

Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del Derecho

**Homenaje al profesor
Javier Tamayo Jaramillo**

Tomo 1

Reimpresión 2022

USC
UNIVERSIDAD
SANTIAGO
DE CALI

ED
EDITORIAL DIKÉ

RESPONSABILIDAD CIVIL,
DERECHO DE SEGUROS Y
FILOSOFÍA DEL DERECHO

—ESTUDIOS EN HOMENAJE A JAVIER TAMAYO JARAMILLO—

TOMO I

Reimpresión 2022

I.S.B.N 978-958-731-068-9
I.S.B.N Digital 978-628-7529-48-9

© Javier Tamayo Jaramillo – 2022

© Editorial Diké S.A.S. – 2022
www.editorialdike.com

MAXIMILIANO ARAMBURO CALLE: *Coordinador académico*

JOSÉ LUIS RUIZ VÉLEZ: *Fotografía*

Editorial Diké S.A.S.

Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesascomercial@gmail.com
Medellín - Colombia

Bogotá D.C. Librería

Calle 23 sur # 27- 41 Barrio Santander Tel.: 704 6822
Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

San José de 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

Diseño y diagramación

Lucio F. Chunga Cheng
e-mail: dikesas.diagramacion@gmail.com

Responsabilidad civil, derecho de seguro y filosofía del derecho.
“Estudios en Homenaje a Javier Tamayo Jaramillo”

Tomo I 1ra ed. 2011.

Reimpresión mayo del 2022.

La reimpresión de esta obra se terminó en los talleres de Termimpresos
Calle 72 Sur No. 43A-18 Cel.: 3116473467 e-mail: craulq@yahoo.com
Medellín - Colombia

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.

RESPONSABILIDAD CIVIL,
DERECHO DE SEGUROS Y
FILOSOFÍA DEL DERECHO

—ESTUDIOS EN HOMENAJE A JAVIER TAMAYO JARAMILLO—

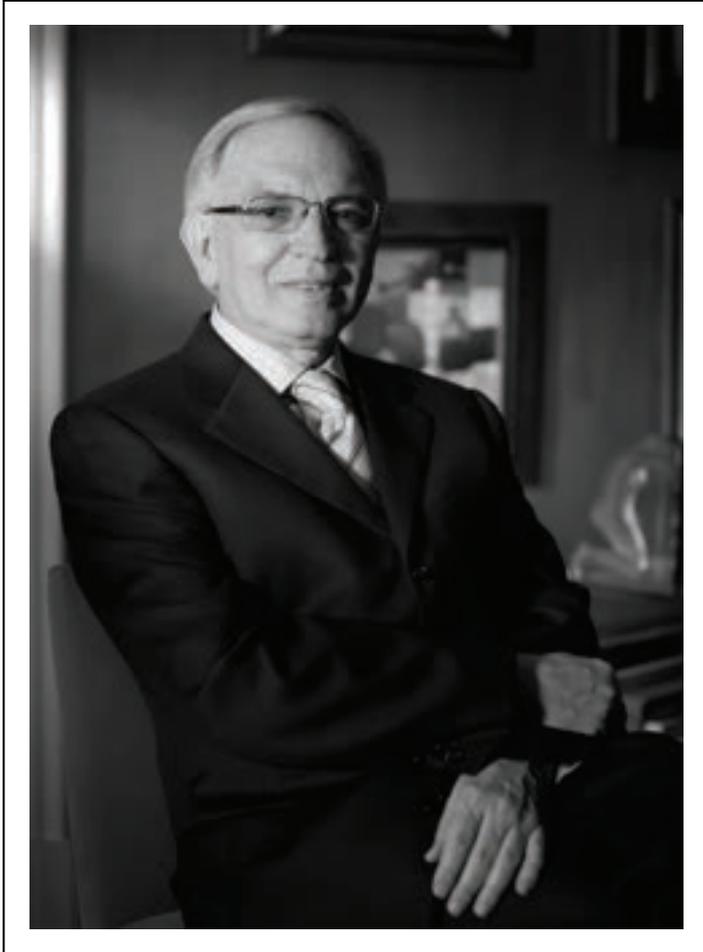
TOMO I

Reimpresión 2022



Editorial Diké S.A.S.

Eduardo Quiceno Álvarez
Presidente Honorario del Comité Editorial



Javier Tamayo Jaramillo

JAVIER TAMAYO JARAMILLO
ABOGADO

ACTIVIDADES JURÍDICAS

Fundador de la Firma Tamayo Jaramillo & Asociados

ACTIVIDADES JUDICIALES

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia (1994-1996)

ESTUDIOS REALIZADOS

Universitarios:

Universidad Pontificia Bolivariana

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Doctor en Derecho y Ciencias Políticas

Especializaciones:

Universidad Católica de Lovaina

Bélgica 1978 - 1979

Especialista en Economía y Derecho de los Seguros

ACTIVIDAD ACADÉMICA

Universidad de París

Profesor Invitado para los períodos académicos

1989 – 1990 y 2001

Universidad Pontificia Boliriana

Director de Postgrado en Responsabilidad Civil

Universidad Eafit

Ex director del Postgrado en Seguros y Responsabilidad Civil

Pontificia Universidad Javeriana

Profesor Maestría en Derecho de Seguros

*Miembro de la Asociación colombiana de Derecho de Seguros
ACOLDESE y del Instituto de Responsabilidad Civil y del Estado.*

PROFESOR INVITADO

Universidad de Panamá (Panamá)
Universidad Autónoma de México (México D.F.)
Universidad de Lima (Perú)
Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Universidad Nacional, Los Andes, Javeriana, Externado de Colombia (Bogotá, D.C.)
Universidad de Costa Rica
Universidad Central de Venezuela
Universidad San Pedro del Perú
Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Perú)
Universidad San Marcos (Perú)
Universidad Católica de Chile
Universidad Católica Madre y Maestra (República Dominicana)

DISTINCIONES ACADÉMICAS

Doctor Honoris Causa – Universidad San Pedro (Perú)
Profesor Honorario – Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Perú)
Gran Talento Bolivariano, Universidad Pontificia Bolivariana

ESCRITOS

Libros

De la responsabilidad civil: las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. Bogotá: Temis, 1983. 489 p.
De la responsabilidad civil. De los perjuicios y su indemnización (v. 2). Bogotá: Temis, 1989 (2ª ed., 1996).
Culpa contractual. Su exigencia, prueba y graduación, obligaciones de medio y de resultado. Bogotá: Temis, 1990.
Sobre la prueba de la culpa médica en derecho civil y administrativo. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Medellín: Diké, 1995.

266 p.

- 2ª ed.: Medellín: Diké, 2003.

El contrato de transporte. Terrestre y aéreo, de pasajeros y de mercancías, interno e internacional. 2ª ed. Santafé de Bogotá: Colombo, 1996. 670 p.

La responsabilidad del Estado. El daño antijurídico –Const. Pol. Art. 90–, el riesgo excepcional y las actividades peligrosas. Bogotá: Temis, 1997. 182 p.

- 2ª ed. Bogotá: Temis, 2000. 182 p.

La indemnización de perjuicios en el proceso penal. 1ª ed. Medellín: Diké, 1998. 231 p.

- 2ª ed. Bogotá: Legis, 2003. 235 p.

Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil. Bogotá: Diké - Baker & Mackenzie, 2001. 404 p.

De la responsabilidad civil (4 tomos). Bogotá: Temis, 1999.

Tratado de responsabilidad civil (2 tomos). 2ª ed. Bogotá: Legis, 2007.

La decisión judicial (2 tomos) Medellín: Diké, 2011.

Coordinador

Tendencias modernas del Derecho civil. Propuestas de reforma a la legislación (Congreso Tendencias Modernas del Derecho Civil, organizado por la Universidad Pontificia Bolivariana y el Colegio de Abogados de Medellín, 1987). Bogotá: Temis, 1989. 482 p.

Participación en obras colectivas

«La responsabilidad civil médica en los servicios de salud». Diké-Universidad de Medellín, 1993. 404 p.

«La responsabilidad civil derivada del contrato de leasing». En: AA.VV: Evolución del derecho comercial. Medellín: Diké, 1997. 421 p.

- «Límites de la responsabilidad sin culpa», en Ghersi, Carlos A.: Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1995, pp. 55-72.
- «Balance y perspectivas del seguro de responsabilidad civil en el Código de Comercio», en AA.VV. Evolución y perspectivas del contrato de seguro en Colombia (1971-2001). Acolde-se-Aida, Bogotá, 2001.
- «La responsabilidad civil del fiduciario», en De los Mozos, José Luis y Soto, Carlos, Responsabilidad civil- Derecho de daños (Responsabilidad de los profesionales – Responsabilidad de las personas jurídicas y del Estado). Grijley, Lima, 2006.
- «Las acciones constitucionales contra la contaminación ambiental en el Derecho colombiano», en Kemelmajer, Aida (comp.), Responsabilidad civil. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.
- «La intención de las partes como criterio de interpretación de la Póliza de Seguro», en Soto, Carlos (coord.), Tratado de la interpretación del contrato en América Latina. Grijley-Universidad Externado de Colombia-Rubinzal Culzoni, Lima, 2007.
- «Responsabilidad por medicamentos y exámenes de laboratorio», en Castaño de Restrepo, María Patricia: Derecho médico-sanitario (I): actualidad, tendencias y retos. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.
- «Análisis de la interpretación valorista del Derecho», en Mantilla Espinosa, Fabricio (coord.): Controversias constitucionales. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.
- «La obligación de lealtad durante el período precontractual, con énfasis en los contratos de seguros y de transporte», en Estudios en Homenaje a Fernando Hinestrosa Forero, t. III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- «Los límites de la responsabilidad sin culpa», en Castro de Cifuentes, Marcela: Las obligaciones, t. II, v. I Bogotá: Universidad de Los Andes-Temis, 2010.

TABLA DE CONTENIDO

JAVIER TAMAYO JARAMILLO: RAZONES PARA UN HOMENAJE	
<i>Maximiliano A. Aramburo C.</i>	31
1. El año lo amerita	32
2. Javier Tamayo se adelantó a su tiempo docente	33
3. Javier Tamayo es un escritor prolífico	35
4. Javier Tamayo no rehúye el compromiso de servicio público	36
5. Javier Tamayo es un polemista (y ello contribuye notablemente a la academia)	37
6. Javier Tamayo es un jurista respetado	38
7. Javier Tamayo cree en el Derecho	39
8. Tamayo no sólo sabe de Derecho	40

PRIMERA PARTE **—DERECHO DE DAÑOS—**

I

Teoría general de la responsabilidad civil y del daño

LA EVOLUCIÓN DE LA NOCIÓN DE CULPA EN EL DERECHO FRANCÉS

<i>François Chabas</i>	49
-------------------------------	----

1.	Doctrina	50
2.	Jurisprudencia.....	53
2.1.	<i>Compensaciones mediocres</i>	54
	A) <i>El problema del demente</i>	54
	B) <i>La culpa del infans –infante o niño–</i>	55

SOBRE LOS LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

<i>Diego M. Papayannis</i>	59	
1.	Introducción	59
2.	Los límites económicos	61
3.	Los límites lógicos.....	68
4.	Límites axiológicos.....	79
	4.1. <i>El principio de la culpa como régimen general</i>	80
	4.2. <i>La responsabilidad objetiva como régimen general</i>	84
5.	Recapitulación y consideraciones finales	90
6.	Bibliografía.....	93

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: ¿SE APROXIMA A LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL?

<i>Juan David Palacio Barrientos</i>	97	
1.	La responsabilidad civil precontractual	98
2.	La culpa <i>in contrahendo</i>	100
3.	El hecho ilícito	102
4.	La graduación de la culpa	103
5.	Perjuicio previsible e imprevisible	104
6.	El análisis puntual respecto de la responsabilidad precontractual.....	108
7.	Cómo se verificaría la culpa.....	109
8.	Bibliografía.....	111

**DEBER DE MINIMIZAR LOS DAÑOS
DE LA VÍCTIMA O DEL ACREEDOR**

Carmen Domínguez Hidalgo	113
1. El deber de mitigar el daño: exposición del problema.....	113
2. Su recepción actual en el Derecho comparado	114
2.1. <i>En el common law</i>	114
a) <i>Origen y reconocimiento del deber</i>	114
b) <i>El alcance del deber</i>	116
2.2. <i>En la familia romano germánica</i>	118
a) <i>El reconocimiento del deber de mitigar en el Derecho Europeo</i>	119
b) <i>Derecho español</i>	120
c) <i>Derecho italiano</i>	121
d) <i>Derecho francés</i>	122
e) <i>Derecho alemán</i>	125
2.3. <i>El reconocimiento del deber de mitigar en el Derecho latinoamericano</i>	126
2.4. <i>Su recepción en el Derecho chileno</i>	128
2.5. <i>Reconocimiento del principio de mitigar el daño en el Derecho Internacional</i>	130
2.6. <i>Hacia un reconocimiento del deber de mitigar: sus fundamentos</i>	131
a) <i>Existe una ruptura del nexo causal con los perjuicios agravados</i>	131
b) <i>El principio de buena fe contractual obliga a no agravar el daño</i>	133
c) <i>El principio general de no dañar a otro</i>	134
d) <i>Razones de equidad o justicia</i>	135
e) <i>Razones de moral</i>	136
3. Conclusiones.....	136
4. Bibliografía.....	137

**DE LAS DISTINTAS FORMAS DE CONCEBIR
LA TIPOLOGÍA DE LOS PERJUICIOS**

<i>Juan Carlos Henao Pérez</i>	139
1. Una clasificación racional de las distintas clases de perjuicio.....	139
2. Las dificultades para establecer una tipología común al derecho colombiano y al derecho francés.....	140
3. La tipología de los perjuicios por la doctrina.....	145
4. La elección de una tipología que permita presentar los perjuicios o daños	158
5. Bibliografía.....	164

**LOS DAÑOS INMATERIALES: ESTADO DE LA JURISPRUDENCIA
EN COLOMBIA Y EN EL DERECHO COMPARADO**

<i>Andrés Orión Álvarez Pérez</i>	169
Resumen	169
1. Reconocimiento al maestro y amigo	169
2. Introducción	170
3. Daño moral.....	174
2.1. <i>Origen jurisprudencial</i>	174
2.2. <i>Concepto</i>	175
4. Perjuicio fisiológico.....	178
5. Daño a la vida de relación.....	179
6. Los perjuicios inmateriales y el desarrollo del principio de reparación integral.....	186
7. Derecho comparado.....	190
8. Daño biológico	190
8.1. <i>Aproximación al concepto de daño biológico</i>	191
9. Del daño biológico al daño a la salud.....	196
9.1. <i>Aproximación al concepto de daño a la salud</i>	197
10. Daño a la persona.....	198

11.	Consideraciones finales.....	202
12.	Bibliografía.....	205

**LA ATOMIZACIÓN DEL DERECHO
DE OBLIGACIONES COSTARRICENSE**

<i>Juan Marcos Rivero Sánchez</i>	211	
0.	Javier Tamayo Jaramillo zu Ehren.....	211
1.	Planteamiento del problema.....	212
2.	Un sistema tripartito.....	213
3.	El impacto del Código Comercio.....	214
3.1.	<i>El sistema de doble codificación y sus problemas</i>	214
3.2.	<i>Connotaciones mercantiles de las obligaciones</i>	216
3.2.1.	<i>Solidaridad civil y solidaridad mercantil</i>	216
3.2.2.	<i>Término</i>	216
3.2.3.	<i>Constitución en mora</i>	217
3.2.4.	<i>En cuanto al lugar de cumplimiento de la obligación</i>	223
3.2.5.	<i>Términos de gracia o cortesía</i>	224
3.2.6.	<i>Cláusula penal</i>	225
3.2.7.	<i>Obligaciones a tractos</i>	228
3.2.8.	<i>Obligaciones de dar</i>	230
3.2.9.	<i>Prueba de las obligaciones</i>	231
3.2.10.	<i>Exigibilidad de obligaciones mercantiles</i>	233
3.2.11.	<i>Normas generales sobre aspectos de validez y eficacia de los contratos mercantiles</i>	233
4.	El impacto del derecho del consumidor en la dogmática del Código Civil.....	248
4.1.	<i>Derechos y deberes de información</i>	248

4.1.1.	<i>Dolo bueno, dolo malo</i>	251
4.1.2.	<i>Sobre los criterios de esencialidad del error</i>	252
4.1.3.	<i>Relevancia de la causa motivo</i>	252
4.1.4.	<i>El valor de la reticencia</i>	253
4.1.5.	<i>La función de la publicidad registral</i>	253
4.1.6.	<i>Integración publicitaria del contrato</i>	254
4.1.7.	<i>Publicidad comparativa</i>	256
4.2.	<i>Diversificación de la doctrina de las fuentes de las obligaciones</i>	258
4.3.	<i>Transformación de la doctrina de los vicios ocultos o redhibitorios</i>	261
4.4.	<i>Descubrimiento de la relevancia del ámbito precontractual: los negocios fuera de los establecimientos mercantiles</i>	267
4.5.	<i>Ventas de servicios y ventas a plazos</i>	273
4.6.	<i>Justicia contractual y condiciones generales de la contratación</i>	276
4.7.	<i>La responsabilidad por el producto o servicio</i>	281
5.	<i>Aplicación supletoria del Código de Comercio: temas no resueltos</i>	283
5.1.	<i>El problema de la solidaridad de las obligaciones</i>	283
5.2.	<i>La cláusula penal</i>	285
5.3.	<i>Prescripción</i>	285
5.4.	<i>(In)mercantilidad de los llamados modernos contratos atípicos</i>	287
5.5.	<i>Términos de gracia o cortesía</i>	289
6.	<i>Atomización del Derecho de obligaciones y tópicos</i>	290
7.	<i>Bibliografía</i>	299

II

Responsabilidad extracontractual

**PROCEDENCIA Y FUNCIONAMIENTO DE LA CLÁUSULA PENAL EN
LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. ANÁLISIS DESDE LA
NORMATIVA DE LOS CÓDIGOS CIVILES DE CHILE Y COLOMBIA**

<i>Hernán Corral Talciani</i>	303
1. Introducción	303
2. Cláusula penal pactada para asegurar una obligación actual de reparar el daño extracontractual	305
2.1. <i>Si la obligación ha sido ya evaluada y liquidada</i>	305
2.2. <i>Si la obligación aún es ilíquida</i>	306
3. Transacción y cláusula penal	306
4. Cláusula penal para asegurar una obligación eventual de reparar el daño extracontractual.....	308
4.1. <i>Posibilidad práctica de esta convención</i>	308
4.2. <i>Argumentos en contra</i>	309
a) <i>Improcedencia de las convenciones sobre responsabilidad extracontractual</i>	309
b) <i>Conversión de la responsabilidad extracontractual en contractual</i>	309
c) <i>Falta de una obligación principal</i>	310
d) <i>La prueba del daño excluye la cláusula penal</i>	311
e) <i>Cláusula penal se convierte en cláusula limitativa de responsabilidad</i>	312
4.3. <i>Refutación</i>	312
a) <i>Convenciones modificatorias de la responsabilidad civil extracontractual</i>	312
b) <i>Conversión de la responsabilidad extracontractual en contractual</i>	314
c) <i>Falta de una obligación principal</i>	314

d)	<i>Prueba del daño</i>	317
e)	<i>Cláusula penal y cláusula limitativa de responsabilidad</i>	319
4.4.	<i>Una posición intermedia: la cláusula penal procede sólo en casos de responsabilidad por culpa</i>	320
4.5.	<i>Nuestra posición</i>	321
4.6.	<i>Funcionamiento de la cláusula penal en la responsabilidad extracontractual</i>	323
a)	<i>Constitución en mora</i>	323
b)	<i>Opción entre cumplimiento y pena</i>	324
c)	<i>Opción entre pena e indemnización ordinaria</i>	325
d)	<i>Prohibición de acumulación entre pena y cumplimiento/indemnización</i>	326
e)	<i>Reducción de la pena por cumplimiento parcial</i>	326
f)	<i>Cláusula penal enorme</i>	327
5.	<i>Bibliografía</i>	328

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTIVIDADES PELIGROSAS:
APLIQUE PRIMERO Y EXPLIQUE DESPUÉS**

	<i>Fabricio Mantilla Espinosa y Carlos Pizarro Wilson</i>	331
1.	<i>La coartada de la culpa</i>	341
1.1.	<i>Un falso linaje</i>	344
1.2.	<i>Una mera norma probatoria</i>	349
2.	<i>El significado de «actividad peligrosa»</i>	360
2.1.	<i>Una esencia escurridiza</i>	361
2.2.	<i>Una flexibilidad útil</i>	368
3.	<i>Bibliografía</i>	374

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR ACTIVIDADES PELIGROSAS: UN VIEJO DEBATE, NUEVOS HORIZONTES. REVISIÓN DE LA NOVÍSIMA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL 2009 Y 2010	
<i>Obdulio Velásquez Posada</i>	381
Resumen	381
1. Prólogo al homenaje	382
<u>Primera Parte:</u> las actividades peligrosas en la novísima jurisprudencia de la Corte	
2. Introducción	383
3. El caso y el problema jurídico.....	385
4. Argumentos de la Corte	388
4.1. <i>Argumentos históricos</i>	388
4.2. <i>Argumentos hermenéuticos y de conveniencia social</i>	390
A. <i>Derecho comparado</i>	390
B) <i>El derecho colombiano</i>	392
5. Concurrencia de actividades peligrosas.....	396
5.1. <i>El problema terminológico</i>	396
5.2. <i>La concurrencia de actividades peligrosas pone a prueba el fundamento de este tipo de responsabilidad</i>	399
A) <i>Ambos ejercen la actividad peligrosa de similar naturaleza</i>	399
B) <i>La actividad peligrosa concurrente no se desplaza a los regímenes de culpa</i>	405
6. Aclaraciones de voto y sentencia de 2010	408
7. Recapitulación	412
<u>Segunda Parte:</u> el falso problema del fundamento de la responsabilidad civil	
8. Necesidad de una fundamentación iusfilosófica.....	414
9. Título jurídico y fundamento de la responsabilidad civil.....	416

10. Conclusión	423
11. Bibliografía.....	424

**EL OSCURO ORIGEN DE LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS
EN DERECHO COLOMBIANO: ¿ES NECESARIA UNA RELECTURA
DEL ARTÍCULO 2356 DEL CÓDIGO CIVIL?**

<i>Luis Felipe Botero Aristizábal</i>	427
1. Exordio ..	428
2. El oscuro origen de las actividades peligrosas en derecho colombiano.....	430
3. La imposibilidad hermenéutica de encontrar en el artículo 2356 del Código Civil una presunción de culpa o un régimen de responsabilidad objetivo	437
4. ¿El estado de cosas debe cambiar?: los verdaderos problemas de las actividades peligrosas	444
5. Conclusiones.....	448
6. Bibliografía.....	449

**QUERELLAS CHANTAJISTAS Y DERECHO CIVIL LIGHT.
SOBRE LAS DISFUNCIONES DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL**

<i>Mariano Yzquierdo Tolsada</i>	453
1. El punto de partida	453
2. Los «imponderables psicológicos».....	454
3. Los tintes punitivos como mala tendencia.....	457
4. Justicia penal y derecho civil light.....	462
4.1. <i>Proceso penal y cuestiones de ineficacia del contrato</i>	463
4.2. <i>Proceso penal y acciones reales</i>	465
4.3. <i>Proceso penal y cuestiones registrales</i>	466
4.4. <i>Proceso penal y cuestiones sucesorias</i>	467
4.5. <i>La extraña presencia del asegurador en el proceso penal</i>	470

5.	A modo de conclusión.....	471
6.	Bibliografía.....	475

**DINÁMICA DE LA OBLIGACIÓN Y EL DEBER DE INFORMAR (SE)
EN LA FASE PRECONTRACTUAL. LA RELACIÓN DE CONSUMO**

<i>Vladimir Monsalve Caballero</i>	477
---	-----

Resumen	477
1. A manera de presentación	478
2. Los deberes secundarios de conducta y su evolución	480
3. La fase precontractual.....	485
3.1. <i>La información como deber y como obligación</i>	488
3.2. <i>Elementos esenciales de la obligación de informar</i>	494
A) <i>La causa fuente</i>	494
B) <i>Los sujetos</i>	497
C) <i>Sobre el objeto y naturaleza de la obligación</i>	500
D) <i>Requisitos del objeto de la obligación de informar</i>	502
4. El momento del cumplimiento.....	506
5. La forma de cumplimiento	507
6. El derecho a ser informado vs. El deber de informar(se)	508
7. Conclusiones.....	512
8. Bibliografía.....	514

**LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL MÉDICA EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO.**

**-EXAMEN PANORÁMICO DE LA TENDENCIA ENCAMINADA A
AMPLIAR EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL-**

<i>Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo</i>	521
--	-----

1. Agradecimiento y reconocimiento previos.....	522
2. Propósito esencial del presente escrito.....	523
3. Aproximación a las similitudes y a las diferencias	

	existentes entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual. Estado de la discusión alrededor de la pluralidad o unidad de regímenes.	528
4.	Etiología, desarrollo y proyección de la responsabilidad civil médica: extracontractual y contractual. Tendencia contemporánea en la materia	536
5.	Surgimiento y evolución de las corrientes anticontractualista y contractualista. Recapitulación.....	545
6.	La responsabilidad médica en la hipótesis de un contrato materializado entre el paciente y la institución que presta el servicio de salud. Ampliación del ámbito de la responsabilidad civil contractual de los médicos y correlativa limitación del campo de la responsabilidad extracontractual.....	550
	6.1. <i>Teoría de la responsabilidad accesoria</i>	556
	6.2. <i>Teoría de la unidad de prestación, la equidad y el consentimiento del prestador de servicios en su condición de agente o auxiliar</i>	558
	6.3. <i>Teoría del contrato en favor de un tercero</i>	562
7.	La solidaridad y su incidencia en el campo de la responsabilidad contractual médica	567
8.	Consideraciones finales.....	573
9.	Bibliografía.....	574

III

Responsabilidad contractual

CLÁUSULAS DE INDEMNIDAD: APROXIMACIÓN A SU PROBLEMÁTICA EN EL DERECHO COLOMBIANO

<i>Marcela Castro de Cifuentes</i>	583
1. Qué son y cuál es la función de las cláusulas de indemnidad.....	583

2.	Contratos en los que se emplean estas cláusulas de manera usual.....	587
3.	Algunos aspectos jurídicos de importancia alrededor de las cláusulas de indemnidad	590
3.1.	<i>Acuerdos que permiten al beneficiario aprovecharse de la indemnidad aún cuando haya negligencia de su parte y es esta la que produce el daño.....</i>	590
3.2.	<i>Los acuerdos sólo son oponibles a las partes contratantes, no a terceros</i>	594
3.3.	<i>Los pactos de indemnidad proceden en contratación privada entre profesionales</i>	594
3.4.	<i>El acuerdo de indemnidad debe ser expreso</i>	595
3.5.	<i>Previsiones específicas en los pactos de indemnidad.</i>	595
4.	Consideraciones especiales en derecho colombiano	596
5.	Conclusiones.....	604
6.	Bibliografía.....	605

**JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
DEL AUDITOR DE CUENTAS: CASOS Y CUESTIONES**

Ricardo de Ángel Yagüez	609	
1.	Introducción y propósito	609
1.1.	<i>En muy poco tiempo (los últimos tres años), el Tribunal Supremo (TS) español ha dictado cinco sentencias (las primeras) sobre responsabilidad civil de los auditores de cuentas.....</i>	609
1.2.	<i>Es notorio que en los últimos tiempos, y sobre todo como consecuencia de algunos de los llamados «escándalos financieros» que hemos conocido (p. ej., recuérdense los casos Enron o Madoff), ha adquirido gran relieve en el mundo jurídico la cuestión relativa a la responsabilidad del auditor de cuentas por el desempeño incorrecto o incompleto de su función.</i>	610

1.3. <i>El objetivo de este trabajo –sometido desde luego a los razonables límites que se nos imponen– consiste en examinar qué criterios han inspirado los fallos de las cinco sentencias del TS sobre las cuestiones que la responsabilidad civil del auditor entraña.</i>	611
2. El marco conceptual del problema: la responsabilidad por informar	611
3. Las modificaciones experimentadas en la norma sobre responsabilidad de la Ley de auditoría de cuentas.....	616
3.1. <i>En su redacción originaria, el art. 11 LAC establecía</i>	616
3.2. <i>La Ley de 22 de noviembre de 2002 modificó la redacción del art. 11, cuyo apartado 1 pasó a decir</i>	617
3.3. <i>Por Ley de 30-6-2010, el art. 11 LAC fue objeto de una nueva modificación, de suerte que el texto actual reza</i>	618
4. Las sentencias que motivan el presente trabajo	621
4.1. <i>El 9-10-2008, el TS dictó la primera sentencia en materia de responsabilidad civil de auditores.....</i>	621
4.2. <i>Sentencia de 14 de octubre de 2008.....</i>	632
4.3. <i>Sentencia de 5 de marzo de 2009.</i>	635
4.4. <i>Sentencia de 27 de mayo de 2009.....</i>	640
4.5. <i>Sentencia de 15 de diciembre de 010.....</i>	644
5. Recapitulación	645
6. Bibliografía.....	651

EL CONCEPTO LEGAL DE «DEFECTO» EN EL RÉGIMEN ESPAÑOL Y EUROPEO DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

<i>Pilar Gutiérrez Santiago</i>	657
Resumen	657

1.	Preliminares: De la Ley española 22/1994, de Responsabilidad Civil por los Daños causados por Productos Defectuosos, al Texto Refundido 1/2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.....	658
2.	La noción legal de «defecto» como falta de seguridad del producto	661
	2.1. <i>La seguridad exigible al producto</i>	663
	2.2. <i>Defecto de seguridad versus ineficacia y falta de conformidad del producto</i>	669
	2.3. <i>Defecto de seguridad versus peligrosidad del producto</i>	673
3.	Concepto unitario de «defecto» y clases de defectos: defectos de fabricación, de diseño y de información	678
4.	Parámetros legales a considerar en la determinación del carácter defectuoso de un producto.	682
	4.1. <i>La presentación del producto</i>	682
	4.2. <i>El uso razonablemente previsible del producto</i>	684
	4.3. <i>El momento de puesta en circulación del producto. Referencia particular al ulterior perfeccionamiento de un producto</i>	688
	4.4. <i>El criterio del «apartamiento de la serie»</i>	697
5.	Bibliografía.....	702

**EL ILÍCITO CONTRACTUAL. REFLEXIONES PRELIMINARES
A PROPÓSITO DE LA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE LA
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**

<i>Hugo Alejandro Cárdenas Villarreal</i>	707
1. Introducción	707
2. Estado actual del catálogo de diferencias entre los regímenes: ¿Puede el incentivo a la circulación de los	

	bienes justificar que las víctimas de ciertos daños contractuales no sean reparadas?	709
3.	Responsabilidad contractual: ¿Incumplimiento del contrato? o ¿Ilícito contractual?	712
3.1.	<i>Sentido amplio y sentido restringido del término</i>	712
	a) <i>Responsabilidad contractual como «remedio» indemnizatorio</i>	713
	b) <i>Responsabilidad contractual como violación de una obligación contractual</i>	714
3.2.	<i>Fuente contractual, delictual o mixta</i>	714
	a) <i>Dualismo: el paradigma dominante</i>	714
	b) <i>Monismo: incumplimiento como delito civil</i>	716
3.3.	<i>El incumplimiento contractual como acto ilícito</i>	719
	a) <i>¿Se deben aplicar las normas De los delitos y los cuasidelitos a los incumplimientos contractuales?....</i>	724
	b) <i>El argumento de la diferencia en el origen: «la responsabilidad contractual tiene su origen en el contrato, mientras que la extracontractual lo tiene en el hecho dañoso»</i>	725
	b.1) <i>Mientras que la responsabilidad contractual conlleva la violación de una obligación, la responsabilidad extracontractual conlleva la transgresión de un deber</i>	726
	b.2) <i>La distinción entre contrato y ley</i>	728
3.4.	<i>Fines y valores</i>	730
	a) <i>El problema de la función: ¿pago o reparación?.....</i>	731
	b) <i>Circulación de los bienes vs. protección integral de la persona</i>	733
4.	Bibliografía.....	735

OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO

<i>Atilio Aníbal Alterini</i>	739
1. Caracterización tradicional.....	739
2. El régimen de la prueba.....	740
3. La carga de la prueba en las obligaciones de medios y de resultado	743
4. Subcategorías de obligaciones de medios y de resultado	744
5. Carga y contenido de la prueba.....	745
5.1. <i>Caso de pérdida total del patrimonio</i>	746
5.2. <i>Prueba de culpa (o hecho) de la víctima</i>	746
5.3. <i>Prueba de culpa grave o dolo</i>	747
5.4. <i>Prueba de caso fortuito o culpa de la víctima</i>	748
5.5. <i>Prueba de caso fortuito o fuerza mayor, culpa de la víctima, o culpa de un tercero extraño</i>	748
5.6. <i>Prueba de vicio de la cosa</i>	749
5.7. <i>Prueba de culpa grave, dolo o fuerza mayor extraña a la explotación</i>	750
5.8. <i>Prueba de haber obrado con diligencia (falta de culpa)</i>	751
5.9. <i>La prueba en las obligaciones de medios. Incumplimiento y culpa: carga de la prueba</i>	754
6. Síntesis final	754
7. Bibliografía.....	755

IV

Responsabilidad del Estado

**LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR VIOLACIONES AL
DERECHO COMUNITARIO ORIGINADAS EN DECISIONES JUDICIALES**

<i>Aída Kemelmajer de Carlucci</i>	763
1. Preliminares	763
2. Hitos significativos de la jurisprudencia que se analiza.....	765

3.	Valladares tradicionales a la responsabilidad del Estado por actividad judicial.....	768
4.	La cosa juzgada interna y la responsabilidad del Estado por la violación del Derecho comunitario.....	768
4.1.	<i>Algunas reglas generales del TJUE</i>	768
4.2.	<i>Análisis particular de algunas decisiones que aplican estas reglas</i>	770
	a) <i>Caso Köbler, sentencia del 30/9/2003 (C-224/01)</i>	770
	b) <i>Otros dos casos relativos a la cosa juzgada jurisdiccional</i>	778
5.	El requisito del dolo o la culpa grave como presupuesto impositivo de la responsabilidad del Estado en los casos de violación manifiesta del derecho comunitario por parte de los órganos judiciales.....	800
5.1.	<i>El leading case del 31/6/2006, causa C-173/03, Traghetti del Mediterraneo c/ Repubblica Italiana</i>	800
5.2.	<i>Consecuencias del caso Traghetti sobre el derecho interno de los países europeos</i>	809
5.3.	<i>Qué debería hacer Italia después de lo decidido por el TJUE en Traghetti</i>	810
6.	Otras reglas y requisitos.....	812
6.1.	<i>Principios de equivalencia y de efectividad</i>	812
7.	Conclusiones provisionarias.....	815
8.	Bibliografía.....	816

Responsabilidad Civil, Derecho de Seguros y Filosofía del Derecho

**Homenaje al profesor
Javier Tamayo Jaramillo**

Tomo II

Reimpresión 2022

USC
UNIVERSIDAD
SANTIAGO
DE CALI

ED
EDITORIAL DIKÉ

RESPONSABILIDAD CIVIL,
DERECHO DE SEGUROS Y
FILOSOFÍA DEL DERECHO

—ESTUDIOS EN HOMENAJE A JAVIER TAMAYO JARAMILLO—

TOMO II

Edición 2022

I.S.B.N 978-958-731-068-9
I.S.B.N Digital 978-628-7529-49-6

© Javier Tamayo Jaramillo – 2022

© Editorial Diké S.A.S. – 2022
www.editorialdike.com

MAXIMILIANO ARAMBURO CALLE: *Coordinador académico*
JOSÉ LUIS RUIZ VÉLEZ: *Fotografía*

Editorial Diké S.A.S.

Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesascomercial@gmail.com
Medellín - Colombia

Bogotá D.C. Librería

Calle 23 sur # 27- 41 Barrio Santander Tel.: 704 6822
Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

San José de 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

Diseño y diagramación

Lucio F. Chunga Cheng
e-mail: dikesas.diagramacion@gmail.com

Responsabilidad civil, derecho de seguro y filosofía del derecho.

“Estudios en Homenaje a Javier Tamayo Jaramillo”

Tomo II 1ra ed. 2011.

Reimpresión mayo del 2022.

La reimpresión de esta obra se terminó en los talleres de Termimpresos

Calle 72 Sur No. 43A-18 Cel.: 3116473467 e-mail: craulq@yahoo.com

Medellín - Colombia

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.

RESPONSABILIDAD CIVIL,
DERECHO DE SEGUROS Y
FILOSOFÍA DEL DERECHO

—ESTUDIOS EN HOMENAJE A JAVIER TAMAYO JARAMILLO—

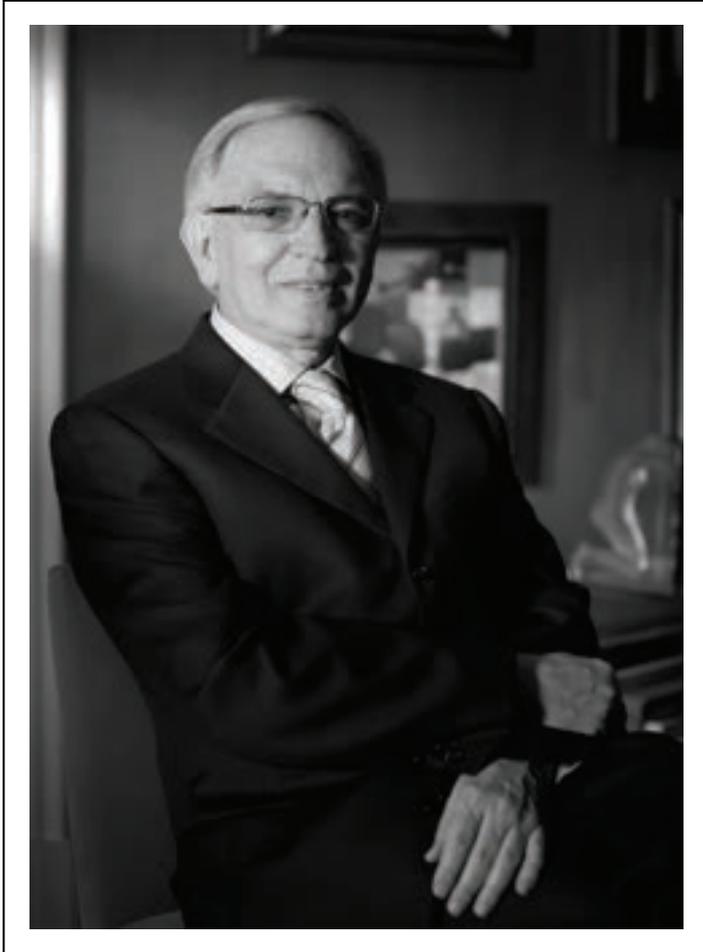
TOMO II

Edición 2022



Editorial Diké S.A.S.

Eduardo Quiceno Álvarez
Presidente Honorario del Comité Editorial



Javier Tamayo Jaramillo

TABLA DE CONTENIDO

SEGUNDA PARTE

—DERECHO DE SEGUROS—

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE SEGURO

<i>Luis Alberto Botero Gutiérrez</i>	31
1. Marco Jurídico del aseguramiento en Colombia	32
2. La Corte Constitucional y los seguros.....	36
3. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y los seguros	38
4. Bibliografía.....	45

SOBRE LA REGULACIÓN NORMATIVA DEL CONTRATO DE SEGURO Y DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN EL DERECHO COLOMBIANO

<i>Mateo Peláez García</i>	47
1. Sobre el contrato de seguro terrestre	47
1.1. Ley 45 de 1990.....	48
1.2. El decreto extraordinario 01 de 1990, modificó algunas normas relativas al seguro de transporte terrestre.....	52
1.3. La ley 35 de 1993	53

1.4. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.....	54
1.5. Ley 389 de 1997.....	54
1.6. Otras normas	56
2. Sobre la actividad aseguradora.....	56

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y EL SEGURO

Fernando de Trazegnies Granda	63
1. Introducción	63
2. Orígenes del seguro.....	64
3. El desencuentro del seguro y de la responsabilidad extracontractual.....	66
4. Cuando los caminos se cruzan	68
5. La distribución social del riesgo social.....	74
6. Hacia una mayor interacción del derecho civil y del derecho comercial.	76
7. Bibliografía.....	77

**EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL:
SU EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA**

Hilda Esperanza Zornosa Prieto	79
1. Consideraciones preliminares	79
1.1. Fundamentos conceptuales del seguro de responsabilidad civil.....	80
1.2. Fundamentos normativos del seguro de responsabilidad civil.....	86
A) La ubicación del seguro de responsabilidad civil en la clasificación general de los seguros.....	87
B) El objeto del seguro de responsabilidad civil.....	87
2. El riesgo asegurable en el seguro de responsabilidad civil.....	89
2.1. Circunstancias causales	91

2.2.	<i>Circunstancias temporales</i>	94
2.3.	<i>Circunstancias materiales</i>	97
2.4.	<i>Circunstancias locales</i>	97
3.	El interés asegurable en la póliza de seguro de responsabilidad civil	99
4.	La calidad de asegurado en la póliza de responsabilidad civil	108
5.	La condición de beneficiario.....	117
6.	La configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil.	125
7.	El fenómeno de la prescripción.....	126
8.	Sobre la jurisdicción competente para dirimir las controversias en el seguro de responsabilidad	127
9.	El ejercicio del derecho a la subrogación en el seguro de responsabilidad civil	142
10.	De las obligaciones que surgen ocurrido el siniestro	143
	10.1. <i>A continuación me referiré a las razones que fundamentan el deber de dar el aviso y de formular el reclamo</i>	144
11.	De la obligación de demostrar el siniestro y la cuantía de la pérdida.....	147
12.	Conclusiones.....	152
13.	Bibliografía.....	153

EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD 20 AÑOS DESPUÉS DE LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 45 DE 1990. –BALANCE Y PERSPECTIVAS–

<i>Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz</i>	157
Plan	157
1. Introducción	158
2. Antecedentes y marco legal.....	158

3.	Naturaleza y alcance de la obligación del asegurador	159
4.	Cobertura de perjuicios y gastos del proceso	160
4.1.	<i>Cobertura del lucro cesante de la víctima</i>	162
4.2.	<i>Cobertura de los perjuicios extrapatrimoniales</i>	163
4.3.	<i>Cobertura de los costos del proceso</i>	164
5.	Cobertura de la culpa grave	164
6.	Límite cuantitativo de la cobertura.....	165
7.	Prueba del siniestro de responsabilidad.....	165
8.	Acciones judiciales	167
8.1.	<i>Acciones de la víctima contra el asegurado</i>	167
8.2.	<i>Acción del asegurado contra el asegurador</i>	169
8.3.	<i>Situación de la víctima: acción directa</i>	169
9.	Prescripción	171
10.	Sincronización procesal.....	173
10.1.	<i>Acción directa y citación forzosa del asegurado</i>	174
10.2.	<i>Situación del asegurado a quien la víctima reclama pero no demanda</i>	174
10.3.	<i>En lo penal el asegurador puede ser citado por la víctima o por el asegurado al incidente de reparación integral</i>	175
10.4.	<i>Llamamiento en garantía al asegurador con cláusula compromisoria en el contrato de seguro</i>	176
10.5.	<i>Prelación de las normas sobre caducidad y prescripción de la acción fiscal sobre el seguro de responsabilidad</i>	176
11.	Protección a las víctimas: obligación de información	177
12.	Reflexiones finales	178

**EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL
Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA**

Christian Lahnstein	181
1. La cobertura del seguro de RC da forma al derecho de RC.....	184
1.1. Países en vías de desarrollo.....	185
1.2. Seguro de RC y causalidad en caso de siniestros latentes.....	187
1.3. Entre la minimización de costes y relaciones públicas: los aseguradores de RC como protagonistas.....	188
1.4. Opciones en la estructura de las coberturas.....	188
1.5. Seguro de RC y legislación.....	189
1.6. El seguro de RC y los tribunales.....	190
2. Las repercusiones del seguro de daños propios en la responsabilidad civil.....	191
2.1. RC y seguro de daños propios: Auge y ocaso del movimiento «no fault» y la progresiva ampliación del derecho de RC.....	191
2.2. Seguro de daños propios y RC como sistemas complementarios.....	191
2.3. Desarrollos comunes en el seguro de daños propios y la RC.....	193
3. El impacto del seguro de RC en la función preventiva del derecho de RC.....	193
3.1. Anticipación de situaciones de RC.....	194
3.2. Segmentación de riesgos y diferenciación de primas.....	195
3.3. Inspecciones.....	196
3.4. Cobertura de costes para minimizar los efectos de un siniestro.....	196

4.	A modo de resumen.....	197
5.	Bibliografía.....	198

**HOMICIDIO, DOLO EVENTUAL Y
RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR**

<i>Alfonso Cadavid Quintero</i>	201
1. El concepto penal de dolo	202
1.1. <i>La evolución del concepto de dolo</i>	204
1.2. <i>Posibles claves para la elaboración del concepto de dolo</i>	206
1.3. <i>Algunas propuestas doctrinales de diferenciación entre dolo e imprudencia</i>	208
2. La caracterización del dolo en la sentencia comentada	210
3. Dolo penal y dolo civil.....	214
4. Conclusiones.....	218
5. Bibliografía.....	219

VICISITUDES DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO

<i>Carmenza Mejía Martínez</i>	221
1. El seguro de cumplimiento: ¿una verdadera garantía?	222
2. El contratista no debe ser el tomador del seguro	223
3. ¿Cómo se pueden hacer efectivas las garantías? ¿Cuál es la jurisdicción competente?	227
4. El de seguro no es un contrato accesorio.....	231
5. Incoherencias en relación con los elementos esenciales del contrato de seguro	233
5.1. <i>Es inasegurable el incumplimiento del tomador</i>	233
5.2. <i>No pueden ser oponibles al asegurado las excepciones contra el tomador</i>	234

5.3.	<i>No puede terminar el seguro por modificación del estado del riesgo</i>	236
5.4.	<i>El siniestro no es el incumplimiento</i>	239
5.5.	<i>No hay lugar a reclamación ni a la objeción del asegurador, ni se produce el mérito ejecutivo de la póliza del artículo 1053 del Código de Comercio</i>	243
5.6.	<i>El pago de la indemnización por el asegurador garante no es solo en dinero</i>	245
5.7.	<i>La indemnización no es siempre por el monto de los perjuicios probados</i>	249
5.8.	<i>Se produce la subrogación del asegurador contra el propio tomador</i>	251
6.	Otras normas del derecho de seguros que no se aplican a este contrato	252
6.1.	<i>La revocación unilateral del seguro y mora en el pago de la prima</i>	252
6.2.	<i>¿Se aplica la norma del artículo 1081 sobre prescripción de las acciones contra el asegurador?</i>	254
7.	Bibliografía.....	257

**ALCANCE DE LOS ASUNTOS DE COMPETENCIA
DEL DEFENSOR DEL CONSUMIDOR DE SEGUROS**

<i>Diana Díaz Hurtado</i>	259	
0.	Homenaje al Maestro.....	259
1.	Introducción	260
2.	El derecho de los consumidores y el origen de la figura del Defensor del Consumidor en el derecho comparado y en Colombia.....	261
3.	La Ley 1328 de 2009 y su antecedente: El Defensor del Cliente	264
4.	Alcance de los asuntos de competencia del DCS.....	268

4.1. <i>La situación en otros países</i>	269
4.2. <i>La situación en Colombia</i>	270
5. Conclusión	274
6. Bibliografía.....	275

**LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES Y DERECHOS DEL
ASEGURADOR EN EL CONTRATO DE REASEGURO**

Andrés Ordóñez Ordóñez	277
1. Cuestiones generales.....	277
1.1. <i>Tipos de prescripción y criterios para diferenciarlas</i>	278
a) <i>Contra quiénes corre la prescripción</i>	279
b) <i>El término</i>	280
c) <i>El momento a partir del cual se inicia el cómputo</i>	280
d) <i>Casos especiales</i>	285
2. La prescripción en el contrato de reaseguro: el problema de la iniciación del término de prescripción de la acción del asegurador reasegurado contra el reasegurador, bajo la ley colombiana.....	286
2.1. <i>El momento de la exigibilidad de la obligación del reasegurador no coincide con el momento de la exigibilidad de la obligación del asegurador reasegurado frente al asegurado directo</i>	290
2.2. <i>Teniendo presente lo anterior, no existen a mi juicio sino cuatro (4) alternativas posibles para determinar el momento en que debe considerarse que la obligación del reasegurador es exigible por parte del asegurador reasegurado, dependiendo de la que se considere ser la condición de la cual pende dicha obligación, a saber:</i>	291

a) Alternativa No. 1: El momento en que el asegurado formula al asegurador una reclamación judicial o extrajudicial al asegurador	291
b) Alternativa No. 2: El momento en que se hace líquida la obligación del asegurador frente al asegurado	296
c) Alternativa No. 3: El momento en que el asegurador reasegurado realiza el pago al asegurado	299
d) Alternativa No. 4: El momento en que el asegurador manifiesta no estar dispuesto a acompañar al asegurador reasegurado en el pago del seguro.....	301
2.3. Finalmente, ¿qué tiempo de prescripción debe contarse?	304
3. Bibliografía.....	304

**EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO DEL
DEBER DE INFORMACIÓN DEL ASEGURADOR, CONSAGRADO
EN LA LEY 1328 DE 2009**

<i>Diana María Gómez Molina</i>	307
Resumen	307
1. Introducción	308
2. Noción de buena fe	309
3. Consagración legislativa del principio de la buena fe en Colombia.....	310
4. Efectos que se derivan de su condición de principio fundamental.....	311
5. Relación del principio de buena fe con el deber de información.....	312
6. El deber de informar en la ley 1328 de 2009.....	316

7.	Conclusiones.....	321
8.	Bibliografía.....	323

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL
DE LOS INTERMEDIARIOS DE SEGUROS**

<i>Juan Bernardo Tascón Ortiz</i>	325	
0.	Introducción	325
1.	Los rasgos característicos de la responsabilidad profesional.....	328
2.	Las principales obligaciones de los intermediarios de seguros y las faltas que pueden generar responsabilidad profesional.....	332
2.1.	<i>La obligación de información</i>	332
2.2.	<i>La obligación de consejo</i>	338
2.3.	<i>Otras obligaciones cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad profesional de los intermediarios</i>	341
3.	La naturaleza de la responsabilidad del intermediario y sus límites	344
3.1.	<i>Título de imputación</i>	345
3.2.	<i>Límites de la responsabilidad de los intermediarios</i>	347
4.	Conclusiones.....	350
5.	Bibliografía.....	351

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL CONTRATO DE SEGURO.

ABUSO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN LA CARGA DE LA PRUEBA

<i>Andrés Felipe Villegas García</i>	353	
1.	Introducción	353
2.	Planteamiento del problema	354
3.	Concepto de cláusula abusiva.....	355
4.	Inversión de la carga de la prueba, concepto y alcance.....	360

5.	Régimen probatorio en el contrato de seguro	362
6.	Alcance de las cláusulas abusivas cuando modifican regímenes probatorios	363
7.	Ineficacia de las cláusulas abusivas	367
8.	Conclusiones.....	369
9.	Bibliografía.....	371
PERFECCIONAMIENTO Y PRUEBA DEL CONTRATO DE SEGURO EN EL DERECHO COLOMBIANO — APROXIMACIÓN GENERAL —		
	Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.....	373
1.	Agradecimiento y reconocimiento previos.....	373
2.	Preliminares	375
3.	Reformas al contrato de seguro	375
4.	Establecimiento de la consensualidad contractual. El perfeccionamiento del contrato de seguro	376
	A) <i>Generalidades. Significado y antecedentes legislativos previos a la reforma de 1997.....</i>	<i>376</i>
	B) <i>La prueba del contrato de seguro. Generalidades</i>	<i>387</i>
	C) <i>La prueba documental.....</i>	<i>390</i>
	a) <i>La prueba documental y el llamado “principio de prueba por escrito”</i>	<i>392</i>
	b) <i>Fundamentos primordiales de la adopción de un régimen especial en materia probatoria (restricción probatoria).....</i>	<i>402</i>
	c) <i>Alcance y significado del “escrito” exigido por la ley, y prueba de las modificaciones, cambios y ajustes relativos al contrato de seguro</i>	<i>403</i>
	D) <i>La prueba por confesión.....</i>	<i>408</i>
	E) <i>Legislación comparada. Visión internacional en torno al perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro.....</i>	<i>412</i>

F)	<i>Balance general de la reforma, artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio</i>	416
5.	Bibliografía.....	421

TERCERA PARTE

—DERECHO PRIVADO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO—

I

Filosofía y constitucionalización del Derecho privado

RAZONES PARA UNA TEORÍA NORMATIVISTA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

<i>Juan Antonio García Amado</i>	429
1. Naturalismo vs. normativismo en la teoría de la responsabilidad por daño extracontractual	429
2. Dos enfoques posibles para el debate: el filosófico y el sistemático.....	441
3. Un botón de muestra: la noción de causalidad y su papel en el sistema de RDE	446
4. Bibliografía.....	460

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN COLOMBIA

<i>Jorge Parra Benítez</i>	463
Resumen	463
1. Marco de referencia	463
2. ¿Qué debe entenderse por constitucionalización?.....	464
3. Formas de constitucionalización.....	466
4. Constitucionalización del Derecho privado	468
5. <i>La drittwirkung</i>	470

6.	Efectos de la constitucionalización	471
7.	Origen de la constitucionalización en Colombia: el diseño de la Corte Constitucional	473
8.	Constitucionalización directa del Derecho privado en Colombia.....	476
9.	Constitucionalización judicial del Derecho privado en Colombia.....	477
10.	Conclusión	489
11.	Bibliografía.....	490

EL PARADIGMA PROTECTORIO

Ricardo L. Lorenzetti	493
1. Insuficiencia de los paradigmas protectorios	493
2. Derecho neutral y protección de la autonomía	493
3. La vida privada es un castillo inexpugnable	494
3.1. <i>El individuo «diferente» a la deriva</i>	495
3.2. <i>El Derecho privado defensivo como subsistema</i>	496
3.3. <i>La crisis pública derivada de las acciones privadas</i>	497
4. El Derecho inválido: ejemplos.....	498
4.1. <i>La responsabilidad civil de la sociedad: lo injusto se vuelve antijurídico</i>	498
4.2. <i>Privacidad en el hogar o derecho a ser diferente en lugares públicos</i>	499
5. El problema	500
6. El paradigma consecuencialista	500
6.1. <i>La necesidad de un anclaje</i>	500
6.2. <i>El anclaje en bienes colectivos</i> :.....	502
7. La institucionalización de la sociedad civil.....	505
8. La progresiva referenciabilidad pública del Derecho privado	506
9. El consecuencialismo en la interpretación constitucional.....	508
10. Bibliografía.....	509

PROCESOS CONCURSALES Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Juan Jacobo Calderón Villegas	513
1. Introducción	513
2. La propuesta de reconstrucción dogmática de la sentencia T-079 de 2010 y el derecho concursal: entre la igualdad formal y la igualdad material.....	515
3. La constitucionalización de los procesos concursales: las grandes batallas de los pensionados.....	520
3.1. <i>El camino creciente de impacto constitucional: de órdenes simples a órdenes complejas</i>	520
3.2. <i>Corte contra la pared: tras el menor daño constitucional</i>	526
3.3. <i>La reacción constitucional a la doctrina del menor daño: en busca de capital</i>	530

II

El Derecho y sus fuentes

**BREVES REFLEXIONES SOBRE EL OBJETO DE ESTUDIO
Y LA FINALIDAD DEL DERECHO**

Carlos Fernández Sessarego	537
1. Preocupaciones en torno a lo jurídico.....	537
2. La búsqueda de respuestas sobre el objeto de estudio del Derecho	538
3. La filosofía de la existencia como sustento de nuestras reflexiones.....	541
4. Concepción tridimensional del Derecho	543
5. Aplicación de la nueva concepción del Derecho y de la Teoría Tridimensional para la mejor la comprensión de la naturaleza de las instituciones jurídicas.....	547

6.	La finalidad del Derecho	548
7.	Bibliografía.....	553

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL FRANCESA,
¿DERECHO DOCTRINAL O DERECHO JURISPRUDENCIAL?**

<i>Philippe Le Tourneau</i>	557
1. Los métodos.....	559
2. Los autores	570
3. Bibliografía.....	576

**DIEZ AÑOS DE ESFUERZOS PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 230
DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA: ¿QUÉ DEBERÍA ORDENAR LA
CONSTITUCIÓN SOBRE EL VALOR Y PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN
EL DERECHO COLOMBIANO?**

<i>Diego E. López Medina</i>	581
1. Introducción y contexto	581
2. El artículo 230 de la Constitución Política en su texto y en sus prácticas.....	583
3. La propuesta de modificación del Ministro Londoño Hoyos en 2002: el giro hacia un concepto de aplicación obligatoria de la jurisprudencia basada en la descongestión judicial.....	587
4. La modificación propuesta en el 2008 por Valencia Cossio: precedentes para la eficiencia judicial pero sin concesiones teóricas.....	592
5. La ley 1285 de 2009.....	594
6. El informe de la Comisión Bonivento de 2010	595
7. La ley 1395 de 2010.....	598
8. La ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	599
9. La Reforma a la Justicia del Gobierno Santos.....	602
10. Conclusión y recomendaciones.....	603

11. Bibliografía.....604

**SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS
Y EL PRECEDENTE JUDICIAL. APORTACIONES A UN DEBATE**

Maximiliano A. Aramburo Calle607

1. Contexto(s)607

2. Argumentación, motivación, justificación.....610

3. Teorías estándar de la argumentación y motivación613

4. Racionalidad y motivación615

5. Las funciones de la motivación617

6. Del concepto de motivación a la necesidad racional
del precedente.....621

7. Los tribunales supremos como «botón de muestra»
de la relación entre motivación y precedente624

8. El compromiso de los jueces con las decisiones
anteriores.....628

8.1. *Insinuando una relación conceptual*630

8.2. *¿Reformas inconstitucionales?*632

9. Bibliografía.....634

**RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
DE LAUDOS EXTRANJEROS ANULADOS**

Maximiliano Londoño Arango639

0. Introducción640

1. Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros
anulados bajo la Convención de Nueva York646

1.1. *Generalidades*.....646

1.2. *El Artículo V.1.e) de la Convención de Nueva York*.....647

1.3. *La regla de atribución de jurisdicción en la
Convención de Nueva York*.....650

1.4.	<i>La existencia de un régimen más favorable al reconocimiento y ejecución</i>	653
1.5.	<i>Otros factores</i>	655
1.6.	<i>Síntesis</i>	655
2.	El reconocimiento y ejecución de laudos anulados en algunos países signatarios de la Convención de Nueva York.....	657
2.1.	<i>El Caso Francés: el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Anulados</i>	659
2.2.	<i>El caso norteamericano: de Chromalloy a TermoRío</i>	662
2.3.	<i>El caso alemán: una aproximación tradicional al problema</i>	673
3.	El estado de la cuestión a la luz de algunas convenciones regionales y de la Ley Modelo.....	675
3.1.	<i>La Convención Europea de 1961</i>	675
3.2.	<i>La Convención de Panamá</i>	677
3.3.	<i>La Ley Modelo</i>	678
4.	Conclusiones.....	681
5.	Bibliografía.....	683

EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984:

NECESIDAD DE SU REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN PARA EL SIGLO XXI

Carlos A. Soto Coaguila	685	
1.	La codificación en el Perú y la historia del Código Civil de 1984.....	685
1.1.	<i>La codificación en el Perú</i>	685
1.2.	<i>Historia del Código Civil de 1984</i>	688
2.	Intentos para reformar el Código Civil de 1984.....	693
3.	Necesidad de revisar y actualizar el Código Civil de 1984	703
4.	Bibliografía.....	705

III

Sobre la función judicial y el neoconstitucionalismo

BUENOS Y MALOS JUECES.

SOBRE ÉTICA JUDICIAL Y ESTADO DE DERECHO

Josep Aguiló Regla	709
1. Introducción	710
1.1. <i>El profesor Javier Tamayo Jaramillo</i>	710
1.2. <i>Sobre la ética judicial</i>	711
1.3. <i>El plan de trabajo</i>	712
2. El poder del juez, el deber del juez y el Estado de Derecho.....	714
2.1. <i>El poder del juez (lo que le es posible hacer)</i>	714
2.2. <i>El deber del juez (lo que le está permitido hacer)</i>	716
2.3. <i>El Estado de Derecho</i>	718
3. El imperio de la ley, el modelo de las reglas y el juez ideal.....	720
a) <i>El miedo a la pérdida de la neutralidad valorativa</i>	723
b) <i>El miedo al subjetivismo, a la pérdida de la objetividad</i>	724
c) <i>El miedo a la imposición de la moral como consecuencia de abrazar el relativismo.</i>	725
d) <i>El miedo a los claroscuros</i>	725
4. La garantía de los derechos, el modelo de las reglas y de los principios y el juez ideal.....	726
a) <i>El prejuicio de la neutralidad valorativa</i>	728
b) <i>El prejuicio del subjetivismo</i>	729
c) <i>El prejuicio del relativismo</i>	729
d) <i>El prejuicio de los claroscuros</i>	730
5. A modo de conclusión.....	730
6. Bibliografía.....	733

**LA (A) VERSIÓN EN COLOMBIA DE LAS TENDENCIAS
SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO TRASNACIONAL**

Leonardo García Jaramillo	737
Resumen	737
1. Introducción	738
2. El nuevo derecho como versión local del neoconstitucionalismo trasnacional	745
3. Precisando el neoconstitucionalismo	750
3.1. <i>El neoconstitucionalismo como teoría jurídica</i>	752
3.2. <i>La versión metodológica o conceptual del neoconstitucionalismo</i>	753
3.3. <i>El neoconstitucionalismo como ideología</i>	757
3.4. <i>El estado constitucional y democrático como modelo de organización jurídico-política</i>	758
4. Un nuevo derecho para una “democracia constitucional”	762
5. El poder del poder judicial y la jurisprudencia creadora de derecho	765
6. Progresismo jurisprudencial: ¿sustitución o apertura democrática?	781
7. Bibliografía	788

DE RECOMPENSAS Y ÉTICA

Néstor Raúl Correa Henao	797
Resumen	797
1. Introducción	797
2. Primera Parte: los incentivos en las acciones populares	799
A. <i>Razones para conceder el incentivo</i>	799
B. <i>Razones para negar el incentivo</i>	804
3. Segunda Parte: las recompensas para capturar delincuentes	805
A. <i>Razones para conceder la recompensa</i>	805

B.	<i>Razones para negar la recompensa</i>	807
4.	Conclusión	808
5.	Bibliografía.....	810

**SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL:
UNA CRÍTICA DEL CONSTITUCIONALISMO ÉTICO**

<i>Luis Prieto Sanchís</i>	813	
1.	Algunas distinciones preliminares.....	813
2.	La tesis de las fuentes sociales y el desafío del neoconstitucionalismo	818
3.	El constructivismo ético y la democracia como fuente de moralidad	823
4.	El argumento de los principios.....	828
5.	El Derecho y la banda de malhechores	831
6.	El argumento de la injusticia o de la corruptio legis	833
7.	El punto de vista interno. Conocimiento y justificación.....	837
8.	El concepto de Derecho y el concepto de moral	841
9.	Bibliografía.....	845

JAVIER TAMAYO Y EL CONSTITUCIONALISMO DISCURSIVO

<i>Alí Lozada Prado</i>	854	
1.	Introducción: Recepción del constitucionalismo en el contexto andino, un panorama crítico	851
1.1.	<i>¿(Neo)Constitucionalismo(s)?</i>	856
2.	El constitucionalismo discursivo	858
2.1.	<i>Dos constitucionalismos en disputa</i>	858
2.2.	<i>Constitucionalismo y postpositivismo discursivo</i>	863
3.	Tamayo, ¿anti o pro-constitucionalista?.....	868
4.	Bibliografía.....	873
LOS AUTORES	875	