
ESTUDIOS DE DERECHO
PRIVADO

EN HOMENAJE AL PROFESOR
GUILLERMO MONTOYA PÉREZ

ISBN 978-958-731-123-5

© Biblioteca Jurídica Diké – 2014

Diké: Justicia en griego

Biblioteca Jurídica Diké

Medellín - Colombia, calle 34 B N° 65 D 58

Telefax: P.B.X. 351 61 61

e-mail: dike@une.net.co

www.bibliotecajuridicadike.com

Bogotá D.C. Librería

Carrera 6ª N° 12B-11 - Teléfonos: 336 55 37 y 286 03 42

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

e-mail: dike@etb.net.co

San José, Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23

e-mail: jadguzman@yahoo.com

editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas 1010 /

info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04

RIF: J-30797099-5

Panamá

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón, Ciudad de

Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO

EN HOMENAJE AL PROFESOR
GUILLERMO MONTOYA PÉREZ

ANA CATALINA ECHEVERRI MESA
CÉSAR CARRANZA ÁLVAREZ
(Coordinadores)



BIBLIOTECA JURÍDICA

Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

Estudios de derecho privado : en homenaje al profesor Guillermo Montoya Pérez / Ana Catalina Echeverri Mesa, César Carranza Álvarez, coordinadores ; autores invitados, Aída Kemelmajer de Carlucci ... [et al.]. -- Medellín : Biblioteca Jurídica Diké, 2014

460 p.

ISBN 978-958-731-123-5

1. Montoya Pérez, Guillermo - Crítica e interpretación 2. Derecho civil - Colecciones de escritos I. Echeverri Mesa, Ana Catalina

II. Carranza Álvarez, César III. Kemelmajer de Carlucci, Aída

CDD: 346 ed. 20

CO-BoBN- a940847

Biblioteca Jurídica Diké
dirigida por
Eduardo Quiceno Álvarez

AUTORES INVITADOS

Aída Kemelmajer de Carlucci (Argentina)
Alberto Ceballos Velásquez (Colombia)
Ana Catalina Echeverri Mesa (Colombia)
César Carranza Álvarez (Perú)
Cristiano Heineck Schmitt (Brasil)
Francisco Ternera Barrios (Colombia)
Gustavo Adolfo López Álvarez (Colombia)
Jesús Gómez Taboada (España)
Leonardo B. Pérez Gallardo (Cuba)
Luis Alonso Rico Puerta (Colombia)
Mauricio Tapia Rodríguez (Chile)
María Cristina Maeso Valiño (Uruguay)
María Helena Franco Vargas (Colombia)
Nilda Susana Gorvein Rubinstein † (Argentina)
Olga Mesa Castillo (Cuba)
Teresa Delgado Vergara (Cuba)

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN

ANA CATALINA ECHEVERRI MESA

CÉSAR CARRANZA ÁLVAREZ 19

UN LIBRO POR UN AMIGO

ALBERTO CEBALLOS VELÁSQUEZ 21

GUILLERMO MONTOYA PÉREZ

DOCENTE, PRINCIPIO E INSPIRACIÓN

MARÍA CRISTINA MAESO VALIÑO 25

DE LA DOCENCIA COMO PASIÓN DE VIDA

ENTRE LA GRATITUD Y LA EVOCACIÓN

GUILLERMO MONTOYA PÉREZ 31

DE LOS ESTUDIOS JURÍDICOS

OBLIGACIONES DERIVADAS DEL MATRIMONIO EN CUBA

OLGA MESA CASTILLO 41

Exordio 41

1. *Naturaleza jurídica del Derecho de Familia* 42

2. *Valoración desde el Derecho de Familia del carácter patrimonial del derecho de crédito obligacional* 43

3. *El concepto legal del matrimonio en Cuba* 45

4. *Contenido personal del matrimonio: derechos y deberes conyugales* 50

5. *Naturaleza jurídica y características de la obligación alimentaria en el derecho familiar cubano* 53

6. La obligación alimentaria entre cónyuges	57
7. La singular obligación de dar alimentos por divorcio al ex-conyuge	59
8. La situación del matrimonio civil en la actualidad cubana	62
9. Referencias bibliográficas	63

**DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA
Y DERECHO DE DAÑOS**

<i>AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI</i>	65
1. Límites de estas reflexiones	66
2. Delimitación del tema: daños derivados del incumplimiento de deberes conyugales y daños causados por ataque a los derechos de la persona (independientemente de su carácter de cónyuge)	69
3. Posiciones existentes	74
4. Posición afirmativa	75
5. Posición intermedia (afirmativa, con restricciones)	79
6. Posición negatoria	85
7. Jurisprudencia que acoge los daños y perjuicios. Circunstancias tenidas en consideración.	87
8. Problemas pendientes de la tendencia que acoge este tipo de demandas	97
8.1. Procedencia de la demanda si ambos han sido declarados culpables.	98
8.2. Legitimación pasiva del cómplice del adulterio.	99
9. La altísima variabilidad de los montos	101
10. El proyecto argentino de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012.	101
10.1. El proceso de constitucionalización del derecho privado	102
10.2. La eliminación del divorcio contencioso	103
10.3. La recalificación de los deberes que emanan del matrimonio y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad civil.	104

11. <i>Por qué el proyecto de 2012 no sigue al de 1998 en esta materia.....</i>	107
12. <i>Breves palabras de cierre.....</i>	108
13. <i>Referencias bibliográficas.....</i>	110

NUEVOS PARADIGMAS A UTILIZAR EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES: LA MEDIACIÓN FAMILIAR

<i>NILDA SUSANA GORVEIN RUBINSTEIN †.....</i>	131
1. <i>El Derecho de Familia y la interdisciplina: las incumbencias profesionales.....</i>	131
2. <i>Rol del abogado de familia en un equipo interdisciplinario.....</i>	134
3. <i>Rol del terapeuta de familia en un equipo interdisciplinario.....</i>	140
4. <i>La definición de un modelo propio de trabajo.....</i>	142
5. <i>Modelo interdisciplinario de resolución de conflictos familiares.....</i>	145
6. <i>Nuevos paradigmas en resolución de conflictos.....</i>	148
7. <i>Modelos de intervención que conducen a la prevención.....</i>	151
8. <i>La mediación para el divorcio.....</i>	153
9. <i>Referencias bibliográficas.....</i>	154

ADOPCIÓN Y SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

<i>LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO.....</i>	157
1. <i>La adopción regulada en el Código de Familia: consecuencias en sede sucesoria.....</i>	157
2. <i>La adopción entre parientes. Peculiar incidencia que puede tener en el Derecho de Sucesiones.....</i>	160
3. <i>La herencia deferida pero no adjudicada, causada por un pariente consanguíneo a favor de quien resulta adoptado y la posible aplicación del artículo 116 in fine del Código de Familia.....</i>	170
4. <i>Efectos para la adopción del fallecimiento del presunto o de uno de los presuntos adoptantes durante la tramitación del procedimiento. La adopción post mortem.....</i>	172

5. <i>El éxito de la impugnación de la adopción acordada judicialmente, y el destino de las herencias causadas por parientes adoptivos a favor de quien fue adoptado</i>	181
6. <i>Adopción y legítima</i>	188
7. <i>La designación, vía testamentaria, por el progenitor biológico, de quién o quiénes desearía adoptara(n) a su hijo</i>	190
8. <i>Referencias bibliográficas</i>	193

DUDAS, PARADOJAS Y CUESTIONES

PLANTEADAS AL NOTARIO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE SUCESIONES

JESÚS GÓMEZ TABOADA	197
---------------------------	-----

1. <i>Enseñanzas del Costa Concordia: la conveniencia del testamento notarial bien hecho y cómo el azar puede cambiar el destino de la herencia</i>	198
2. <i>La diferencia entre interpretación e integración del testamento</i>	199
3. <i>La ley aplicable a la sucesión: hasta qué punto debe inmiscuirse el notario. El problema, a veces, no es determinarla, sino comunicarla a los otorgantes</i>	203
3.1. Testamento.....	205
3.2. Aceptación.....	206
4. <i>Una institución en estado de hibernación que se desprezpa: la cuarta falcidia</i>	206
4.1. El derecho catalán de sucesiones es el derecho de las cuartas	206
4.2. La cuarta falcidia	206
5. <i>Dos figuras inocuas o superfluas (en teoría) y muy eficaces (en la realidad): la desheredación injusta y la preterición intencional</i>	208
5.1. Una es la desheredación	209
5.2. La otra es la preterición.....	209

ADQUISICIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES

LUIS ALONSO RICO PUERTA 213

1. *Número y clases de fuentes obligacionales* 213
2. *La adquisición de los derechos reales. Teoría del título y el modo* 226
3. *Referencias bibliográficas* 235

LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

FRANCISCO TERNERA BARRIOS 237

1. *¿Qué se redefine con la expresión función social?*
Crónica del dominio en cinco actos 241
 - 1.1. *Las primeras fuentes escritas del derecho* 241
 - 1.2. *Roma* 242
 - 1.3. *Los romanistas medievales* 244
 - 1.4. *El renacimiento y la ilustración* 245
 - 1.5. *Las codificaciones: el concepto decimonónico de propiedad* 246
2. *¿Cómo se redefine?* 249
 - 2.1. *Las fórmulas vagas* 250
 - 2.2. *El concepto concreto: la propiedad - afectación* 252
3. *Referencias bibliográficas* 258

REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LAS ARRAS

Y SU FUNCIONALIDAD EN EL DERECHO CONTRACTUAL CIVIL CUBANO

TERESA DELGADO VERGARA 261

1. *Preámbulo* 261
2. *Construcción conceptual* 262
 - 2.1. *La concepción iusromanista de las arras* 262
 - 2.2. *Naturaleza jurídica* 262
 - 2.3. *Distinción con otras instituciones* 265
 - 2.3.1. *Prenda irregular* 265
 - 2.3.2. *Cláusula penal* 265
 - 2.3.3. *Pacto comisorio* 266

2.3.4. Pago a cuenta	268
2.4. Tipos y funciones.....	269
2.4.1. Confirmatorias	270
2.4.2. Penitenciales.....	271
2.4.3. Arras penales	274
3. <i>El anticipo en el Código Civil cubano</i>	275
4. <i>Funcionalidad del anticipo en los contratos de compraventa de viviendas en Cuba</i>	277
5. <i>Ideas finales</i>	280
6. <i>Referencias bibliográficas</i>	281

LA LESIÓN CONTRACTUAL Y

EL EXTRAÑO CASO DE LA PRESUNCIÓN DE APROVECHAMIENTO

CÉSAR CARRANZA ÁLVAREZ	285
1. <i>Introducción</i>	285
2. <i>Sistema regulatorio de la lesión en el Código Civil peruano de 1984</i>	287
3. <i>Antecedentes normativos de la presunción de aprovechamiento</i> ...290	
4. <i>Noción y fundamento</i>	293
5. <i>El alcance de la presunción: la doctrina nacional frente al problema</i>	297
6. <i>Presente y futuro de la presunción de aprovechamiento: una mirada al derecho nacional (sin perder de vista el foráneo)</i>	304
7. <i>Radiografía de la presunción de aprovechamiento</i>	310
7.1. <i>Comprensión incorrecta del diseño estructural de la lesión: fusión de elementos subjetivos</i>	316
7.2. <i>Comprensión incorrecta del diseño estructural de la lesión: prevalencia del dato económico y disolución del requisito del aprovechamiento injustificado del contratante beneficiado (e inferioridad del agraviado)</i>	317
7.3. <i>Argumentos falaces de una disposición particular</i>	318
7.4. <i>Retorno a la lesión objetiva</i>	318

7.5. Inversión de la carga probatoria o lesión del presunto aprovechador.....	320
7.6. Confusión innecesaria: aplicación de la presunción	321
7.7. La presunción de aprovechamiento quebranta la regulación de la lesión prevista en el Código Civil.	322
7.8. Consecuencias previsibles.	323
8. <i>Epílogo</i>	326
9. <i>Referencias bibliográficas</i>	328

DAÑO MORAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

EN EL DERECHO CHILENO

<i>MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ</i>	335
---------------------------------------	-----

<i>Justificación</i>	335
----------------------------	-----

1. <i>Daño moral de la persona jurídica en la doctrina chilena</i>	337
2. <i>Daño moral de la persona jurídica en la jurisprudencia chilena</i>	344
3. <i>Referencias bibliográficas</i>	366

PROBLEMAS Y SOLUCIONES EN TORNO DE LOS BENEFICIARIOS LEGALES O SUPLETIVOS: ARTÍCULO 1142 DEL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO

<i>ANA CATALINA ECHEVERRI MESA</i>	369
--	-----

1. <i>Planteamiento de los problemas</i>	369
2. <i>Problemas y posibles soluciones en torno del artículo 1142 del Código de Comercio</i>	372
2.1. ¿Cómo probar las calidades de cónyuge, compañero(a) permanente, conviviente del mismo sexo y heredero?	373
2.2. ¿Quiénes pueden invocar la calidad de herederos?.....	378
2.2.1. Representación sucesoral.	379
2.2.2. Transmisión sucesoral.	380
2.2.3. Acrecimiento.....	380
2.2.4. Sustitución	381
2.2.5. Cesión de derechos herenciales.....	382
2.3. ¿Cómo se debe repartir la suma asegurada y a qué título se entrega?	382

2.4.	¿Cómo se debe solucionar la concurrencia de cónyuges?	385
2.5.	¿Cómo se debe solucionar la concurrencia de cónyuge y compañero(a) permanente?.....	386
2.6.	¿Cómo se debe solucionar la concurrencia de cónyuge y conviviente del mismo sexo?	388
2.7.	¿Es posible o no la concurrencia de compañero(a) permanente y conviviente del mismo sexo? ¿Es posible la concurrencia de compañeros(as) permanentes? ¿Es posible la concurrencia de convivientes del mismo sexo?.....	388
2.8.	¿Qué sucede con la doble calidad de cónyuge o compañero(a) permanente o conviviente del mismo sexo supérstite y heredero?.....	389
2.9.	¿Cómo enfrentar los términos de prescripción?.....	389
3.	<i>Referencias bibliográficas</i>	391

LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

UNA MIRADA DESDE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA

	<i>GUSTAVO ADOLFO LÓPEZ ÁLVAREZ</i>	393
	<i>MARÍA HELENA FRANCO VARGAS</i>	393
1.	<i>Introducción</i>	394
1.1.	Eficiencia en el sentido de Pareto.....	397
1.2.	Eficiencia de Kaldor-Hicks.....	398
2.	<i>Descripción del modelo de mercado de competencia perfecta.</i>	400
3.	<i>Las fallas del mercado</i>	405
4.	<i>Corrección de las fallas del mercado.</i>	407
5.	<i>El derecho a la libre competencia económica en el sistema jurídico colombiano.</i>	409
5.1.	Las cláusulas de exclusividad como límite a la competencia.....	413
6.	<i>Conclusiones</i>	418
7.	<i>Referencias bibliográficas</i>	420

DEVER DE CUIDADO E O DIREITO DO CONSUMIDOR	
<i>CRISTIANO HEINECK SCHMITT</i>	423
<i>Introdução</i>	423
1. <i>Algumas anotações sobre o dever de cuidado na sociedade consumista</i>	424
2. <i>Vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo</i>	429
3. <i>Consumidores hipervulneráveis: o dever de cuidado intensificado</i>	434
3.1. <i>Consumidores idosos</i>	435
3.2. <i>Consumidores empobrecidos</i>	437
3.3. <i>Consumidores infanto-juvenis</i>	438
3.4. <i>Consumidores deficientes físicos</i>	441
4. <i>Conclusão</i>	442
5. <i>Referências bibliográficas</i>	444

PRESENTACIÓN

Hoy nació a la vida.

*Le pido a la vida que me enseñe a escribir
para contarla de nuevo.*

Estas dos frases, escritas con garabatos en una servilleta el 30 de marzo de 2013, al despertar en cuidados intensivos, luego de 10 días batallando contra la muerte, marcaron el comienzo de una nueva etapa en la vida del Profesor Guillermo Montoya Pérez y de todos los que hemos tenido el privilegio de transitar a su lado por las sendas de la amistad y el colegaje. Era el momento de darle gracias a Dios por el milagro del que ahora nos permitía ser testigos y recordar aquel pasaje bíblico que dice: “¿No ven que sólo yo soy Dios? Yo hago morir y hago vivir. Yo hago la herida y yo la sano: Nadie se escapa de mi poder”.

En ese momento cobró sentido y se convirtió en un deseo, casi obsesivo, la idea de un libro homenaje. Era la oportunidad para hacer un reconocimiento y, desde la academia, convocar no sólo juristas de todas partes, sino además amigos, para que disertaran acerca de algunos temas en torno del área del Derecho a la que el maestro le ha dedicado su vida profesional: El Derecho Privado.

* Deuteronomio, en: La Santa Biblia, *Nueva Biblia al Día*, Capítulo 32, Versículo 39. Sociedad Bíblica Internacional. Estados Unidos. 2008.

Hoy agradecemos a todos y cada uno de los profesores que interrumpieron sus quehaceres diarios y sortearon las distintas circunstancias por las que pasan sus vidas para atender nuestro llamado: Gracias profesores Aída Kemelmajer de Carlucci, Alberto Ceballos Velásquez, Cristiano Heineck Schmitt, Francisco Ternera Barrios, Gustavo Adolfo López Álvarez, Jesús Gómez Taboada, Leonardo B. Pérez Gallardo, Luis Alonso Rico Puerta, Mauricio Tapia Rodríguez, María Cristina Maeso Valiño, María Helena Franco Vargas, Nilda Susana Gorvein Rubinstein, Olga Mesa Castillo y Teresa Delgado Vergara.

Sabíamos que era imposible reunirlos a todos, somos conscientes de que “no estamos todos los que somos”, pero creemos que en nuestros nombres están representados todos aquellos que en Colombia y, allende las fronteras, han tejido lazos de amistad con el Profesor Montoya Pérez.

Hoy damos gracias a Dios por permitirnos brindar este homenaje en vida a quien ha sido nuestro maestro, compañero, amigo y colega. Confiamos en que sean muchos más los espacios en que podamos compartir sus conocimientos jurídicos y sus historias de la vida misma. Esperamos poder seguir escuchando su voz y disfrutando su sonrisa.

Ana Catalina ECHEVERRI MESA
César CARRANZA ÁLVAREZ

Coordinadores