

ALBERTO TAMAYO LOMBANA

Profesor titular de Derecho Civil

**LAS PRINCIPALES GARANTÍAS
DEL CRÉDITO**



EDICIONES DOCTRINA Y LEY LTDA.

2004

ÍNDICE GENERAL

Preámbulo	17
---------------------	----

PRIMERA PARTE

LAS GARANTÍAS DEL CRÉDITO EN GENERAL

CAPÍTULO I

NOCIONES ACERCA DEL DERECHO DEL CRÉDITO Y DE SUS GARANTÍAS POSIBLES

§ 1. El derecho personal o de crédito y su naturaleza	21
§ 2. Noción breve acerca de los derechos de persecución y de preferencia	22
§ 3. La llamada ‘prenda general de los acreedores’	23
§ 4. Otras garantías en favor de los acreedores, diferentes a la prenda general	25
§ 5. Situaciones que demuestran la necesidad de los medios defensivos del acreedor	26

CAPÍTULO II

LAS MEDIDAS CONSERVATORIAS. LA SOLIDARIDAD PASIVA

§ 6. La noción de medidas conservatorias	29
§ 7. Medidas conservatorias que pueden ejercerse antes de la exigibilidad de la obligación	29
§ 8. Medidas conservatorias que son procedentes a partir de la exigibilidad de la obligación	31
§ 9. Medidas conservatorias en caso del fallecimiento del deudor. En primer término, la guarda y aposición de sellos y el secuestro de bienes	33
§ 10. La herencia yacente y el requerimiento a los asignatarios	34
§ 11. La separación de los patrimonios del deudor fallecido y de sus herederos	36
§ 12. La intervención en el inventario de la sucesión y en la liquidación de la sociedad conyugal	38

§ 13. La solidaridad pasiva, garantía en favor del acreedor. Noción general sobre la solidaridad	38
§ 14. La solidaridad pasiva	39

CAPÍTULO III

LOS DERECHOS AUXILIARES DEL ACREEDOR. LA ACCIÓN OBLICUA, LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN, LA ACCIÓN PAULIANA, EL DERECHO DE RETENCIÓN

§ 15. Noción general sobre los derechos auxiliares del acreedor . .	41
---	----

1. La acción oblicua

§ 16. Concepto general	42
§ 17. Naturaleza y requisitos de la acción oblicua	42

2. La acción de simulación

§ 18. Noción general sobre la simulación. Su finalidad	43
§ 19. Elementos sobre los cuales puede recaer la simulación	46
§ 20. El valor de la simulación entre las partes. Efectos en relación con los terceros	48
§ 21. Los terceros en la simulación	49
§ 22. La acción de simulación o prevalencia y sus titulares	50
§ 23. La prueba de la simulación	52

3. La acción pauliana o revocatoria

§ 24. Nociones generales sobre la acción pauliana	53
§ 25. Breve historia de la acción pauliana	53
§ 26. Condiciones para el ejercicio de la acción pauliana en la actualidad	55
§ 27. Nociones sobre empobrecimiento e insolvencia	58
§ 28. Actos atacables por la acción pauliana	60
§ 29. Contra quién se ejerce la acción pauliana. Sus efectos	61
§ 30. La acción pauliana contra el subadquirente	63
§ 31. La acción revocatoria en la ley 222 de 1995	64
§ 32. Gran síntesis del trámite concursal en la ley 222	64
§ 33. La acción revocatoria concursal. Actos que pueden ser objeto de ella	65

- § 34. Trámite y competencia para conocer de la acción revocatoria y de la acción de simulación. Medidas cautelares 66
- § 35. Alcance de la sentencia que decreta la revocación o la simulación 67

4. El derecho de retención

- § 36. Origen romano del derecho de retención. Noción acerca de él 68
- § 37. La justificación del derecho de retención 69
- § 38. Naturaleza del derecho de retención 69
- § 39. Condiciones para que pueda alegarse retención. Su oponibilidad 70

SEGUNDA PARTE

GENERALIDADES SOBRE LAS GARANTÍAS PERSONALES Y REALES

- § 40. Generalidades sobre las garantías personales y reales 75

CAPÍTULO IV

LA FIANZA. GARANTÍA PERSONAL. GENERALIDADES. FORMACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE ESTE CONTRATO

- § 41. Noción acerca de la fianza 77
- § 42. La formación del contrato de fianza. Las partes de éste 78
- § 43. La fianza, contrato unilateral 80
- § 44. La fianza. Contrato gratuito 81
- § 45. La obligación del fiador, obligación accesoria y subsidiaria 82
- § 46. Requisitos para celebrar el contrato de fianza 83
- § 47. La caución de la obligación natural 86
- § 48. Diferentes clases de fianzas 88
- § 49. La fianza simple y la solidaria. La subfianza 90

CAPÍTULO V

EFFECTOS JURÍDICOS QUE SURGEN DE LAS RELACIONES ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR

- § 50. El deber y la facultad que tiene el fiador de pagar 95

§ 51. La obligación del fiador de dar aviso al deudor principal acerca del pago	96
§ 52. El beneficio de excusión, uno de los medios defensivos que la ley concede al fiador	97
§ 53. Requisitos para la procedencia de la excusión. Circunstancias que la excluyen	98
§ 54. Efectos de la excusión	101
§ 55. Cómo funciona la excusión en las obligaciones solidarias .	103
§ 56. El beneficio de división	104
§ 57. La excepción de subrogación o de cesión de acciones . . .	105
§ 58. Las excepciones reales y las personales. Cuáles puede proponer el fiador	107

CAPÍTULO VI

EFFECTOS JURÍDICOS QUE SURGEN DE LAS RELACIONES ENTRE EL FIADOR Y EL DEUDOR PRINCIPAL. RECURSOS Y ACCIONES DEL FIADOR

§ 59. El fundamento de los recursos y acciones del fiador	111
§ 60. Recursos extraordinarios o anticipados	112
§ 61. Casos en los que proceden los recursos anticipados	112
§ 62. La necesidad de dar aviso del pago	114
§ 63. Los recursos ordinarios y en primer lugar la acción de reembolso. Sus requisitos	115
§ 64. Lo que debe entenderse por pago del fiador	116
§ 65. La legitimación pasiva en la acción de reembolso	117
§ 66. Las otras acciones personales o propias del fiador. La acción de mandato y la acción de agencia oficiosa	118
§ 67. La acción de subrogación	119
§ 68. Naturaleza de la acción de subrogación	120
§ 69. La cuestión de saber si el fiador puede verse privado de la subrogación	121

CAPÍTULO VIII

LOS EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE LOS COFIADORES. LA EXTINCIÓN DE LA FIANZA

1. Los efectos de la fianza entre los cofiadores

§ 70. La pluralidad de fiadores. La noción de cofiadores. Su obligación y sus beneficios en el pago de la fianza 127

§ 71. Recursos de los cofiadores. Excepciones que pueden oponer 128

§ 72. Casos que impiden la división 129

§ 73. La situación que resulta en el caso de varios fiadores obligados solidariamente 130

2. La extinción de la fianza

§ 74. Concepto general sobre la extinción de la fianza 131

§ 75. Causas especiales de extinción de la fianza 132

§ 76. Las causales de extinción de la fianza basadas en las reglas generales de extinción de las obligaciones 136

TERCERA PARTE

LAS GARANTÍAS REALES

LA HIPOTECA

CAPÍTULO VIII

RESEÑA ACERCA DE LOS ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DE LA HIPOTECA

§ 77. Comentario general 145

§ 78. Breve comentario acerca de la historia de la hipoteca 145

§ 79. La hipoteca en sus orígenes era una prenda inmobiliaria. Forma cómo se constituía la prenda en el antiguo derecho romano 146

§ 80. Forma y requisitos para la constitución de la hipoteca. Su objeto 147

§ 81. Efectos de la hipoteca. Derechos de persecución y preferencia. Indivisibilidad de la hipoteca 148

§ 82. La extinción de la hipoteca en el derecho romano 149

CAPÍTULO IX

GENERALIDADES ACERCA DE LA HIPOTECA COMO GARANTÍA CREDITICIA

§ 83. Concepto acerca de la hipoteca 151

§ 84. Criterio para evitar confusiones innecesarias entre las nociones de hipoteca-derecho real e hipoteca-contrato . . .	152
§ 85. La hipoteca es un derecho accesorio	153
§ 86. Otras situaciones que ratifican la accesoriedad de la hipoteca que dejan ver modificaciones	158
§ 87. El carácter inmobiliario de la hipoteca	160
§ 88. La indivisibilidad de la hipoteca. La hipoteca de cuota . . .	161
§ 89. Las clases de hipoteca. La importancia de la garantía hipotecaria	165
§ 90. La especialidad de la hipoteca	169

CAPÍTULO X

LAS CONDICIONES DE VALIDEZ DE LA HIPOTECA DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ACTO QUE LA CREA Y DE LAS CALIDADES DEL CONSTITUYENTE. BIENES QUE PUEDEN SER OBJETO DE LA GARANTÍA. OTROS ASUNTOS DE INTERÉS

§ 91. Condiciones de validez del contrato de hipoteca. Solemnidades	175
§ 92. La inexistencia de la hipoteca por falta de las formalidades legales	177
§ 93. Quiénes pueden hipotecar. Calidades que debe reunir el constituyente	181
§ 94. Los incapaces. Manera en que pueden gravar sus inmuebles con hipoteca	184
§ 95. La hipoteca de cosa ajena	185
§ 96. La hipoteca constituida por un tercero en garantía de la deuda ajena	191
§ 97. Cosas susceptibles de hipoteca	192
§ 98. Elementos a cuales puede extenderse la hipoteca	194
§ 99. Derechos no susceptibles de hipoteca	196
§ 100. La inscripción de la hipoteca en la oficina de registro de instrumentos públicos. Funciones que cumple	197

CAPÍTULO XI

**LAS RELACIONES ENTRE EL DEUDOR Y EL ACREEDOR
UNA VEZ OTORGADA E INSCRITA LA HIPOTECA. SUS
OBLIGACIONES Y SUS FACULTADES. LOS TERCEROS
POSEEDORES. LA HIPOTECA DE NAVES Y DE AERONAVES.**

§ 101. La situación y los derechos generales del deudor hipotecario 199

§ 102. La obligación del deudor hipotecario y del constituyente de la hipoteca en general, en relación la conservación y cuidado del bien hipotecado 201

§ 103. Los derechos del acreedor hipotecario en caso de perecimiento o desmejora del bien hipotecado 202

§ 104. Acciones que tiene el acreedor en caso de incumplimiento de la obligación principal. Acción real hipotecaria, la acción personal. El derecho de adjudicación. El abandono del bien 204

§ 105. El derecho de persecución. Los terceros poseedores . . . 209

§ 106. El derecho de preferencia y su eficacia relativa dados ciertos casos 214

§ 107. La hipoteca de naves y de aeronaves 219

CAPÍTULO XII

LA EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

§ 108. Noción general. Causas de extinción en general 225

§ 109. La extinción de la hipoteca como consecuencia de la extinción de la obligación principal 226

§ 110. Procedimiento que ha de seguirse en los casos de cancelación de la hipoteca, por la voluntad del acreedor y por orden judicial 247

CAPÍTULO XIII

LA PRENDA

**LA PRENDA COMO GARANTÍA REAL.
RESEÑA HISTÓRICA. ORIGEN Y EVOLUCIÓN**

§ 111. Nociones generales acerca de la prenda en el derecho romano 251

§ 112. Evolución de la garantía prendaria. Su confusión con la hipoteca	252
§ 113. Cosas que se podían dar en prenda en el derecho romano	253
§ 114. Derechos y obligaciones del acreedor prendario en el derecho romano	254
§ 115. Derechos y obligaciones del deudor o del constituyente de la prenda	254
§ 116. La <i>lex commissoria</i> en el derecho romano	255

CAPÍTULO XIV

LA PRENDA CIVIL

GENERALIDADES ACERCA DE LA PRENDA COMO GARANTÍA CREDITICIA

§ 117. Concepto acerca de la prenda	257
§ 118. Las características del contrato real de prenda civil	258
§ 119. La prenda es un derecho accesorio	259
§ 120. El carácter bilateral o unilateral de la prenda	262
§ 121. El origen convencional de la prenda. Su carácter mobiliario	263
§ 122. La indivisibilidad de la prenda	264
§ 123. El derecho real de prenda. Facultades que confiere al acreedor	266
§ 124. La especialidad de la prenda. La prenda tácita	267

CAPÍTULO XV

CONDICIONES DE VALIDEZ DE LA PRENDA CIVIL. COSAS SUSCEPTIBLES DE PRENDA

§ 125. Requisitos generales para validez del contrato de prenda .	269
§ 126. Requisitos especiales para constituir la prenda	270
§ 127. Cosas susceptibles de prenda. Obligaciones que puede garantizar la prenda	271
§ 128. Cosas no susceptibles de prenda	274
§ 129. La necesidad de ser dueño de la cosa. La prenda de cosa ajena	275

CAPÍTULO XVI

LAS RELACIONES ENTRE EL ACREEDOR Y EL DEUDOR
ORIGINADAS EN EL CONTRATO DE PRENDA.
FACULTADES Y OBLIGACIONES

- § 130. El derecho de retención del acreedor prendario. La cesación de la retención 277
- § 131. El derecho real del acreedor prendario se traduce en los derechos de persecución y de preferencia 279
- § 132. La imputación de los frutos al pago de la deuda 280
- § 133. Derecho del acreedor prendario a que el deudor le reembolse los gastos y le pague los perjuicios 282

Obligaciones del acreedor prendario

- § 134. La obligación del acreedor prendario de conservar y restituir la prenda. Su eventual responsabilidad por el deterioro o la pérdida de la cosa 283
- § 135. Obligación que tiene el acreedor prendario de abstenerse de usar la cosa empeñada 286
- § 136. El deudor debe reembolsar los gastos hechos en la conservación de la cosa y pagar los perjuicios que ésta hubiere ocasionado 287
- § 137. Los derechos del deudor prendario o del tercero constituyente de la prenda, en su caso 288
- § 138. La prohibición del pacto comisorio en el contrato de prenda 289

CAPÍTULO XVII

LA EXTINCIÓN DE LA PRENDA

- § 139. Motivos de extinción de la prenda traídos por el artículo 2341 del Código Civil 291
- § 140. La extinción de la prenda por la vía consecucional. La doctrina general 291
- § 141. Casos en que a pesar de extinguirse la prenda. La obligación principal subsiste 292

CAPÍTULO XVIII

**LA PRENDA EN EL DERECHO COMERCIAL, PRENDAS
 AGRARIA, INDUSTRIAL, LA PRENDA CON TENENCIA DE
 LA COSA Y SIN TENENCIA DE ÉSTA POR PARTE DEL
 ACREEDOR. LA PRENDA MINERA**

1. La prenda comercial con tenencia

§ 142. Concepto general	297
-----------------------------------	-----

2. La prenda con tenencia en el Código de Comercio

§ 143. El carácter de contrato consensual de la prenda comercial con tenencia	299
§ 144. Cosas susceptibles de gravamen en la prenda comercial con tenencia	300
§ 145. La exigencia de que el constituyente de la prenda sea dueño de la cosa	302
§ 146. La imposibilidad de constituir gravamen múltiple en la prenda con tenencia	303
§ 147. Los derechos y obligaciones del acreedor prendario	303
§ 148. Obligaciones y derechos del deudor	304
§ 149. El derecho real del acreedor prendario. La exclusión del pacto comisorio	306
§ 150. Prescripción de la prenda comercial con tenencia	307

La prenda comercial sin tenencia

§ 151. Conceptos generales	307
§ 152. Constitución del contrato de prenda comercial sin tenencia. Posibilidad de gravamen múltiple	309
§ 153. La prenda agraria, la prenda industrial y la prenda minera	312
§ 154. Los almacenes generales de depósito y la prenda sobre mercancías	315
§ 155. Disposiciones legales en relación con algunos negocios que realice el deudor prendario	318
§ 156. Las obligaciones del deudor prendario	320
§ 157. La prenda abierta	321
§ 158. Prescripción de la acción resultante de la prenda comercial sin tenencia	322

CAPÍTULO XIX

LA ANTICRESIS

1. EL CONTRATO DE ANTICRESIS EN EL CÓDIGO CIVIL.

- § 159. Definición. Historia 323
- § 160. Caracteres del contrato. Efectos 324
- § 161. Bienes susceptibles de anticresis 325
- § 162. Indivisibilidad de la anticresis. Posibilidad del acreedor de restituir la finca a cualquier momento 326
- § 163. El derecho del acreedor anticrético es un derecho personal. Compatibilidad de la hipoteca con la anticresis 326
- § 164. Facultades y derechos del acreedor anticrético 327
- § 165. Obligaciones del acreedor anticrético 327
- § 166. Obligaciones y derechos del deudor 328
- § 167. Oponibilidad de los derechos del acreedor. Condiciones para su procedencia 328
- § 168. La prohibición del pacto comisorio 329
- § 169. La lesión enorme en la anticresis 330

2. La anticresis comercial

- § 170. La reglamentación del contrato de anticresis en Código de Comercio 330
- § 171. Bienes susceptibles de anticresis. Carácter del contrato . . 331
- § 172. La anticresis comercial sobre un establecimiento de comercio 331

CAPÍTULO XX

OTRAS POSIBLES GARANTÍAS DEL CRÉDITO

- § 173. Garantías que se fundamentarían en la autonomía de la voluntad 333

- Bibliografía 337
- Índice de Autores 343
- Índice Normativo 347
- Índice Alfabético 356