

28 FEB. 2011
BIBLIOTECA
ENRIQUE LOW MURTRA

REALIDADES Y TENDENCIAS DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI

DERECHO PRIVADO

Tomo IV
Volumen 1

OBRA CONMEMORATIVA DE LOS OCHENTA AÑOS
DEL RESTABLECIMIENTO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA


Pontificia Universidad
JAVERIANA
Bogotá
Facultad de Ciencias Jurídicas

 **editorial**
TEMIS S. A.

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación general	IX
Prólogo	XIII

PARTE PRIMERA

PARTE GENERAL

CODIFICACIÓN Y DISPERSIÓN NORMATIVA

FERNANDO HINESTROSA FORERO	3
----------------------------	---

PERSPECTIVAS DE LA RECODIFICACIÓN Y RACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL

MAURICIO TAPIA R.

1. Recodificación del derecho privado	11
A) Generalidades	11
B) Comisiones de reforma del Código Civil francés y sus proyectos fallidos	12
C) Comisiones de reforma del Código Civil chileno y sus proyectos	13
D) Algunos argumentos utilizados para justificar la recodificación	14
E) Inutilidad de una revisión general del Código Civil	16
F) Inexistencia de las condiciones necesarias para una recodificación del derecho civil	18
G) Inexistencia de modelos comparados satisfactorios o consolidados	19
H) Incertidumbres acerca los proyectos de codificaciones supranacionales	21
2. Racionalización del derecho privado	24
A) Concepto de racionalización	24
B) Plan de la exposición	25

PASADO Y PRESENTE DE LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN AMÉRICA LATINA

RUBÉN SANTOS BELANDRO

	PÁG.
1. Una primera noción del vocablo “codificación”	44
A) Una necesidad de coherencia de las diferentes partes de un sistema jurídico	44
B) Una necesidad de síntesis o simplificación de las reglas de derecho	44
C) Una necesidad de permanencia y de estabilidad	45
2. América Latina, campo propicio para la codificación de las normas de derecho internacional privado	45
3. La adopción de un nuevo paradigma en la codificación	48
4. Avances en la codificación interamericana de derecho internacional privado	51
A) Una preocupante superpoblación de tratados, convenciones, protocolos y leyes nacionales, simultáneamente vigentes y a menudo contradictorios	51
B) Aumento de las fuentes de producción jurídica	52
C) El reconocimiento de un pluralismo metodológico para una mejor regulación de las relaciones privadas internacionales	52
D) Nueva visión de la imperatividad de los principios y de las normas jurídicas en el campo del derecho internacional privado	52
5. El reconocimiento de mayor número de fuentes de derecho internacional privado	52
6. El reconocimiento de un pluralismo metodológico para una regulación más satisfactoria de las relaciones privadas internacionales	57
A) La regla de conflicto, considerada la regla común del derecho internacional privado	57
B) La regla de conflicto a la búsqueda de la protección del sujeto débil	59
C) El interés superior del menor	60
7. Una nueva visión de la imperatividad de los principios y de las normas en el ámbito del derecho internacional privado	63
A) Formulación más restrictiva de la excepción de orden público internacional y la posible emergencia de un orden público auténticamente internacional	63
B) El reconocimiento a texto expreso, de la posibilidad de que los Estados apliquen sus leyes de policía en detrimento de las soluciones contenidas en los tratados	64
C) El respeto de las leyes de policía extranjeras	66
D) Criterios para la selección de las leyes de policía	68
E) La creación de las autoridades centrales, un puntal insustituible para favorecer la cooperación jurisdiccional regional	69
8. Conclusiones finales	71
9. Bibliografía	73

LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

ARTURO DÍAZ BRAVO

	PÁG.
1. El derecho mercantil en sus primeros tiempos	77
2. Segunda vida del derecho mercantil. Su separación del civil	85
3. La comercialización del derecho civil	86
4. Globalización del derecho mercantil.....	89
5. Argumentos en contra y a favor de la unificación	91
6. La actual crisis del derecho mercantil	93

PARTE SEGUNDA

**NEGOCIO JURÍDICO
Y DERECHO CONTRACTUAL**

**TRANSFORMACIONES DEL DERECHO CONTRACTUAL
Y PRINCIPIOS DE LIBERTAD Y AUTONOMÍA**

LIDIA GARRIDO CORDOBERA

1. Recordando algunas ideas de Duguit	97
2. El contrato como punto de partida	99
3. Manifestaciones del derecho de los contratos	103
4. El aporte del análisis económico del derecho	107
5. La adaptación del contrato a las nuevas realidades	110
6. Las manifestaciones de las desigualdades en el poder de negociación	112
7. Tratamiento de las cláusulas abusivas	117
8. Reflexión final	121

EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN

ERNESTO RENGIFO GARCÍA

123

LEALTAD EN EL PERÍODO PRECONTRACTUAL
(La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según
proyectos de Derecho contractual europeo y conforme
a otros trabajos prelegislativos)

RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ

1. Introducción y propósito	151
2. Las negociaciones preliminares, en códigos europeos y americanos	155

	PÁG.
3. Los deberes en la negociación, según proyectos de codificación europeos	167
A) Los “Principios de Derecho contractual europeo” (PECL)	168
B) Los “Principios del Derecho contractual comunitario”	172
C) El Borrador del “Marco común de referencia”	175
D) El “Código de Pavía” (o “Proyecto Gandolfi”)	184
E) El Contract Code de McGregor	186
4. Otros trabajos prelegislativos	189
A) La Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación	189
B) La Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código de Comercio, de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación	190
C) El Anteproyecto de Código Civil de la República Argentina de 18 de diciembre de 1998	191
D) Proyectos de reforma del Código Civil francés	192
5. Recapitulación y otras consideraciones	197
6. Bibliografía citada	205

**EL PRINCIPIO DE BUENA FE Y SU INCIDENCIA
EN LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO.
NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS
EN EL DERECHO COLOMBIANO**

SERGIO MUÑOZ LAVERDE

1. Presentación y delimitación del tema	211
2. Buena fe contractual	212
A) Generalidades sobre la noción de buena fe	212
B) El principio de buena fe en la celebración y en la ejecución de los contratos	215
3. El principio de buena fe en la interpretación contractual	221
A) Buena fe como criterio general de interpretación contractual	221
B) Buena fe e interpretación del abuso en materia contractual	223
4. Cláusulas abusivas. Interpretación y efectos	224
A) Introducción	224
B) Abuso del derecho en materia contractual	227
C) Contrato de contenido predispuesto y posición dominante	229
D) Abuso de la posición dominante contractual	231
E) Noción y características de las cláusulas abusivas	232
F) Diversas posturas doctrinales y de la jurisprudencia sobre los efectos de las cláusulas abusivas	235
G) Postura adoptada sobre configuración y sanción de las cláusulas abusivas	239

LOS DEBERES DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

JORGE CUBIDES CAMACHO

	PÁG.
1. Introducción	247
2. Noción de buena fe	250
3. Eficacia del contrato	252
4. Buena fe en la formación del contrato	254
A) Deber de información	255
B) Deber de confidencialidad	259
C) Deber de seriedad	260
D) Deber de buscar la eficacia final	262
5. Buena fe en la ejecución del contrato	263
A) Deber de realizar la expectativa concreta	264
B) Deber de conducta coherente	268
C) Deber de preservar el equilibrio	274
D) Deber de buscar la indemnidad	279
6. Buena fe poscontractual	283
A) Deber de resarcir daños	283
7. Conclusión	284
8. Bibliografía	285

EL ABUSO CONTRACTUAL

JORGE SANTOS BALLESTEROS

1. Consideraciones preliminares	287
2. De la responsabilidad civil derivada del abuso contractual	289
A) Factores determinantes de esta responsabilidad	289
B) El carácter contractual del comportamiento abusivo en los tratos preliminares	294
3. El abuso contractual en la intermediación masiva de bienes y servicios	297
4. El abuso contractual en la prestación de servicios públicos domiciliarios	301
5. Bibliografía	306

DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

YOLIMA PRADA MÁRQUEZ

1. Distinciones sobre la terminología empleada en las denominaciones de cláusula abusiva	309
2. Efectos y tendencias sobre posibles sanciones	316
A) Advertencia inicial	319
B) Ineficacia o nulidad absoluta	322

	PÁG.
C) Otras sanciones	325
D) Una condición común a cualquier sanción	326
E) Tendencias de la doctrina	327
F) Tendencias de la jurisprudencia ordinaria y arbitral	331
3. Conclusiones	336
4. Bibliografía	338

LESIÓN SUBJETIVA. ASPECTOS SUSTANCIALES Y PROCESALES

RUBÉN S. STIGLITZ
RAMÓN DANIEL PIZARRO

1. Introducción. Plan	342
2. Las dos concepciones teóricas de la lesión: lesión objetiva (o enorme) y lesión subjetiva (o subjetiva-objetiva)	342
3. La cuestión en el derecho comparado	343
A) Códigos que rechazan la institución	343
B) Códigos que admiten la figura de la lesión bajo su perfil objetivo (lesión enorme u objetiva)	343
C) Códigos que admiten la lesión con fundamento en fórmulas objetivo-subjetivas	343
D) Sistema anglosajón	345
E) Naturaleza jurídica de la lesión subjetiva	345
4. La lesión en el derecho argentino	353
A) En el Código Civil	353
B) La ley 17.711 y el nuevo artículo 954 del Código Civil	354
C) Los proyectos de reforma al derecho privado posteriores a 1968	355
5. Actos susceptibles de ser alcanzados por lesión. La cuestión en las subastas judiciales	357
6. Elementos de la lesión subjetiva	358
7. El elemento objetivo: la notable desproporción de las prestaciones	359
A) Caracterización	359
B) Subsistencia de la desproporción al tiempo de la demanda	362
8. Primer elemento subjetivo: la situación de inferioridad de la víctima	363
A) Necesidad	364
B) Ligereza	365
C) Inexperiencia	367
9. Segundo elemento subjetivo: el aprovechamiento. La carga de la prueba	368
10. Acciones que nacen del acto lesivo	372
11. La acción de nulidad por lesión subjetiva	372
A) Naturaleza de la acción: ¿nulidad o rescisión?	372
B) Doctrina de la acción de rescisión	373
C) Doctrina de la acción de nulidad	374

D) Legitimación activa	376
E) Factibilidad de oponer por vía de excepción la defensa que surge del artículo 954 del Código Civil	377
F) Efectos de la acción triunfante. Aplicación de los principios generales	379
12. Acción de modificación o de revisión	380
A) Caracterización. Denominación	380
B) Legitimación activa	381
C) Momento procesal oportuno para ejercer la acción de modificación o revisión	382
D) Efectos de la acción triunfante	383
13. Actitudes que puede asumir el demandado. Posibles soluciones	384
14. Prueba. Alcances de la presunción contenida en el artículo 954	386
15. Posibilidad de renunciar a la acción anticipadamente	389
16. ¿Prescripción o caducidad?	389
17. Acción de daños y perjuicios	391
18. Juez competente	393
19. Papel del juez frente al artículo 954 del Código Civil	395

LESIÓN AL CRÉDITO

ATILIO ANÍBAL ALTERINI

1. Resarcibilidad de la lesión del crédito	397
2. Las Terceras Jornadas —nacionales— de Derecho Civil	399
3. Superación de objeciones	400
A) El carácter relativo asignable al derecho de crédito	400
B) Efecto relativo de los contratos	401
C) Relación de causalidad	402
4. La adopción de la teoría en Argentina ha sido, pues, menos problemática que en el extranjero	403
5. Aspectos técnicos relevantes	404
A) Modos en que puede inferirse la lesión del crédito	404
B) Emplazamiento de la responsabilidad	404
C) Legitimación activa del acreedor perjudicado	405
D) Frustración de la satisfacción del acreedor	405
E) Relación de causalidad	406
F) Indemnización y evitación de daños	407
6. Derecho del consumidor	409

EL EFECTO RELATIVO DEL CONTRATO, SUS DESARROLLOS Y SUS PROYECCIONES

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA

1. Precisión del principio	411
A) Principio del efecto relativo del contrato	411

	PÁG.
B) El fundamento filosófico del principio	412
C) Diferencia entre efecto relativo del contrato y su oponibilidad	412
2. Alcance del principio del efecto relativo	413
A) Partes del contrato	413
B) Los terceros al contrato	418
3. El problema de los causahabientes a título singular	422
4. Los terceros beneficiarios del contrato	425
5. Daños causados a terceros en la ejecución del contrato	429
6. El problema del subcontrato y los grupos de contratos	432
7. Responsabilidad por la violación de un contrato ajeno	441
8. Conclusiones	443

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO CONTRACTUAL PRIVADO COLOMBIANO

JAVIER JOSÉ BONIVENTO JIMÉNEZ

1. Generalidades	445
2. Requisitos	449
A) Que se trate de un contrato no aleatorio de ejecución sucesiva, periódica o diferida	449
B) Que se haya producido excesiva onerosidad en la prestación de futuro cumplimiento de una de las partes	454
C) Que esa excesiva onerosidad sea consecuencia de circunstancias extraordinarias, imprevisibles y posteriores al contrato	459
3. Efectos y otros aspectos finales de reflexión	468
A) Principales efectos sustanciales y procesales	469
B) La mora del deudor	471
C) Cumplimientos posteriores a los hechos sobrevinientes	472
4. Bibliografía	473

DEL DERECHO DE CONSUMO EN EL SIGLO XXI

ESTHER TORRELLES TORREA

1. Introducción	477
2. Responsabilidad civil por productos defectuosos	482
A) Introducción	482
B) La directiva 85-374-CEE, de 25 de julio de 1985, de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, su reforma y plasmación en España	484
C) Perspectivas de futuro	492

	PÁG.
3. Protección del consumidor en sus relaciones contractuales	493
A) En la fase preparatoria del contrato	494
B) En la fase de perfección del contrato	495
C) En la fase de ejecución del contrato	497
4. Satisfacción de los derechos del consumidor en supuestos de conflicto	499
A) Características del arbitraje de consumo	502
B) Procedimiento de resolución de conflictos en materia de consumo en el vigente sistema español	505
5. Conclusiones	509

CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIA

JORGE MOSSET ITURRASPE

1. El fenómeno de la empresa	511
2. Noción de empresa	512
A) La empresa como patrimonio autónomo	512
B) La empresa como objeto	513
C) La empresa como actividad económica del empresario	513
D) La empresa como organización	513
3. La empresa como objeto, sujeto, persona o “tertium genus”	514
4. La empresa y su “régimen constitucional”	515
5. Derecho comercial como derecho de la empresa	516
6. La empresa y la unificación del derecho civil y comercial	516
7. Relaciones entre el titular de la empresa y la empresa misma	517
8. Grupos de interés que trascienden el interno de la empresa	518
9. La concentración de empresas y la protección.	518
10. Nuevas figuras jurídicas	519

SOBRE LAS ACCIONES DEL COMPRADOR INSATISFECHO

FABRICIO MANTILLA ESPINOSA 523

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO DE SEGUROS EN COLOMBIA

ALEJANDRO VENEGAS FRANCO

1. Introducción	555
2. Antiguo régimen del derecho de seguros	556
A) Proteccionismo e intervencionismo estatales	556
B) Excesivo control de las autoridades competentes	556
C) Limitación a la libertad de competencia	556
D) Aprobación previa de los modelos de las pólizas	557

	PÁG.
E) Debilidad del régimen patrimonial de las aseguradoras	557
F) Régimen de inversiones inadecuado	557
G) Limitación de la inversión extranjera en los capitales de las compañías de seguros nacionales	558
3. Modernización de la actividad aseguradora	558
A) Derecho público de seguros. Actividad aseguradora	558
B) Derecho privado de seguros. El contrato de seguros	562
4. Constitucionalización de la actividad aseguradora	567
A) El contrato de seguros (contrato de derecho privado) frente al carácter de interés público de la actividad aseguradora	569
B) Sustitución de la noción de tomador por la de usuario desprotegido al hacer alusión a los grupos vulnerables	571
C) Alcances de la constitucionalización del derecho de seguros	574
5. Futuro de la actividad aseguradora	575
A) Internacionalización de la actividad aseguradora	575
B) Mercadeo masivo de seguros: microseguros	577
C) Comercio electrónico de seguros	577
D) ¿Qué falta en la regulación y en la construcción conceptual del derecho de seguros?	579
6. Bibliografía	581

DEL ASEGURAMIENTO PRIVADO DE LA SALUD EN IBEROAMÉRICA

JUAN CARLOS GALINDO VACHA

1. El derecho a la salud	585
2. Tres conceptos para distinguir	589
A) La asistencia o salud pública	589
B) La seguridad social	591
C) El aseguramiento privado de la salud	595
3. Realidades y tendencias del aseguramiento de la salud	597
A) Desarrollo del aseguramiento privado de la salud	597
B) Participación del sector privado en la gestión y administración de la se- guridad social en salud	598
C) La constitucionalización del derecho a la salud y su influencia en regí- menes de seguridad social y aseguramiento privado	599
4. Tendencias de cada uno de los países	616
A) Colombia	616
B) Chile	623
C) España	630

SOBRE EL SINIESTRO EN EL SEGURO

ABEL B. VEIGA COPO

	PÁG.
1. Introducción. Los perfiles del siniestro, los ámbitos de daño o daños en los distintos seguros	637
2. El momento del siniestro. El hecho causante o la reclamación. Entre la causa, el resultado y la reclamación o cómo cambiar los criterios del siniestro	649
3. El “tempos” del siniestro: ¿cuándo se produce el siniestro en un seguro? Siniestro = reclamación; la difícil y compleja ecuación	658
4. Siniestro, ¿hecho causante o reclamación del tercero?	659
5. Algunas precisiones sobre ese tercero víctima y el siniestro	665

**BUENA FE EN LA INTERPRETACIÓN
DEL CONTRATO DE SEGURO**

BETTY MERCEDES MARTÍNEZ CÁRDENAS

1. Evolución del concepto de la buena fe en la teoría general del contrato	674
A) Orígenes y justificación de la buena fe en la ejecución del contrato	674
B) Aplicación y utilidad de la buena fe en el contrato	676
2. Consecuencias de la buena fe contractual en el contrato de seguro	678
A) Buena fe e interpretación del contrato de seguro	678
B) Buena fe e integración del contrato	683

**EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMACIÓN
EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA. UNA VISIÓN
DESDE EL DERECHO COMPARADO**

MARÍA FERNANDA NAVAS HERRERA

ANDRÉS MAURICIO MOSQUERA MORENO

1. El contrato de franquicia en la empresa	691
2. El deber precontractual de información	692
3. El caso alemán	693
4. Mecanismos para proteger al franquiciado	700
5. Una visión desde el “common law”	701

**INFORME EN DERECHO SOBRE LA OBLIGACIÓN DEL ACREEDOR
DE UNA INDEMNIZACIÓN DE MITIGAR O ATENUAR LOS DAÑOS.
CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO**

JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA

1. Antecedentes	705
-----------------------	-----

	PÁG.
2. La obligación de mitigar los daños	708
A) El derecho comparado	708
B) El derecho chileno	716
3. Los perjuicios invocados por la parte demandante no son indemnizables, de acuerdo con la ley chilena	723
A) Perjuicios demandados por X	723
B) Los daños son indirectos	724
C) Los daños son imprevistos	726
D) Alcance de la asimilación de la culpa grave al dolo	728
E) Incertidumbre de los daños	730
F) Lucro cesante	731
4. Conclusión	732

DE LA PRENDA MERCANTIL EN COLOMBIA

JAIME ARRUBLA PAUCAR

1. Introducción	735
2. Concepto	736
3. Función económica del contrato de prenda	738
4. La prenda mercantil	738
5. Clases de prenda mercantil	738
A) Prenda mercantil con tenencia	739
B) Derechos del acreedor con tenencia o del tercero tenedor	740
C) Prescripción	741
D) Prenda mercantil sin tenencia	741
6. Grados de prenda	742
7. Obligaciones del deudor	743
A) Conservación	743
B) No cambiar la localización de las cosas	743
C) Permitir la inspección	743
8. Prenda de muebles reputados inmuebles	743
A) Prescripción	743
9. Prendas mercantiles especiales	744
10. Transmisión del derecho de prenda	744
A) ¿Cómo circula el derecho real de prenda?	745
11. Prenda flotante	745
12. Extinción de la prenda	746

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANIZADORES Y DETALLISTAS EN EL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO

ESTHER GÓMEZ CALLE

1. Introducción	747
-----------------------	-----

2. Responsabilidad de organizadores y detallistas por los prestadores de servicios	749
3. Responsabilidad del prestador del servicio frente al consumidor	751
4. El carácter solidario de la responsabilidad de organizadores y detallistas	754
5. Responsabilidad por los daños derivados del incumplimiento	757
A) Presupuestos de la obligación de indemnizar. Causas de exoneración, su prueba y la obligación de asistir al consumidor	758
B) Daños indemnizables. Especial referencia al daño moral derivado de la frustración de vacaciones	771
C) Extensión del daño resarcible	779
D) Limitaciones de responsabilidad	779
6. Bibliografía	784

EL “PACTA SUNT SERVANDA” Y LA REVISIÓN DEL CONTRATO

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

1. El contrato y los principios de la contratación privada	787
2. El principio de la obligatoriedad del contrato o “pacta sunt servanda”	790
3. Figuras jurídicas que permiten la revisión de los contratos	793
A) Lesión	794
B) Desaparición de la base del negocio	798
C) Cláusula penal: penalidad convencional excesiva	803
D) Cláusulas abusivas en los contratos predispuestos	808
4. Modificación de los contratos por parte del Estado mediante la dación de normas legales	811
5. A modo de conclusión: ¿debe permitirse la revisión unilateral de los contratos por un tercero?	813