

J

COLECCIÓN JURÍDICA

**MODERNIZACIÓN E
INTEGRACIÓN DEL DERECHO
CONTRACTUAL LATINOAMERICANO
UN ANÁLISIS DEL MÉTODO**

JOHN ALBERTO TITO AÑAMURO

Jurídica



GRIJLEY

MODERNIZACIÓN E INTEGRACIÓN
DEL DERECHO CONTRACTUAL
LATINOAMERICANO

UN ANÁLISIS DEL MÉTODO

MODERNIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL LATINOAMERICANO

UN ANÁLISIS DEL MÉTODO

John Alberto Tito Añamuro

Barranquilla - Bogotá
COLOMBIA, 2012



Tito Añamuro, John Alberto.

Modernización e integración del derecho contractual latinoamericano : un análisis del método / John Alberto Tito Añamuro -- Barranquilla : Editorial Universidad del Norte, 2012.

xxiii, 210 p. ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas (p. 135-141)

ISBN 978-958-741-196-6

1. Contratos--América Latina. 2. Derecho civil--América Latina. 3. Derecho comercial--América Latina 4. Derecho comparado. I.Tit. (346.5 T621 18 ed.) (CO-BrUNB)



www.uninorte.edu.co
Km 5, vía a Puerto Colombia
A.A. 1569, Tel: 350 9218
Barranquilla (Colombia)



www.grupoeditorialibanez.com
Carrera 69 Bis N° 36-20 sur
Tels: 230 0731 - 238 6035
Bogotá (Colombia)

GRIJLEY

www.grijley.com
Jiron Azangaro N° 1075, oficina 207
Lima (Perú)

© Editorial Universidad del Norte, 2012
© Grupo Editorial Ibañez, 2012
© Editora y Librería Jurídica Grijley Eirl, 2012
© John Alberto Tito Añamuro, 2012

Coordinación editorial
Zoila Sotomayor O.

Diseño y diagramación
Ingrid C. Aleán Martínez

Diseño de portada
Joaquín Camargo Valle

Corrección de textos
Henry Stein

Procesos técnicos
Munir Kharfan de los Reyes

Hecho en Colombia
Made in Colombia

A Fabrizio y a mis padres

El autor

JOHN ALBERTO TITO AÑAMURO. Doctor en Derecho (con *Summa Cum Laude*), Universidad de Salamanca (España). Magíster en Derecho Privado Patrimonial, Universidad de Salamanca (España). Egresado y Bachiller en Derecho, Universidad Nacional del Altiplano (Perú), Licenciado en Derecho, Universidad de Sevilla (España), título homologado de la Universidad Andina NCV (Perú). Realizó estudios de Filosofía en la Universidad de Salamanca y es ex becario e investigador vinculado al *Max-Planck-Institut*, Hamburgo (Alemania). Fue profesor de la Universidad de Chiclayo y la Universidad Andina NCV en Perú. Actualmente es profesor de Derecho Privado Patrimonial de la Universidad del Norte, Barranquilla (Colombia) y líder de la Línea de asuntos civiles y comerciales del Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política, Categoría A1 Colciencias, de esa misma institución.

Agradecimientos

Hay dos cosas en la vida de las que puedo estar seguro: primero, ningún resultado científico deriva en solitario de un único aporte y, segundo, existen deudas de gratitud que son incompensables. En cuanto a lo primero, subrayo en este trabajo de manera especial el aporte de las áreas de conocimiento distintas del derecho. Y, en cuanto a lo segundo, mitigaré cuando menos en estas líneas esas deudas de gratitud incompensables.

En la Universidad de Salamanca, los profesores Juan Aparicio, Alfredo Batuecas, Mercedes Curto, Ignacio Sánchez y María Jesús Moro Almaraz —mi directora de tesis— me han brindado con sus aportes un apoyo inestimable en la elaboración de mi tesis doctoral y en los resultados del presente trabajo, que es un fruto modesto de ella. En particular, sin la objeción crítica y reconstructiva que el profesor Fernando Carbajo ha hecho de este trabajo, habría alcanzado tan sólo tímidamente los objetivos propuestos; ello, junto a su calidad humana, hace invalorable su generosidad.

En Barranquilla (Colombia), la Universidad del Norte me ha brindado la plataforma de despegue científico que mis trabajos necesitaban. Ello no habría sido posible sin el apoyo al cual la Dra. Silvia Gloria De Vivo, Decana de la División de Ciencias Jurídicas, tiene acostumbrados a sus profesores. Al lado de ello, Alexandra García es una profesora que merece mi enorme gratitud, lo mismo que Carlos J. Velásquez, Karen Cabrera, Luis C. Plata, por sus aportes en teoría económica; Vladimir Monsalve, en especial por su inmejorable apoyo en el *iter* de mi inserción a Derecho colombiano; Carlos Quiñones por sus aportes en Teoría del Derecho, Carlos Guzmán por los temas políticos y su inquebrantable amistad, y Carlos Orozco, quien me ayudó a tejer en rigor ideas difíciles de Derecho comparado. En particular, quien ha sido vital en este y otros proyectos académicos, es el profesor Carlos Uribe, de la Universidad Javeriana, a él le guardo una profunda gratitud.

Al Banco Santander Central Hispano de Salamanca (España) por los recursos financieros puestos a mi disposición durante los periodos de la beca doctoral, de cuya derivación sale a la luz este sencillo aporte. Y, en rigor, la apertura y cierre de este trabajo, y el de mi formación académica, la debo al Max-Planck-Institut *fur ausländisches und internationale Privatrecht*, de Hamburgo (Alemania), y no solo por premiar un proyecto derivado de mi tesis doctoral con una valiosa beca de investigación, sino por orientar con solvencia mi indagación científica. El Dr. Jan Peter Schmidt ha sido en ese propósito un guía, un amigo, un ejemplo académico a seguir; y, por si fuera poco, Alemania me ha dejado beber de las ideas del Prof. Dr. iur. Jürgen Samtleben y del Prof. Dr. Dr. h. c. Reinhard Zimmermann, muchas de las cuales son vertidas en este texto ajeno a otros valiosos aportes científicos.

Contenido

Prólogo	xiii
<i>María de Jesús Moro Almaraz</i>	
Presentación	xvii
<i>Juan Pablo Pampillo Baliño</i>	
Introducción	xxiii

Primera parte

INTEGRACIÓN JURÍDICA, PROBLEMÁTICA Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

Capítulo 1

Análisis y valoración de los riesgos que enfrenta la integración jurídica	3
----------------------------------------------------------------------------------------	---

Capítulo 2

El problema del método de integración.	5
I. La idea de retorno al viejo modelo del <i>ius commune</i> europeo	5
II. El marco común de referencia y el valor de las directivas europeas	9

Segunda parte

INTEGRACIÓN Y MÉTODO EN DERECHO LATINOAMERICANO

Capítulo 3

El método de integración flexible y amistosa del derecho: un breve ensayo teórico y empírico	15
I. Planteamiento de la cuestión	15

II. La estructura de derecho como unidad jurídica	16
A. La doble premisa de partida, 16	
B. La lógica de un triple piso jurídico, 16	
III. Selección y valoración de la información que se debe integrar	18
IV. Unidad o diversidad: soporte dogmático	20
A. Dinámica de la diversidad jurídica, 21	
B. El <i>ius commune</i> no vulnera la diversidad, 22	
V. En particular: el <i>legal transplant</i> de Watson y las condiciones iniciales de Prigogine en la estabilidad de una ED	24
A. Prueba de nuestra teoría: la transformación cualitativa de la permuta financiera, 27	
B. Argumentos decisivos, 29	
VI. Síntesis y prognosis: hacia la idea de integración jurídica	30

Capítulo 4

Breve <i>excursus</i> : los <i>legal transplants</i> en derecho latinoamericano	35
I. El trasplante de los <i>legal transplant</i> en la teoría impura del derecho	35
II. Un puñado de crítica selecta	37
III. Defensa y resistencia de López Medina	42
IV. Giro desde el sujeto al objeto e integración	46

Tercera parte

OBJECIONES Y MATERIALES EN LA INTEGRACIÓN JURÍDICA

Capítulo 5

Impugnaciones que se deben tener en cuenta en la integración del derecho contractual latinoamericano	55
I. La trascendencia del <i>ius commune</i> indiano	55
A. Objeciones a su existencia, 56	
B. Panorámica de los cimientos de una integración jurídica moderna, 61	
II. <i>Copy paste</i> jurídico o inautenticidad de modernización del derecho en América Latina	67
A. Europa, la moderna, 67	
B. América Latina, tradición y proceso, 68	

III. Contra la idea de unidad: <i>la nociva disparidad legislativa</i>	71
A. Mitigar la disparidad que frena la velocidad del mercado, 71	
B. Unir los hilos de la diferencia, 74	
IV. Una respuesta previsible: <i>la solución del mercado</i>	78
A. Ejemplo de neutralidad normativa, 79	
B. Contra la trayectoria de la unidad, 80	

Capítulo 6

Materiales de la integración jurídica latinoamericana: arquitectura de un derecho contractual común	83
I. Sistema jurídico romano: un punto de partida del derecho histórico, 83	
A. Seleccionar lo necesario, 84	
B. Re-incubar el derecho, 87	
C. Roma y el valor del derecho moderno, 90	
II. Aporte científico de los grupos de estudio latinoamericanos y europeos	92
A. Ruptura y re-creación del derecho, 92	
B. Nuestros grupos de estudio, 97	
III. Breve ensayo de armonización de legislaciones latinoamericanas.	105
A. Régimen común del derecho de desistimiento.	106
1. En derecho argentino, 109	
2. En derecho boliviano, 110	
3. En derecho brasilero, 112	
4. En derecho chileno, 114	
5. En derecho colombiano, 117	
6. En derecho ecuatoriano, 120	
7. En derecho peruano, 121	
8. En derecho uruguayo, 123	
9. En derecho venezolano, 124	
B. Síntesis y prognosis.	125
IV. Otras dos claves de integración: la ciencia jurídica y la jurisprudencia	128
A. Integración a velocidad mínima, 128	
B. Integración en manos de los juristas, 130	
Conclusiones.	133
Bibliografía	135

Anexos

A MODO DE GUÍA: BREVE EXTRACTO DE MATERIALES JURÍDICOS

Defensa del consumidor de Argentina	143
Código de Defensa del consumidor de Brasil	152
Defensa del consumidor de Colombia	160
Defensa del consumidor de Ecuador	168
Código de consumo de Perú	176
Defensa del consumidor de Uruguay	193
Defensa del consumidor de Venezuela	197

Prólogo

En un momento internacionalmente tan convulso, el autor nos aproxima con apasionamiento, desde parámetros jurídicos, a la reflexión sobre el método y la conveniencia, cuando no necesidad, de avanzar hacia principios y criterios comunes que favorezcan y faciliten el tráfico jurídico, ese que cada vez se resiste más a encorsetarse en los apretados y diversos marcos regulatorios nacionales, desde la idea de la integración, de la armonización, del derecho contractual latinoamericano a la luz de los movimientos integradores de la UE.

Cuesta pensar con nitidez en un proceso tan ambicioso con el reposo que han reclamado nuestros maestros en una era de cambios casi diarios, en tiempos de inseguridades y transformación constante. Sin embargo, esa reflexión serena es imprescindible. No todo debe ser permanentemente cuestionado, aunque pueda y deba ser discutido para mejorar.

De otro lado, el posicionamiento hacia la integración a veces se contraponen equivocadamente con la exaltación de la propia identidad, cuando el discurso debe orientarse a poner en valor las fortalezas de cada sistema y su poder de contribución a una arquitectura básica sólida y útil ante circunstancias que mutan apresuradamente, a aproximar lenguajes jurídicos y a armonizar las respuestas más idóneas en temas nucleares.

El autor ha tenido el temple para avanzar en su trabajo sin caer en la trampa de lo precipitado, pero sin anclarse en el regocijo de lo inmutable. Con la perspectiva que da el conocimiento de distintas realidades normativas a ambos lados del Atlántico, el Dr. Tito Añamuro ofrece algunas propuestas para el debate y ciertas conclusiones que permiten avanzar en la consolidación de criterios y principios que mejoran el derecho patrimonial de nuestro tiempo.

De las muchas enseñanzas que, sin duda, nos presenten estos años de incertidumbre económica, seguramente tendremos que recordar que de nada sirven las artificiosas construcciones, por más perfectas que parezcan al más letrado de los científicos, como nada aporta una “torre de Babel” normativa, especialmente en los aspectos más dinámicos de las relaciones jurídicas, sociales y económicas. Véase, por ejemplo, cómo muchos de los instrumentos que se nos presentaban como inmutables en la defensa de los creadores o se someten hoy a una reformulación, cuando no a un nuevo diseño jurídico que no rebote contra la cruda realidad de la implantación de otros escenarios y otras exigencias, o corremos el riesgo, serio riesgo en el que navegamos, de no ofrecer herramientas jurídicas de protección eficaces, contribuyendo con ello al caos y a la rebeldía irracional. En materia de contratación ocurre otro tanto en un tiempo que no resiste largas esperas y que penaliza las estrategias inmovilistas y obstruccionistas.

Empecinarnos en la defensa cerrada de derechos nacionales (o de ciertos aspectos) anclados en estructuras superadas, nos está conduciendo a la melancolía y al desasosiego por la falta de eficacia. Ello, sin embargo, no es sinónimo de abandono de todo lo conocido, de la coherencia en los sistemas, de construcciones de correcta factura técnica, ni de inutilidad de los grandes conceptos del Derecho patrimonial.

La aportación, pues, con este trabajo del Dr. Tito Añamuro a la imprescindible y actual discusión científica transnacional que nos permita encontrar mejores y más flexibles respuestas a las exigencias de un derecho más necesario y vivo que nunca, pero también menos cerrado, tiene un gran mérito por la temática, por los objetivos, por la perspectiva elegida, por su propia metodología y porque estimula el debate.

El autor ha tenido la valentía de moverse tras su formación, una sólida formación conseguida en el sacrificio y la tenacidad, en el respeto a lo pasado y en la pasión por el futuro. Un convencido como el Dr. Tito Añamuro de que merece la pena buscar e integrar para evolucionar y dar mejores respuestas; que una nueva tesis no surge de la ocurrencia ni de la adaptación a una respuesta prefijada, es un buen guía en la difícil materia de la integración jurídica. Las sólidas convicciones universitarias del autor se aprecian en su entusiasmo y son un modelo

para recobrar también el valor de la investigación jurídica apegada al rigor y a las exigencias sociales.

Tuve el honor de guiar sus primeros pasos, de mantener la tensión en la etapa más difícil de la investigación universitaria y la cortesía del autor me permite cumplir con la satisfacción de verle crecer intelectualmente, la mejor recompensa para un universitario de vocación.

María Jesús Moro Almaraz
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca (España)

Salamanca, febrero de 2012

Presentación

Cuando hace algunos meses, nuestro distinguido y común colega el historiador y filósofo del derecho antioqueño el Dr. Andrés Botero Bernal nos presentó al Dr. John A. Tito Añamuro y al autor de este ensayo de prólogo, no podía sospechar, ni que poco después estaría escribiendo las presentes líneas, ni que habríamos de encontrar tantos ámbitos comunes de colaboración científica.

Y es que John A. Tito es un profesor e investigador de primera categoría –con quien no es difícil querer colaborar– como prueba la presente obra que está destinada –en mi concepto– a ofrecer múltiples inspiraciones y herramientas a los juristas de nuestra región respecto de uno de los temas que serán centrales para la ciencia jurídica del siglo XXI.

Peruano de nacimiento y primeros estudios, salmantino en su formación doctoral y colombiano en su actual adscripción profesoral en la Universidad del Norte, en Barranquilla, el Dr. Tito ha tenido la oportunidad, a lo largo de su destacada trayectoria académica, de llevar su pensamiento más allá de las fronteras de nuestra convulsa patria latinoamericana, como cuando en el Segundo Coloquio Latinoamericano organizado por el Instituto Max Planck de Hamburgo, pudo intercambiar sus perspectivas con sus distinguidos colegas, los profesores Jürgen Samtleben y Jan Peter Schmidt, de cuyas sugerentes perspectivas parte –según refiere el autor en la Introducción– la idea de escribir este libro.

Para quienes estamos comprometidos con la integración jurídica de nuestro continente es un motivo de frustración constante la poco halagüeña realidad económica, política y social de nuestro hemisferio.

Sin embargo, las palabras del profesor Schmidt, que refiere el autor: la falta de “condiciones económicas y voluntad política” para la integración en la región, permite que un paso decisivo pueda “orientarse a través de la labor de la doctrina y la jurisprudencia”, me parece que

han resonado con fecundidad en la conciencia del Dr. Tito Añamuro, como en la mía las del profesor HÄBERLE: “es preciso llevar a cabo todo lo necesario para que un continente como América Latina, con su riqueza multiétnica y multicultural, se reafirme también en la era de la globalización”¹.

Desde el anterior punto de partida –una reivindicación del papel del jurista y de la ciencia del derecho, como eventuales protagonistas de la integración económica de nuestra región– el libro del profesor Tito pretende hacer una aportación al diseño de las herramientas metodológicas que puedan ayudar a configurar una “cultura jurídica común” que sienta las bases de una aproximación económica y política de los Estados latinoamericanos.

Esta obra inicia con un análisis de los riesgos que enfrenta la integración, destacando el problema del método que debe seguirse para la misma, así como refiriendo los avances que se han producido en el ámbito de la Unión Europea a través de los diversos esfuerzos científicos debidos a los distintos grupos de trabajo y academias de juristas, en el ámbito privado, así como a los propios impulsos dados por las autoridades europeas, principalmente por el Parlamento y la Comisión, impulsando el Marco Común de Referencia y consolidando un importante acervo de las directivas europeas (leyes marco) con una especial proyección en el campo de la contratación.

La propuesta –inteligente, original y circunspecta– del Dr. Tito es clara: una integración flexible y amistosa del derecho, retomando los planteamientos hechos en Europa por Von Bar y Hesselink, como propuestas capaces de disolver el falso dilema entre la unidad eurocéntrica –en nuestro caso latinoamericanizante– y la diversidad de los ordenamientos jurídicos nacionales y regionales, ofreciendo para ello un soporte dogmático sólido y duradero.

¹ Peter HÄBERLE. “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, en Peter HÄBERLE y Markus KOTZUR. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. Héctor FIX FIERRO (Trad.). México, UNAM, 2003, p. 3.

El profesor Tito observa a lo largo de su obra las limitaciones que presenta la tradición del *ius commune* en Hispanoamérica como fuente para la armonización jurídica en materia contractual. En este sentido observa –retomando a Legrand– cómo dicho planteamiento puede pudiera oponerse a la idea de pluralidad jurídica habilitando la autoridad de un solo pensamiento jurídico, lo que sería, indudablemente, contraproducente.

Se refiere también, a continuación, a los importantes trabajos realizados en Europa a instancias del Parlamento y que actualmente se han traducido en el Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo y expone la teoría de Christian von Bar sobre la “*Europe friendly interpretation*” como criterio para una integración flexible que pudiera adoptarse también en nuestro contexto.

Tiene especial interés la metodología desarrollada sobre las estructuras de derecho y los tres pisos jurídicos de su permanencia o estabilidad, desaparición o inexistencia y su inestabilidad, que le orienta para abordar con una adecuada ponderación la doctrina de los *legal trasplants* de Watson, misma que articula, interesantemente, con la del *hybrid and dynamic multilevel sistem* de Hesselink y el método de interpretación amistosa de Von Bar, destacando la eficiencia y la adaptabilidad como condiciones para un trasplante jurídico eficaz, haciendo de paso una interesante crítica a la manera en la que Diego López Medina, en su *Teoría impura del derecho*, se refiere a los trasplantes jurídicos en América Latina.

Observando asimismo la relativa marginalidad y la condición de derecho impuesto del *ius commune* indiano –tesis que continuaré reflexionando, pues *prima facie* reconozco que aún no me termina de convencer– el profesor Tito identifica los materiales básicos para la arquitectura de un derecho contractual común americano, que encuentra en la tradición romanista recogida en los códigos y en la doctrina científica de la América Latina independiente.

Posteriormente, se refiere en específico a los siguientes materiales como fuentes de un derecho contractual latinoamericano: a) Los Códigos Paradigmáticos: el *Code Napoléon* de 1804, el *BGB* de 1900, el *Código*

Civile Italiano de 1865, el *ABGB* austriaco de 1812 y el *ZGB* suizo de 1907, b) los Trabajos Científicos de la Doctrina que precedió a la Codificación Iberoamericana, como los de de Teixeira de Freitas en Brasil, Vélez Sarsfield en Argentina y Bello en Chile –a los que agregaría los de Macedo en México–, c) el *Corpus Internacional Privado*, que incluye el Código Bustamante y los tratados y conferencias latinoamericanos interamericanos en materia de derecho internacional privado y comparado, d) los diversos proyectos universales de contratación como son los *Principios del UNIDROIT*, y e) los esfuerzos emprendidos recientemente por distintos grupos de trabajo europeos, como la *Comisión del Derecho Europeo de los Contratos*, el *Grupo de Estudio sobre el Código Civil Europeo*, el *Proyecto del Common Core* y el *Aquis Group*, entre muchos otros.

Asimismo, describe algunos de los principales trabajos que vienen realizándose en nuestro medio, particularmente durante los últimos veinte años, tales como los del Proyecto de Unificación del Derecho Privado en América Latina, auspiciados por la Universidad de la Plata; los promovidos por el Centro di Studi Giuridici Latinoamericani, de la Universidad Tor Vergata, donde F. Esborraz ha tenido una destacada participación; las labores de Garro en la Universidad de Columbia, los de Merryman, Pérez-Perdomo, los de Mirrow en la Florida International University; los de Schmidt en el Instituto Max Planck de Derecho Internacional Privado y Comparado; los del Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano de la Universidad Nacional de Rosario de Colombia; los que estamos desarrollando actualmente en el Centro de Investigaciones de la Escuela Libre de Derecho, en México y, desde luego, el Proyecto de Bases para la Modernización del Derecho Contractual Latinoamericano de la Universidad del Norte de Colombia.

Así las cosas, tanto por sus aportaciones metodológicas, cuanto por la identificación de las principales fuentes de inspiración de un nuevo Derecho Latinoamericano de los Contratos, el trabajo del profesor Tito, que ordena y ofrece muchos de los referentes necesarios para emprender esta titánica labor, constituye una base sólida y segura que se ofrece a la doctrina científica de nuestro continente como brújula para una de las principales asignaturas pendientes de la ciencia jurídica de nuestra región.

Finalmente, el profesor Tito nos ofrece un botón de muestra sobre las potencialidades de su método, presentándonos un breve repaso y pronóstico de la eventual aproximación de las legislaciones latinoamericanas en materia del desistimiento en el ámbito de la contratación con consumidores, repasando para ello las legislaciones argentina, boliviana, brasileña, chilena, colombiana, ecuatoriana, peruana, uruguaya y venezolana.

Hacia el final de su libro, hace una reflexión –que recuerda la polémica Thibaut-Savigny– que en cierto sentido constituye el *leit motiv* de su obra: “la proyección de la armonización del derecho contractual latinoamericano no está en la creación de un código civil común, sino en la creación –o más bien impulso– de un escenario de diálogo y discusión [...] de construir gradualmente una consciencia, un espíritu, un tejido jurídico común al derecho contractual latinoamericano”.

Por ello mismo, concluye que la armonización jurídica de nuestro continente, lo mismo que la propia integración jurídica de nuestra región, es una empresa destinada a ser protagonizada por los jueces y juristas de América Latina.

Por su autor, temática, método, originalidad, aportes y bibliografía, estoy seguro de no equivocarme en recomendar esta obra a los estudiantes y estudiosos del derecho en nuestra región, con la seguridad de que la misma habrá de contribuir a suscitar –como lo ha hecho en mi caso– una renovada conciencia de la importancia de la armonización jurídica como uno de los grandes temas de nuestra época, marcada por la riqueza del pluralismo y la complejidad de la dispersión. Ojalá que así sea.

Dr. Juan Pablo Pampillo Baliño
Director del Centro de Investigación
Escuela Libre de Derecho

Ciudad de México, febrero de 2012