoluta, por cuanto una hipoteca abierta, respecto de la cual durante la relación contractual la obligación garantizada no se determina en un monto del crédito garantizado, ni especificados los créditos, carecía de los elementos esenciales. En consecuencia, aplicando lo dispuesto por el artículo 1741 del Código Civil, dejó sin efectos las providencias objeto de la acción de tutela y ordenó al juez civil de primera instancia estudiar la nulidad del gravamen de manera acorde con esos argumentos⁷.

Nótese como en esta sentencia se incurre en una imprecisión conceptual que debilita su propia estructura: para sortear la pregunta de qué ocurre cuando el crédito futuro nunca llega a determinarse, la Corte asimila dos categorías civiles que no son equivalentes. Por un lado, invoca el régimen de la condición suspensiva (arts. 1536 y 1537 C.C.), conforme al cual, si la condición falla, el derecho simplemente no llega a nacer, sin que ello suponga juicio alguno sobre la validez del acto que lo contenía. Por otro, invoca el régimen de la nulidad absoluta (art. 1741 C.C.), que sanciona un vicio originario en la formación del negocio jurídico. Tratar la falla de la condición como si automáticamente configurara nulidad absoluta —cuando se trata de fenómenos de naturaleza y efectos distintos: ineficacia sobreviniente el uno, invalidez originaria el otro— revela que ni siquiera la línea jurisprudencial más protectora del garante logra fundamentar con rigor dogmático la sanción que propone, lo que confirma la necesidad de que sea el legislador

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC 550 del 30 de enero de 2020, magistrado ponente Ariel Salazar Ramírez, rad. 05000-22-13-000-2019-00168-01.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de tutela del 4 de mayo de 2020, magistrado ponente Luis Armando Tolosa, rad. 68001-22-13-000-2020-00044-01.

quien fije con precisión las consecuencias de la indeterminación en la hipoteca abierta, como se plantea en las conclusiones de este escrito.

Pero, al margen de esta imprecisión conceptual, fue en este contexto en que la Corte repitió lo ya expresado en el salvamento de voto de la sentencia de 2016, ya no como *obiter*, sino como *ratio decidendi*. En esta providencia de tutela, la Corte ampara los derechos fundamentales invocados, ordenando a un juez civil que estudie la nulidad absoluta de una hipoteca abierta, bajo el argumento de que en este tipo de gravamen, cuando durante la relación contractual la obligación garantizada no se determina, porque no se precisa el monto del crédito garantizado, ni se especifica el tipo de créditos adscritos a la hipoteca, ni su término de vigencia; el gravamen carece de los elementos esenciales; y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 1741 del Código Civil, la Corte ordenó dejar sin efectos las providencias objeto de la acción de tutela, y ordenó al juez civil de primera instancia, estudiar la nulidad de la garantía hipotecaria de manera acorde con esos argumentos⁸.

D. Las providencias de un juzgado municipal de Casanare (2021)

Un año después de que la Sala de Casación Civil proferiera las providencias comentadas, un juez de primera instancia, situado en la base de la estructura de la Rama Judicial, adoptó una postura aún más radical frente a la hipoteca abierta sin límite de cuantía. En ejercicio de la independencia judicial que le garantiza la ley, y cumpliendo a cabalidad con la carga de argumentación que se le exige para apartarse del precedente, el 9 de junio de 2021, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Paz de Ariporo (Casanare) revocó íntegramente el mandamiento de pago librado en un proceso ejecutivo promovido por el Banco Agrario de Colombia S.A. (rad. 2020-00031), fundado en una hipoteca abierta o flotante sin límite de cuantía. El juzgado reconoció que la figura ha

sido admitida por la doctrina, por los tribunales, por la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional, pero decidió apartarse motivadamente de esa línea, al amparo de la facultad que reconoce el artículo 7, inciso 2°, del Código General del Proceso⁹.

El mismo despacho había adoptado idéntica decisión el 15 de abril de 2021, en un proceso ejecutivo iniciado por Bancolombia S.A. (rad. 2020-00080). Esta entidad financiera interpuso recurso de reposición contra la revocatoria del mandamiento de pago, que el juzgado resolvió también el 9 de junio de 2021, ratificando tal revocatoria con una motivación considerablemente más extensa que, por su desarrollo doctrinal, merece un tratamiento separado¹⁰.

Esa segunda providencia no se limita a declarar la nulidad de la garantía: sostiene que, al no ser determinable ni el género ni la cantidad de la obligación garantizada, la hipoteca abierta sin límite de cuantía adolece de inexistencia por indeterminación absoluta del objeto, en los términos del régimen de las obligaciones de género del artículo 1518 del Código Civil —una sanción más radical, y dogmáticamente más consistente con la naturaleza del defecto, que la vía de la condición fallida que emplea la Corte Suprema en la sentencia del 4 de mayo de 2020—. Para sustentarlo, el juzgado reconstruye el origen del artículo 2455 del Código Civil, norma que suele invocarse para autorizar la hipoteca abierta: proviene del artículo 2606 del Proyecto Inédito de Andrés Bello, que a su vez recoge el artículo 1785 de las Concordancias al Código Civil español de García Goyena. De esa genealogía concluye que la norma solo autoriza limitar la responsabilidad de la hipoteca —al duplo del valor de la obligación principal—, y no la determinación de esa obligación, y que la práctica de las hipotecas abiertas sin límite alguno desconoce, además, el derecho del

⁸ Pérez Vives, Álvaro. *Garantías civiles: hipoteca, prenda, fianza*, Bogotá, Temis, 1984, 81. Autor citado por la Corte en la providencia referida en la nota 5.

⁹ En el trámite del recurso de reposición, la entidad ejecutante invocó en su favor la sentencia T-321 de 2004 (magistrado ponente Jaime Araújo Rentería), en la que la Corte Constitucional negó el amparo a una deudora a quien un banco se negó a levantarle una hipoteca abierta pese al pago íntegro del crédito original, por cubrir esta también obligaciones futuras de la deudora; la Corte avaló esa lectura y remitió a la reducción de la hipoteca (art. 2455 C.C.) como el remedio ordinario frente a un gravamen desproporcionado. El

juzgado desestimó el argumento señalando que ese derecho de reducción no suple la exigencia de especificidad de la obligación garantizada, y que, por tratarse de una sentencia de tutela, sus efectos son *inter partes*.

¹⁰ Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Paz de Ariporo (Casanare), providencia del 9 de junio de 2021, rad. 2020-00031 (Banco Agrario de Colombia S.A. c. Yadira Isabel Pérez Salamanca), y providencia del 9 de junio de 2021 que resuelve el recurso de reposición contra la de 15 de abril de 2021, rad. 2020-00080 (Bancolombia S.A. c. Rubén Darío Forero Marta).

propietario a enajenar o volver a hipotecar libremente el bien, que consagra el artículo 2440 del mismo código¹¹.

La providencia invoca también jurisprudencia chilena restrictiva de la hipoteca con garantía general indeterminada (Cortes de Temuco, Concepción y Talca) y una sentencia de casación belga de 1974, que amplían el panorama comparado de España, Italia y Argentina en el que se apoya este escrito, y recoge la posición minoritaria del profesor Juan Enrique Medina Pabón, quien advierte que una hipoteca abierta sin límite de cuantía coloca al acreedor en una posición dominante que bloquea al deudor o al garante el acceso a nuevas operaciones de crédito, y que en escenarios de concurso o insolvencia facilita el fraude a los demás acreedores, porque la garantía indeterminada absorbe el remanente del bien antes de que puedan concurrir sobre él¹². Ambos argumentos refuerzan, desde la dogmática nacional, la denuncia de posición dominante bancaria que se plantea en la parte final de este escrito.

Estas dos providencias aportan evidencia empírica, con nombre propio, de que entidades financieras de primer orden emplean sistemáticamente la hipoteca abierta sin límite de cuantía como título de ejecuciones ordinarias, lo que corrobora con datos concretos la advertencia sobre la posición dominante bancaria que plantea este escrito.

Se indagó si alguna de estas dos providencias fue revocada, ya fuera por vía de apelación ante el superior funcional o por vía de tutela, sin que haya sido posible establecerlo en las fuentes públicas disponibles. La propia providencia que resolvió el recurso de reposición de Bancolombia concedió la apelación en el efecto suspensivo, lo que indica que, a junio de 2021, el camino inmediato de la entidad era la apelación ordinaria y no la tutela; no se encontró información pública sobre el resultado de esa apelación ni sobre una eventual acción de tutela posterior. Se trata, en todo caso, de providencias de primera instancia de un juzgado municipal, sin fuerza de precedente y anteriores a la sentencia de casación de 2022 reseñada en el acápite siguiente —por lo que documentan una resistencia a la interpretación extensiva ya vigente desde 2005 y 2008— y su valor para esta

ponencia es doctrinal y empírico, y no jurisprudencial en sentido estricto.

Ese criterio divergente de un juez de inferior jerarquía, sostenido con argumentos propios de derecho comparado y de historia legislativa, sería el que la Corte, meses después, en sentencia de casación del 3 de octubre de 2022, terminaría por desautorizar tácitamente.

E. El restablecimiento de la interpretación tradicional

En sentencia de Casación SC3097 de 3 de octubre de 2022, la Corte vuelve a utilizar la interpretación que había aplicado en 2008 e invoca como antecedente la sentencia de 1958 ya comentada, agregando que, para compatibilizar el principio de especificidad de las obligaciones garantizadas con la hipoteca abierta, basta que en el contrato se precisen las directrices que permitan relacionar el gravamen con los créditos, como las partes, las fechas, sin que sea necesario puntualizar una cifra máxima.

El hecho de que la tesis protectora del deudor hipotecario o, eventualmente de su garante, se haya formulado únicamente en sede de tutela —donde, como lo advierte la propia Corte en la STC550-2020 al aclarar que confirma el fallo "con independencia de que la Corte prohíbe o no la tesis que se reprocha", opera como fundamento de un juicio de razonabilidad y no como una regla decisoria de la que dependa necesariamente el sentido del fallo— explica que haya podido convivir, dos veces dentro del mismo año 2020, con la tesis extensiva que protege a los acreedores hipotecarios, y que seguía vigente en sede de casación desde 2005/2008, sin que la Corte tuviera que sostenerla frente a un acreedor concreto con el alcance general que solo la casación produce. Cuando la pregunta llegó, en 2022, por la vía que sí exige una decisión de fondo y con vocación de generalidad —la casación—, la Sala, con coincidencia parcial de integrantes respecto de las providencias de 2020, optó por la tesis que favorece al acreedor.

Que en ese caso el acreedor beneficiado fuera un particular y no una entidad financiera es, paradójicamente,

¹¹ Bello, Andrés., *Proyecto Inédito de Código Civil*, art. 2606; García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, art. 1785.

¹² Medina Pabón, Juan Enrique., *Derecho civil. Bienes. Derechos reales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2016, 722 y ss. Corte de

Apelaciones de Temuco (1936), Corte de Apelaciones de Concepción (1925) y Corte de Apelaciones de Talca (Chile); *Cour de cassation* de Bélgica, sentencia del 28 de marzo de 1974. Decisiones citadas en la providencia referida en la nota anterior.

un dato que agrava el problema que en este escrito se advierte: si la interpretación extensiva se consolidó como *ratio* de casación en un litigio entre particulares –sin que estuvieran presentes las consideraciones de protección contractual que suelen suscitar las operaciones bancarias–, con mayor razón puede esperarse que los bancos, que son quienes redactan sistemáticamente las hipotecas abiertas como contratos de adhesión, invoquen y se beneficien de ese precedente en la práctica ordinaria, como de hecho lo confirma la rápida absorción de esta doctrina por los tribunales de instancia¹³.

II. La necesidad de establecer límites a la hipoteca abierta

A. Brevísimas reseñas de derecho comparado

De cara a los planteamientos conclusivos que más adelante se presentan, resulta útil reseñar ahora, dentro de las limitaciones que impone el espacio de este escrito, el panorama de este tipo de obligaciones hipotecarias en otros países. Lo que se observa es que existe una tendencia a garantizar el principio de especialidad de la hipoteca mediante la delimitación del crédito garantizado, o el establecimiento del máximo de su importe; en algunos países se utilizan los dos filtros. Así ocurre con la denominada en España hipoteca en garantía de obligación futura, existente desde el siglo XIX y revalidada en la Ley Hipotecaria de 1946, en la que es necesario identificar el tipo de crédito garantizado; institución que desde 2007 convive con la hipoteca global o flotante, que permite garantizar créditos indeterminados en su naturaleza, pero limitados en un monto máximo.

En otros países, en una sola figura –la hipoteca de máximos–, se exige que la relación jurídica sea ya existente o identificada y, a su vez, que se fije el límite máximo; así ocurre en Italia desde 1942. En otros, como en Argentina, se protege la especialidad exigiendo que la obligación garantizada quede determinada mediante el

monto máximo del crédito, según el Código Civil y Comercial de 2014.¹⁴

Lo que se acaba de reseñar, permite en este trabajo plantear que el restablecimiento de la tesis tradicional de la jurisprudencia colombiana no consulta la solidaridad propia de un Estado social de derecho, ni ampara a consumidores que son los que generalmente acuden a los bancos para adquirir créditos hipotecarios bajo la forma de hipoteca abierta.

En efecto, cuando un tercero decide garantizar, constituyendo una hipoteca sobre un inmueble propio, la deuda de un amigo o familiar, que son los vínculos que generalmente explican este tipo de garantías entre personas naturales, estos sujetos se encuentran con una interpretación jurisprudencial que, frente a la ausencia de una regulación legal específica de la institución, la colige de otras normas, y con tal interpretación permite que los bancos, so pretexto de la indeterminación del monto de la obligación futura garantizada, o del plazo en que estará vigente la hipoteca abierta, una vez la entidad financiera ha obtenido el pago de su crédito, en muchas ocasiones crédito de vivienda, en desarrollo de su actividad profesional, le otorga a sus deudores tarjetas de crédito o créditos de libre inversión, todos ellos respaldados por la garantía otorgada de manera abierta por ese tercero, modalidad de hipoteca cuyo clausulado específico ese tercero no puede discutir, pues se trata de contratos de adhesión impuestos por quien tiene una posición dominante.

Todo lo anterior permite vislumbrar la conveniencia de que prevalezca una interpretación que obligue a determinar el máximo del monto del crédito garantizado, como ocurre en Italia, España y Argentina; y cuando se permita la indeterminación del monto, se exija la determinación del tipo de crédito que se garantiza, y el establecimiento del término de vigencia del gravamen abierto. Ello debe ser así, al menos cuando la hipoteca abierta se le otorgue a un profesional, como son las entidades financieras.

¹³ Así, por ejemplo, Tribunal Superior de Medellín, Sala Cuarta Civil de Decisión, sentencia del 24 de septiembre de 2024 (magistrada ponente Martha Cecilia Lema Villada, rad. 05001-31-03-018-2023-00102-01), que aplica la doctrina de la SC3097-2022 para confirmar la validez de una hipoteca abierta sin límite de cuantía frente a la exigencia de especificidad, exigiendo solo que el contrato precise criterios claros que permitan correlacionar el gravamen con los créditos amparados; se trata, en ese caso concreto, de acreedores personas naturales, y no de una entidad financiera, por lo que se cita

como evidencia de la difusión de la doctrina de 2022 en la jurisprudencia de instancia, no como un caso adicional de posición dominante bancaria.

¹⁴ Ley Hipotecaria española (Decreto de 8 de febrero de 1946), arts. 142-143 (hipoteca en garantía de obligación futura) y 153 bis (hipoteca global o flotante, introducido por la Ley 41/2007); *Codice Civile* italiano, arts. 2809 y ss. (principio de especialidad e hipoteca per somma massima); Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (Ley 26.994 de 2014), arts. 2187 a 2189.

Además, permite entrever que, de cara a eventuales reformas a los códigos civil y de comercio, se redacte una norma que proteja a estos consumidores de servicios financieros.

B. La hipoteca abierta frente al régimen de protección al consumidor financiero

A la conclusión anterior se llega, incluso, sin esperar una reforma legal a los códigos civil y de comercio, pues el ordenamiento colombiano ya cuenta con un fundamento normativo autónomo para exigir que la hipoteca abierta otorgada a favor de una entidad financiera sea leída de manera restrictiva: el régimen de protección al consumidor financiero. La Ley 1328 de 2009 opera como estatuto especial frente a las relaciones entre las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera y sus clientes, usuarios o clientes potenciales —a quienes denomina genéricamente “consumidores financieros” —, mientras que la Ley 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor) se aplica de manera supletoria en todo aquello que la regulación especial no cubra, según lo dispone expresamente su artículo 2°. Esta articulación permite invocar ambos estatutos, sin necesidad de forzar la calificación del garante hipotecario como “consumidor” en el sentido genérico de la Ley 1480, pues la definición de “consumidor financiero” del artículo 2° de la Ley 1328 ya comprende a todo cliente, usuario o cliente potencial vinculado, directa o indirectamente, con la entidad vigilada¹⁵.

La misma norma define el contrato de adhesión como aquel cuyas cláusulas son dispuestas unilateralmente por la entidad, sin que el consumidor financiero pueda discutir las —definición que la Ley 1480 reitera en su artículo 5°—, y que coincide exactamente con la manera en que la hipoteca abierta se incorpora en la práctica bancaria: como cláusula tipo redactada de antemano por el acreedor, sobre la cual el garante o el deudor no tienen margen real de negociación. A partir de esa calificación, dos frentes normativos convergen en reforzar la exigencia de determinación que se ha defendido en este trabajo: el derecho a la información y el régimen de cláusulas y prácticas abusivas.

En cuanto al primero, el artículo 3° de la Ley 1328 de 2009 consagra como principio orientador la transparencia, exigiendo a las entidades vigiladas suministrar al consumidor financiero información “cierta, suficiente, clara y oportuna”, que le permita la debida comprensión de los riesgos y obligaciones del producto contratado; el artículo 5° reitera ese derecho a la información transparente y comparable, y el artículo 7° impone a la entidad el deber de entregar contratos con redacción clara y de informar oportunamente cualquier modificación contractual. La Ley 1480 de 2011 (art. 3°, num. 1.3, y art. 5°) refuerza ese estándar, exigiendo información “completa, veraz, transparente, oportuna, verificable [y] comprensible”. Pues bien: la hipoteca abierta, por su propia naturaleza, impide que la entidad financiera satisfaga ese patrón, porque el garante no puede conocer, al momento de constituir el gravamen, cuál será el monto ni el alcance de las obligaciones futuras e indeterminadas que terminará garantizando; no se trata de una deficiencia accidental en la redacción del contrato, sino de una imposibilidad estructural de informar sobre lo que todavía no existe ni ha sido determinado¹⁶.

En cuanto al segundo frente, el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 declara ineficaces de pleno derecho las cláusulas que contengan espacios en blanco no llenados o autorizados previamente por el consumidor financiero de manera expresa, que inviertan en su contra la carga de la prueba o que limiten sus derechos; facultad de precisión que la Corte Constitucional declaró exequible al revisar los artículos 11.e y 12 de la misma ley, en cuanto habilitan a la Superintendencia Financiera para determinar, de manera previa y general, cláusulas y prácticas abusivas adicionales a las allí enunciadas.

La Ley 1480 de 2011, en sus artículos 42 y 43, complementa este régimen, calificando como abusiva toda cláusula que produzca “un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor” y, en particular, aquellas que otorgan al proveedor la facultad de determinar unilateralmente el alcance de lo pactado. La hipoteca abierta, en la medida en que deja en manos del acreedor la definición futura y unilateral de qué obligaciones quedan cubiertas por el gravamen, es funcionalmente equiparable a una cláusula con un espacio en blanco cuyo llenado no

¹⁵ Congreso de la República de Colombia, Ley 1328 de 2009, Diario Oficial n.º 47.411 del 15 de julio de 2009, arts. 1°, 2° y 5°; Ley 1480 de 2011, Diario Oficial n.º 48.220 del 12 de octubre de 2011, art. 2°.

¹⁶ Ley 1328 de 2009, arts. 3°, 5° y 7°; Ley 1480 de 2011, art. 3°, num. 1.3, y art. 5°.

fue objeto de autorización expresa y específica por parte del garante, lo que la sitúa dentro del supuesto que este régimen busca proscribir¹⁷.

Vale la pena anotar que esta misma lógica de indeterminación como técnica de conveniencia del acreedor no es exclusiva de la hipoteca abierta: se manifiesta también en el uso del pagaré en blanco con carta de instrucciones (artículo 622 del Código de Comercio), frecuentemente utilizado por las entidades financieras como título ejecutivo complementario de este tipo de garantías. Que el propio artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 someta a control los espacios en blanco no autorizados de manera expresa confirma que el ordenamiento financiero colombiano ya reconoce, para otras figuras, el mismo principio que aquí se reclama para la hipoteca abierta: la indeterminación deliberada de la obligación garantizada, cuando queda sujeta a la definición unilateral y futura del acreedor profesional, no puede beneficiarse de una lectura extensiva simplemente porque se instrumenta bajo una figura distinta.

Este fundamento adicional tiene, por lo demás, respaldo constitucional directo: el artículo 78 de la Constitución Política ordena que la ley regule la información que debe suministrarse al público en la comercialización de bienes y servicios, y hace responsables a quienes en esa comercialización atenten contra el adecuado aprovisionamiento de los consumidores y usuarios. De ahí que la propuesta formulada en el acápite anterior —exigir la determinación del monto máximo garantizado, del término de vigencia del gravamen y del tipo de créditos cubiertos cuando la hipoteca abierta se otorgue a un profesional financiero— no dependa exclusivamente de una futura reforma legislativa a los códigos civil y de comercio: los jueces cuentan ya, en el régimen de protección al consumidor financiero, con un fundamento normativo vigente y de aplicación inmediata para adoptar esa lectura restrictiva¹⁸.

Conclusiones

Como lo advirtió el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Paz de Ariporo al reconstruir la genealogía del artículo 2455 del Código Civil, el límite al duplo de la obligación que allí se consagra no puede tomarse como una garantía de la especialidad de la hipoteca: esa regla protege únicamente contra la sobreafectación del bien dado en garantía frente a terceros, pero nada dice sobre la determinación de cuál es la obligación garantizada. Confundir ambos planos —el límite cuantitativo de la responsabilidad hipotecaria y la determinación del crédito asegurado— es, precisamente, lo que ha permitido que la jurisprudencia mayoritaria considere satisfecho el principio de especialidad con la sola determinabilidad, sin exigir un contenido mínimo verificable al momento de constituir el gravamen.

De lo expuesto en este escrito se derivan dos consecuencias, una legislativa y otra de aplicación inmediata. En el plano legislativo, y a tono con las legislaciones española, italiana y argentina reseñadas, conviene que una reforma a los códigos civil y de comercio exija, al menos cuando la hipoteca abierta se otorgue a un profesional financiero, la determinación del monto máximo del crédito garantizado, del término de vigencia del gravamen y del tipo de créditos que este cubre. En el plano judicial, y mientras esa reforma no se produzca, los jueces cuentan ya con un fundamento normativo vigente para adoptar esa misma lectura restrictiva: el régimen de protección al consumidor financiero (Ley 1328 de 2009 y, de manera supletoria, la Ley 1480 de 2011), que impone a las entidades vigiladas los deberes de información y transparencia, y proscribe las cláusulas y prácticas abusivas que la hipoteca abierta sin límites vulnera por su propia configuración.

¹⁷ Ley 1328 de 2009, art. 11; Corte Constitucional, sentencia C-909 de 2012, magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla; Ley 1480 de 2011, arts. 42 y 43.

¹⁸ Constitución Política de Colombia, art. 78.