

Revista Chilena de Derecho Privado

Revista Chilena de Derecho Privado

ISSN: 0718-0233

claudia.bahamondes@udp.cl

Universidad Diego Portales

Chile

Momberg Uribe, Rodrigo  
TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN: LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN LEGAL EN  
CHILE

Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 15\*, diciembre, 2010, pp. 29-64

Universidad Diego Portales

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838876002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN: LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN LEGAL EN CHILE

## *IMPREVISIÓN* THEORY: THE NECESSITY OF ITS STATUTORY REGULATION IN CHILE

## TEORIA DA IMPREVIDÊNCIA: A NECESSIDADE DE SUA REGULAÇÃO LEGAL NO CHILE

Rodrigo Momberg Uribe\*

### RESUMEN

La doctrina chilena ha discutido desde antiguo la conveniencia de regular legalmente la denominada teoría de la imprevisión, también conocida como imprevisión contractual o excesiva onerosidad sobreviniente. Si bien la opinión contemporánea mayoritaria acepta su aplicación sobre la base de los textos legales vigentes, se mantiene dividida en cuanto a la conveniencia de una modificación legal que la regule expresamente. Por su parte, en un fallo reciente la Corte Suprema ha rechazado la aplicación de la referida teoría por no estar expresamente consagrada en el ordenamiento legal y ser contraria a las disposiciones del *Código Civil*. El presente trabajo plantea como hipótesis la necesidad y conveniencia de su regulación a través de un texto legal expreso. Además se analizan tres aspectos esenciales de tal regulación: el concepto de imprevisión, la naturaleza jurídica de la normativa y su campo de aplicación.

Palabras clave: teoría de la imprevisión, excesiva onerosidad sobreviniente, reforma del *Código Civil*.

---

\* Abogado. LLM en European Private Law, Universidad de Utrecht. Profesor de Derecho Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Dirección postal: Campus Isla Teja, casilla 567, Valdivia, Chile. Artículo recibido, el 26 de mayo de 2010 y aceptado para su publicación el 22 de julio de 2010. Correo electrónico: rmomberg@uach.cl.

## ABSTRACT

Traditionally, Chilean legal doctrine has discussed the convenience of a statutory regulation of the *imprevisión* theory or supervening excessive onerousness. Although contemporary legal doctrine accepts its application based on the existing legal texts, there is no agreement about its express statutory recognition. In a recent decision, the Supreme Court rejected the application of *imprevisión* because it is not expressly regulated and it opposes the provisions of the *Civil Code*. The paper states as a hypothesis the need and convenience of its regulation through an express statutory text. Besides, three essential features of that regulation are analyzed: the concept of *imprevisión*, the legal nature of the norms and its scope.

Keywords: Unforeseen circumstances, excessive onerousness, reform of the Chilean *Civil Code*.

## RESUMO

30

A doutrina chilena discute já faz muito tempo a conveniência de regular legalmente a denominada teoria da imprevidência, também conhecida como imprevidência contratual ou excessiva onerosidade superveniente. É certo que a doutrina contemporânea indiscutivelmente aceita sua aplicação com base aos textos legais vigentes, se mantém dividida quanto à conveniência de uma modificação legal que a regule explicitamente. Por outra parte, em uma sentença recente da Corte Suprema que rejeitou a aplicação da referida teoria por não estar explicitamente consagrada na ordem legal e ser contrária às disposições do *Código Civil*. O presente trabalho mostra como hipótese a necessidade e conveniência de sua regulação através de um texto legal exposto. Além disso, analisam-se três aspectos essenciais de tal regulação: o conceito de imprevidência, a natureza da normativa e seu campo de aplicação.

Palavras chave: teoria da imprevidência, onerosidade sobrevivente, reforma do *Código Civil*.

## I. INTRODUCCIÓN

La doctrina chilena ha discutido desde antiguo la conveniencia de regular legalmente la denominada teoría de la imprevisión, también conocida como excesiva onerosidad superviniente, imprevisión contractual o sim-

plemente imprevisión; expresiones que en este trabajo se usarán indistintamente. Así, ya en el año 1933 Lorenzo de la Maza planteaba:

“dada la insuficiencia de la legislación vigente para contemplar las exigencias morales, de justicia y económico-sociales en que se apoya la teoría de la imprevisión, creemos necesario consagrarla en el derecho positivo mediante una legislación expresa y permanente que haga posible su aplicación por los tribunales”<sup>1</sup>,

Aunque actualmente la doctrina mayoritaria tiende a aceptar su aplicación sobre la base de los textos legales vigentes, las opiniones se mantienen divididas en cuanto a la conveniencia de la introducción de un texto positivo que la regule. La hipótesis de este trabajo respalda la incorporación de una norma de carácter general que contemple la institución en comento. Asimismo, se analizan en particular ciertos tópicos que no han sido discutidos en profundidad por la doctrina nacional.

De esta manera, en el presente artículo:

- II. Se plantean las razones que aconsejan la expresa regulación legal de la imprevisión contractual;
- III. Se analizan tres aspectos esenciales de dicha normativa y que no han sido estudiados o discutidos en profundidad por la doctrina nacional: el concepto de imprevisión;
- IV. La naturaleza jurídica de las normas que la regulen y
- V. Su ámbito de aplicación.

El trabajo no incluye el análisis de los efectos de la imprevisión sobre las obligaciones de las partes, debido a que por su relevancia, el tema merece un análisis particular y detallado que excede ampliamente los límites de este artículo. Sin embargo, el autor declara su preferencia por conceder amplios poderes al juez, de modo que pueda decretar la modificación de las prestaciones o su extinción, en los términos que estime pertinentes, según las circunstancias del caso particular.<sup>2</sup>

Sólo para efectos históricos, debe recordarse que en 1991 se presentó por moción de un grupo de diputados un proyecto de ley que tenía por finalidad permitir la revisión judicial de los contratos civiles y mercantiles en caso de tornarse la obligación de una de las partes “excesivamente gra-

<sup>1</sup> Lorenzo DE LA MAZA, *La Teoría de la Imprevisión*, disponible, en [http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/1933/delamaza\\_1/html/index-frames.html](http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/1933/delamaza_1/html/index-frames.html), visitada el 28 de octubre de 2010.

<sup>2</sup> Ello, sin perjuicio del deber de las partes de renegociar el contrato. Al efecto, véase Rodrigo MOMBORG, “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, N° 1, Santiago, 2010, pp. 43-72.

vosa de ser cumplida”<sup>3</sup>. Luego de una larga tramitación, dicho proyecto fue archivado por el Senado el año 2004. Debido a su falta de trascendencia jurídica, en este trabajo no se analiza el citado proyecto. Al efecto, sólo cabe plantear dos reflexiones: primero, su penoso destino (según el artículo 36 bis del Reglamento del Senado, corresponde el archivo de un proyecto de ley cuando no es discutido por la comisión correspondiente dentro de los dos años siguientes a su presentación) manifiesta la falta de voluntad política para conocer y regular materias jurídicas abstractas y de tipo técnico, que van más allá de temas contingentes y puntuales; y, segundo, se planteaba la regulación de la imprevisión no a través de la reforma del *Código Civil*, sino por medio de la dictación de una normativa especial, la cual no parece ser la mejor alternativa desde un punto de vista de técnica legislativa, sobre todo si se busca otorgar coherencia al Derecho de Obligaciones y contratos en general.

## II. LA NECESIDAD DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA IMPREVISIÓN CONTRACTUAL

### 1. Consideraciones generales

32

Tal como se indicó en la introducción, la doctrina chilena no es unánime en cuanto a la necesidad y conveniencia de la inserción de un texto legal que regule expresamente la teoría de la imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, parte de los autores rechazan la idea de una modificación legal en este sentido, basándose principalmente en el peligro que ello ocasionaría para la seguridad jurídica y el principio de la fuerza obligatoria del contrato, los cuales, según esta opinión, se verían seriamente amenazados y debilitados con la existencia de un texto legal expreso que facultara al deudor recurrir a la imprevisión contractual para eximirse de responsabilidad o modificar su prestación. Se señala que la existencia de una norma legal conlleva el riesgo de una intervención generalizada de la magistratura en las relaciones contractuales privadas, fomentada por el abuso que contratantes inescrupulosos podrían hacer de la institución. Tales peligros, se agrega, serían minimizados o inexistentes si los tribunales recurren a principios generales del ordenamiento jurídico, que deban aplicar de manera excepcional y fundada al caso particular en que la imprevisión se plantee; lo que unido al principio del efecto relativo de las sentencias

<sup>3</sup> *Boletín de la Cámara de Diputados*, N° 309-07, “Permite la revisión judicial de contratos civiles y mercantiles”.

evitaría que se debilite de manera general el principio de la fuerza obligatoria de los contratos<sup>4</sup>.

Sin embargo, otro sector de la doctrina se manifiesta partidario de la incorporación de una norma legal en esta materia<sup>5</sup>. Al efecto, ya se indicó en la introducción la opinión favorable de Lorenzo De la Maza, quien se basa principalmente en la necesidad de que el ordenamiento positivo refleje los principios de justicia y moral que deben guiar las relaciones contractuales y de los cuales se deriva el fundamento de la teoría de la imprevisión<sup>6</sup>.

La doctrina contemporánea ha agregado otras justificaciones. Así, se señala la necesidad de una adecuada regulación técnica que dirima definitivamente las dudas acerca de su procedencia en el Derecho chileno y permita su adecuada armonización con otras instituciones relacionadas<sup>7</sup>. En este sentido, se puede añadir la conveniencia que la norma se haga cargo de aquellos temas que son motivo de disputa entre los autores, tomando posición en cuanto a la naturaleza, campo de aplicación, requisitos y efectos de la institución; de manera de facilitar la tarea del juez al aplicar la norma y evitar decisiones contradictorias o inconsistentes que pueden efectivamente dañar la seguridad jurídica que se busca proteger con la no incorporación de una norma positiva. Resultaría más perjudicial para la seguridad jurídica la existencia de fallos que acojan la teoría, mientras otras decisiones (con supuestos de hecho similares) la rechacen; o de fallos que acogieran la adecuación del contrato a las circunstancias sobrevinientes mientras otras decisiones judiciales se pronunciaran por su extinción como única alternativa. El análisis que en párrafos siguientes se hace de la jurisprudencia judicial y arbitral confirma estas consideraciones.

El argumento relativo a un eventual aumento de la litigiosidad, utilizado por la doctrina contraria a su incorporación como norma legal, tampoco es plenamente convincente. Por una parte, si bien es cierto que tal aumento es susceptible de producirse en un primer momento, es justamente el papel de los tribunales establecer a través de una jurisprudencia clara y

<sup>4</sup> Véanse las opiniones de Claudio ILLANES y Juan Carlos DÖRR, *Estudios sobre Reformas al Código Civil y al Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 221-231.

<sup>5</sup> Así, René ABELIUK, *Las obligaciones*, 4ª ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, tomo 2, p. 763; Daniel PEÑAILILLO, "La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión)", en *Revista de Derecho*, N° 208, Concepción, julio-diciembre 2000, pp. 209-237; Bruno CAPRILE, "La imprevisión", en *Revista Actualidad Jurídica*, Santiago, N° 15, enero 2007, pp. 141-159.

<sup>6</sup> DE LA MAZA (n. 1).

<sup>7</sup> Véase Daniel PEÑAILILLO, *Estudios sobre reformas al Código Civil y al Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 231-242.

uniforme los límites de la norma en cuestión, de manera de desincentivar su uso infundado o con fines meramente dilatorios. Para estos efectos, la norma debe tener carácter excepcional y de derecho estricto, además de un adecuado régimen procesal. La doctrina extranjera ha señalado en relación con este argumento, de que el hecho que las partes se representen la posibilidad de la intervención judicial del contrato puede incentivarlas a resolver sus controversias de manera extrajudicial, evitando, así, los costos e incertidumbres propias de un litigio judicial, lo que implicará que en definitiva no exista un aumento relevante en la litigiosidad<sup>8</sup>.

Otro argumento utilizado por la doctrina chilena, que rechaza la idea de introducir una norma legal expresa, es que los riesgos que para la fuerza obligatoria del contrato conlleva tal consagración legal, se han materializado en “todos los países que han consagrado la teoría en forma expresa y amplia, especialmente en Argentina”<sup>9</sup>. Sin embargo, tal argumentación no aparece sustentada en datos empíricos ni en doctrina comparada, y parece, más bien, una apreciación subjetiva de los autores basada en experiencias personales puntuales. Incluso, a renglón seguido, dicha afirmación es limitada al señalar que la adopción expresa de la teoría de la imprevisión en el *Código Civil* italiano no ha tenido tales “efectos desastrosos”<sup>10</sup>.

Al efecto, la experiencia comparada demuestra que la consagración legal de la imprevisión no ha llevado a un colapso del sistema jurídico en ninguno de los países que la contemplan y, al contrario, los jueces han aplicado y usado las facultades que las normas les confieren con prudencia y bajo estrictos parámetros. En este sentido, la admisión de la revisión judicial por imprevisión en otros sistemas jurídicos “no ha resultado en cataclismos contractuales ni catástrofes económicas”<sup>11</sup>.

El examen de ordenamientos jurídicos extranjeros confirma lo señalado. Así, en Holanda, que contempla la figura en el artículo 6:258 de su *Código Civil (BW)* de 1992, la jurisprudencia de la Corte Suprema de dicho país ha señalado que tal artículo debe ser aplicado excepcionalmente y con debido cuidado<sup>12</sup>. En Alemania, por otra parte, el proceso tomó el

<sup>8</sup> Stewart MACAULAY, “An Empirical View of Contract”, in *Wisconsin Law Review*, N° 465, Wisconsin, 1985, pp. 465-482.

<sup>9</sup> ILLANES Y DÖRR (n. 4), p. 225.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 226.

<sup>11</sup> Benedicte FAUVARQUE-COSSON, Denis MAZEAUD, “L’avant-projet Français de Reforme du Droit des Obligations et du Droit de la Prescription”, in *Uniform Law Review*, vol. 11, Rome, 2006, p. 131.

<sup>12</sup> Willem WIGGERS, “Dutch report”, in Ewoud HONDIUS y Hans Christoph GRIGOLEIT (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, in press.

sentido contrario, pues la introducción en el año 2002 de la doctrina del *Störung der Geschäftsgrundlage* (alteración de la base del contrato) mediante el artículo 313 del *BGB* buscó incorporar la doctrina desarrollada por la nutrida jurisprudencia alemana en esta materia, sin integrar cambios relevantes en ella<sup>13</sup>. En Francia, donde este argumento ha sido esgrimido por la doctrina tradicional, se ha rebatido que la experiencia demuestra justamente lo contrario, es decir, que los jueces utilizan las facultades que el legislador les confiere de manera restrictiva y bajo parámetros excepcionales, como sucedió a partir del año 1975 cuando una reforma legislativa introdujo la facultad judicial de reducir las cláusulas penales excesivas<sup>14</sup>. Finalmente, en el caso de Argentina, si bien existe una cantidad importante de fallos en la materia, es justo precisar que la mayoría de los casos se plantearon en situaciones de crisis económica aguda y generalizada, como fueron el denominado “rodrigazo” de 1975, la crisis de 1981 generada por la brusca devaluación del peso argentino en relación con el dólar y otras similares producidas en 1989 y 2001<sup>15</sup>. Sin embargo, aun en tales épocas, la jurisprudencia mantuvo criterios restrictivos para acoger la imprevisión contractual y, lo más importante, ha tenido un destacado papel en la delimitación de los criterios para su aplicación<sup>16</sup>. El correcto funcionamiento de la institución se confirma al examinar su mayoritario respaldo doctrinal y su inclusión en todos los proyectos de reforma del *Código Civil* argentino que se han redactado con posterioridad al año 1968<sup>17</sup>.

35

En apoyo a los argumentos expuestos precedentemente, la tendencia en legislación comparada es abiertamente hacia su incorporación expresa como norma general en los *Códigos Civiles*. Así, en Europa, aparte de los ya señalados casos de Italia, Holanda y Alemania, la incluyen entre otros

<sup>13</sup> Véase Antonis KARAMPATZOS, “Supervening Hardship and Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law”, in *European Review of Private Law*, N° 2, Utrecht, 2005, pp. 105-134.

<sup>14</sup> Denis MAZEAUD, “Rapport Français. La révision du contrat”, in *Journées Brésiliennes*, Paris, Association Henri Capitant, Société de Législation Comparée, 2008, p. 559.

<sup>15</sup> Manuel CORNET, “La aplicación de la teoría de la imprevisión y la emergencia económica”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 7, Córdoba, 2002, pp. 77-115.

<sup>16</sup> Véase, Lily FLAH y Miriam SMAYEVSKY, *Teoría de la Imprevisión. Aplicación y alcances. Doctrina, jurisprudencia*, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2003, pp. 82-98.

<sup>17</sup> Sólo a modo de referencia, véase FLAH y SMAYEVSKY (n. 16) y Jorge MOSSET ITURRASPE, *Interpretación económica de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994. Así, el *Proyecto de Código Civil de la República Argentina* de 1998 incluye una norma aún más amplia en la materia. Hay que recordar, además, que la norma actualmente vigente (artículo 1198 del *Código Civil*), introducida por la reforma del año 1968, tuvo su origen en una recomendación de la doctrina reunida en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba el año 1961.



los *Códigos Civiles* de Grecia (1946) y de Portugal (1967). En Latinoamérica la situación es similar: al citado caso argentino se suman los *Códigos Civiles* de Bolivia (1976), Perú (1984), Paraguay (1987) y Brasil (2002), además del *Código de Comercio* colombiano (1971). Incluso, jurisdicciones del *Common Law* le han dado cabida, como sucede en Inglaterra de manera restringida con la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*, y en los Estados Unidos, en términos mucho más amplios, con el *UCC*<sup>18</sup>. Asimismo, modernos instrumentos de *soft law* o legislación modelo, como los Principios UNIDROIT, los PECL y el más reciente DCFR regulan también de manera amplia y expresa la imprevisión contractual<sup>19</sup>. Esta “presión legislativa” ha hecho que en Francia (una jurisdicción tradicionalmente contraria a la aplicación de la teoría de la imprevisión en Derecho Privado), los anteproyectos y proyectos de reforma al *Código Civil* en materia de Derecho de Obligaciones y Contratos incluyan normas que regulan, en distinta medida, la institución<sup>20</sup>. Lo mismo sucede en España, donde la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos*, elaborada por la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, incorpora expresamente la imprevisión contractual bajo la denominación de alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato<sup>21</sup>.

36 En definitiva, el trasfondo de la negativa a la regulación positiva de la imprevisión, más que una objeción de tipo filosófico o conceptual, basada en una determinada visión o teoría del contrato, parece ser la falta de

<sup>18</sup> Artículo 2, sección 615 del *UCC*. El no vinculante pero influyente *Restatement (2nd) of Contracts* la contempla también en su parágrafo 261.

<sup>19</sup> Artículos 6.2.1 a 6.2.3 de los Principios UNIDROIT, disponibles en <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>, visitada el 13 de julio de 2009; artículo 6:111 de los PECL, Ole LANDO y Hugh BEALE, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague, Kluwer Law International, 2000; artículo III.- 1:110 del DCFR, Christian VON BAR & Eric CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Munich, Sellier, 2009.

<sup>20</sup> Artículos 1135-1 a 1135-3 del *Ante-Proyecto para la reforma de del Derecho de Obligaciones y de la Prescripción*, (conocido como *Proyecto Catala*), disponible en [http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Version\\_espagnole.pdf](http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Version_espagnole.pdf), visitada el 13 de julio de 2009; artículo 136 del Proyecto de Reforma del Derecho de Contratos (conocido como *Proyecto de la Chancellerie*) disponible en [http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet\\_droit\\_des\\_contrats\\_blog8\\_2\\_.pdf](http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet_droit_des_contrats_blog8_2_.pdf), visitada el 13 de julio de 2009; y artículo 92 de la Propuesta de Reforma del Derecho de Contratos (conocido como *Proyecto Terre*), disponible en François TERRÉ, (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009.

<sup>21</sup> Artículo 1213. El texto del anteproyecto está disponible en <http://www.mjjusticia.es/cs/Satellite?blobcol=urldescarga1&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=SuplementoInformativo&blobwhere=1161679155283&ssbinary=true>, visitada el 13 de julio de 2009.

confianza en la capacidad y criterio de los jueces en la aplicación de la eventual normativa. Juan Carlos Dörr, incluso, lo manifiesta expresamente; al referirse al caso italiano señala:

“al parecer la incorporación al Código Civil de la teoría imprevisión no ha tenido los efectos desastrosos que ha demostrado la experiencia argentina, y *mi conclusión es que eso se debe a la calidad de la judicatura*”<sup>22</sup>.

Sin embargo, ello no parece justificado (al menos en la experiencia comparada) y es contradictorio al sostener la procedencia de la imprevisión contractual con los textos actualmente vigentes. Así, tal como señala Daniel Peñailillo,

“si confiamos en que los jueces van a poder manejarla sin los textos, ¿por qué vamos a desconfiar si existen unos textos fundamentales?”<sup>23</sup>.

A ello, cabe reiterar que el peligro de inseguridad jurídica es mayor si los jueces sólo tienen como herramientas principios generales del Derecho que, si bien son útiles al momento de fundar la institución, carecen de la especificidad necesaria para resolver los múltiples problemas o alternativas que plantea la materia, lo que, en definitiva, puede dar lugar a una jurisprudencia vacilante o contradictoria, tal como se expondrá en párrafos siguientes. Al contrario, si los jueces pueden recurrir a un texto legal expreso, que regule debidamente la materia como una excepción calificada al principio general de la fuerza obligatoria del contrato, la seguridad jurídica y la certeza para las partes se verán reforzadas, en cuanto al eventual destino de las acciones judiciales que se interpongan en esta materia.

37

## 2. *Jurisprudencia judicial*

Un examen de la tendencia jurisprudencial chilena confirma lo expuesto. Tradicionalmente, se ha sostenido que, aun cuando la Corte Suprema no había tenido ocasión de pronunciarse de manera directa sobre la aceptación o no de la teoría de la imprevisión en un caso concreto, la jurisprudencia del tribunal superior era uniforme en cuanto afirmar la precedencia absoluta del artículo 1545 del *Código Civil* como norma que establece la intangibilidad del contrato y, por tanto, la imposibilidad de que

<sup>22</sup> ILLANES Y DÖRR (n. 4), p. 226

<sup>23</sup> PEÑAILILLO (n. 7), p. 242.

sus cláusulas sean revisadas por los jueces. La sentencia clásica citada era la de fecha 10 de enero de 1925, en la cual la Corte Suprema señaló:

“...los tribunales carecen de facultades para derogar o dejar sin cumplimiento la ley del contrato, ya sea por razón de equidad o bien de costumbres o reglamentos administrativos...”<sup>24</sup>.

Sin embargo, la referida falta de pronunciamiento expreso del máximo tribunal era considerada una puerta abierta para la eventual aceptación de la teoría en sede judicial.

Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 11 de noviembre de 2006 pareció ser el punto de partida para la admisión de la imprevisión contractual en nuestra jurisprudencia<sup>25</sup>. En su fallo, señaló que los textos legales vigentes no son un obstáculo para la aplicación de la teoría de la imprevisión, ni una amenaza para el principio de la fuerza obligatoria del contrato, pues dicha teoría:

“no es, en ningún caso, un peligro para tal principio, es decir, no es incompatible con la denominada ‘ley del contrato’, por el contrario, se puede afirmar que ésta se ve reforzada por cuanto da la posibilidad a los contratantes de conservar inalterada la situación jurídica que asumieron al vincularse”<sup>26</sup>.

La decisión fue celebrada por parte de la doctrina como “un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria”<sup>27</sup>. Sin embargo, el fallo fue también criticado, en términos que para el caso particular objeto del litigio, no se cumplían ni los supuestos ni los requisitos necesarios para la aplicación de la imprevisión, lo que podía implicar una amenaza para la legitimidad de dicha teoría como recurso subsidiario a la distribución convencional o legal de los riesgos del contrato<sup>28</sup>. Quizá la principal ob-

<sup>24</sup> *RDJ*, tomo 23, Santiago, 1926, sección primera, p. 423. La referencia a otros fallos pueden consultarse en Ramón DOMÍNGUEZ, Carlos PIZARRO, Mauricio TAPIA y Sebastián RÍOS, “Rapport Chilien. La révision du contrat”, in *Journées Brésiliennes*, Paris, Association Henri Capitant, Société de Législation Comparée, 2008, pp. 513-528.

<sup>25</sup> Número identificador LexisNexis: 35663.

<sup>26</sup> Considerando octavo.

<sup>27</sup> Enrique ALCALDE RODRÍGUEZ, “Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 2, Santiago, 2007, pp. 361-372.

<sup>28</sup> Rodrigo MOMBERG, “Análisis crítico desde el derecho alemán y nacional de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que acoge la teoría de la imprevisión”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, Legal Publishing, 2008, pp. 637-658.

jeción que puede hacerse al fallo es que utiliza la imprevisión contractual para ordenar el pago de prestaciones supuestamente adeudadas en virtud de un contrato ejecutado de forma íntegra por el deudor, lo que desnaturaliza la institución en un aspecto esencial: la excesiva onerosidad en el cumplimiento, que lo hace virtualmente imposible de verificar por la parte afectada, y que deriva en la exigencia de que la o las prestaciones afectadas se encuentren pendientes en su ejecución.

Sin perjuicio de tales opiniones doctrinarias, recientemente la Corte Suprema ha puesto término al vacío jurisprudencial en la materia, al señalar expresamente la improcedencia de la teoría de la imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico, al menos en materias de Derecho Privado<sup>29</sup>. El caso se relaciona con una demanda de cobro de honorarios, devengados en virtud de una asesoría financiera para el diseño de un modelo de negocios y el desarrollo de la licitación pública para el emprendimiento del proyecto Borde Costero Barón, en el puerto de Valparaíso. Entre otros, la disputa se centró principalmente en el cumplimiento de la condición suspensiva que daba lugar al nacimiento de la obligación de pagar los emolumentos convenidos, esto es, la firma de los contratos correspondientes entre la empresa licitante (demandada) y el o los adjudicatarios del proceso de licitación; y en la base de cálculo para determinar el estipendio del asesor financiero (actor en la causa). En primera instancia se acogió la demanda y se ordenó pagar, por concepto de honorarios adeudados, la suma de 102.801,37 UF, sin intereses ni costas. La Corte de Apelaciones de Valparaíso revocó el fallo sólo en cuanto condenó a la demandada al pago de intereses corrientes a partir de la fecha en que ésta se constituyera en mora, una vez que la sentencia quedase ejecutoriada y la confirmó en lo demás apelado. Ante ello, la demandada recurrió de casación en la forma y en el fondo ante la Corte Suprema<sup>30</sup>.

Entre las normas infringidas por los jueces del fondo, el actor señaló al artículo 1546 del *Código Civil*, por cuanto se habría violado el principio de la buena fe contractual consagrado en dicha norma, en lo referido al establecimiento del hecho que devengaba el honorario de éxito y a su método y bases de cálculo. Al efecto, la sentencia señala, en su considerando décimo, que el recurrente alega:

---

<sup>29</sup> Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2009 sobre recurso de casación en el fondo, caratulado South Andes Capital S.A. c/ Empresa Portuaria Valparaíso; rol 2651-08.

<sup>30</sup> La actora interpuso también recurso de casación en el fondo para que se modificara el fallo en lo relativo a la fecha en que se comenzaban a deber los intereses, pero el análisis de tal recurso es irrelevante para el presente estudio.

“las condiciones en que se pactó con la demandante el año 2003 eran distintas a las condiciones en que le tocó pactar con la empresa que se adjudicó el proyecto Borde Costero Barón, a saber, Plaza Valparaíso S.A., respecto de las llamadas cláusulas de salida o incluso la posibilidad de que la concesionaria no pudiera efectuar el proyecto por causas independientes de su voluntad, como, por ejemplo, la no obtención de los permisos de obras municipales, etc. La demandada pretende entonces vincular el éxito del primer contrato suscrito el año 2003, al ‘éxito’ del contrato suscrito el año 2006 con un tercero (Plaza Valparaíso S.A.). Dicha pretensión, busca su amparo en el artículo 1546 del Código Civil, dado que la obligación devino en una más onerosa”;

agregando:

“esa situación, se enmarca en lo que en doctrina se llama ‘Teoría de la Imprevisión’ o ‘doctrina de la imprevisión’ o ‘excesiva onerosidad sobreviviente’...”.

40

A continuación, la Corte hace suya la doctrina planteada por René Abe-liuk, quizá el único autor contemporáneo que rechaza la aplicación de la teoría con los textos legales vigentes, al cual cita textualmente para establecer que el artículo 1545 del *Código Civil* excluye la posibilidad de acoger dicha teoría en nuestro ordenamiento jurídico, ya que:

“el contrato no puede ser dejado sin efecto, y con menos razón aún modificado, si no es por voluntad de las partes, los jueces en materia civil no tienen otras facultades que las que se les han otorgado, y nadie les ha dado la de modificar las convenciones”.

Siguiendo al mismo autor, la Corte rechaza que la imprevisión contractual pueda fundarse en el artículo 1560 del *Código Civil* sobre la base de que el deudor no pudo haber tenido la voluntad de obligarse de manera que el cumplimiento le fuera excesivamente oneroso,

“ya que el precepto se refiere a la intención de ambos contratantes, y naturalmente la voluntad del acreedor es que se cumpla la obligación”.

Finalmente, el fallo desestima que se atente contra la buena fe contractual y se viole, por tanto, el artículo 1546 del *Código Civil* si el acreedor requiere del deudor un cumplimiento que le signifique un perjuicio exorbitante, pues

“desde luego en autos, el acreedor no ha intervenido en el imprevisto que hace más gravoso el cumplimiento, y si realmente lo hubiera hecho no necesitaría el deudor la imprevisión para defenderse”.

Por último, el *Código* explica también:

“el contrato obliga, además de lo que se expresa, a lo que le pertenece por su naturaleza, por la ley o por la costumbre; y en ninguna de ellas aparece la imprevisión”<sup>31</sup>.

El fallo precedente representa, pura y simplemente, un rechazo expreso de la Corte Suprema a la doctrina mayoritaria a favor del reconocimiento de la imprevisión sobre la base de los textos legales vigentes y que tradicionalmente se invocan por tal doctrina como fundamentos para acoger dicha teoría, en especial el artículo 1546 del *Código Civil*. Asimismo, en términos de precedente judicial, implica una notable pérdida de relevancia del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago antes citado, el cual difícilmente tendrá valor práctico si se quiere utilizar como antecedente para sustentar una acción o defensa basada en la imprevisión contractual, sin perjuicio que tal resolución mantenga su utilidad como objeto de estudio doctrinal.

Lo interesante y destacado de la decisión de la Corte Suprema es que, independientemente de los hechos del caso, manifiesta de manera expresa su rechazo a la procedencia de la teoría de la imprevisión en cuanto tal, con los textos legales vigentes, como doctrina jurídica aplicable al Derecho Privado chileno. Diverso hubiese sido el caso en que rechazase su aplicación en virtud de no concurrir alguno de los requisitos usualmente establecidos para que tenga lugar; pero es claro que plantea su doctrina en términos abstractos y generales, más como una declaración de principios que como algo sujeto al contexto del caso particular. En definitiva, su decisión otorga prevalencia absoluta al principio *pacta sunt servanda*, como tradicionalmente se ha entendido estaría consagrado en el artículo 1545 del *Código Civil*, norma que se convierte en la piedra de tope para la admisión de la imprevisión en el Derecho Privado chileno.

Si se entiende que la doctrina nacional está acorde en la conveniencia del reconocimiento de la imprevisión, lo planteado por el máximo tribunal chileno pudiese ser motivo suficiente para justificar una reforma legal que

<sup>31</sup> Considerando décimo de la sentencia citada. Las referencias textuales del fallo son a René ABELIUK, *Las obligaciones*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 705-706. La cuarta edición (2003) de tal obra no presenta diferencias en la materia.

introduzca expresamente la institución en el ordenamiento jurídico. Con el rechazo expreso de la Corte Suprema a la teoría de la imprevisión en cuanto tal, queda claro que el recurso a principios generales del Derecho o a la interpretación sistemática de la normativa vigente, no es suficiente para justificar en sede judicial su aplicación. En definitiva, a juicio del máximo tribunal, los textos legales vigentes son insuficientes (e, incluso, un obstáculo) para fundar la referida doctrina en el Derecho nacional.

### 3. *Jurisprudencia arbitral*

Adicionalmente, la reciente jurisprudencia arbitral entrega también antecedentes para justificar la modificación legal, en especial si tenemos en cuenta los requerimientos de la seguridad jurídica, que implica, entre otras, una razonable predictibilidad de las decisiones judiciales. Tal como se dijo con anterioridad, la falta de una regulación legal en la cual se expresen la naturaleza jurídica, requisitos y efectos de la imprevisión contractual, es lo que atenta contra una adecuada seguridad jurídica y no la situación contraria<sup>32</sup>.

Así se refleja en dos fallos arbitrales, en los cuales los demandantes alegaron básicamente las mismas circunstancias como fundamento para solicitar la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobreviviente<sup>33</sup>. El hecho invocado como imprevisible y causa de la onerosidad sobreviniente, fue la denominada crisis del gas natural, que implicó cambios estructurales en el mercado eléctrico, principalmente un aumento considerable en los costos de generación de este tipo de energía, lo que envolvía pérdidas elevadas para las generadoras en el caso de contratos suscritos con anterioridad a la fecha de inicio de la crisis<sup>34</sup>. En ambos juicios, el árbitro

<sup>32</sup> A menos, por cierto, que simplemente se opte por rechazar de plano la aplicación de la teoría en cuestión a falta de texto expreso.

<sup>33</sup> Empresa Eléctrica Guacolda S.A. c/ Empresa Minera Mantos Blancos S.A., fallo arbitral de fecha 25 de abril 2007 (en adelante Guacolda) y Gas Atacama Generación S.A. c/ Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A. y otros, fallo arbitral de fecha 24 de enero de 2008 (en adelante Gas Atacama). La acción de resolución por excesiva onerosidad sobreviniente o imprevisión contractual fue en ambos casos interpuesta en subsidio de acciones que buscaban también la resolución o terminación del contrato sobre la base de otros fundamentos legales, como el incumplimiento del contrato por obligaciones derivadas de la buena fe o por constituirse una eximente de responsabilidad basada en que el cumplimiento implicaría un grado de diligencia superior el que se obligó al momento de contratar. Ello demuestra nuevamente que debido a la incertidumbre jurídica respecto de su aplicación, las partes sólo recurrieron a la imprevisión como segunda o tercera alternativa para fundar su pretensión.

<sup>34</sup> La crisis del gas natural puede resumirse brevemente en los siguientes hechos: Chile y Argentina suscribieron en 1995 el Protocolo de Integración Gasífera entre Chile



admite que es posible acoger la teoría de la imprevisión sin necesidad de texto legal expreso que la consagre. Sin embargo, al entrar en el análisis abstracto de su naturaleza, requisitos y efectos, se producen importantes diferencias entre ambos sentenciadores, lo que en definitiva conduce a que en sólo uno de ellos se acoja la demanda.<sup>35</sup>

A modo de ejemplo, en Gas Atacama, el árbitro señala que la previsibilidad del hecho invocado como causa de la excesiva onerosidad sobrevenida (la crisis del gas natural) debe establecerse de manera objetiva, incluyendo como criterios al tipo medio de contratante, la naturaleza del contrato celebrado y los derechos y obligaciones que de él se derivan. Concluye que, considerando la naturaleza y grado técnico de las empresas involucradas,

“el acontecimiento que se invoca como imprevisible, no podía razonablemente encontrarse al margen de toda consideración o previsión por Gas Atacama” (considerando cuadragésimo primero).

Asimismo, señala que no se presenta el requisito de la excesiva onerosidad, ya que tal requerimiento no sólo la incluye para el deudor sino, también, que el contratante no afectado por la imprevisión obtenga exorbitantes beneficios con el cumplimiento de la obligación, lo cual no fue acreditado en el caso concreto (considerando cuadragésimo cuarto)<sup>36</sup>.

43

---

y Argentina en virtud del cual se liberalizó la comercialización de gas natural entre ambos países, garantizándose la eliminación de restricciones legales, reglamentarias y administrativas a la importación, exportación y transporte de este elemento. Además, se estableció el principio de la no discriminación, en el sentido de que los requerimientos chilenos de gas natural y la demanda doméstica argentina serían tratados en igualdad de condiciones. Sin embargo, debido a circunstancias políticas y económicas internas, a partir del año 2001, en distinta medida, tales acuerdos no fueron cumplidos por Argentina, produciéndose el año 2004 una severa reducción en las exportaciones a Chile. Lo anterior significó que las empresas que utilizaban gas natural para sus procesos productivos (entre ellas, las empresas generadoras de energía eléctrica) debieran recurrir a otros combustibles (principalmente carbón, *fuel oil* o diesel), produciéndose un aumento considerable en sus costos de producción. Véase Felipe BAHAMÓNDEZ Prieto, “Fallo Gasatacama: el cambio de circunstancias en los contratos. Quo vadis?”, en Arturo FERNANDOIS y Rodrigo DELAVEAU (eds.), *Sentencias destacadas 2008*, Santiago, Libertad y Desarrollo, 2009, pp. 352-354.

<sup>35</sup> Para efectos del presente trabajo, el análisis de los fallos se centrará en algunos de los postulados doctrinales esgrimidos por los árbitros, y no en el examen de los hechos de cada caso particular, ni en la relación de tales hechos con los requisitos establecidos para la aplicación de la teoría.

<sup>36</sup> Para el establecimiento de los requisitos necesarios para la aplicación de la teoría de la imprevisión, el árbitro sigue a DE LA MAZA (n. 1).



Por otra parte, en Guacolda, califica los hechos de manera muy distinta. Así, al analizar el requisito de la imprevisibilidad de la mencionada “crisis del gas natural” señala que la demandante

“no obstante contar con una adecuada asesoría técnica adecuada y un buen conocimiento del mercado energético en general, no ha podido, lógica, y racionalmente, prever las profundas alteraciones que se iban a producir en dicho mercado”.

Respecto de la excesiva onerosidad, indica:

“el precio de la electricidad... ha tenido importantes alzas, todo lo cual ha desnaturalizado las relaciones contractuales convenidas por largo tiempo”,

agregando:

“el cumplimiento irrestricto del contrato... implicaría un frontal desconocimiento de una realidad muy distinta a la existente en dicha época (la de celebración del contrato), lo que se traduciría en el quiebre de un elemento esencial de un contrato bilateral y oneroso, que es el principio de la conmutatividad” (considerando 11.3.52).

No hay referencia, como en el caso anterior, al beneficio obtenido por la contraparte con el cumplimiento excesivamente oneroso.

Además, precisa:

“la Teoría de la Imprevisión no contempla la resolución de vínculo contractual... sino que permite única y exclusivamente, efectuar las readecuaciones que se estimen necesarias a fin de mantener el principio de conmutatividad contractual”

por lo que rechaza la petición de la demandante de declarar la resolución del contrato

“teniendo en cuenta que la resolución por las circunstancias que configura la Teoría de la Imprevisión, no está considerada en nuestro sistema de derecho positivo y, por otra parte, carece de fundamentos legales explícitos” (considerando 11.3.24)<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Así, en Guacolda, el árbitro decide: “intervenir el contrato... en un alcance y sentido que resguarde al máximo la estructura general del contrato y las obligaciones y derechos

Es interesante destacar que ambos árbitros estiman que la teoría de la imprevisión cumple una función interpretativa del contrato, que tiene por finalidad que se respete la común intención de los contratantes en el cumplimiento de las obligaciones para el caso que éstas se vean afectadas por acontecimientos extraordinarios e imprevistos (considerandos cuadragésimo quinto y II.3.60 de las sentencias referidas). De esta manera, técnicamente el árbitro no modificaría el contrato aun cuando se determine la adaptación del mismo a las nuevas circunstancias, pues aquél actuaría sólo como intérprete de la voluntad de las partes, estableciendo lo que ellas hubiesen pactado de haber considerado tales condiciones.

Las contradicciones entre los fallos arbitrales referidos y las precisiones que tales decisiones contienen respecto al concepto, requisitos y efectos de la imprevisión, reflejan la necesidad de una regulación legal que dirima y aclare las incompatibilidades o vacíos doctrinales existentes en la materia. Ante la inexistencia de una normativa expresa, es legítimo que se recurra a los postulados doctrinales que resulten más convincentes para el juzgador; pero ello conlleva naturalmente el peligro de falta de seguridad jurídica a través de una jurisprudencia discordante o inconsistente.

#### 4. *Jurisprudencia administrativa*

El establecimiento de la imprevisión a través de una norma general en el *Código Civil* no sólo sería útil para evitar las contradicciones referidas o justificar su aplicación en el ámbito del Derecho Privado sino, también, en el del Derecho Público. La doctrina nacional parece estar acorde con que la teoría de la imprevisión tiene cabida en el Derecho Administrativo chileno, donde ha sido reconocida en una serie de dictámenes por la Contraloría General de la República y, además, ha sido consagrada legislativamente en el decreto N° 900, de 31 de octubre de 1996, que fijó el texto fundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Concesiones de Obras Públicas<sup>38</sup>. En general, la afirmación de que la imprevisión es reconocida y aceptada por la jurisprudencia administrativa es cierta<sup>39</sup>, pero

---

que él mismo contiene, por cuanto se tiene plena conciencia de la necesidad de respetar lo convenido en un contrato, como expresión de la seguridad jurídica que toda relación contractual debe conferir a las partes” (considerando II.3.60).

<sup>38</sup> Véase CAPRILE (n. 5) y Baltazar MORALES, “Teoría de la imprevisión”, en *Revista de Derecho*, N° 203, Concepción, enero-junio 1998, pp. 421-427

<sup>39</sup> La imprevisión ha sido aceptada en una serie de dictámenes por la Contraloría (N° 41.409 de 2 de diciembre de 2.1994, N° 35.989 de 28 de septiembre de 2001, N° 35.996 de 2 de agosto de 2005 y N° 10.624 de 6 de marzo de 2006) sobre la base de la doctrina que plantea: “aún cuando en el ámbito del Derecho Administrativo impera el principio de que en los pactos administrativos rige el elemento de riesgo o ventura, esto es, que el

el dictamen más reciente en la materia plantea serias dudas respecto de si tal reconocimiento se mantendrá en futuros casos<sup>40</sup>.

En la especie, la empresa encargada de ejecutar obras de reparación de la Ruta 0-50 (provincia del Biobío), recurrió a la Contraloría a fin de que se reconozca su derecho a ser compensada por la Dirección de Vialidad por el mayor costo que debió soportar con ocasión de la ejecución de tales obras. La empresa alegó que éstos fueron

“consecuencia del incremento inusual, imprevisible y desproporcionado que el precio del combustible experimentó durante el período de ejecución de las obras, cuyo impacto económico y financiero no alcanzó a ser recogido por la fórmula de reajuste polinómico prevista en el contrato, situación que ajena a su voluntad rompió el equilibrio de la ecuación económica del pacto”.

Particularmente, el precio del combustible experimentó un alza de 62,55% en relación con el que tenía al celebrarse el contrato, lo que según la empresa le produjo pérdidas por \$244.475.845,88. La recurrente, sobre la base de la jurisprudencia administrativa precedente, fundó su petición en la teoría de la imprevisión.

46

La Contraloría rechazó la petición, y lo más relevante para efectos de este trabajo, desestimó también la aplicación de la teoría de la imprevisión en términos generales:

“es necesario hacer presente que la teoría de la imprevisión, a que alude el interesado, no se encuentra contemplada en las normas legales y reglamentarias que rigen el contrato en estudio ni tampoco en el pliego de condiciones del mismo, motivo por el cual no corresponde, por vía administrativa, emitir un pronunciamiento respecto de la aplicación de la misma en este caso, lo que, desde luego, es sin perjuicio de lo que puedan resolver al respecto los Tribunales de Justicia”.

---

cocontratante de la Administración soporte el riesgo del cumplimiento de las obligaciones que impone la convención, tal principio no es absoluto, pues admite excepción en caso de que exista imprevisión, caso fortuito o fuerza mayor, dando derecho al obligado para que ellos sean soportados por quien hace el encargo” (Dictamen N° 10.624 de 6 de marzo de 2006). En otros dictámenes se ha rechazado la imprevisión por las circunstancias del caso particular, pero se ha reconocido su aplicabilidad a los contratos administrativos (dictámenes N° 41.183 de 15 de diciembre de 1997, N° 25.127 de 26 de mayo de 2005 y N° 31.163 de 5 de agosto de 2005). Los dictámenes se encuentran disponibles en la base de datos de la Contraloría General de la República, <http://www.contraloria.cl/appinfo/LegisJuri/DictámenesGeneralesMunicipales.nsf>, visitada el 28 de octubre de 2010.

<sup>40</sup> Dictamen N° 36.724 de fecha 6 de agosto de 2008, disponible en la base de datos referida en la nota precedente.

Agrega el dictamen:

“es útil recordar que en virtud del artículo 1545 del Código Civil, de las estipulaciones de los convenios válidamente celebrados por la Administración emanan derechos y obligaciones que deben ser estrictamente acatados por los contratantes...”

y que por tratarse de un contrato regido por normas de Derecho Público

“la autoridad administrativa se encuentra sujeta al principio de juridicidad contemplado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política y en el artículo 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado...”

y además al

“deber de dar cumplimiento a los principios de estricta sujeción a las bases, no pudiendo sino estarse a lo previsto en éstas ni modificar los pliegos de condiciones una vez que las ofertas hayan sido recibidas, y de igualdad de los oferentes, que les obliga a actuar de manera imparcial en relación a todos ellos”.

47

La referencia al Derecho Común en las consideraciones del dictamen precedente, permite argumentar que si la imprevisión hubiese estado expresamente reconocida en el *Código Civil*, el resultado del proceso administrativo antes referido pudo haber sido distinto. De esta manera, la consagración legal de la imprevisión serviría, asimismo, para disipar las dudas sobre su aplicación en materia de Derecho Administrativo y dar, por tanto, mayor seguridad jurídica y protección al contratante particular frente a la administración del Estado.

Finalmente, y sólo para efectos de contextualizar la posición aquí planteada, es necesario señalar que la regulación legal de la imprevisión no debe ser un ejercicio aislado, sino que debe formar parte de una reforma general a nuestro *Código Civil* en materia de obligaciones y contratos que tenga por objetivo actualizar y adecuar tal normativa, incorporando las diversas soluciones jurisprudenciales y doctrinarias que durante sus más de ciento cincuenta años de vigencia han ido modelando su articulado<sup>41</sup>. Así, sólo a

<sup>41</sup> La experiencia comparada demuestra que la admisión de la excesiva onerosidad se ha insertado en la mayoría de los casos dentro de reformas generales de los *Códigos Civiles* o del Derecho de los Contratos (Italia 1942, Argentina 1968, Holanda 1992, Alemania 2002, Brasil 2002).

modo de ejemplo, la consagración general y expresa del principio de buena fe, la regulación de la etapa precontractual en general y de la formación del consentimiento en particular, las cláusulas abusivas, la terminación unilateral del contrato, el tratamiento orgánico de los efectos de las obligaciones, la unificación de las obligaciones civiles y comerciales son todas materias que exigen ser incorporadas o reformuladas a través de una revisión legislativa profunda del libro IV de nuestro *Código Civil*. La cuestión excede con creces los límites y objetivos de este trabajo, pero es de esencial importancia si se quiere que nuestra legislación recobre vigencia e influencia, tal como lo hizo el *Código Civil* en las primeras décadas que siguieron a su promulgación<sup>42</sup>.

### III. EL CONCEPTO DE IMPREVISIÓN

Planteadas la hipótesis de la necesidad de regulación legal de la materia en estudio, su consagración positiva requiere, en primer lugar, una adecuada definición de lo que se entiende por imprevisión. La doctrina chilena en general ha conceptualizado la imprevisión desde el punto de vista de la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación del deudor que es afectado por los acontecimientos extraordinarios. Así, Lorenzo De la Maza alude a que la obligación se haga más difícil u onerosa, y René Abeliuk la define como:

“la facultad del deudor de solicitar la resolución o revisión del contrato de ejecución postergada cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes ha transformado su obligación en exageradamente onerosa”<sup>43</sup>.

Desde una perspectiva más general, Daniel Peñailillo señala que es:

“una causal de modificación y aún de extinción de las obligaciones que se produce cuando, pendiente la prestación, su valor es notablemente alterado por un hecho normalmente imprevisible al tiempo de contraerse”<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Para un análisis más detallado de las distintas opiniones respecto de la conveniencia de la reforma del *Código Civil*, véase Alejandro GUZMÁN BRITO (editor científico), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, LexisNexis, 2007.

<sup>43</sup> DE LA MAZA (n. 1); ABELIUK (n. 5), p. 756. En el mismo sentido, Juan Carlos DÖRR, “Notas acerca de la teoría de la imprevisión”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. v, N° 12, Santiago, 1985, p. 253, quien se refiere a la situación en que: “la prestación debida, sin que se torne imposible absolutamente, se transforme en excesiva e injustamente onerosa para una de las partes”.

<sup>44</sup> PEÑAILILLO (n. 5), p. 221.

La conceptualización tradicional tiene su origen en la distinción que se efectúa entre la imprevisión y el caso fortuito, en relación con las consecuencias que los acontecimientos imprevisibles tienen sobre la obligación del deudor: en el primer caso, el cumplimiento de la obligación se torna excesivamente oneroso o dificultoso; mientras que en el segundo el cumplimiento se vuelve imposible. Sin embargo, el concepto ha evolucionado en el sentido de que actualmente la excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación del deudor es sólo una de las facetas de la doctrina de la imprevisión, ya que también puede configurarse desde el punto de vista del acreedor, en el caso de que el valor o la utilidad de la prestación que tiene derecho a exigir haya disminuido de manera significativa. En esta situación, la prestación del deudor es perfectamente posible de cumplir en los términos estipulados y no se ha tornado enormemente gravosa, pero tal cumplimiento ha perdido de modo completo su razón de ser para el acreedor, que, a su vez, se mantiene obligado a ejecutar la contraprestación. Es evidente que en este último caso sólo puede presentarse respecto de contratos bilaterales, y es conocido en Derecho Comparado como *frustration of purpose*, frustración del fin del contrato o, simplemente, frustración del contrato.

De acuerdo con lo anterior, para efectos de sistematización, pueden distinguirse las siguientes situaciones:

- a) El cumplimiento de la obligación ha devenido en excesivamente oneroso, esto es, los costos de la ejecución de la prestación han aumentado de manera considerable en comparación a los previstos a la fecha de celebración del contrato. Ésta es la situación que siempre se incluye en el concepto de imprevisión y el afectado por ella es el deudor (puede tratarse, por tanto, de un contrato bilateral, unilateral o, incluso, un acto jurídico unilateral que genere obligaciones);
- b) La contraprestación se ha desvalorizado ostensiblemente, ya sea porque la moneda en la cual se ha fijado el precio ha perdido valor adquisitivo (el afectado es el vendedor, que recibirá un precio que efectivamente no representa el valor de los bienes al momento del pago) o porque el precio de mercado del bien, objeto del contrato, ha disminuido considerablemente (el afectado será el comprador, ya que al momento de cumplirse el contrato está pagando un precio mayor, en términos relativos, al valor que los bienes tienen en el mercado). En ambos casos, el afectado por la imprevisión es el acreedor, quien como se dijo (pues se trata de un contrato bilateral) se mantiene, a su vez, obligado a cumplir su propia prestación;
- c) El cumplimiento de la contraprestación ya no satisface el fin previsto por las partes al momento de contratar, es decir, la ejecución

del contrato en sí ha perdido sentido para el acreedor. Al igual que en el caso anterior, el afectado es el acreedor, que se mantiene obligado a cumplir su propia prestación a cambio de una que ya no le reporta ningún beneficio. Así, por ejemplo, sucedería en el caso de un importador que ya no puede comercializar los bienes adquiridos en el extranjero por una prohibición administrativa posterior a la celebración del contrato, o de quien ha arrendado un departamento con vista privilegiada para presenciar una ceremonia que posteriormente es cancelada<sup>45</sup>.

En el caso de contratos bilaterales onerosos conmutativos, las tres situaciones descritas presentan la característica común de que se produce un desequilibrio grave y sobreviniente entre las prestaciones recíprocas, terminándose, entonces, la equivalencia entre ellas. Esta pérdida de conmutatividad justifica la inclusión de las situaciones referidas como supuestos de imprevisión. Desde este punto de vista, teóricamente se puede sostener que los tres casos son de onerosidad excesiva, ya que una de las prestaciones ha adquirido un valor desmesurado (aun cuando en términos nominales ello no sea así) en relación con la otra. Hay, entonces, una excesiva onerosidad (aunque ello no signifique aumento de costos o de dificultad en la ejecución) para quien debe cumplir su prestación a cambio de una que ha disminuido notablemente su valor o que ya no le reporta beneficio alguno. La buena fe en el cumplimiento también se ve afectada: se exige ejecutar una obligación a sabiendas que ello conlleva perjuicios importantes a la contraparte o, bien, a cambio de una prestación respecto de la cual ésta ha perdido legítimamente todo interés.

La falta de la distinción entre las situaciones antes descritas ha derivado en importantes discusiones doctrinales y contradicciones jurisprudenciales en países como Italia y Argentina, donde las normas respectivas sólo se refieren a la onerosidad excesiva como causal de aplicación. Sin embargo, la mayoría de la doctrina de tales países y, en definitiva, también la jurisprudencia, ha aceptado incluir las hipótesis de desvalorización de la contraprestación dentro de la normativa legal sobre imprevisión. Incluso, para los casos en que la ejecución del contrato ha perdido todo sentido o interés para el acreedor, la jurisprudencia italiana ha desarrollado la denominada teoría de la *presupposizione*, basada en los planteamientos alemanes del supuesto o presuposición contractual y de la desaparición de la base del negocio, de Windscheid y Oertmann, principalmente, en virtud de la cual, el contrato puede ser dejado sin efecto cuando el fundamento del negocio o el presupuesto común compartido por ambas partes, en cuya

---

<sup>45</sup> El último ejemplo, tomado de los denominados *coronation cases* llevó al desarrollo en el *Common Law* inglés de la doctrina denominada *frustration of purpose*.

existencia y mantención se ha basado el consentimiento, deja de existir por una causa externa a ellas<sup>46</sup>.

Por el contrario, las codificaciones modernas, como la holandesa y la alemana, se refieren en general a un cambio sobreviniente de circunstancias que, de haber sido previsto por los contratantes, hubiese tenido como consecuencia que no hubiesen celebrado el contrato o lo hubiesen hecho en términos sustancialmente diferentes. El supuesto contemplado en tales normas es lo bastante amplio para incluir en ellas todas las situaciones antes descritas.

De esta manera, metodológicamente y para efectos de mayor claridad al momento de su utilización práctica, es preferible que una eventual normativa sobre la imprevisión contemple de forma expresa la distinción entre la excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación y la disminución significativa del valor de aquélla que se recibe (el que debe entenderse que incluye, a su vez, los supuestos de desvalorización propiamente tal y de pérdida de interés del acreedor en el cumplimiento), contemplando ambas situaciones como hipótesis de aplicación de la teoría de la imprevisión.

Así lo hacen tanto los PECL, el DCFR como los Principios UNIDROIT. De este modo, al definir *hardship* o excesiva onerosidad, los Principios UNIDROIT señalan en su artículo 6.2.2:

“Hay ‘excesiva onerosidad’ (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido”.

Los términos de la norma son reproducidos con escasas variaciones en los artículos 6:111 de los PECL y III.- 1:110 del DCFR. Los comentarios oficiales a los Principios UNIDROIT agregan dos consideraciones con las cuales se concuerda plenamente: la disminución de valor debe ser susceptible de una evaluación objetiva, no bastando la mera apreciación subjetiva del acreedor en cuanto al valor o utilidad de la contraprestación. Y, además, en el caso de que se alegue la pérdida de interés o la frustración del fin del contrato para el acreedor, tal finalidad o propósito debe haber sido conocido, o no pudo menos que haber sido conocido, en virtud de las circunstancias específicas, por la contraparte<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Rossana PENNAZIO, “La presupposizione tra sopravvenienza ed equilibrio contrattuale”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 60, N° 2, Milano, 2006, pp. 673-692.

<sup>47</sup> Principios UNIDROIT, comentario 3.b al artículo 6.2.2



Por último, cabe hacer referencia a una situación que se ha denominado *imprevisión inversa*, cual es el caso en que el acontecimiento imprevisible provoca un notable enriquecimiento a una de las partes. En la doctrina chilena, la situación es planteada por Daniel Peñailillo, quien la ilustra mediante dos ejemplos: en el primero, el hecho sobreviniente encarece el valor de adquisición de la cosa objeto del contrato y en el segundo, se produce una disminución del valor de dicha prestación. Concluye el autor que en estas situaciones la doctrina de la *imprevisión* debe ser aplicada, con lo cual se concuerda<sup>48</sup>. Sin embargo, se estima que los ejemplos planteados sólo representan casos cubiertos por la hipótesis de excesiva onerosidad (el primero) y por la disminución del valor de la contraprestación (el segundo), tal como fueron analizados precedentemente. Como se indicó, ellos deben quedar regidos por una eventual normativa legal.

Para ilustrar una situación de *imprevisión inversa* según el concepto entregado por Daniel Peñailillo, parece mejor plantear otro ejemplo: celebrado un contrato de promesa de compraventa sobre un inmueble, acontecimientos sobrevinientes e imprevisibles para las partes hacen que el valor comercial del bien raíz aumente de forma ostensible en relación con el precio que las partes establecieron en la promesa. En esta situación, el promitente comprador podrá obtener en el futuro un precio sustancialmente superior al establecido originalmente, produciéndose para él un beneficio importante. Respecto del promitente vendedor, su prestación no ha devenido en más onerosa (no hay aumento de costos en el cumplimiento) ni tampoco el dinero que recibe por el inmueble ha perdido valor adquisitivo. Sólo en términos relativos, el vendedor ha “dejado de ganar” la diferencia de precio que hubiese obtenido al vender el bien en las condiciones de mercado posteriores a la celebración del contrato original.

La situación recién planteada no justifica la aplicación de la *imprevisión*. Es evidente que en los contratos bilaterales, el enriquecimiento de una de las partes puede significar (al menos en términos relativos) el empobrecimiento de la otra, pero tal circunstancia, aun cuando implique una variación sustancial, no puede dar lugar siempre al ejercicio de esta teoría. Salvo el desequilibrio entre las contraprestaciones, no parecen adecuados para este caso los demás fundamentos que justifican su aplicación, en especial la protección de la buena fe en el cumplimiento del contrato. Al no existir un detrimento material cierto para el deudor (la pérdida de beneficios es sólo hipotética), ni tampoco significarle el cumplimiento un esfuerzo desmedido en cuanto a lo originalmente pactado, o recibir una contraprestación que no le es conveniente, la utilización de la *imprevisión* no se justifica<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> PEÑAILILLO (n. 5), pp. 228-230.

<sup>49</sup> Podría pensarse que el caso en que el precio de los bienes objeto del contrato haya disminuido ostensiblemente, sería similar al planteado. Pero la diferencia en el perjuicio

#### IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMATIVA QUE REGULE LA IMPREVISIÓN

Efectuada la definición de la imprevisión contractual, el paso siguiente es analizar la naturaleza jurídica que su regulación debería poseer. En concreto, su carácter de regla de excepción y si debe tratarse de una norma imperativa y, por lo tanto, irrenunciable o, bien, sólo dispositiva, esto es, que las partes puedan excluir de su relación particular.

##### 1. *Carácter excepcional*

En primer lugar, no es discutido que la normativa que regule la imprevisión contractual debe constituir una excepción al principio general de la fuerza obligatoria del contrato. Es conveniente que tal principio se mantenga de manera expresa y como la regla general, pero no absoluta. Que la normativa sobre imprevisión tenga naturaleza excepcional implica una serie de consecuencias ampliamente conocidas: su interpretación será restrictiva, no se presumirá y, por tanto, deberá ser alegada por la parte interesada, sobre la cual recae consecuentemente el peso de la prueba. Lo anterior, empero, no debe significar que la imprevisión se torne inaplicable en la práctica, por lo que los tribunales deberán buscar el justo equilibrio entre la prevalencia del principio general (la fuerza obligatoria del contrato) y la aplicación de la excepción (imprevisión) a un caso concreto.

La totalidad de los ordenamientos jurídicos que contemplan normas expresas sobre la imprevisión, la consagran como excepción al principio general de la fuerza obligatoria del contrato o *pacta sunt servanda*. Sólo a modo de ejemplo, los *Códigos* italiano y argentino establecen normas muy similares a nuestro artículo 1545, otorgando fuerza de ley al contrato entre las partes, lo cual no fue obstáculo para que reconocieran también formalmente a la excesiva onerosidad sobreviniente como causal excepcional de extinción o modificación de los contratos<sup>50</sup>.

---

cierto que sufre el comprador en ese caso, se aprecia si pensamos en la situación en que tal comprador sea un comerciante, que a su vez revenderá los bienes adquiridos. En ese caso, el comprador sufre un perjuicio real importante (la diferencia entre el precio que pagó por los bienes y lo que recibirá a cambio de ellos en posteriores transacciones).

<sup>50</sup> El artículo 1372 del *Código Civil* italiano dispone: “El contrato tiene fuerza de ley entre las partes. No puede ser dejado sin efecto sino por mutuo consentimiento o por causas autorizadas por la ley”, y el artículo 1197 del *Código Civil* argentino establece: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

## 2. *Carácter imperativo e irrenunciable*

En cuanto a si debe tratarse de una norma imperativa o dispositiva, parece preferible que se establezca expresamente su carácter de irrenunciable por las partes. Así, desde un punto de vista práctico, permitir la renuncia a invocar la imprevisión contractual transformaría tal estipulación en una cláusula de estilo, que haría ilusoria su aplicación en el hecho.

Asimismo, se puede agregar que, siendo la buena fe uno de sus principales fundamentos, ello la hace participar del carácter indisponible que tiene tal principio y los deberes que de él se derivan para los contratantes. Parece contradictorio establecer, por una parte, que los éstos no pueden sustraerse de la obligación de actuar de buena fe y, por otra, que esta exclusión es posible respecto de los deberes específicos de conducta que son consecuencia de tal obligación. Lo anterior implicaría vaciar de contenido al principio general de buena fe y restarle toda aplicación práctica.

Existe también un argumento lógico que hace que una renuncia amplia a invocar la imprevisión contractual no pueda tener efectos absolutos. Cuando las partes renuncian en términos generales a apelar a la teoría de imprevisión, ello equivale a decir que asumen los riesgos (y, por tanto, la responsabilidad) derivados de todo acontecimiento tanto previsible como imprevisible que afecte la ejecución de prestación. Pero, ¿cómo podrían asumir el riesgo de un acontecimiento imprevisible si por definición para ello debieron habérselo representado? Si se asume un riesgo o, lo que es lo mismo, si se renuncia a los efectos que un determinado evento ha de tener en el cumplimiento de la obligación, ello necesariamente implica la representación de ese riesgo por la parte que lo asume (o renuncia). De esta manera, no es posible renunciar a invocar la imprevisión ni asumir la responsabilidad por hechos imprevisibles *en términos generales o absolutos*, sino sólo respecto de hechos o acontecimientos precisos y determinados. En otras palabras, la renuncia general a la imprevisión (o lo que es lo mismo, la asunción de todos los riesgos que puedan afectar el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes), no surte efectos respecto de aquellos eventos que con posterioridad a ella se demuestren imprevisibles, ya que las partes, por lógica consecuencia (no puede desistirse de algo cuya existencia se ignora) no pudieron incluirlos en su dimisión o aceptación de riesgos<sup>51</sup>.

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, existe un argumento que puede esgrimirse en contra de la irrenunciabilidad de la imprevisión

<sup>51</sup> Cfr. MOSSET ITURRASPE (n. 17), p. 295, quien señala que no es susceptible de ser asumido un riesgo que no pudo conocerse o anticiparse y que sostener lo contrario, equivale a admitir la ficción que se puede prever lo imprevisible.

y del cual vale la pena hacerse cargo. Dicho argumento se basa en la posibilidad de que tienen las partes de asumir el caso fortuito. Al efecto, nuestra doctrina señala que sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, el carácter dispositivo del artículo 1547 del *Código Civil* –que establece los grados de culpa de los cuales responde el deudor– y lo dispuesto en el artículo 1673 del mismo *Código* –que hace responsable al deudor de la pérdida de la cosa debida “si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito”– la asunción del caso fortuito es una cláusula perfectamente lícita que agrava la responsabilidad del deudor<sup>52</sup>. La única limitación a esta estipulación sería la condonación del dolo futuro, ya sea que provenga de alguna de las partes o de la actuación de un tercero<sup>53</sup>. Esta restricción, por cierto, no se circunscribe sólo a las cláusulas sobre asunción del caso fortuito, sino que es aplicable a toda disposición convencional, incluyendo las de renuncia a invocar la imprevisión.

Basado en lo anterior, es sustentable la tesis que plantea que si el deudor puede, de manera legítima, asumir la responsabilidad por el cumplimiento en caso que éste se torne imposible por un evento que obste de forma absoluta a ello, con mayor razón puede asumir la responsabilidad de una ejecución que se torna *sólo* en exceso onerosa o dificultosa (pero no imposible). Sin embargo, es sensato estimar aplicable a la renuncia al caso fortuito las mismas limitaciones señaladas al tratar aquella general a invocar la imprevisión contractual: es lógicamente imposible asumir lo imprevisible, de manera que cuando el deudor asume el caso fortuito, debe entenderse que se refiere a aquellos eventos que razonablemente pueden preverse y anticiparse<sup>54</sup>. Por otra parte, un análisis cuidadoso del principal texto (art. 1673 del *Código Civil*) esgrimido para sustentar la licitud de la asunción del caso fortuito del deudor, lleva a la conclusión de que el legislador quiso restringir tal supuesto a un caso particular de extinción de las obligaciones de dar, cual es, la pérdida de la cosa debida. No existe en el *Código* una norma general que permita al deudor constituirse en responsable de todo caso fortuito, lo cual parece razonable en virtud de los argumentos expuestos para sustentar la naturaleza imperativa de las normas que regulan la imprevisión. De esta manera, aun estimándose procedente la renuncia al caso fortuito (o su asunción), ello sólo tendría

<sup>52</sup> ABELIUK (n. 5), p. 750.

<sup>53</sup> Véase Fabián ELORRIAGA DE BONIS, “Las dos hipótesis de objeto ilícito contenidas en el artículo 1465 del *Código Civil*”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12, Santiago, julio 2009, pp. 135-166. En el caso que la actuación dolosa provenga de una de las partes, técnicamente no hay caso fortuito.

<sup>54</sup> Alejandro BORDA, “Influencia de las medidas económicas del año 2002 sobre las relaciones contractuales entre particulares”, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 2, Buenos Aires, 10 de abril de 2002, p. 3.

valor absoluto para los casos de pérdida de la especie o cuerpo cierto que se debe; pero no cabe hacerlo extensivo a otro tipo de prestaciones.

En este sentido, la doctrina comparada ha sostenido que la exclusión general y absoluta del caso fortuito como causal de exención de responsabilidad del deudor sería nula porque se opone al principio de buena fe que debe regir durante todo el íter contractual<sup>55</sup>. Asimismo, se afirma que las cláusulas de fuerza mayor están siempre sujetas a los límites de la libertad contractual, de manera que no pueden ser manifiestamente irrazonables de acuerdo con los parámetros de la buena fe y la equidad, que deben primar en la interpretación de la cláusula y del contrato en general, dentro del contexto en el cual fue celebrado<sup>56</sup>. Así, una cláusula que pusiera todos los riesgos del contrato a cargo de una sola de las partes, podría ser considerada manifiestamente irrazonable y contraria a la buena fe.

Al respecto, es interesante destacar la versión revisada de los PECL propuesta por la Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique y la Société de Législation Comparée, que incluye expresamente una norma que limita la libertad de las partes respecto de las cláusulas de distribución de riesgos. El artículo 7:102 de la propuesta establece:

56

“una cláusula que coloca la mayor parte de los riesgos de un cambio de circunstancias sobre una de las partes es válida sólo cuando no acarrea consecuencias irrazonables para dicha parte”.

El fundamento de la norma propuesta es justamente evitar que las partes puedan eludir, mediante cláusulas contractuales, la reglamentación establecida para los casos de imprevisión<sup>57</sup>.

Por otra parte, tal como se señaló, la asunción anticipada de los riesgos derivados de acontecimientos determinados de forma expresa, es perfectamente válida y no merece objeciones. En este caso, se trata de un hecho particular que las partes previeron y respecto del cual se estableció

<sup>55</sup> Catherine KESSEDJIAN, “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”, in *International Review of Law and Economics*, N° 25, New York, 2005, p. 426, refiriéndose al caso francés.

<sup>56</sup> Peter J.M. DECLERCQ, “Modern Analysis of the Legal Effect of force Majeure Clauses in Situations of Commercial Impracticability”, in *Journal of Law and Commerce*, N° 15, Pittsburgh, 1995-1996, p. 231. El autor funda su argumentación en la sección 1-102(3) del *UCC*, que establece que sus normas son dispositivas, excepto en lo relativo a las obligaciones de buena fe, diligencia, razonabilidad y cuidado, respecto de las cuales las partes pueden establecer los parámetros para su cumplimiento siempre que éstos no sean manifiestamente irrazonables.

<sup>57</sup> Véase Bénédicte FAUVARQUE-COSSON and Denis MAZEAUD (eds.), *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Models Rules*, Munich, Sellier, 2008.

convencionalmente una distribución de los riesgos que pudieran derivarse de su acaecimiento. Sin embargo, debe exigirse que dicha asunción sea efectuada de manera explícita por el deudor, sin perjuicio de la división de riesgos que se derive inequívocamente de la naturaleza del contrato de que se trate o de las circunstancias del caso particular. Además, la interpretación de tales cláusulas debe ser estricta, sin buscar extender de modo analógico su alcance a hechos no incluidos manifiestamente en ellas. Asimismo, el que las partes incorporen un determinado evento no implica de manera necesaria que *todas* las consecuencias del acontecimiento extraordinario se encuentren comprendidas en la asunción de riesgos. Así, si bien las partes pueden haberse vislumbrado la ocurrencia del evento en general (por ejemplo, una guerra, la inflación) y aceptado los riesgos derivados de tales eventos, tal asunción no puede llevarse más allá de lo que razonablemente pudieron representarse en cuanto a sus consecuencias e intensidad, según las circunstancias del caso particular. En otras palabras, el examen de previsibilidad debe aplicarse no sólo respecto del hecho en sí mismo sino, también, de sus efectos o magnitud. Así, por ejemplo, una guerra puede adquirir proporciones o prolongarse mucho más de lo esperado, o un cambio imprevisto de política económica puede transformar un proceso inflacionario normal en una hiperinflación<sup>58</sup>. La norma contenida en el DCFR adopta expresamente esta tendencia, pues exige como uno de los requisitos para que proceda la imprevisión el que el deudor no haya previsto ni haya podido razonablemente haber previsto, la posibilidad o magnitud (*scale*) del cambio de circunstancias (artículo III.- 1:110). Es decir, aun cuando la modificación de los acontecimientos haya sido susceptible de ser anticipada por la parte afectada, si la intensidad de la misma escapa a parámetros de previsibilidad razonables y se cumplen los demás requisitos exigidos, el deudor está facultado para solicitar la revisión del contrato.

Por último, nada impide que la parte afectada por la excesiva onerosidad renuncie con posterioridad a su acaecimiento a invocar la teoría de la imprevisión. En este caso, la dimisión puede ser expresa o tácita. El caso más típico de renuncia tácita será el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Esta situación está relacionada (y puede confundirse) con el requisito mismo de la excesiva onerosidad, ya que es lógico concluir que si el deudor cumplió con su obligación y no alegó en su oportunidad la doctrina de la imprevisión, en definitiva, la prestación no había devenido en exceso onerosa, en los términos requeridos para que la imprevisión resulte aplicable.

<sup>58</sup> La jurisprudencia italiana ha acogido la imprevisión en estos casos, véase Rodolfo SACCO e Giorgio DE NOVA, *Il Contratto*, Torino, UTET, 2004, pp. 996 y 997.

En Derecho Comparado, la legislación holandesa e italiana, así como los Principios UNIDROIT y los PECL, establecen el derecho a invocar la imprevisión contractual como irrenunciable para las partes. En Argentina la materia es discutida en doctrina y jurisprudencia, la cual, en todo caso, ha fallado que tales cláusulas deben interpretarse restringidamente<sup>59</sup>.

En cuanto a la legislación vigente en Chile, al menos en materia de Derecho del Consumo, puede sostenerse que la renuncia anticipada del consumidor a alegar la imprevisión se considera como una cláusula abusiva que no produce efecto alguno en caso de contratos de adhesión, por estar comprendida en la letra g) del artículo 16 de la ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, ya que tal renuncia causa “en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato” y es contraria a las exigencias de la buena fe. En efecto, si se establece que el consumidor no puede alegar la revisión o terminación del contrato cuando circunstancias sobrevinientes e imprevisibles hacen que su prestación se torne excesivamente onerosa, el equilibrio económico del contrato –ya precario cuando se trata de relaciones de consumo– se ve por completo distorsionado y se produce, entonces, la situación de desequilibrio a que hace referencia la norma<sup>60</sup>.

## V. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA

Tradicionalmente, la doctrina de la imprevisión se ha circunscrito a los contratos bilaterales onerosos conmutativos con obligaciones de ejecución duradera (continuada o a tractos) pendientes<sup>61</sup>. Las razones para esta delimitación pueden reducirse a dos: gran parte de la fundamentación teórica de la imprevisión está basada en la mantención de la equivalencia de las contraprestaciones (lo que implica restringir su alcance a los contratos bilaterales onerosos conmutativos); a lo cual se une la argumentación que plantea que el hecho de extenderse la ejecución del contrato en el tiempo es un factor que impide a las partes representarse con exactitud las contingencias a que puede estar sometida su relación (lo que supone restringir la doctrina a los contratos de ejecución duradera).

<sup>59</sup> Véase CORNET (n. 15), quien agrega que la renuncia no es posible en los contratos de consumo ya que se trataría de una cláusula abusiva (artículo 32 de la ley N° 24.240).

<sup>60</sup> Hay que recordar que parte importante de la doctrina entiende que en el caso de contratos bilaterales onerosos conmutativos (los únicos en los cuales se puede hablar de equilibrio entre las contraprestaciones), el equilibrio que constituye el sinalagma del contrato no debe estar presente únicamente al momento de la celebración del contrato, sino que debe mantenerse durante su ejecución.

<sup>61</sup> PEÑAILILLO (n. 5), p. 230; CAPRILE (n. 5), p. 154.



Sin embargo, la doctrina e, incluso, las codificaciones modernas han extendido el ámbito de aplicación de la imprevisión más allá de los tipos de contratos señalados precedentemente. Así, los *Códigos Civiles* italiano y argentino incluyen de manera expresa a los contratos unilaterales onerosos (arts. 1468 y 1198, respectivamente). Por su parte, en los *Códigos* holandés y alemán la excesiva onerosidad está regulada en la parte general del Derecho de los Contratos y los artículos que la contemplan no hacen referencia a ningún tipo contractual en particular<sup>62</sup>. Lo mismo sucede en instrumentos de codificación internacional como los Principios UNIDROIT y los PECL.

Así, no se ve razón para excluir a los contratos unilaterales, ya sean onerosos o gratuitos. Parece de toda lógica proteger al deudor gratuito (que no recibe nada a cambio de su prestación), tanto como al oneroso (beneficiado por la prestación recíproca)<sup>63</sup>. A modo de ejemplo, el *Código Civil* francés contiene reglas específicas que facultan al beneficiario de una liberalidad gravada con una carga para pedir la revisión de tales cargas en caso de imprevisión<sup>64</sup>. Respecto de los contratos aleatorios, su propia naturaleza implica que en su mayoría se excluyan del ámbito de aplicación de la teoría, ya que en ellos las partes han asumido el riesgo propio de la contingencia incierta de ganancia o pérdida (artículo 1441 del *Código Civil*). Sin embargo, la regla no es absoluta, pues tal como lo señala el artículo 1198 del *Código Civil* argentino podrá admitirse la imprevisión “cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato”<sup>65</sup>. Asimismo, en Francia la legislación especial admite la revisión de la prima fijada en contratos de seguro, en casos de agravación o disminución de los riesgos que se tuvieron en cuenta al momento de fijarla<sup>66</sup>. Una regla similar contienen los artículos 1897 y 1898 del *Código Civil* italiano.

De la misma manera, si bien por naturaleza la imprevisión se relaciona con contratos cuyas obligaciones se ejecutan continuadamente o a tractos durante un espacio prolongado de tiempo, no hay argumento lógico para excluir a aquéllos de ejecución instantánea en que el cumplimiento de la

<sup>62</sup> Artículos 6:258 del *Código Civil* holandés y 313 del *BGB*.

<sup>63</sup> PEÑAILLO (n. 5), p. 230.

<sup>64</sup> Artículos 900-2 a 900-8.

<sup>65</sup> Al efecto, el *Código Civil* italiano los excluye expresamente (artículo 1469). En Francia, Marcel Planiol, Georges Ripert y René Demogue se manifiestan en contra de la aplicación de la teoría a los contratos aleatorios, véase Jacques GHESTIN et Marc BILLIAU, *Le prix dans les contrats de longue durée*, Paris, LGDJ, 1990, p. 111. El autor agrega que la imprevisión quedará siempre excluida en casos de contratos puramente especulativos, como las transacciones bursátiles.

<sup>66</sup> Artículo 113-4 del *Código de los Seguros* (*Code des assurances*).



prestación se ha diferido. Independientemente de los términos establecidos de modo formal en el contrato, lo relevante en esta materia es que la ejecución del contrato se prolongue lo suficiente para que el equilibrio de las contraprestaciones, el cumplimiento de la obligación (en caso de contratos unilaterales) o el fin perseguido por las partes con el contrato sea alterado de manera significativa por las circunstancias imprevistas<sup>67</sup>. En definitiva,

“no se ve obstáculo para aplicarla también a las obligaciones de ejecución instantánea, siempre que el cumplimiento esté pendiente por causa no imputable al deudor y entretanto sobreviene un acontecimiento extraordinario imprevisible que torna excesivamente gravosa la obligación”<sup>68</sup>.

En cuanto a la extensión del ámbito de aplicación de la imprevisión a obligaciones que tengan su origen en fuentes distintas al contrato, se ha señalado que no hay razón para excluirlas y se propone, por tanto, su uso en todo tipo de obligación “cualquiera sea su fuente y cualquiera sea su forma de ejecución, sólo que han de estar pendientes sin culpa del deudor”<sup>69</sup>. Al menos en el caso de obligaciones derivadas de actos jurídicos unilaterales, esta afirmación puede considerarse correcta. En Italia, por ejemplo, se ha aceptado la aplicación de la doctrina de la excesiva onerosidad a ofertas irrevocables sujetas a un plazo, cuando antes de su aceptación circunstancias extraordinarias e imprevisibles han transformado los términos de la oferta de tal manera que, en caso de aceptación, el cumplimiento del contrato sería excesivamente gravoso para el promitente<sup>70</sup>. En el mismo sentido, la norma contenida en el DCFR señala expresamente que es aplicable tanto a obligaciones derivadas del contrato como a actos jurídicos unilaterales.

Sin embargo, para el caso de obligaciones derivadas de la ley o de hechos ilícitos la situación es menos clara. Así, el fundamento de la protección de la buena fe se diluye respecto del responsable de un delito o cuasidelito, situación en la cual tampoco puede recurrirse al equilibrio entre las prestaciones y, al contrario, la víctima tiene derecho a la reparación integral del daño, independiente que tal reparación pueda considerarse excesivamente onerosa para el agente. Por otra parte, si se trata de proteger a la víctima,

<sup>67</sup> GHESTIN ET BILLIAU (n. 65), p. 9.

<sup>68</sup> PEÑAILILLO (n. 5), p. 231.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> Denis-M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle. Etude de droit français, belge, allemand, italien, suisse et néerlandais*, Bruxelles, Centre Interuniversitaire de Droit Comparé, 1986, p. 416.

la reajustabilidad de la indemnización hasta la fecha de su pago efectivo es mecanismo suficiente. Lo mismo puede decirse de las obligaciones cuya fuente es la ley, que, incluso, en algunos casos, como respecto de la obligación de alimentos, establece mecanismos especiales de ajuste de las prestaciones ante cambios sobrevinientes de circunstancias<sup>71</sup>.

En resumen, se estima que el ámbito de aplicación de la teoría debe ampliarse más allá de lo que tradicionalmente se ha entendido –contratos bilaterales onerosos conmutativos y de ejecución duradera–, incluyendo a todas las obligaciones cuya fuente sea el contrato o la manifestación de voluntad unilateral del deudor, pero sin incorporar obligaciones derivadas de otras fuentes capaces de generar obligaciones.

## VI. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha pretendido demostrar la necesidad y conveniencia de regular expresamente la denominada teoría de la imprevisión a través de la introducción de una norma general en el *Código Civil*. Sin perjuicio de los demás argumentos señalados, el fundamento esencial para tal afirmación (paradójicamente el mismo que se utiliza por quienes sostienen la doctrina contraria) es la seguridad jurídica, reflejada en una adecuada predictibilidad de las decisiones judiciales, que permita a las partes tener una certeza mayor en cuanto al eventual destino y alcance de las acciones que se interpongan en la materia. El análisis de la jurisprudencia judicial, arbitral y administrativa demuestra de forma clara la necesidad de un texto expreso que se haga cargo de determinar, de manera definitiva, la procedencia de la imprevisión en nuestro ordenamiento, junto con establecer su naturaleza jurídica, campo de aplicación, requisitos y efectos.

Particularmente, además, se han analizado aspectos esenciales de tal regulación: el concepto mismo de imprevisión, sosteniéndose la necesidad de ampliarlo a supuestos de desvalorización significativa de la contraprestación y de frustración del fin del contrato; la naturaleza jurídica de la normativa, la cual debe tener un carácter excepcional e irrenunciable para

<sup>71</sup> A modo de ejemplo, véase el inciso primero del artículo 332 del *Código Civil*. Debe admitirse que en el caso de obligaciones derivadas de la ley, una aplicación estricta del principio nominalista puede significar serios problemas de desvalorización de la prestación para el acreedor. Así sucedió, por ejemplo, en Guzmán c/ Ferrocarriles del Estado, donde la Corte Suprema confirmó un fallo de segunda instancia que rechazó la revisión judicial del monto de una pensión que se había desvalorizado en un 99,4% en relación a la fecha en que fue conferida. (*RDJ.*, tomo 60, Santiago, 1960, sección primera, p. 407). Sin embargo, hoy esa situación parece no presentarse, ya que la mayoría de las obligaciones de origen legal contemplan mecanismos de reajustabilidad.

las partes; y el ámbito de aplicación de la misma, que debe extenderse no sólo a los contratos onerosos conmutativos con obligaciones de ejecución duradera pendientes, sino a todo tipo de contratos y actos jurídicos unilaterales susceptibles de generar obligaciones, siempre y cuando el cumplimiento de la prestación se encuentre pendiente.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK, René, *Las obligaciones*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- ABELIUK, René, *Las obligaciones*, 4ª ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, tomo 2.
- ALCALDE Rodríguez, Enrique; “Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 2, Santiago, 2007.
- Anteproyecto para la reforma de del Derecho de Obligaciones y de la Prescripción (Avant-projet Catala) disponible en [http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Version\\_espagnole.pdf](http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Version_espagnole.pdf).
- BAHAMÓNDEZ Prieto, Felipe, “Fallo Gasatacama: el cambio de circunstancias en los contratos. Quo vadis?”, en Arturo FERNANDOIS y Rodrigo DELAVEAU (eds.), *Sentencias destacadas 2008*, Santiago, Libertad y Desarrollo, 2009.
- Base de datos de la Contraloría General de la República, <http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictámenesGeneralesMunicipales.nsf>.
- BORDA, Alejandro, “Influencia de las medidas económicas del año 2002 sobre las relaciones contractuales entre particulares”, *Jurisprudencia Argentina*, tomo 2, Buenos Aires, 10 de abril de 2002.
- CAPRILE, Bruno, “La imprevisión”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Santiago, N° 15, enero 2007.
- CORNET, Manuel, “La aplicación de la teoría de la imprevisión y la emergencia económica”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 7, Córdoba, 2002.
- DECLERCQ, Peter J.M., “Modern Analysis of the Legal Effect of force Majeure Clauses in Situations of Commercial Impracticability”, in *Journal of Law and Commerce*, N° 15, Pittsburgh, 1995-1996.
- DE LA MAZA, Lorenzo, *La Teoría de la Imprevisión*, disponible, en [http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/1933/delamaza\\_1/html/index-frames.html](http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/1933/delamaza_1/html/index-frames.html).
- DOMÍNGUEZ, Ramón, Carlos PIZARRO, Mauricio TAPIA y Sebastián RÍOS, “Rapport Chilien. La révision du contrat”, en *Journées Brésiliennes*, Paris, Association Henri Capitant, Société de Législation Comparée, 2008.
- DÖRR, Juan Carlos, “Notas acerca de la teoría de la imprevisión”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. v. N° 12, Santiago, 1985.

- DÖRR, Juan Carlos, *Estudios sobre Reformas al Código Civil y al Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, “Las dos hipótesis de objeto ilícito contenidas en el artículo 1465 del *Código Civil*”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12, Santiago, julio 2009.
- FAUVARQUE-COSSON, Benedicte; Denis MAZEAUD, “L’avant-projet Français de Reforme du Droit des Obligations et du Droit de la Prescription”, in *Uniform Law Review*, N° 11, Rome, 2006.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte and Denis MAZEAUD (eds.), *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Models Rules*, Munich, Sellier, 2008.
- FLAH, Lily y Miriam SMAYEVSKY, *Teoría de la Imprevisión. Aplicación y alcances. Doctrina, jurisprudencia*, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2003.
- GHESTIN, Jacques et Marc BILLIAU, *Le prix dans les contrats de longue durée*, Paris, LGDJ, 1990.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, LexisNexis, 2007.
- ILLANES, Claudio y Juan Carlos DÖRR, *Estudios sobre Reformas al Código Civil y al Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- ILLANES, Claudio, *Estudios sobre Reformas al Código Civil y al Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- KARAMPATZOS, Antonis, “Supervening Hardship and Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law”, in *European Review of Private Law*, N° 2, Utrecht, 2005.
- KESSEDIAN, Catherine, “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”, in *International Review of Law and Economics*, N° 25, New York, 2005.
- LANDO, Ole and Hugh BEALE, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague, Kluwer Law International, 2000.
- MACAULAY, Stewart, “An Empirical View of Contract”, in *Wisconsin Law Review*, N° 465, Wisconsin, 1985.
- MAZEAUD, Denis, “Rapport Français. La révision du contrat”, in *Journées Brésiliennes*, Paris, Association Henri Capitant, Société de Législation Comparée, 2008.
- MOMBERG, Rodrigo “Análisis crítico desde el derecho alemán y nacional de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que acoge la teoría de la imprevisión”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, Legal Publishing, 2008.
- MOMBERG, Rodrigo, “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37 N° 1, Santiago, 2010.
- MORALES, Baltazar, “Teoría de la imprevisión”, en *Revista de Derecho*, N° 203, Concepción, enero-junio 1998.

- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Interpretación económica de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.
- PENNAZIO, Rossana, “La presupposizione tra sopravvenienza ed equilibrio contrattuale”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 60, N° 2, Milano, 2006.
- PEÑAILILLO, Daniel, “La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión)”, en *Revista de Derecho*, N° 208, Concepción, julio-diciembre 2000.
- PEÑAILILLO, Daniel, *Estudios sobre reformas al Código Civil y al Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- PHILIPPE, Denis-M., *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle. Etude de droit français, belge, allemand, italien, suisse et néerlandais*, Bruxelles, Centre Interuniversitaire de Droit Comparé, 1986.
- Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, disponibles en <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>
- Projet de réforme du droit des contrats (Projet de la Chancellerie) disponible en [http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet\\_droit\\_des\\_contrats\\_blog8\\_2\\_.pdf](http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet_droit_des_contrats_blog8_2_.pdf).
- Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos, disponible en <http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?blobcol=urldescarga1&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=SuplementoInformativo&blobwhere=1161679155283&sbinary=true>.
- SACCO, Rodolfo y Giorgio DE NOVA, *Il Contratto*, Torino, UTET, 2004.
- TERRÉ, François, (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009.
- VON BAR, Christian & Eric CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Munich, Sellier, 2009.
- WIGGERS, Willem, “Dutch report”, in Ewoud HONDIUS y Hans Christoph GRI-GOLEIT (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, in press.