

HUGO CÁRDENAS VILLARREAL
RICARDO REVECO URZÚA

REMEDIOS CONTRACTUALES

CLÁUSULAS, ACCIONES Y OTROS
MECANISMOS DE TUTELA
DEL CRÉDITO

Con comentarios de:

JUANA FLÓREZ

MAXIMILIANO ARAMBURO

EDUARDO MORENO

FELISA BAENA

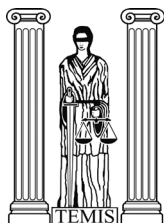
LUIS FELIPE BOTERO

DANIEL VÁSQUEZ

JUAN DAVID PALACIO

MAURICIO MORENO

NICOLÁS POLANÍA



IARCE

Instituto Colombiano de Responsabilidad
Civil y del Estado

Bogotá - Colombia
2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

- © Hugo Cárdenas Villarreal; Ricardo Reveco Urzúa, Juana Flórez, Maximiliano Aramburo, Eduardo Moreno, Felisa Baena, Luis Felipe Botero, Daniel Vásquez, Juan David Palacio, Mauricio Moreno, Nicolás Polanía, 2021.
- © Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos S. A.
Carrera 39 B, núm. 17-85, Bogotá.

ISBN 978-958-35-1284-1
3090 2021001500

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

*A Paulina,
Pali, Marco, Lucio y Santos.
HC*

*A Kareen,
Pedro, Bernardo, Mercedes y Juan.
RR*

ABREVIATURAS USADAS EN ESTE LIBRO:

art., arts.	Artículo, artículos
BGB	Código Civil alemán
C. C. ch.	Código Civil chileno
C. C. col.	Código Civil colombiano
C. C. y Co. arg.	Código Civil y Comercial argentino
C. C. fr.	Código Civil francés
C. de P. C.	Código de Procedimiento Civil
C. G. P.	Código General del Proceso
cfr.	Confrontar
CPR	Constitución Política de la República
CISG	Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías
coord.	Coordinador
ed.	Edición
exp.	Expediente
MCR	Marco Común de Referencia
No.	Número
ss.	Siguientes
p. ej.	Por ejemplo
p.	Página
pp.	Páginas
PECL	Principios Europeos de Derecho de los Contratos
PICC	Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales
t.	Tomo
vol.	Volumen

PRÓLOGO A LA EDICIÓN COLOMBIANA

Gustoso presento a ustedes la obra *Remedios contractuales*, de los juristas y profesores chilenos HUGO CÁRDENAS VILLARREAL y RICARDO REVECO URZÚA.

La tarea encomendada produce en mí una mezcla de satisfacción y de temor: primero, porque me unen lazos afectivos con los autores, en especial con el profesor Hugo Cárdenas; segundo, porque, cuando hacía mis estudios de derecho mi maestro, Miguel Moreno Jaramillo, gran amigo de don Arturo Alessandri Rodríguez y miembro de la denominada, con sobrada razón, Corte Admirable, nos decía que en Colombia era buen jurista aquel que hubiera leído a los chilenos. Tal era el prestigio que aquellos grandes maestros del sur tenían en su país y también en el nuestro, y heme aquí, con la osadía de analizar públicamente la vigente doctrina de aquel país hermano; tercero, porque la obra a la que me refiero es ya de por sí compleja, pero bastante más ya que los autores se embarcan en la tarea de explicar y criticar una muy osada doctrina sobre el tema, y de proponer la que, para ellos, se puede poner en práctica en Chile. Y, finalmente, porque me da temor hablar de una obra que, por falta de tiempo para un mayor análisis, tal vez no haya entendido, comprobando así la opinión de OSCAR WILDE cuando afirmaba que los que no pueden aprender se dedican a enseñar.

Estructuralmente, la obra se divide en cuatro partes.

La primera de ellas está dedicada al problema del concepto responsabilidad contractual, sobre la que abundaré en estas páginas.

La parte segunda, se refiere a lo que los autores han dado en llamar *Remedios preventivos*, es decir, las cláusulas que las partes pueden incorporar en sus contratos para regular *ex ante* el comportamiento de los remedios convencionales. Los autores clasifican estas cláusulas en: i) cláusulas de asignación de riesgos económicos y financieros; ii) cláusulas de interpretación del contrato; iii) cláusulas de ejecución del contrato; iv) cláusulas de garantías; v) cláusulas de terminación del contrato, y finalmente, vi) cláusulas de resolución de controversias.

Desde luego puedo decir que esta parte es una de las más novedosas e innovadoras del libro de CÁRDENAS y REVECO, dado que los juristas chilenos se dieron a la tarea de identificar y examinar cerca de veinticinco de estas cláusulas, analizar su noción, revisar sus efectos y proponer modelos para las mismas, sirviendo de puente entre la academia y la práctica, dado que estas cláusulas son incluidas de ordinario en los contratos para modelar los remedios contractuales reactivos.

La tercera parte se destina al estudio de los remedios reactivos ante el incumplimiento. Los autores revisan en detalle, con fundamento y abundante apoyo

doctrinal y jurisprudencial, cada uno de los remedios, partiendo de la acción de cumplimiento específico, siguen con la acción resolutoria, la denominada excepción de contrato no cumplido o inexecución y, finalmente, la acción de indemnización de perjuicios. Es la parte más extensa de la obra y servirá de guía a los académicos y operadores del derecho cuando enfrenten un caso complejo, pudiendo conocer los últimos pronunciamientos de la doctrina chilena y comparada, y las resoluciones de los tribunales superiores de justicia de Chile.

Finalmente, en la cuarta y última parte los autores se ocupan en una materia un tanto abandonada por la doctrina civilista, como es el tratamiento de los contratos en los procesos de insolvencia que se regulan en Chile mediante la Ley 20.720, de insolvencia y reemprendimiento. Esta otra innovación de la obra que presento, permite tener una visión de conjunto de la vida de un contrato, desde su formación, ejecución, inexecución y, en definitiva, determinar qué ocurre con los remedios de los acreedores cuando el deudor contractual presenta un proceso de reorganización o de liquidación, algo que los civilistas habíamos olvidado, y dejado a los comercialistas.

Dado que estamos ante una obra de más de 500 páginas que agota la materia, me concentraré en este prólogo en el análisis de los tres primeros capítulos de la primera parte, que contienen los principales planteamientos teóricos sobre un asunto que no por antiguo deja de asombrarnos y, a menudo, confundirnos.

Debo reconocer que he quedado atónito ante una nueva teoría que alza vuelo en España, que los autores explican y critican, y que, como ellos afirman, no puede ser de recibo en el modelo de nuestra común legislación, sino mediante una modificación legal que recogiera esa nueva visión de los remedios contractuales. Desde ya auguro, con satisfacción, que la obra *Remedios contractuales* llamará profundamente a la reflexión, sobre todo a los abogados civilistas de nuestro país, dada la cercanía entre nuestras dos legislaciones. Como decía ORTEGA Y GASSET: “los clásicos lo fueron no por las soluciones que dieron sino por los problemas que plantearon”. Y, en lo por venir, querámoslo o no, nuestro equipaje doctrinal debe cargar con el pensamiento de los profesores CÁRDENAS y REVECO.

Para una mejor comprensión de mis explicaciones sobre esta nueva visión de las obligaciones, me veo precisado a recordar algunas nociones sobre los principios de la responsabilidad contractual en Colombia, pues dado que nuestros dos sistemas son prácticamente idénticos, el lector tendrá elementos de juicio para comprender y juzgar esta excelente obra doctrinal (I); luego me referiré a una erudita discusión que los autores proponen en cuanto a la relación o identidad entre la responsabilidad contractual y los remedios contractuales en general (II); posteriormente comentaré la polémica planteada por los autores sobre la existencia o inexistencia de la responsabilidad contractual (III); a continuación me detendré, así sea brevemente, en la que se conoce como teoría unificadora del incumplimiento contractual, y que los autores analizan con gran agudeza argumentativa (IV); finalmente, esbozaré las ideas centrales que CÁRDENAS y REVECO proponen para una eventual reforma de la legislación chilena sobre el tema (V).

I. NOCIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN COLOMBIA

Veamos a continuación dos o tres pinceladas sobre los principios que rigen la responsabilidad contractual en Colombia.

1. *Remedios en caso de incumplimiento contractual*

Todos sabemos que en Colombia, según la tradición francesa, el acreedor puede, en caso incumplimiento de su deudor, acudir a la ejecución forzosa del contrato, a la excepción de inejecución, a la resolución del mismo, o a la acción indemnizatoria en caso de que el incumplimiento sea imputable al deudor (responsabilidad contractual). Estos son los remedios contractuales.

A) *Se puede demandar directamente la responsabilidad contractual*

Es de notar que la jurisprudencia colombiana permite, salvo casos excepcionales, demandar una indemnización de perjuicios al deudor incumplido, sin tener que pasar previamente por los demás remedios contractuales. Baste mencionar la responsabilidad médica, la responsabilidad contractual del transportador, del depositario del mandatario, o el pago de un seguro. Desde luego, en cada caso habrá que averiguar si el título de imputación es subjetivo u objetivo.

B) *Dualidad de acciones en ciertos casos*

A menudo, la ley establece plazos cortos para la instauración de acciones judiciales, como sucede con los vicios redhibitorios y con la falta de eficiencia del artículo 932 del Código de Comercio. Sin embargo, la jurisprudencia colombiana, que en esto sigue a la francesa, admite que el acreedor puede demandar por responsabilidad contractual, en cuyo caso la prescripción será la ordinaria y no la abreviada, establecida en forma especial para los vicios.

C) *Los diversos tipos de obligación, según la carga de la prueba de la culpa o de la exoneración*

Veamos ahora los diversos tipos de obligación, según la carga de la prueba que le incumbe a las partes y la forma de exoneración del deudor.

a) *Obligación de garantía o de resultado reforzado*. En esta obligación, en virtud de la ley o de lo acordado por las partes, el deudor no tiene forma de exonerarse en caso de no cumplir con lo prometido. El deudor asume los riesgos en caso de no cumplirse lo garantizado. Tal es la obligación de pagar una suma de dinero, la cual no permite la prueba de la causa extraña. En materia mercantil, el artículo 928 establece que si la cosa debida parece antes de ser entregada por el vendedor al comprador, aquel asume los riesgos por dicha pérdida. Y el vendedor debe indemnizar los perjuicios adicionales que sufra el comprador con la pérdida de la cosa, a menos que pruebe fuerza mayor o caso fortuito.

Lo mismo ocurre con la obligación de idoneidad o eficiencia establecida en el artículo 932 del Código de Comercio, conforme al cual el deudor no solo se obliga, en todo caso, a que la cosa sirva para el fin que se tuvo en cuenta al momento del contrato, sino también a la indemnización de perjuicios. Es de lamentar que el nuevo estatuto del consumidor, con una falta de técnica normativa inexplicable, estableció que el productor o vendedor de una cosa ineficiente o inidónea, se exonera si prueba que la falta de idoneidad se debe a una causa extraña, lo que es ilógico.

También existe una obligación de garantía en el contrato de seguro, pues si no hay una exclusión, o una evidente ausencia de cobertura, el asegurador debe el amparo pactado, incluidos los intereses moratorios, en caso de retardo, y nada lo exonera de pagar esas sumas.

b) *Obligaciones de resultado ordinarias.* En las obligaciones de resultado ordinarias, el deudor se obliga a obtener el beneficio pactado en favor del acreedor, y en caso de incumplimiento a indemnizar, salvo que pruebe una causa extraña, entendida por tal la fuerza mayor o caso fortuito, el hecho exclusivo de la víctima, o el hecho exclusivo de un tercero.

Se trata de una responsabilidad objetiva, y no de una presunción de culpa.

Es lo que sucede en materia de transporte de personas y de cosas, en la pérdida de la cosa que se debe en materia de compraventa mercantil, en el depósito mercantil, o en el contrato de cajillas de seguridad, entre otros.

Y, en caso de mora del deudor, este se exonera solamente si prueba una fuerza mayor, que es el término que utiliza el Código de BELLO para lo que conocemos como causa extraña en general.

c) *Obligaciones de medio con culpa presunta.* Hay obligaciones de medio con culpa presunta, que parece ser la regla general, pero que se aplica, sobre todo, en la pérdida de la cosa que se debe dar o entregar en materia civil.

d) *Obligaciones de medio con culpa probada.* Aunque suene un tanto extraño, la jurisprudencia colombiana, siguiendo los lineamientos del contrato de mandato, y la opinión de DUCCI CLARO, considera que tanto en el mandato como en el caso de servicios que suponen, para su ejecución, la realización de largos estudios, el deudor solo es responsable si se prueba su culpa.

Por ello, en Colombia la responsabilidad médica, la del mandatario y la de profesiones afines, salvo excepciones, exigen culpa probada.

II. QUÉ ES LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

A) *Planteamiento del problema*

En el primer capítulo de la obra, los profesores CÁRDENAS y REVECO analizan las diversas teorías existentes sobre los, curiosamente, llamados remedios contractuales. Y a partir de allí realizan una profusa discusión sobre lo que se debe

entender por responsabilidad contractual. Inclusive, discuten la teoría extrema que precisa que tal responsabilidad no existe. Veamos ambos problemas:

B) *Sentido amplio y restringido de la responsabilidad contractual*

Refieren CÁRDENAS y REVECO, que hay autores que defienden la doctrina de un sentido amplio de la responsabilidad contractual, que comprende la totalidad de remedios a favor del acreedor, en caso de incumplimiento del deudor, que incluye, entre otros, la resolución del contrato, la ejecución forzosa del mismo, o la indemnización de perjuicios.

De su lado, la tesis restrictiva sostiene que la responsabilidad contractual solo se presenta cuando el acreedor reclama indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. Es decir, cuando se presenta un factor de imputación culposo u objetivo, según que la obligación sea de medios o de resultado. Esta doctrina es aceptada por nuestros dos autores.

En mi sentir, esta segunda teoría es la correcta. En efecto, la indemnización de perjuicios, que es la esencia de toda responsabilidad, no siempre surge cuando el acreedor tiene derecho a uno de los remedios contractuales, como, por ejemplo, la ejecución forzosa de algunos contratos. La indemnización de perjuicios solo procede cuando el incumplimiento se deriva de un hecho ilícito, culposo o simplemente objetivo (según que la responsabilidad sea culposa u objetiva). De allí que se puede afirmar que, en ocasiones, hay remedios contractuales aunque no haya responsabilidad del deudor.

Por lo tanto, es necesario recordar que la responsabilidad civil tiene como fuente un hecho ilícito, es decir, un comportamiento reprochado por la ley, que causa un daño, y que, a veces, por decisión del legislador, debe ser culposo y, en otras puede ser objetivo o sin culpa. La ilicitud no siempre exige culpa. Basta que la ley, en su soberanía, ordene a quien ha causado un daño, así sea sin culpa, indemnizar los perjuicios que con ese hecho ha causado a un tercero o al acreedor.

Se deduce de lo anterior que la fuente de la responsabilidad contractual no es el contrato, sino el hecho ilícito, culposo u objetivo, que da lugar al incumplimiento del contrato. El contrato es la fuente legítima de una prestación a cargo del deudor. El que paga lo que debe, no lo hace en virtud de la responsabilidad contractual, sino del cumplimiento del contrato. Y el que repara los daños causados por su incumplimiento de una obligación, incurre en responsabilidad contractual.

III. ¿EXISTE REALMENTE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL?

A) *Aproximación al asunto*

Los profesores CÁRDENAS y REVECO, con suficiencia, atizan la hoguera de una de las discusiones más vibrantes en materia de responsabilidad civil. Me refiero a la tesis sobre la inexistencia de la responsabilidad contractual. ¡Cómo no referirse a ese tema en este escrito!

En efecto, hasta comienzos del siglo xx, todo indica que la responsabilidad contractual no existía pues nuestros primeros códigos no conocieron esa denominación. Generalmente la ley otorgaba, al acreedor perjudicado, una gama de mecanismos para hacer valer el contrato y en caso de que el deudor, con su incumplimiento, hubiera actuado culposa o dolosamente, se veía obligado a indemnizar al acreedor daños y perjuicios.

Sin embargo, el concepto de responsabilidad contractual fue emergiendo bajo el auspicio de la doctrina y la jurisprudencia. De un lado, se tornaron en obligaciones contractuales una serie de deberes que se enmarcaban dentro de la responsabilidad extracontractual. Me refiero a las obligaciones de seguridad, sobre todo, en tratándose de muerte o lesiones personales del acreedor durante la ejecución del contrato. Así nacieron la responsabilidad contractual del médico y la del transportador. Desde entonces, la responsabilidad contractual creció desmedidamente a lo largo del siglo xx.

No obstante, mi maestro PHILIPPE LE TOURNEAU, desde las primeras ediciones de su tratado de responsabilidad civil (LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité civile et des contrats*, 11ª ed., Paris, Dalloz, 2018-2019, núm. 010.15, págs. 14 y ss.) abogó por la desaparición del concepto de responsabilidad contractual para, en su lugar, redefinir los mecanismos que establece la ley para que el deudor pueda solicitar judicialmente la ejecución forzosa del contrato o su reparación por equivalente. No pocos autores lo siguieron pero sin que su punto de vista triunfara, en forma definitiva, sobre la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, las cuales siguieron apostando por el régimen dual vigente.

¿Qué decir al respecto? Me parece que las obligaciones de seguridad, salvo aquellas que son de la esencia del contrato, como, por ejemplo, cuidar a una persona enferma, deberían abandonar el campo contractual y volver al de la responsabilidad extracontractual. De otro lado, es claro que el legislador puede, sin problema alguno, crear regímenes especiales de responsabilidad neutros, en los cuales se da exactamente el mismo tratamiento a los terceros y al acreedor contractual. Es lo que ocurre con las víctimas de los accidentes de la circulación protegidos por un seguro obligatorio y con la responsabilidad civil del productor en caso de daños causados por un defecto del producto puesto en circulación (JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Bogotá, Legis, 2016), poco importa que el daño lo sufra el adquirente o un tercero.

Pero, salvo esas excepciones, entiendo que desde que el legislador considere que si el deudor con su incumplimiento causa daños y perjuicios al acreedor, debe indemnizarlos, la institución de la responsabilidad contractual retoma su imperio. El concepto de indemnización es la esencia de toda responsabilidad. Por ejemplo, si por un vicio de construcción un inmueble se derrumba, causándole graves daños al comprador del edificio, es innegable que la indemnización de esos daños tiene su fuente en la responsabilidad contractual. Y si la mercancía transportada, en virtud de un contrato de transporte perece durante el desplazamiento, tanto

el daño emergente como el lucro cesante tienen su fuente en la responsabilidad contractual, si el transportador no prueba una causa extraña.

Sobre este aspecto bien vale la pena citar la opinión de la profesora GENEVIEVE VINEY. En un artículo titulado “*La responsabilité contractuelle en question*”, que corre publicado en el libro homenaje al tratadista JACQUES GHESTIN, la profesora de La Sorbona pone las cosas en su punto y reafirma su adhesión al régimen de la responsabilidad contractual, si bien hace algunas concesiones a la doctrina que propugna el profesor LE TOURNEAU.

En primer lugar, VINEY (*La responsabilité contractuelle en question*, en la obra colectiva, *Le contrat au début du XXI siècle, Études offertes á Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, págs. 921 y ss.), al analizar la historia del derecho civil francés, apoyada en DOMAT, POTHIER y en el mismo Código de Napoleón, muestra cómo el concepto de “indemnización de daños y perjuicios” en caso de incumplimiento no es más que la responsabilidad contractual, con otra denominación que aún hoy se utiliza. Pero, el argumento incontrovertible en favor de la supervivencia de la responsabilidad contractual lo hallamos en el siguiente párrafo del artículo citado: “La función exclusiva de ejecución —tesis defendida por quienes niegan la existencia de la responsabilidad contractual— es sobre todo, desmentida formalmente por el inciso segundo del artículo 1184 del Código Civil (anterior a la reforma de 2016). Esta disposición da, en efecto, al acreedor, en caso de inejecución de todo contrato sinalagmático, una opción entre la ejecución forzada y la resolución con daños y perjuicios. Ahora, en caso de resolución, los daños y perjuicios no pueden, evidentemente, tener una función de ejecución puesto que el mismo acreedor ha renunciado a la ejecución, y prefiere la desaparición del contrato” (VINEY, ob. cit., pág. 928).

Los argumentos son aun abundantes y contundentes en el pensamiento de la profesora VINEY, pero no es el propósito de este escrito hacer la exégesis completa de dicho texto. Sigamos.

IV. UNA NUEVA PERSPECTIVA SOBRE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Los profesores CÁRDENAS y REVECO, exponen serias reflexiones sobre una teoría que ya he anunciado y que busca simplificar el complejo tema de los remedios contractuales, en especial, el régimen de la responsabilidad contractual.

Ellas tratan de buscar la unificación de los principios que guían los diversos recursos de que dispone el acreedor contractual en caso de que su deudor no cumpla lo pactado con su contraparte. La principal consecuencia radica en que toda la responsabilidad contractual deviene objetiva sobre la base de que la esencia del contrato radica en que la obligación del deudor consiste en garantizar al acreedor la obtención del beneficio esperado por este al contratar. Sería lo que algunos autores, a los que me sumo, denominan una obligación de resultado reforzada, en la que ni siquiera una causa extraña libera de responsabilidad.

Veamos los argumentos centrales de dicha doctrina.

Para MORALES MORENO, citado por los autores, “El contrato es la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el derecho estima digno de tutela”.

Para esta doctrina, el objeto debido en el contrato “es definido a partir de un plan o proyecto ideal contemplado inicialmente por las partes cuando nace la relación obligatoria y que se aspira a que se haga realidad en un momento posterior [...] este plan o proyecto es el verdadero objeto de la obligación [...] y que a su vez, es garantizado por el deudor.

”Lo que hace esta teoría es redefinir las relaciones contractuales, situando como punto central la satisfacción del interés del acreedor, es decir, la consecución de sus fines garantizados por el contrato.

”La atención ya no está puesta en los elementos de la obligación, como era la cosa debida en específico, ni en la conducta diligente que debe desplegar el deudor sobre un dar, hacer o no hacer, sino en cuál es la finalidad del contrato, en atención al interés práctico del acreedor.

”Luego, como el incumplimiento está construido sobre la noción de contrato-garantía, resulta inútil la evaluación de la conducta del deudor para configurar el incumplimiento”.

Hay pues un carácter neutro del incumplimiento, en el entendido de que ni la ausencia de culpa ni la causa extraña exoneran de responsabilidad.

Para CÁRDENAS y REVECO, “sobre lo neutro y unitario del incumplimiento, la propuesta debe enfrentar el importante desafío teórico que le presenta la recepción en el seno del ordenamiento jurídico chileno, de la distinción dogmática entre obligaciones de medio y de resultado”.

De mi parte, diré que la teoría está montada en una falacia como la que existió durante décadas en el derecho español, y en el colombiano también, en relación con la responsabilidad del Estado, pues se entendía que la falla del servicio ya no era fundamento necesario para algunos casos de responsabilidad de la administración. Pero la doctrina en mención claudicó y hoy se acepta, pacíficamente, que la falla del servicio sigue siendo el principio general de responsabilidad estatal, acompañado por responsabilidades objetivas especiales.

Pero, como si fuera poco, la tesis en mención parece dar a entender que en materia médica, por solo citar un ejemplo, el médico se obliga a curar al paciente, pues la curación es la ventaja esperada por el enfermo. Pero como esa garantía es imposible en todos los casos, lo que hay que pensar es que el beneficio esperado por el enfermo y garantizado por el médico, siempre es un acto médico curativo diligente, prudente y perito. Esa es la única ventaja que puede prometer el médico. Así las cosas, la nueva propuesta vuelve a caer presa de la culpa como factor de atribución en algunos casos de incumplimiento contractual.

V. PROPUESTA DE LOS PROFESORES CÁRDENAS Y REVECO

En el capítulo tercero de su obra, CÁRDENAS y REVECO, luego de realizar una encomiable panorámica del derecho comparado actual sobre las reformas a la teoría de los contratos, en especial de los remedios en caso incumplimiento, formulan la propuesta de lo que para ellos debe ser modificado en el derecho chileno.

A) *Lo nuevo en el derecho comparado de los contratos*

Como dije, es encomiable y fructífero el esfuerzo de los autores por mostrar un panorama analítico del estado actual de la evolución de la teoría de los remedios en materia contractual. Lo digo con toda convicción: ese capítulo, por sí solo, paga la boleta. Para los juristas latinoamericanos este dechado de conocimientos sobre los principales sistemas que en las últimas décadas han adornado el universo del derecho contractual, es un insustituible instrumento de lectura obligatoria.

Según CÁRDENAS y REVECO: “Fuera de las áreas del consumo y de la contratación masiva, la autonomía de la voluntad sigue siendo el paradigma sobre el cual se construye el derecho contractual contemporáneo teniendo en cuenta la razonabilidad y la buena fe de los deberes y obligaciones contractuales”.

Para lograr ese paradigma, proponen una armonización del sistema jurídico chileno de acuerdo con los Principios del Derecho de los Contratos y los fundamentos de los textos europeos contemporáneos.

Dentro de estos últimos, los profesores chilenos analizan y proponen como material de estudio para una futura reforma en su país, los siguientes cuerpos jurídicos:

- La Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías;
- Los Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales;
- Los Principios Europeos del Derecho de los Contratos;
- Los PICC, de 1994, que sienta las bases para una legislación que regule la división entre obligaciones de medio y de resultado;
- La reforma al Código Civil francés de 2016;
- La reforma al Código Civil alemán de 2001;
- El nuevo Código de Derecho Privado de la República Argentina.

Permítanme recomendar estos cuerpos normativos como modelos para una eventual reforma del Código Civil colombiano, pues me da temor de que ahora que soplan nuevos vientos, nuestro síndrome de originalidad no nos ciegue para conocer lo que ya está decantado en latitudes más avanzadas que las nuestras.

Mientras más diferentes y confusos sean nuestros sistemas jurídicos, más lejos estaremos del comercio internacional y del derecho comparado.

B) *Idea central para una reforma al derecho de los contratos en el derecho chileno*

CÁRDENAS y REVECO analizan los modelos existentes en cuanto a la estructura básica del derecho de los contratos.

De un lado, existe una que contiene un régimen general para todos los contratos, con regímenes especiales para contratos con partes desiguales. Y del otro, un modelo que prescinde de un régimen general para todos los contratos. Ejemplo de ese modelo sería el Código Civil y de Comercio de la República Argentina, que regula por separado: i) contratos discrecionales de negociación individual; ii) contratos por adhesión con cláusulas generales predispuestas, y iii) los contratos de consumo.

Los autores prefieren para Chile este último modelo de diversas categorías de contratos.

VI. CONCLUSIÓN

Como conclusión de estas sencillas palabras, me permito felicitar de todo corazón a mis hermanos CÁRDENAS y REVECO, por la magnífica obra que ya brilla en el firmamento chileno, y que pronto alumbrará el espectro jurídico colombiano. Les auguro el mayor de los éxitos con la esperanza de que dada su juventud, nos brinden nuevas obras para bien del derecho privado latinoamericano.

Muchas gracias.

JAVIER TAMAYO JARAMILLO
XII Encuentro Internacional de Responsabilidad Civil
Bogotá, 28 de agosto de 2019.

PREFACIO A LA EDICIÓN CHILENA

Para el suscrito constituye un honor y un privilegio prologar el libro *Remedios contractuales. Cláusulas contractuales, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*, con que sus autores, los destacados colegas en la profesión y academia, HUGO CÁRDENAS VILLARREAL y RICARDO REVECO URZÚA, hacen una contribución significativa a la doctrina civil nacional. Entre los diversos méritos de esta interesante monografía, estimo de la mayor justicia y pertinencia resaltar, en este brevísimo prefacio, los tres siguientes.

En primer lugar, estamos antes una obra que analiza de forma clara, exhaustiva y rigurosa las principales fuentes formales primarias y secundarias —tanto chilenas como extranjeras relevantes (alemanas, argentinas, españolas, francesas y angloamericanas)— de las acciones contractuales que las tradiciones del *Common Law* y del *Derecho Civil* ponen a disposición de los acreedores para prevenir la materialización del riesgo de incumplimiento y para corregir las secuelas negativas que acarrea el incumplimiento efectivamente consumado.

En segundo lugar, CÁRDENAS y REVECO describen con precisión el estado actual del régimen de acciones contractuales patrio adoptando un método novedoso y sugerente.

Por un lado, explican el sistema de remedios a la luz del Código de BELLO, de la doctrina clásica (entre cuyos representantes más conspicuos sobresalen los aportes de RENÉ ABELIUK, ARTURO ALESSANDRI, LUIS CLARO, AUGUSTO ELGUETA ORTIZ, FERNANDO FUEYO, SERGIO GATICA, PABLO RODRÍGUEZ y VÍCTOR VIAL), de la dogmática moderna (liderada, desde España, por el insigne catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, don ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO, y que en Chile ha suscitado una intensa y prolífica discusión entre civilistas prestigiosos y serios como son, entre otros, ENRIQUE BARROS, JORGE BARAONA, BRUNO CAPRILE, JUAN IGNACIO CONTARDO, HERNÁN CORRAL, ÍÑIGO DE LA MAZA, PATRICIA LÓPEZ, CLAUDIA MEJÍAS, RODRIGO MOMBERG, DANIEL PEÑAILILLO, CARLOS PIZARRO, PAMELA PRADO y ÁLVARO VIDAL), de la jurisprudencia y, lo que es toda una novedad, de la propia práctica contractual; praxis esta última manifestada a través de distintos tipos de cláusulas, de mayor o menor complejidad, de las que el libro ofrece adecuados y múltiples ejemplos, que las partes que se hallan situadas en un plano de relativa simetría (o respecto de quienes cabe presumir cierto equilibrio en su poder de negociación) suelen incorporar en sus convenciones, mismas que no están sujetas a las limitaciones impuestas por el derecho del consumo.

Por otro lado, CÁRDENAS y REVECO examinan la lógica, principios y reglas que informan el sistema doméstico de acciones contractuales contrastándolo (i) con los

principios y normas que nutren al moderno derecho de los contratos, plasmados en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y en los instrumentos fundamentales de *soft-law*; (ii) con las reformas legislativas más emblemáticas en el área (BGB, Código Civil y Comercial argentino y *Code français*); y (iii) con el derecho angloamericano.

En tercer lugar, he aquí el aporte más notable del presente trabajo, CÁRDENAS y REVECO muestran que las soluciones que brinda el nuevo derecho de los contratos, no obstante el sólido fundamento que las avala y precede —a saber, la necesidad de proteger el interés del acreedor que ha sido puesto en peligro por un eventual incumplimiento o que ha sido efectivamente afectado por un incumplimiento real, mediante una o más acciones que este autónomamente decida ejercer para cautelarlos de modo preventivo o curativo—, requiere de la revisión de nuestro derecho vivo.

Este es, en efecto, el elemento crucial de todo sistema jurídico, lo que RODOLFO SACCO llamara “regla operativa”. Pues bien, este derecho no se encuentra en los libros o artículos académicos, ni en el Código Civil, sino que solo puede descubrirse en el derecho puesto en movimiento, esto es, en los casos específicos en torno a los cuales se han ido gestando y desarrollando nuestras propias prácticas contractuales y jurisprudenciales.

En este sentido, el libro de CÁRDENAS y REVECO es particularmente encomiable y valioso, no solo porque presta atención a los problemas que a diario enfrentan y resuelven los contratantes y los tribunales (ordinarios y arbitrales), sino también porque examina la forma en que los operadores jurídicos abordan los casos concretos, tanto desde un enfoque prospectivo o preventivo, como es el que trasuntan las cláusulas contractuales que los abogados diseñan al estructurar los negocios de sus clientes, previendo las contingencias de la más diversa índole que pueden sobrevenir, como desde un ángulo correctivo o retrospectivo, que es el que develan los fallos recaídos en juicios donde se han interpuesto acciones de cumplimiento, resolución e indemnización de perjuicios.

El estudio del derecho vivo es trascendental, entre otros motivos, porque permite someter a crítica las soluciones que el moderno derecho contractual brinda y que uno, sin ir más lejos el suscrito, tendería a respaldar e incluso a importar al ordenamiento doméstico, cautivado por el peso de los argumentos esgrimidos por quienes adhieren y promueven tales respuestas en nuestro medio.

Sin embargo, el conocimiento de las prácticas contractuales y jurisprudenciales que caracterizan el sistema de acciones contractuales nacional introduce una nota de cautela y permite conducirse con mayor prudencia en este tópico, como en cualquier otro tema, y evitar así caer en la tentación de un trasplante jurídico que no sea conciliable con el estado actual del derecho doméstico.

Así, por ejemplo, no es quizá tan evidente ni plausible la idea de conceder al comprador afectado por un vicio oculto la facultad de reclamar el cumplimiento o la resolución del contrato aduciendo que el vendedor incumplió su obligación de entregar la cosa, cuando en estricto rigor se trataba de un vicio redhibitorio del cual

debió reclamar ejercitando oportunamente las acciones edilicias que el legislador contempla para esta situación particular.

La obra de CÁRDENAS y REVECO evoca así las sabias palabras escritas en el Mensaje del Código Civil, y permite aplicarlas, *mutatis mutandis*, en la discusión del sistema de remedios contractuales chileno: “Desde luego concebiréis que no nos hallábamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos. Era menester servirse de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país. Pero en lo que estas no presentaban obstáculos reales, no se ha trepado en introducir provechosas innovaciones”.

Son estas las principales razones que me llevan a recomendar la lectura de este magnífico libro que, en sus más de seiscientas páginas, demuestra el esfuerzo y rigor con que sus autores han acometido la compleja tarea de proveer una explicación realista del sistema de acciones contractuales vigente en Chile. La obra contiene niveles disímiles de abstracción, según se aprecia al comparar sus distintos capítulos y secciones, pero ello es consecuencia del trabajo colaborativo de autores que exhiben diferentes trayectorias profesionales y académicas y, por tanto, diversos énfasis en los aspectos teóricos y prácticos que abarcan en este espléndido libro.

De ahí que, en mi concepto, se trate de una monografía dirigida a académicos, jueces y abogados interesados en adquirir una visión de conjunto de las acciones contractuales que prevé nuestro sistema jurídico, así como también de entender cuestiones particulares que han surgido tanto en el debate dogmático como en el foro.

Junio de 2018
CRISTIÁN BANFI DEL RÍO
Profesor Asociado de Derecho Civil
Universidad de Chile
Santiago.

PRESENTACIÓN DE LOS AUTORES

El origen de este libro hay que buscarlo en el intercambio de ideas y en la amistad que propició el curso electivo sobre el Cumplimiento por Equivalencia e Indemnización de Perjuicios que impartimos individualmente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile entre los años 2010 y 2016. Por el año 2015 reparamos en que el curso estaba atrayendo la atención de los estudiantes más aventajados en el área del Derecho Privado, no obstante que se trataba de un curso más bien antiguo para ser electivo (se encontraba en la malla académica hacía más de quince años).

Sucedía, además, que los problemas que iban surgiendo al calor de las discusiones en clase desbordaban el programa del “viejo” curso de Cumplimiento por Equivalencia e Indemnización de Perjuicios, y se adentraban en el territorio de otras acciones que podría adoptar el acreedor ante el incumplimiento. Pero también sucedía, que los argumentos del debate aparecían de una forma un tanto desarticulada y habitualmente confusa. Reflexionando sobre las causas de ese fenómeno llegamos a la conclusión de que se trataba del resultado de una combinación de factores entre los que se encontraba una visión fraccionada de nuestra propia disciplina, con la incorporación acrítica de propuestas doctrinarias que se han gestado, principalmente, en el proceso de armonización del derecho de las obligaciones europeo.

La pregunta que se nos presentaba una y otra vez era cómo coordinar la visión de ese nuevo derecho de las obligaciones (en esencia plasmado en instrumentos de *soft law*), con el diseño y las prescripciones del Código de Bello y —particularmente—, con la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia. Por ello puede decirse que fueron las discusiones en torno a esa pregunta y la necesidad de consignar las síntesis de esas conversaciones las que naturalmente nos llevaron a embarcarnos en la redacción del libro que el lector tiene en sus manos. Lo del nombre es un tema aparte, que suscitó no pocas discusiones. Al final, más allá de la notable influencia anglosajona que ha experimentado esta área del derecho (*remedies for breach of contract*), decidimos mantener el título *Remedios contractuales*, en atención a que en este libro se tratan algunas cosas que los contratantes hacen para proteger su crédito que no se realizan mediante una acción judicial.

Aunque no se trata de un texto introductorio, esperamos que este trabajo les sirva a los estudiantes que deseen profundizar sus conocimientos sobre el mundo del contrato; a nuestros colegas en la academia; y, sobre todo, esperamos que esta entrega les sea especialmente útil a los profesionales que día a día deben interpretar y aplicar el derecho. Esperamos haber proporcionado una descripción fiel de cómo efectivamente aparece regulada cada cuestión vinculada a los remedios contractuales en nuestro derecho. Y es que, a partir del análisis jurisprudencial que realizamos, buscamos develar la *regla de la experiencia jurídica*, pues esta, independientemente de

la bandera disciplinar con que nos identifiquemos, es el cimiento necesario para la elaboración y crítica de los conceptos jurídicos.

Aparte de la resistemización que, siguiendo propuestas contemporáneas, llevamos a cabo ordenando el tratamiento de una serie de acciones (y alguna excepción) alrededor del incumplimiento del contrato, en la medida en que avanzábamos con el libro se nos fue haciendo necesario abordar dos temas que no son habitualmente tratados entre los problemas de la responsabilidad contractual: las cláusulas contractuales y los remedios en situación de insolvencia (liquidación o reorganización) del deudor.

Respecto del primero de estos temas, nuestra experiencia nos decía que los operadores del derecho negocian, redactan e implementan cláusulas que modifican los remedios contractuales que proporciona el derecho civil. Y dado el escaso tratamiento que las mismas han tenido entre nosotros, se nos hizo necesario revisar los principales tipos de cláusulas y los efectos que las mismas generan en nuestro sistema de contratos. Esperamos haber hecho una contribución útil con este análisis, un tanto alejado de la reflexión de la cátedra tradicional, pero imprescindible para dar un buen consejo profesional; definir una estrategia; o bien, resolver una contienda judicial.

Respecto del segundo tema referido, fueron muchas las conversaciones que tuvimos que mantener para acordar incorporar el tratamiento de un problema que, tradicionalmente, aparecía como una discusión propia del derecho comercial. Sin embargo, la fuerte tendencia del derecho concursal contemporáneo —recogida ampliamente en nuestra nueva legislación concursal (Ley Nº 20.720/2014)—, hacia la facilitación de mecanismos para ajustar el pasivo de un deudor (tanto en casos de insolvencia constatada, como en zonas pre-concursales); implica una alteración de algunas reglas generales de los contratos, que no se pueden dejar de revisar si se quiere tener una visión global de la protección del crédito en nuestro ordenamiento.

Estructuralmente, el trabajo se encuentra dividido en cuatro partes.

En la primera parte, bajo el título del problema de la responsabilidad contractual, tratamos el concepto de responsabilidad contractual (Capítulo I), analizamos comparativamente las distintas modificaciones que han existido en esta área del derecho (Capítulo II), y por último, describimos y analizamos el concepto de incumplimiento en el ordenamiento jurídico chileno (Capítulo III).

En la segunda parte, denominada remedios preventivos, analizamos descriptivamente las distintas cláusulas contractuales (Capítulo IV) por las cuales las partes pueden anticiparse a los eventuales conflictos que se suscitan ante un incumplimiento contractual, modelando los remedios contractuales, sus efectos y además, al final, proponemos al menos una redacción de cada una de estas cláusulas o remedios preventivos.

En la tercera parte de este estudio, llamada remedios reactivos, analizamos las más clásicas acciones frente al incumplimiento de que dispone el acreedor frente al incumplimiento contractual, esto es, la acción de cumplimiento específico (Capítulo V), la acción de resolución de contrato (Capítulo VI), la acción de indemnización de perjuicios (Capítulo VII) y, finalmente, la excepción de contrato no cumplido (Capítulo VIII).

En la cuarta y última parte, denominada “los remedios contractuales del acreedor ante la insolvencia del deudor”, analizamos la situación del acreedor frente a un

proceso de reorganización de la empresa deudora (Capítulo IX), los remedios contractuales ante el procedimiento de liquidación de la empresa deudora (Capítulo X), y finalmente, revisaremos las acciones revocatorias concursales (Capítulo XI).

Respecto de la muestra jurisprudencial, el libro se ha nutrido con un riguroso análisis del periodo 2008-2018 de la jurisprudencia ordinaria y arbitral (de distinguidos árbitros al amparo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago), aunque también se citan fallos anteriores en atención a su importancia en la configuración de una línea jurisprudencial. Por cierto, que el fichaje jurisprudencial y el manejo de la cantidad de fuentes utilizadas en este trabajo requirieron de mucha ayuda, y es de justicia reconocer el trabajo de algunos estudiantes y ayudantes del curso electivo de Cumplimiento Equivalente e Indemnización de Perjuicios ya referido, y del curso de Remedios Contractuales que impartimos actualmente en la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. En ese sentido, quisiéramos destacar la valiosa labor de Stephano Novani, Fernando Sciolla, Camilo Cornejo, Sebastián Fuentes, Roberto Núñez, Sebastián Campos, Eduardo Corvalán, Camila Peña, Ignacio Figueroa y Sebastián Henríquez. Todos ellos fueron, además, fieros contendores que sirvieron para que se perfilaran algunas de las ideas que aquí se sostienen.

Mención aparte merece la cooperación de Rodrigo Parra y Carlos Troncoso. Estos queridos y lúcidos ayudantes, que además del arduo trabajo realizado con la jurisprudencia y el resto de las fuentes, nos acompañaron hasta el último momento en el proceso de edición de este libro.

Por último, vaya también un agradecimiento para los profesores Nicolás Rojas, María Paz Gatica, Joaquín Polit y Guillermo Caballero, quienes revisaron y comentaron algunos de los capítulos de esta obra. Agradecemos especialmente al profesor Cristián Banfi, quien amablemente revisó el manuscrito e hizo fundamentales e interesantes observaciones que, sin duda, contribuyeron a mejorar la versión final de este trabajo. ¡Mil gracias Cristián!

A menos de dos años de la primera edición chilena tenemos que agradecer de manera muy especial a la editorial TEMIS, por haberse interesado en la publicación de una versión de este libro. Por cierto que, como dice el profesor Javier Tamayo en el prólogo de esta edición, dada la casi identidad que existe entre el Código Civil chileno y el colombiano, cualquier trabajo de derecho civil clásico interesará en ambos países.

En esta edición colombiana, al manuscrito original, se le incorporan los comentarios de nueve juristas colombianos.

Así, en el Capítulo I, podemos encontrar el comentario de Juana Flórez P., sobre el ilícito contractual y el sistema de remedios. A propósito del Capítulo II se encuentra el comentario de Maximiliano Aramburo C. y Eduardo Moreno G., sobre la noción de incumplimiento contractual en el derecho colombiano. A su vez, con respecto al Capítulo IV, Felisa Baena A., analiza diferentes tipos de cláusulas contractuales. Por su parte, Luis Felipe Botero aborda en el Capítulo V, la acción de cumplimiento específico. Además, a propósito del Capítulo VI podemos encontrar el comentario de

Daniel Vásquez V. sobre la resolución por incumplimiento en Colombia. En el Capítulo VII Juan David Palacio B., se refiere a la acción indemnizatoria propiamente tal. Mauricio Moreno V. aborda en el Capítulo VIII, la excepción de contrato no cumplido. Por último, en la Cuarta Parte se encontrará comentario de Nicolas Polanía T., sobre los remedios contractuales del acreedor ante la insolvencia del deudor.

Junio de 2018
HC y RR
Edificio de Santa María
Santiago

ÍNDICE GENERAL

PARTE PRIMERA

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

	PÁG.
Introducción.....	3
CAPÍTULO I	
DEL ILÍCITO CONTRACTUAL AL SISTEMA DE REMEDIOS	
I. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: SENTIDO AMPLIO y SENTIDO RESTRINGIDO DEL TÉRMINO	9
II. ¿NUEVAMENTE SOBRE LA RESPONSABILIDAD Y LA GARANTÍA?: LA OBJETIVACIÓN DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	15
III. DEL ILÍCITO CONTRACTUAL AL SISTEMA DE REMEDIOS: COMENTARIO DESDE EL DERECHO COLOMBIANO <i>Juana Flórez Peláez</i>	20
1. Sobre la vaguedad y ambigüedad del ámbito de la responsabilidad contrac- tual.....	20
2. Sistema especial de remedios del Estatuto del Consumidor colombiano	25
Bibliografía	28

CAPÍTULO II

EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

I. EL MODELO DE INCUMPLIMIENTO DEL ORDENAMIENTO CHILENO	
1. La noción de incumplimiento.....	31

	PÁG.
A) El contrato y su objeto: una distinción necesaria para comprender el incumplimiento	31
B) La imputabilidad del incumplimiento	34
2. Tipos de incumplimiento en el ordenamiento jurídico chileno	41
A) Incumplimiento total	42
B) Cumplimiento imperfecto.....	44
a) Régimen general de cumplimiento imperfecto	45
b) Regímenes especiales de cumplimiento imperfecto	45
C) El incumplimiento moratorio	53
II. LA PROPUESTA DE UN NUEVO MODELO DE INCUMPLIMIENTO	
1. Noción de contrato, objeto e incumplimiento	55
2. Un incumplimiento unitario, amplio y neutro.....	57
3. Incumplimiento y sistema de remedios.....	60
III. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: COMENTARIO DESDE EL DERECHO COLOMBIANO	
<i>Maximiliano Aramburo Calle y Eduardo Moreno Giraldo</i>	
1. El modelo de incumplimiento del derecho colombiano y su comparación con el chileno	65
2. La propuesta de un nuevo modelo de incumplimiento	75
Bibliografía	77

CAPÍTULO III

LA ARMONIZACIÓN DE LAS OBLIGACIONES. PRINCIPALES PROPUESTAS Y REFORMAS

I. NOCIÓN DE CONTRATO, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO DE CONSUMO

1. La propuesta de armonización	80
A) La regulación de la Convención de Viena. La cosa conforme al contrato	80
B) Los Principios Europeos de Derecho de los Contratos: en esta materia, la misma regulación que la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías	84
C) Los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales: una regulación explícita de las obligaciones de medios.....	86
2. Derecho codificado.....	89
A) La reforma francesa: ¿un paso de la obligación al contrato?	89
B) La reforma alemana: el derecho del consumo va al BGB	96
C) La reforma argentina: un contrato por categorías.....	98

II. FORMACIÓN DEL CONTRATO Y VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

1. Propuestas de armonización.....	101
A) La Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías: el nuevo modelo para las reglas sobre oferta y aceptación	101
B) Los Principios Europeos de Derecho de los Contratos: un modelo para los vicios del consentimiento.....	102
C) Los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales: una regulación en sintonía con la Convenio de Viena de Compraventa Internacional de Mercadería y los Principios Europeos de Derecho de los Contratos.....	104
2. Derecho codificado.....	105
A) La reforma francesa: una ampliación de los supuestos sobre vicios del consentimiento.....	105
B) La reforma alemana: regulación de la firma electrónica	107
C) La reforma argentina: manteniendo la distancia con el derecho uniforme	107

III. INCUMPLIMIENTO Y REMEDIOS CONTRACTUALES

1. Las propuestas de armonización	109
A) La regulación de la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías: un incumplimiento unitario, neutral y amplio	109
B) Los Principios Europeos de Derecho de los Contratos: una regulación en el mismo sentido que la Convención de Viena de Compraventa Interna- cional de Mercaderías.....	112
C) Los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales: la regulación de obligaciones de medios/resultados. ¿Un incumplimiento unitario?.....	114
2. Derecho codificado.....	116
A) La reforma francesa: ahora un sistema de remedios	116
B) La reforma alemana: un modelo fraccionado de incumplimiento.....	120
C) La reforma argentina: la unificación de los estatutos de responsabilidad	123

IV. FUERZA MAYOR E IMPOSIBILIDAD

1. Las propuestas de armonización	126
A) La Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías: una objetivación del caso fortuito.....	126
B) Los Principios Europeos de Derecho de los Contratos: nuevamente si- guiendo la Convención de Viena.....	127
C) Los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales: el mismo modelo de imposibilidad	128
2. Derecho codificado.....	128
A) La reforma francesa: una variación en las reglas del riesgo.....	128

	PÁG.
B) La reforma alemana: la imposibilidad como concepto amplio	129
C) La reforma argentina: un apoyo al entendimiento clásico.....	130

**V. EL DERECHO CHILENO A LA LUZ DEL PROCESO DE ARMONIZACIÓN
DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS**

1. El proceso europeo y la globalización del proceso de armonización del derecho de los contratos.....	131
A) Origen, fundamentos y crítica del actual proceso	131
B) Resultado del proyecto de armonización en Europa: de momento solo “soft law”	133
2. La armonización de derecho de los contratos en Chile.....	133
A) Las propuestas de modernización del Derecho chileno de las obligaciones.....	134
B) ¿Una categoría general del contrato o varias categorías de contratos? ...	136

PARTE SEGUNDA

REMEDIOS PREVENTIVOS

Introducción.....	141
-------------------	-----

CAPÍTULO IV

LOS PACTOS PREVENTIVOS

**I. CLÁUSULAS DE ASIGNACIÓN DE RIESGOS ECONÓMICOS
Y FINANCIEROS**

1. Cláusula de declaraciones y garantías.....	146
A) Noción	146
B) Efectos	151
C) Modelo de cláusula.....	155
2. Cláusula de indemnidad	158
A) Noción	158
B) Efectos	161
C) Modelo de cláusula.....	162
3. Cláusula de equidad o “hardship”	165
A) Noción	165
B) Efectos	170
C) Modelo de cláusula.....	171
4. Cláusula de fuerza mayor.....	173
A) Noción	173
B) Efectos	174
C) Modelo de cláusula.....	176

II. CLÁUSULAS DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

1. Cláusula de no modificación oral al contrato	178
A) Noción	178
B) Efectos	181
C) Modelo de cláusula	185
2. Cláusula de integración	186
A) Noción	186
B) Efectos	188
C) Modelo de cláusula	189
3. Cláusula de exclusión de teorías	190
A) Noción	190
B) Efectos	190
C) Modelo de cláusula	190

III. CLÁUSULAS DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

1. Derecho a curar el incumplimiento	191
A) Noción	191
B) Efectos	193
C) Modelo de cláusula	194
2. Cláusula de confidencialidad	194
A) Noción	194
B) Efectos	195
C) Modelo de cláusula	202
3. Cláusula de no competencia	203
A) Noción	203
B) Efectos	207
C) Modelo de cláusula	208
4. Cláusula de exclusividad	209
A) Noción	209
B) Efectos	211
C) Modelo de cláusula	212
5. Cláusulas de modificación de la responsabilidad contractual	213
A) Noción	213
B) Efectos	215
C) Modelo de cláusula	217
6. Cláusula de caducidad convencional de derechos	219
A) Noción	219
B) Efectos	220
C) Modelo de cláusula	221

IV. CLÁUSULAS DE GARANTÍA

1. Cláusula de aceleración	222
A) Noción	222

	PÁG.
B) Efectos	224
C) Modelo de cláusula.....	224
2. Cláusula de solidaridad	224
A) Noción	224
B) Efectos	225
C) Modelo de cláusula.....	225
3. Cláusula de indivisibilidad de la obligación	226
A) Noción	226
B) Efectos	226
C) Modelo de cláusula.....	227
4. Cláusula de garantía real	227
A) Noción	227
B) Efectos	228
C) Modelo de cláusula.....	229

V. CLÁUSULAS DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO

1. Pacto comisorio calificado	229
A) Noción	229
B) Efectos	237
C) Modelo de cláusula.....	239
2. La cláusula penal.....	240
A) Noción	240
B) Efectos	242
C) Modelo de cláusula.....	247
3. Cláusula de resolución por incumplimiento y ruptura anticipada (anticipatory breach).....	248
A) Noción	248
B) Efectos	250
C) Modelo de cláusula.....	251

VI. CLÁUSULAS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1. La cláusula arbitral	251
A) Noción	251
B) Efectos	253
C) Modelo de cláusula.....	258

VII. SOBRE ALGUNAS CLÁUSULAS PREVENTIVAS EN EL DERECHO COLOMBIANO

Felisa Baena Aramburo

1. Cláusulas de declaraciones y garantías y cláusulas de indemnidad en materia de compraventa de acciones.....	260
2. Cláusulas de modificación de la responsabilidad contractual	266

	PÁG.
3. Cláusulas de no competencia y cláusulas de exclusividad.....	272
4. La cláusula penal.....	275
Bibliografía	276

PARTE TERCERA

REMEDIOS REACTIVOS ANTE EL INCUMPLIMIENTO

Introducción	279
--------------------	-----

CAPÍTULO V

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO

I. NOCIÓN GENERAL

1. Concepto y función	281
A) La tradición continental y el caso de Chile	282
B) La excepcionalidad del remedio en el “common law”	286
2. Cumplimiento específico y fase de ejecución	288
3. Modalidades de la pretensión de cumplimiento específico. La sustitución y la reparación.....	289
4. La cuestión del cumplimiento por equivalencia.....	295
A) El problema en la doctrina.....	295
B) El problema en la jurisprudencia.....	298

II. REQUISITOS

1. La existencia y exigibilidad de la obligación.....	303
2. Posibilidad actual del cumplimiento	305
3. Límites a la acción de cumplimiento específico en nuestro ordenamiento jurídico y en el derecho comparado	305
A) Imposibilidad de la prestación.....	305
B) Obligaciones de hacer personalísimas.....	308
C) Obligaciones en las que la acción de cumplimiento implica un esfuerzo o gasto no razonable o excesivo	310
D) La posibilidad razonable de obtener la prestación por otra vía.....	311
E) La exigencia de ejercicio tempestivo	312

III. EFECTOS

312

**IV. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO DESDE LA ÓPTICA
DEL DERECHO COLOMBIANO**

Luis Felipe Botero Aristizábal

1. Consideraciones preliminares	313
2. Aclaración sobre el derecho colombiano en la materia	315
3. ¿Existe una primacía de la pretensión de cumplimiento respecto de la pretensión de resolución del contrato?	315
4. Cumplimiento específico y fase de ejecución	318
5. Modalidades de la pretensión de cumplimiento específico. La sustitución y la reparación	319
6. El problema del cumplimiento por equivalencia	321
7. Requisitos generales del ejercicio de la pretensión de cumplimiento.....	322
8. Límites a la acción de cumplimiento específico	323
9. Efectos.....	324
Bibliografía	324

CAPÍTULO VI

LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

I. NOCIÓN GENERAL

1. Concepto y función	325
2. Naturaleza jurídica	327
A) Condición resolutoria tácita.....	327
B) La resolución como remedio contractual	329
3. Modelos de ejercicio	330
A) Modelo judicial.....	330
B) Modelo extrajudicial.....	332
a) Resolución mediante una declaración unilateral del acreedor.....	332
b) La resolución automática o “ipso facto”	336

II. REQUISITOS

1. El incumplimiento de la obligación pactada	341
A) La entidad del incumplimiento.....	342
a) La discusión en el derecho comparado	345
b) Calificación judicial de la entidad del incumplimiento.....	346
c) Tipos de incumplimiento resolutorio	347
B) La imputabilidad del incumplimiento	353
a) El modelo del incumplimiento imputable.....	353
b) El modelo del incumplimiento neutro.....	356
2. La mora	358

III. EFECTOS

1. Efecto extintivo	360
2. Efecto restitutorio.....	361
A) El efecto retroactivo	361
B) La liquidación de la relación contractual.....	363
3. Efecto respecto de terceros.....	369

**IV. LA REGULACIÓN DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO
EN EL DERECHO COLOMBIANO**

Daniel Vásquez Vega

1. Noción general	372
A) Consagración legal	372
B) Ejercicio de la resolución	374
2. Requisitos.....	375
A) Incumplimiento grave.....	375
B) Incumplimiento imputable.....	377
C) Mora	378
3. Efectos.....	381
4. Resolución vs. terminación	381
5. Cláusulas penales y compromisorias	381
6. Efectos ante terceros	382
Bibliografía	383

CAPÍTULO VII**ACCIÓN INDEMNIZATORIA****I. NOCIÓN GENERAL**

1. Concepto y función	384
2. Naturaleza jurídica	388
A) Cumplimiento por equivalencia	388
B) Una nueva obligación.....	390
3. La discusión sobre la autonomía de la acción indemnizatoria.....	392
A) Contratos unilaterales	392
B) Contratos bilaterales	394
a) La postura clásica.....	394
b) Las consideraciones del célebre caso Zorín con Huachipato.....	397
c) La discusión sobre el destino del contrato	401

II. REQUISITOS

1. El incumplimiento.....	404
A) La entidad del incumplimiento.....	404
B) La imputabilidad del incumplimiento	404
2. El nexo causal	405
A) El reconocimiento de la imputación objetiva	406
B) La previsibilidad.....	410
a) El concepto clásico de previsibilidad.....	410
b) El fin de protección del contrato	415
3. El daño	417
A) Los tipos de daños indemnizables y sus límites	417
a) Las grandes categorías de daños en el derecho comparado.....	417
b) Las grandes categorías de daño del ordenamiento civil chileno.....	421
c) El principio de reparación integral y sus límites.....	425
B) Los tipos de daños en el ordenamiento jurídico chileno. Un análisis de la jurisprudencia según el tipo de contrato	429
a) Contrato de compraventa	429
b) Contrato de arrendamiento de bienes.....	440
c) Contrato de arrendamiento de servicios.....	445
d) Contrato de promesa	460
e) Otros contratos	465
4. La mora	475

III. EFECTOS

1. Efectos sobre la obligación incumplida y sobre la obligación de indemnizar	476
2. Efectos del ejercicio conjunto de acciones.....	477
A) Cumplimiento específico con indemnización de perjuicios	477
a) La prestación defectuosa y daños a bienes no vinculados con el contrato	478
b) Cumplimiento tardío y lucro cesante	479
c) Las obligaciones dinerarias.....	480
B) Resolución de contrato e indemnización de perjuicios	480
C) Indemnización de perjuicios y otros remedios contractuales	483

**IV. ACCIÓN INDEMNIZATORIA. REMEDIOS CONTRACTUALES, CLÁUSULAS,
ACCIONES Y OTROS MECANISMOS DE TUTELA DEL CRÉDITO:
COMENTARIO DESDE EL DERECHO COLOMBIANO**

Juan David Palacio Barrientos

1. De los remedios de que dispone el acreedor cumplido o que se allanó a cumplir frente al deudor incumplido.....	486
A) De la pretensión de cumplimiento.....	487
B) De la pretensión de cumplimiento por equivalente	488

	PÁG.
2. La extensión del monto indemnizable.....	494
A) La certeza del daño.....	494
B) El perjuicio previsible e imprevisible.....	495
C) De la clasificación de los perjuicios que se deben reconocer.....	496
D) ¿Son previsibles los perjuicios extrapatrimoniales?.....	498
3. El deber de mitigar el daño a cargo de la víctima.....	498
4. Conclusión.....	499
Bibliografía.....	499

CAPÍTULO VIII

EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

I. NOCIÓN GENERAL

1. Concepto y fundamento.....	502
2. El problema de su consagración positiva.....	504
3. Función: el efecto suspensivo y las acciones que enerva la excepción de contrato no cumplido.....	508
A) Efecto sobre la acción indemnizatoria.....	510
B) Efecto sobre la acción de cumplimiento.....	512
C) Efecto sobre la acción resolutoria.....	513
D) La excepción y el destino del contrato.....	517
E) El reconocimiento del incumplimiento propio.....	518

II. REQUISITOS

1. Aplicación a obligaciones emanadas de un contrato bilateral entre las mismas partes.....	520
2. El incumplimiento contractual de una obligación exigible del demandante.....	522
3. El incumplimiento del demandante: la buena fe como principio rector.....	524

III. ALGUNOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

1. El problema del “onus probandi” en la excepción de contrato no cumplido.....	529
2. Problemas acerca de incumplimientos coligados y otras fuentes legales.....	533
3. La excepción y su alegación en el juicio ejecutivo.....	535

IV. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO Y SU VARIANTE DEL CUMPLIMIENTO IMPERFECTO: “EXCEPTIO NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS”	536
--	-----

**V. LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO
A LA LUZ DEL DERECHO COLOMBIANO**

Mauricio Moreno Vásquez

1. Noción general	540
2. Concepto y fundamento	541
3. El problema de su consagración positiva	541
4. Función: el efecto suspensivo y las acciones que enerva la excepción de contrato no cumplido	544
A) Supuestos de cumplimiento recíproco (S1, S5 y S9)	547
B) Supuestos de allanamiento, cumplimiento o inejecución justificada del demandante (S3, S7, S8 y S11)	547
C) Supuestos de incumplimiento no justificado del demandante (S2, S6, S10 y S12).....	549
D) Supuestos de incumplimiento recíproco y simultáneo no justificado (S4)	551
5. Requisitos	554
A) Aplicación a obligaciones emanadas de un contrato bilateral entre las mismas partes	555
B) El incumplimiento contractual de una obligación exigible del demandante	555
C) El incumplimiento del demandante: la buena fe como principio rector..	556
6. Algunos problemas que suscita la excepción de contrato no cumplido.....	558
A) El problema del onus probandi en la excepción de contrato no cumplido	558
B) Problemas acerca de incumplimientos coligados y otras fuentes legales	559
C) La excepción y su alegación en el juicio ejecutivo	560
7. La excepción de contrato no cumplido y su variante del cumplimiento imperfecto: “exceptio non rite adimpleti contractus”.....	560
8. Apéndice. Correspondencias normativas	562
Bibliografía	563

PARTE CUARTA

**LOS REMEDIOS CONTRACTUALES DEL ACREEDOR
ANTE LA INSOLVENCIA DEL DEUDOR**

Introducción	567
--------------------	-----

CAPÍTULO IX

**REMEDIOS CONTRACTUALES EN EL PROCESO
DE REORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA DEUDORA**

I. NOCIÓN GENERAL

II. LA RESOLUCIÓN DE REORGANIZACIÓN Y LA PROTECCIÓN FINANCIERA CONCURSAL

1. El principio legal es la intangibilidad de los contratos, que mantendrán su vigencia y condiciones de pago.....	572
2. Los remedios de terminación unilateral, aceleración y cobro de garantías en el procedimiento de reorganización	575
A) Pacto comisorio calificado y la facultad resolutoria unilateral.....	576
B) Cláusula de aceleración	577
C) Cobro de garantías	578
3. La posposición como sanción patrimonial especial y concursal.....	578
4. Suspensión de la acción de ejecución individual y universal en contra de la empresa deudora durante la protección financiera concursal.....	579
5. La creación de nuevas preferencias generales que afectan a todos los acreedores de la empresa deudora durante la protección financiera concursal, incluyendo a los garantizados	581
6. Afectación de las garantías reales y personales otorgadas por la empresa deudora	584
A) Calificación de bien esencial para el giro de la empresa deudora	584
B) Situación del acreedor con garantía real sobre bien esencial de la empresa deudora o de terceros	585
C) Situación del acreedor con garantía real sobre bien no esencial de propiedad de la empresa deudora.....	585
D) Situación del acreedor con garantía real sobre bien no esencial de tercero	586
E) Impugnación de la calidad de bien esencial para el giro de la empresa deudora	586
F) Situación de los acreedores con garantías personales	587
G) La contribución a la deuda	587

CAPÍTULO X

REMEDIOS CONTRACTUALES EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA DEUDORA

I. CONCEPTO Y FUNCIÓN	588
------------------------------	------------

II. LOS REMEDIOS CONTRACTUALES EN LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL

1. Los principales efectos de la resolución de liquidación en cuanto a los créditos	589
A) Fijación de créditos.....	589
B) Suspensión de las ejecuciones individuales	590
C) Exigibilidad de las obligaciones y caducidad de los plazos	590
D) Compensaciones	591
E) Derecho legal de retención en el contrato de arrendamiento	592

	PÁG.
2. Los efectos de la resolución de liquidación del deudor en los remedios contractuales	592
A) El principio general sobre la vigencia del contrato	592
B) Las denominadas cláusulas “ipso facto” fundadas en la declaración de liquidación del contratante	593
C) El criterio del cumplimiento del contrato pendiente del deudor del que derive un beneficio para la masa	596
D) Remedios del acreedor en el caso de obligaciones de dar	598
E) Remedios del acreedor en el caso de obligaciones de hacer	599
F) Remedios del acreedor en el caso de obligaciones de no hacer	600
G) La resolución judicial en los contratos bilaterales del deudor.....	600

III. EFECTOS ESPECIALES DE LA DECLARACIÓN DE LIQUIDACIÓN EN ALGUNOS CONTRATOS

1. Regulación de la liquidación y el contrato de compraventa	601
2. Derecho legal de retención.....	601
3. Contrato de trabajo.....	602
4. Mandato.....	602
5. Cuenta corriente mercantil	603
6. Sociedad	603

CAPÍTULO XI

LAS ACCIONES REVOCATORIAS CONCURSALES

I. CONCEPTO, FUNCIÓN Y FUNDAMENTO 604

II. ACCIÓN REVOCATORIA OBJETIVA

1. Concepto y función	605
2. Hipótesis de revocación objetiva	606
A) Todo pago anticipado	606
B) Dación en pago	606
C) Hipotecas, prendas y anticresis.....	607
D) Actos y contratos gratuitos y tipologías similares ejecutadas con personas relacionadas.....	607
3. Defensas del tercero contratante	608

III. ACCIÓN REVOCATORIA SUBJETIVA

1. Concepto y función	608
2. Requisitos de la acción revocatoria subjetiva	609
A) Requisito subjetivo	609
B) Requisito objetivo.....	609

IV. REVOCACIÓN DE REFORMAS DE ESTATUTOS	610
--	------------

V. EFECTOS DE LAS ACCIONES REVOCATORIAS CONCURSALES	611
--	------------

**VI. LOS REMEDIOS CONTRACTUALES DEL ACREEDOR ANTE LA INSOLVENCIA
DEL DEUDOR: COMENTARIO DESDE EL DERECHO COLOMBIANO**

Nicolás Polanía Tello

1. Proceso de reorganización empresarial	614
2. Proceso de liquidación judicial	620
3. Acciones reconstitutivas del patrimonio del deudor	622
Bibliografía	624
Bibliografía general	625
Índice de autores	663
Índice de disposiciones	667