

15

ESCUELA DE
DERECHO

breves comentarios sobre diversos aspectos
de derecho privado

veintidós (15 + 7) divertimientos jurídicos



Guillermo Montoya Pérez


Editorial
EAFIT

Breves comentarios sobre diversos aspectos de derecho privado

**Veintidós (15+7)
divertimentos jurídicos**

Guillermo Montoya Pérez



Montoya Pérez, Guillermo

Breves comentarios sobre diversos aspectos del derecho privado / Guillermo Montoya Pérez. - Medellín: Editorial EAFIT, 2019
102 p.; 27 cm. -- (Académica Z)
ISBN 978-958-720-638-8

1. Derecho civil - Colombia. 2. Obligaciones (Derecho civil). I. Tít. II. Serie
346.861 cd 23 ed.
M798

Universidad EAFIT - Centro Cultural Biblioteca Luis Echavarría Villegas

Breves comentarios sobre diversos aspectos de derecho privado
“El derecho de Montoya”

Primera edición: diciembre de 2019

© Guillermo Montoya Pérez

© Editorial EAFIT

Carrera 49 No. 7 sur-50

Tel.: 261 95 23, Medellín

<http://www.eafit.edu.co/fondoeditorial>

Correo electrónico: fonedit@eafit.edu.co

Diseño: Alina Giraldo Yepes

Diagramación: Luz Marina Zapata Echavarría

ISBN: 978-958-720-638-8

ISBN: 978-958-720-639-5 (versión EPUB)

Imagen de carátula: <https://www.shutterstock.com>

Universidad EAFIT | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como Universidad: Decreto Número 759, del 6 de mayo de 1971, de la Presidencia de la República de Colombia. Reconocimiento personería jurídica: Número 75, del 28 de junio de 1960, expedida por la Gobernación de Antioquia. Acreditada institucionalmente por el Ministerio de Educación Nacional hasta el 2026, mediante Resolución 2158 emitida el 13 de febrero de 2018

Prohibida la reproducción total o parcial, por cualquier medio o con cualquier propósito, sin la autorización escrita de la editorial.

Diseño epub:

Hipertexto - Netizen Digital Solutions

*Con afecto y agradecimiento a la memoria del jurista
Ricardo Uribe Holguín*

*Con notas de amistad y colegaje, agradezco la oposición
conceptual de monseñor¹ Carlos Julio Arango Benjumea, a
quien debo el subtítulo de estos divertimentos jurídicos.*

Contenido

Notas introductorias

De un pensamiento compartido

¿Qué es un divertimento?

De una motivación especial

De un “opositor” con rango nobiliario

De unas razones propias

De un claro objetivo racional

Nota bene

Quince divertimentos en negro

Del fenómeno de la *reviviscencia normativa*

Regulación de los derechos reales en Colombia

De los no sujetos jurídicos con equivocadas pretensiones:
decisiones de loco

Del título y el modo: especies de un mismo fenómeno
jurídico

1. Posición francesa
2. Posición alemana
3. Posición de la Corte Suprema de Justicia colombiana
4. Posición de los profesores chilenos Manuel Somarriva Undurraga y Guillermo Corre
5. Posición del profesor chileno Arturo Alessandri Rodríguez

Crítica

Posición contemporánea defendida en Colombia por los profesores Fernando Jaramillo Jaramillo y Luis Alonso Rico Puerta

Posición de *iure condendo*, antes compartida por Montoya

Una nueva posición de *iure condendo*, en el derecho de Montoya

De una recomendación final sobre título y modo

De las facultades del dominio y sus diferencias con respecto a los derechos de usufructo, uso y habitación

De la aplicación práctica de los artículos 807, 809 y 810 del Código Civil colombiano

Del título en la propiedad fiduciaria

Del modo en la propiedad fiduciaria

De la aplicación del artículo 807 del Código Civil

De la aplicación del artículo 809 del Código Civil

De la aplicación del artículo 810 del Código Civil

De la regulación de los bienes baldíos (una propuesta de *lege ferenda*)

Título III

De los bienes del Estado colombiano

Capítulo I

Reglas generales

Capítulo II

De los bienes baldíos en particular

Del derecho real de superficie (una propuesta de *lege ferenda*)

De la muerte como hecho futuro: ¿cierto o incierto? o indeterminado?, ¿plazo o condición?

De un problema constante: la utilización del aire

De la anticresis civil y comercial

Preámbulo

De la anticresis en el campo civil

Concepto

Limitación

Solemnidad

Efectos

De la anticresis en el campo mercantil

Concepto

Amplitud

Solemnidad

Efecto

De una unificación normativa necesaria

De una idea prospectiva

De una figura incomprensible: fiducia mercantil.

Patrimonio autónomo

Preliminares

¿Qué es un patrimonio autónomo?

¿Cómo se constituye un patrimonio autónomo en Colombia?

Patrimonios autónomos prohibidos

Temporalidad del patrimonio autónomo

¿Qué sucede durante la existencia del patrimonio autónomo?

¿En Colombia son posibles patrimonios autónomos diferentes a las fiducias mercantiles?

Aclaración especial

De las verdaderas servidumbres en la legislación civil colombiana

Precisiones en torno de las servidumbres de acueducto y alcantarillado

De un esqueleto normativo llamado censo

Siete (7) divertimentos en rojo

Del rompimiento de dos paradigmas que devienen en falacias: personalidad y atributos de la personalidad

El mito de la personalidad jurídica ante la realidad de la subjetividad

El mito de los atributos de los sujetos jurídicos (de la personalidad, según las voces clásicas)

De una precisión conceptual en torno de un gran engaño teórico

De una precisión sobre el artículo 50 del Código Civil

De los modos de extinguir las obligaciones naturales y los casos de pervivencia de ellas

Preliminares

De las obligaciones naturales, su extinción y pervivencia

De la extinción

Pervivencia de las obligaciones naturales

De las fuentes de las relaciones jurídicas de los derechos subjetivos y de las obligaciones: de una correcta lectura del artículo 1494 del Código Civil

De una equivocada regulación normativa: de los cuasicontratos

De la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos (arts. 2304 a 2312 cc)

Del pago de lo no debido (arts. 2313 a 2321 cc)

La comunidad (arts. 2322 a 2340 cc)

De una visión más amplia de los elementos de un contrato

Elementos estructurales

- Elementos de la existencia
- Elementos de la validez
- Elementos de oponibilidad
- Elementos de contenido
 - Elementos esenciales
 - Elementos de la naturaleza
 - Elementos accidentales
- Elementos determinantes
 - Oposición de intereses
 - Concreción de partes
 - Contenido patrimonial
 - Efectos propios

De una figura mal denominada y, por supuesto, mal entendida: del autocontrato

Anexo

- Sentencia C-501/01
- Sentencia C-357/03

Bibliografía

Notas al pie

El ciego criterio de autoridad es el peor enemigo del jurista

Ricardo Uribe Holguín²

Notas introductorias al Derecho de Montoya



De un pensamiento compartido

Quien escribe se adhiere, con puntos y comas, a lo señalado por el maestro Ricardo Uribe Holguín en defensa de sus propios escritos. Dijo el maestro:

Probablemente esté equivocado en varios de mis conceptos. No importa. Lo que he escrito contiene algo de protesta contra el ciego criterio de autoridad. Prefiero exponer de buena fe desaciertos propios que reproducir aciertos ajenos. Es simple cuestión temperamental. Además, mis opiniones que resulten erróneas algún fruto habrán de dejar, puesto que el que descubre el error ha encontrado la verdad.³

¿Qué es un divertimento?

El *Diccionario de la lengua española* señala que *divertimento*, expresión italiana, equivale a divertimento.

El divertimento es una forma musical de estilo desenfadado y alegre, que tuvo su auge en el siglo XVIII.

Dice también el diccionario citado que se llama divertimento a la obra artística o literaria cuyo principal objetivo es divertir.

¿Es posible un divertimento jurídico?

La respuesta, a pesar del acartonamiento de muchos operadores jurídicos, es positiva. Se pueden crear divertimentos jurídicos que permitan sonreír gracias a

su contenido, ora por la contundencia, ora por la perplejidad, ora por el atrevimiento.

De una motivación especial

Año 1978: la vida creó la posibilidad de tener en la Academia Antioqueña al jurista Ricardo Uribe Holguín, quien para esa época oficiaba como magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. En las muchas exposiciones que hizo sobre asuntos de derecho privado brillaban la sapiencia y sus posiciones críticas: era un verdadero iconoclasta.

Del profesor Ricardo Uribe Holguín aprendió la Academia que es importante el debate racional y razonado, dejando de lado el argumento de autoridad, para buscar explicaciones lógicas sin detenerse en la consideración del derrumbamiento de paradigmas añejos.

No a los aforismos *Roma locuta, causa finita ni magister dixit.*

Hay que leer verticalmente y luego officiar de *iconoclasta* para establecer una posición lógica-jurídica que quede sometida a los avatares de la contradicción y, así, precisar una tesis sostenible.

Hoy, con fundamento en la gratitud y en el recuerdo, quien escribe acepta la invitación, sin pretensiones extracadémicas, y se aventura a proponer varias tesis controversiales y controvertibles sobre algunos puntos del derecho privado, utilizando el *divertimento* como forma especial para enfrentar al monstruo llamado *hoja en blanco*.

De un “opositor” con rango nobiliario

Quiso la ruleta de la vida que las casillas de dos soñadores del derecho estuvieran en el mismo espacio del azar, pese a los distintos colores y números: siete rojo, quince negro.

Un noble de la Francia medieval –hoy, monseñor Carlos Julio Arango Benjumea– contradice, casi siempre, las tesis que se escapan a deshoras y con inusitada frecuencia del magín de quien escribe, que fue en otras vidas un bucanero de altamar, sin patria ni destino.

Monseñor Arango Benjumea enaltece la ruta del desvío que recorre el antiguo bucanero: aquel noble que viene de la Francia medieval, con todo el señorío, hace oposición, fuerte pero abierta, y ha signado las tesis, de extraño contenido, bajo el nombre de *el derecho de Montoya*.

Gracias, monseñor, por estar presto a combatir con quien lo reta en claros y abiertos divertimentos.

De unas razones propias

Hay varias razones para hacer público el contenido de este texto de derecho privado:

- La primera, la pasión por la docencia; los alumnos han de tener la oportunidad de leer y controvertir las tesis del viejo profesor que se revela contra lo tradicional.
- La segunda, la necesidad de avivar el debate abierto; los contradictores tienen derecho a conocer las tesis en la fuente misma y bajo la responsabilidad del autor que las expresa.
- La tercera, el sentimiento de aprecio para con los posibles contradictores; el dicho contra el dicho es un

divertimiento de academia que regocija la vida, el sueño y la esperanza.

Otras razones existen en la génesis del texto, pero con las dichas basta.

De un claro objetivo racional

Se busca con el texto convocar a todos los operadores jurídicos al análisis de su contenido, con miras a que se abandonen criterios erróneos o para aceptar la novedad, si la hubiere, y para combatir, a muerte si se quiere, las tesis planteadas.

Nota bene

Como ocurre en la filosofía de los juegos de los discapacitados, lo importante en la vida no es ganar, sino participar.

Este texto no aspira a ganar, y si pierde, su autor oirá, en las tardes de verano o de invierno, la voz de Tita Merello interpretando el texto de la milonga *Baldosa floja*: “No soy constante en amores, / por eso tan solo estoy, / mi carta ya la he jugado / y si he perdido, pago y me voy”.⁴

Quince (15) divertimentos en negro



Del fenómeno de la reviviscencia normativa

Las normas jurídicas pueden ser excluidas del ordenamiento jurídico de dos formas: a través de un acto legislativo en el que, de manera expresa o tácita, se deroga una norma anterior, o cuando la Corte Constitucional declara que la norma es inexecutable.

La norma derogada de la primera forma no revive cuando la norma que la derogó también es derogada, ni revive por la mención que de ella se haga en otra ley. Al respecto, el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 establece: “Una ley derogada no revivirá por sí sola las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva”.

Cuando se excluye una norma *por la vía de la inexecutableidad*, en Colombia, no existe una norma expresa para establecer qué pasa con las normas que fueron derogadas por la norma que se declara inexecutable.

Un sector de la doctrina considera que la situación de inexecutableidad es exactamente la misma contemplada en el artículo 14 ya citado. Otro sector considera que hay diferencias entre derogación, expresa o tácita, y declaratoria de inexecutableidad, y que por lo tanto la situación en sede de inconstitucionalidad no puede regirse por la Ley 153 de 1887. Esta última posición plantea un dilema: ¿la declaratoria de inexecutableidad deja un vacío

normativo o permite la reviviscencia de la norma derogada?

La posición que sostiene que surge un vacío legislativo ha sido liderada por el exmagistrado Jaime Araújo Rentería, quien considera que la Corte Constitucional no está facultada para establecer la vigencia de una norma derogada; al respecto se pueden consultar el salvamento de voto a la Sentencia C-501 de 2001 y la aclaración de voto en la Sentencia C-357 de 2003 sobre la inexequibilidad del Decreto 1283 de 2002.

Este primer divortamiento, en negro, se trae no porque se asuma una posición particular en *el derecho de Montoya*, sino por la importancia del tema y por el desconocimiento que la comunidad académica tiene del fenómeno referido.

Como una ayuda para el lector, se transcriben los argumentos de las dos posiciones en el anexo que se agrega en la parte final del texto Sentencia C-501/01 y Sentencia C-357/03.

Regulación de los derechos reales en Colombia

En relación con el libro ii del Código Civil colombiano, titulado “De los bienes”, la jurisprudencia y la doctrina encuentran que ese cuerpo normativo regula no solo lo atinente a los bienes, sino también lo que corresponde a los derechos reales. Tal estimación no es cierta porque allí solo se tocan algunos aspectos del dominio, el usufructo, el uso, la habitación y la servidumbre. De algunos aspectos de los derechos reales de prenda e hipoteca el Código se ocupa en el libro iv, al regular los contratos respectivos. En cuanto al derecho real de retención, las normas están dispersas y

corresponden a los casos de aplicación tanto en materia civil como en materia comercial.

Ante tal situación, cabe preguntar ¿en dónde se regulan los derechos reales en el ordenamiento jurídico colombiano? La respuesta, aunque cause asombro, es que los derechos reales, como tales, no están regulados ni en el Código Civil ni en el Código de Comercio; han sido la jurisprudencia y la doctrina las que han tratado de señalar la teoría general y particular de todos y cada uno de ellos, pero se advierte que tanto una como otra se centran, fundamentalmente, en los aspectos de las fuentes de los derechos reales y no en los derechos mismos ni en sus efectos.

Por lo dicho, se impone la necesidad de estructurar una teoría general de los derechos reales señalando los criterios aplicables a todos y cada uno de ellos; tales criterios, según la propuesta que aparece en el texto Teoría general de los derechos reales,⁵ son los siguientes:

- El concepto
- La naturaleza jurídica
- Los elementos
- La adquisición
- Las características
- La clasificación
- El traslado patrimonial
- La extinción.

En verdad, el libro II del Código Civil colombiano no se ocupa de la relación jurídica entre el titular de un derecho real y la comunidad, sujeto pasivo en cuanto se debe abstener (obligación de no hacer). Tampoco se ocupa de los efectos propios de los derechos reales ni de los elementos

de una teoría general, como la propuesta de *iure condendo* que se señaló anteriormente y que corresponde al *derecho de Montoya*.

Hay que resaltar que el artículo 665 del Código Civil indica que son derechos reales el dominio, el usufructo, el uso, la habitación, la prenda, la hipoteca, la herencia y la servidumbre activa. Se debe excluir de esta relación el derecho de herencia, y se debe incluir el derecho de retención, por lo siguiente:

- La exclusión del derecho de herencia obedece a que el bien al cual hace alusión el derecho es diferente al bien que tipifica la relación jurídica llamada derecho real. En esta se trata de bienes corporales, singulares, avaluables en términos monetarios y, excepcionalmente, de bienes incorporeales con las mismas características. El derecho de herencia, en cambio, se refiere a una universalidad (conjunto de activos y pasivos) en la que se puede encontrar toda clase de bienes; además, se deduce con claridad que el legislador colombiano fue consciente de la imposibilidad de tratar el derecho de herencia con las normas propias de los derechos reales, y por ello dispuso su regulación en el libro iii del Código Civil.

- La inclusión del derecho de retención obedece al análisis de los puntos que conforman la llamada *teoría general de los derechos reales*, toda vez que los diversos casos establecidos en la legislación colombiana, de manera asistemática, del derecho de retención permiten ubicarlo como otro derecho real.

En verdad, el derecho de retención responde al concepto general de todo derecho real, que se expresa diciendo que es la facultad que tiene un sujeto jurídico para

exigirle a toda la comunidad una conducta de no hacer con referencia a un bien corporal, singular, avaluable en dinero.

El derecho de retención es, por naturaleza, un derecho subjetivo, económico, in rem, como todo derecho real.

El derecho de retención tiene la estructura de una relación jurídica *erga omnes* en cuanto exige un supuesto normativo, la realización del supuesto y la presencia de sujetos opuestos, y goza de la protección estatal.

El derecho de retención se adquiere por la realización de un modo, como todo derecho real; admite las características y la clasificación de todo derecho real y, finalmente, se puede trasladar de un patrimonio a otro y se extingue de las mismas formas y maneras que los derechos reales.

Una vez establecidos los criterios aplicables a todos los derechos reales, es necesario analizar, en particular, cada uno de ellos, respecto de los cuales se encontrarán semejanzas y diferencias.

Si se enfrenta cada derecho real a cada uno de los elementos de la teoría general propuesta, se encuentra lo siguiente:

Tabla 1.1

Criterios	Dominio	Usufructo	Uso	Habitación	Prenda	Hipoteca	Retención	Servi- dumbre activa
Concepto y normativa	≠	≠	≠	≠	≠	≠	≠	≠
Naturaleza Jurídica	=	=	=	=	=	=	=	=
Adquisición	≠	≠	≠	≠	≠	≠	≠	≠
Elementos	=	=	=	=	=	=	=	=
Característica	=	=	=	=	=	=	=	=
Clasificación	=	=	=	=	=	=	=	=
Traslado	≠	≠	≠	≠	≠	≠	≠	≠
Extinción	≠	≠	≠	≠	≠	≠	≠	≠

El cuadro es del autor.

De los no sujetos jurídicos con equivocadas pretensiones: decisiones de locos

Años 37 a 41 d. C.: el emperador Calígula nombra a su caballo Incitatus cónsul de Bitinia (norte de Turquía)

Desde hace unos años se viene perdiendo la sindéresis en el campo del derecho, porque so pretexto de defender la naturaleza se olvidan los principios jurídicos y las teorías decantadas a lo largo de los siglos.

Se tiene como potestad estatal establecer, frente a todos los entes, cuáles tienen la calidad de sujetos jurídicos y cuáles carecen de ella. Tal potestad es del poder constituyente primario porque en el acto primigenio, la carta política, se indica qué entes pueden actuar como sujetos en el ordenamiento jurídico, sin que ello impida que tal potestad se pueda delegar en los órganos encargados de elaborar las leyes.

La consideración para determinar quiénes son sujetos de derecho implica que el ente pueda tener derechos y, a la vez, obligaciones, de tal manera que se cumpla el paradigma del derecho privado que se expresa diciendo *derecho y obligación son las dos caras de una misma moneda*.

Cuenta la historia que, entre aquellos gobernantes a quienes siempre se ha calificado de dementes por haber perdido de vista las reglas de la lógica y de lo jurídico, al denominar sujetos a seres irracionales que por supuesto nada podían exigir, y a quienes nada se les podía exigir, salta el nombre del emperador romano Calígula.

En Colombia hay una corriente, de moda, que bajo el pretexto de proteger la naturaleza viene señalando que los semovientes, las especies vegetales y los ríos pueden ser sujetos de derecho, pero solo como titulares de facultades y no como responsables de deberes. Tal tendencia constituye un retroceso en la determinación de sujetos y no sujetos. Los animales no pueden ser sujetos de derecho porque carecen de voluntad, carecen de razón y escapan a los lineamientos generales que indican que en Colombia son sujetos los seres humanos y aquellos otros entes a los que el legislador les reconoce la posibilidad de ser centro de imputación jurídica.

En principio, se podría pensar que, por decisión legal, se les conferirían derechos a los animales, que se podrían “ejercer” por medio de un representante, pero no se puede establecer, jamás, que los animales sean sujetos obligados, porque se tornaría un imposible físico demandar la realización de una conducta como, por ejemplo, obligar a un perro a no morder o, ante el incumplimiento, imponerle a este una sanción.

El argumento de moda, en el sentido de pretender negarles a los animales el carácter de *cosa* o *bien* debido a que son seres sintientes, no es más que un desconocimiento de las características propias de los semovientes como seres vivos, porque todos ellos, aunque no lo diga la ley, sienten, y el sentir no les hace perder la calidad de *ente* no sujeto de derecho. El legislador, ni por curiosidad, miró el diccionario de la Real Academia Española, que define el animal como “el ser orgánico que vive, siente y se mueve por propio impulso”.

Obsérvense, además, los artículos 1o y 2o de la Ley 1774 de 2006:

Artículo 1o. Objeto. Los animales como seres sintientes no son cosas, recibirán especial protección contra el sufrimiento y el dolor, en especial, el causado directa o indirectamente por los humanos, por lo cual en la presente ley se tipifican como punibles algunas conductas relacionadas con el maltrato a los animales, y se establece un procedimiento sancionatorio de carácter policivo y judicial.

Artículo 2o. Modifíquese el artículo 655 del Código Civil, así: Artículo 655. Muebles. Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Exceptúense las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 658.

Parágrafo. Reconózcase la calidad de seres sintientes a los animales.

El artículo 1o indica que “los animales como seres sintientes no son cosas” y, por su parte, el artículo 2o, al referirse a las cosas muebles indica que “son las que pueden trasladarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes)”.

¡Valiente legislador el de la Ley 1774! En el primer artículo le quita la calidad de cosa a los animales y, en el artículo siguiente, cuando da un ejemplo de cosas muebles, cita a los animales.

El derecho de Montoya resuelve la contradicción normativa con el principio hermenéutico que expresa que la norma posterior prima sobre la norma anterior. A fuerza de estar en la moda, se vuelve a establecer lo que es lógico y razonable: Los animales solo pueden ser objetos, cosas o bienes, pero jamás sujetos de derecho.

En igual situación se encuentran las especies vegetales, denominadas ahora, por la tendencia que aquí se critica, individuos arbóreos.

La Corte Constitucional de Colombia ha incursionado en la moda que, en verdad, no es más que un retroceso hacia los años 37 a 41 d. C., para comportarse como Calígula. En reciente sentencia⁶ se ha señalado que el río Atrato es un sujeto jurídico que tiene derechos y que los podrá ejercer a través de una entidad que habrá de crearse para que lo represente. ¿Quién y cómo podrá exigirle al río Atrato que se mantenga en su cauce y que, si se sale, habrá de indemnizar?

Salta a la vista que las consideraciones que se hacen de la fauna, de la flora y, ahora, de los ríos peca contra toda lógica jurídica. La manera de proteger la naturaleza no pasa por convertir cada elemento de ella, de manera