

La imprevisión¹⁻²

Bruno Caprile Biermann

Magister, Universidad de Paris II, Francia

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SSMA. CONCEPCIÓN

Resumen

El trabajo analiza la teoría de la imprevisión en el ordenamiento jurídico chileno, donde se observa que mientras en el derecho privado la doctrina discute su admisión y la jurisprudencia de la Corte Suprema derechamente la rechaza, en el ámbito administrativo tanto la legislación especial como la jurisprudencia administrativa la acogen. Luego, en una segunda parte, de *lege ferenda*, se analizan los requisitos o condiciones que deben cumplirse para la aplicación de la teoría, así como su ámbito de aplicación, para referirse luego a sus efectos. En esta segunda parte se efectúa un análisis del derecho comparado, procurando ilustrar las principales interrogantes que deben resolverse para la admisión de la teoría de la imprevisión en su país de origen, con especial referencia al derecho colombiano.

1. La imprevisión es, sin lugar a dudas, un tema que fascina a los juristas y suscita un enorme interés doctrinario,³ que contrasta con el reducido contencioso y, por ende, con los escasos pronunciamientos jurisprudenciales que genera. De hecho, el Congreso chileno estudió un proyecto de ley “que permite la revisión judicial de los contratos civiles y mercantiles” (boletín 309-07), el cual inició su tramitación en la Cámara de Diputados el 14.03.1991 y fue archivado por el Senado el 20.04.2004.⁴

¹ Este trabajo corresponde a la conferencia dictada en el Coloquio Internacional sobre la Terminación del Contrato, dictado por la Universidad del Rosario, en Bogotá, Colombia, el 4 y 5 de agosto de 2005. El autor agradece muy especialmente a la Universidad del Rosario, en la persona de su Decano, don Alejandro Venegas Franco, y del Director del Coloquio, don Alberto Gaitán Martínez, la gentil invitación que le formularan, así como al profesor Fabricio Mantilla Espinosa, por su gentil acogida y cooperación en la revisión de este trabajo.

² Las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

³ Además de la abundante literatura sobre el tema, la afirmación puede demostrarse con el hecho de que las Jornadas Brasileñas de la Asociación Henri Capitant fueron convocadas para tratar de la revisión judicial de los contratos.

⁴ Los detalles y principales documentos de la tramitación pueden consultarse en www.bcn.cl.

2. Siguiendo a PEÑAILILLO, se la define como “una causal de modificación y aun 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”.⁵

3. La imprevisión ha sido invocada, fundamentalmente, a raíz de mutaciones importantes en los precios ocasionadas por guerras, devaluaciones monetarias o inflación desbocada. Así, en el célebre caso del Canal de Craponne, mediante resolución de 6 de marzo de 1876, la Corte de Casación francesa rechazó aplicarla, pues conculcaba la intangibilidad del contrato. En cambio, el Conseil D'État la acogió en la sentencia de 30 de marzo de 1916, dictada en el también conocido caso de la Compañía de Gas de Bordeaux.⁶ Dicha compañía reclamaba que, tras el estallido de la Primera Guerra Mundial, el precio del carbón, insumo indispensable para la producción de gas, se había incrementado considerablemente, trastocando la economía del contrato y que, de mantenerse esa situación, le impediría continuar prestando el servicio público que se le había encomendado.⁷⁻⁸ Más adelante analizaremos la sentencia de 10.01.1925, en que la Corte Suprema de Chile rechazó la aplicación de la imprevisión: el actor reclamaba contra el Fisco precisamente por los efectos que acarrearía en la economía del contrato la fuerte devaluación monetaria que se había producido durante su ejecución.⁹

⁵ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La revisión judicial...*, ob. cit., pág. 221, nota al pie N° 21. ABE-LIUK 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” (ABELIUK MANASEVICH, René, *Obligaciones*, ob. cit., N° 852, pág. 699). DE LA MAZA describe la teoría de la imprevisión como “la doctrina jurídica (conjunto de principios debidamente fundados) que sostiene que el juez puede intervenir a petición de cualquiera de las partes en la ejecución de la obligación, con el objeto de atenuar sus efectos, cuando a consecuencia de acontecimientos imprevisibles para las partes al momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen perturbaciones graves con relación a una categoría de contratantes, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, y siempre que aquel llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones, las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas” (DE LA MAZA, Lorenzo, *La teoría de la Imprevisión*, ob. cit., pág. 93).

⁶ D. 1916.III.25.

⁷ Un completo panorama de la evolución de la institución en el derecho francés puede consultarse en GHESTIN, Jacques, ob. cit., N° 267 y s., págs. 314 y s.. Consúltese también ULLOA MARTÍNEZ, Luis, *Evolución histórica...*, ob. cit., págs. 312 y s.

⁸ El legislador francés también ha citado leyes que permiten la revisión judicial del contrato. La ley Faillot, de 21.01.1918, facultó al juez para suspender o resolver los contratos comerciales o mixtos celebrados antes del 01.08.1914 y cuyo cumplimiento hubiere devenido demasiado oneroso para el deudor. Leyes posteriores, de 09.03.1918, 06.07.1925, 08.04.1933 y 12.07.1933, le concedieron facultades similares para revisar los contratos de arrendamiento. La situación se repitió después de la segunda guerra mundial: una ley de 22.04.1949 autorizó a los tribunales para revisar los contratos celebrados antes del 02.09.1949, que comprendieran la obligación de entregar mercaderías o de ejecutar obras u otras prestaciones sucesivas o diferidas y cuyo cumplimiento le causara un perjuicio que sobrepasara la previsión de las partes al momento de su celebración.

⁹ Cf. infra N° 11.

4. En la institución se observa una fuerte pugna entre la fuerza obligatoria de los contratos (art. 1545 CC chileno, 1134 Code, 1372 CC italiano, 1901 CC español), el respeto a la palabra dada (*pacta sunt servanda*) y la necesidad de seguridad jurídica de las transacciones versus la equidad y el respeto de la buena fe.¹⁰ Sus detractores advierten que, de admitirse, se introduciría un germen de inseguridad jurídica al afectarse la fuerza obligatoria de los contratos. Sin embargo, se ha constatado que en los países en que ha sido acogida (que constituyen hoy día la regla general), no se han producido esos funestos vaticinios, sino que los tribunales han sabido aplicarla con mesura.¹¹ No olvidemos tampoco que el art. 1546 prescribe que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que la imprevisión dice relación precisamente con el período de ejecución de la convención.

En los tiempos actuales se postula otra forma de vislumbrar la revisión del contrato que no es “a través del prisma del sempiterno conflicto entre libertad y equidad, entre seguridad y solidaridad. Con el tiempo, en efecto, en una perspectiva muy pragmática en virtud de la cual un buen contrato es aquel razonablemente equilibrado, cuya ejecución legítimamente esperada debe poder obtenerse pese a las vicisitudes de su formación o de su ejecución, la intangibilidad del contrato no es ya el único valor perseguido y aplicado en materia contractual. **La proporcionalidad y la perennidad contractual** constituyen también valores en progresión constante en nuestro universo contractual contemporáneo, que fundan y legitiman la revisión del contrato”.¹² “En esa perspectiva, la revisión aparece entonces como un factor de estabilidad, de continuidad, en la medida en que sólo ella permite salvaguardar un contrato condenado a una desaparición cierta. Se ha entendido, en esta concepción, que lejos de constituir una fuente de inseguridad, la revisión se presenta bajo los atavíos seductores de un factor de salvaguardia de un contrato amenazado de desaparecer”.¹³

¹⁰ La cláusula *rebus sic stantibus*, esto es, que las partes están obligadas a cumplir la prestación siempre que se mantengan las circunstancias que se tuvieron en vista al momento de su celebración, de origen canónico y que fue acogida primeramente en el derecho internacional, se ha proyectado en los ordenamientos internos precisamente a través de teoría de la imprevisión.

¹¹ Cf. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 242, quien cita la experiencia argentina, holandesa y del fuero de Navarra.

¹² En un trabajo destacado, el profesor y hoy día ministro de la Corte de Casación, Denis MAZEAUD, enseña: “A la figura tradicional del contrato intemporal e intangible, necesariamente justo pues libremente querido y equitativamente concebido, propulsado por la sola energía de la palabra dada, insensible al tiempo que pasa, resistente a las enfermedades de la economía, impermeable a los trastornos políticos y sociales, se ha, si no substituido, al menos superpuesto, otra visión del vínculo contractual”. En cuanto a la proporcionalidad y perennidad, afirma que “La primera constituye una exigencia, en virtud de la cual todo desequilibrio ya no es necesariamente considerado como un atentado a la libertad, que conduce a corregir, a sancionar, principalmente a través de la revisión del contrato, los excesos intolerables y los abusos inadmisibles. Inspirada por la segunda, la revisión representa una alternativa a la nulidad o a la ruptura de un contrato irregular o desequilibrado a un punto tal que su ejecución ya no es concebible; la ilicitud que afecta el contenido del contrato o la inestabilidad que perturba su entorno económico y social ya no doblan fatalmente las campanas del contrato (MAZEAUD, Denis, “La révision du contrat, Rapport Français”, en Journées Brésiliennes, Association Henri Capitant, 2005, pág. 7).

¹³ *Ibidem*.

5. Tal como aparece de las líneas que preceden, la imprevisión puede analizarse como una hipótesis de revisión judicial de los contratos. En este sentido, se emparenta con la lesión, toda vez que en ambas instituciones se sanciona un desequilibrio en las prestaciones; pero mientras en la lesión esa desproporción se produce al momento de la formación del contrato (“desequilibrio congénito”) en la imprevisión se presenta durante la ejecución del contrato (“desequilibrio sobreviniente”).¹⁴ Por lo mismo, la sanción de una y otra difiere: nulidad para la lesión, resolución para la imprevisión.

Se vincula también con las cláusulas abusivas, pues junto a la lesión y la imprevisión constituyen casos en que se autoriza la revisión del contrato por un desequilibrio en las prestaciones.¹⁵ Naturalmente, la confianza que se tenga en la judicatura influye poderosamente en la atribución de la facultad de revisar los términos del acuerdo contractual.¹⁶

6. La imprevisión y el caso fortuito presentan algunos rasgos comunes (un hecho imprevisible posterior a la formación del contrato), pero se los distingue claramente, puesto que mientras el caso fortuito torna imposible (irresistible) la ejecución del contrato, la imprevisión sólo la torna más onerosa. En definitiva, se trata de una diferencia de magnitud o dificultad para cumplir el contrato. Sus efectos son también diferentes: el caso fortuito conduce a la extinción de la obligación; la imprevisión, a restaurar el equilibrio de las partes y, sólo si esto no es posible, a la resolución.¹⁷ Se distingue también del enriquecimiento sin causa, pues, como su nombre lo indica, el enriquecimiento carece de justificación, en tanto que en la imprevisión la tiene: el contrato.

7. La tendencia del derecho comparado apunta claramente a la admisión de la imprevisión a través de reformas legislativas que la regulan expresamente. Así ocurrió en Italia (art. 1467 CC), Colombia (art. 868 CCO), Portugal (art. 437), Argentina (art. 1198), Perú (arts. 1440 y s.); Brasil (arts. 478 y s.), Bolivia (arts. 581-2-3), Grecia (art. 388). En otros países se la ha acogido por

¹⁴ Cf. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 208.

¹⁵ La revisión judicial del contrato no es ajena al Código Civil chileno: la cláusula penal enorme (art. 1544) constituye una destacada aplicación, que suscita elogios a su redactor, por haberla considerado desde su dictación, en circunstancias que a su modelo francés sólo se incorporó en virtud de una reforma del año 1975 (art. 1152 Code). Cf. CORRAL TALCIANI, *La reducción de la cláusula penal excesiva en el derecho civil de los países del Cono Sur*, Revista Chilena de Derecho, P. U. Católica de Chile, 2000.469.

¹⁶ Cf. infra N° 16.

¹⁷ Si el hecho no reúne los requisitos para ser calificado como un caso fortuito, la doctrina discute si puede al menos servir para reducir el quantum de la indemnización. Se aplicaría un razonamiento similar a aquel que opera respecto de la culpa exclusiva de la víctima, que opera como eximente de responsabilidad, en tanto que si falta alguno de sus requisitos, reduce el monto de la indemnización (art. 2331 CC ch. y 2357 CC col). Cf. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Ediar-Conosur Ltda., Santiago, 1983, N° 519, pág. 599.

vía jurisprudencial, como ocurre en España.¹⁸ Finalmente, en otros ordenamientos, como ocurre en Francia y en Chile, ante la ausencia de textos expresos, se observa una disparidad entre la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, que la rechaza, y la jurisprudencia administrativa, que la acepta.¹⁹

8. Debido a la ausencia de regulación legislativa sobre la imprevisión en el derecho privado chileno, **en la primera parte de este trabajo estudiaremos el estado de la cuestión en mi país** y, en concreto, abordaremos la disparidad entre la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y administrativos a que hacíamos alusión. **Luego, en la segunda parte de este trabajo, alejaremos la mirada del derecho chileno para concentrarnos en las principales definiciones que es necesario adoptar al decidir regularla legislativamente, en concreto, analizaremos los requisitos, el ámbito de aplicación y los efectos de la institución.** En esta segunda parte, si me excusan la osadía, procuraremos tener una mirada atenta a las reglas del Código Civil colombiano que regulan la institución.

I. De lege lata: el estado de la imprevisión en Chile

9. En el derecho privado chileno no existe norma legal que acoja la teoría de la imprevisión, a diferencia de lo que ocurre en ciertos ámbitos del derecho público chileno, en que se la acepta expresamente. Esa disparidad se manifiesta también en la jurisprudencia, ya que mientras la jurisprudencia de la Corte Suprema la rechaza, los dictámenes de la Contraloría General de la República la acogen. La situación en Chile es, desde este punto de vista, similar a la que existe en Francia.

A. En el derecho privado: el silencio de la ley y el rechazo de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios

10. En el derecho privado chileno no existe consagración positiva de la imprevisión. El artículo 1545 CC ch. (art. 1602 CC colombiano), que consagra la fuerza obligatoria de los contratos, es invocado como el principal obstáculo a su admisión. En contra, se advierte que el art. 2003 N° 2 (Cf. art. 2057 CC colombiano), que regula el contrato de construcción, la acoge.²⁰

En sentencia de fecha 14.11.06, rol N° 6812-2001, la I. Corte de Apelaciones de Santiago acogió la teoría de la imprevisión. Encontrándose en prensa este artículo, no nos es posible profundizar el análisis de este fallo.

¹⁸ DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, ob. cit., T. II, pág. 893.

¹⁹ Para la situación en cada uno de los países citados y otros, consúltese: *La révision du contrat*, Journées Brésiliennes, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, 2005.

²⁰ A favor de la admisión, se suelen citar las siguientes disposiciones: art. 2180 (comodato); art. 2227 (depósito); art. 2348 regla 3ª (fianza). En contra, se invocan los arts. 1983 inc. 1º (arrendamiento de predios rústicos); 2199, hoy derogado; y 2003 N° 1 (contrato de construcción).

11. **La Corte Suprema, en un fallo de 10.01.1925,**²¹ resolvió “Que 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 a que alude el fallo recurrido, los que son absolutamente ajenos a las estipulaciones peculiares del conjunto de derechos y obligaciones que crea, por libre y espontánea voluntad de las partes, el contrato”. En la especie, el contratista, después de haber concluido satisfactoriamente las obras del puerto de San Antonio que el Fisco le encomendara, reclamaba una diferencia en el pago que se generaba según si se solventaban los estados de pago en libras esterlinas papel (moneda corriente inglesa) o en libras esterlinas oro. El actor expresó que, al momento de convenirse el contrato, el valor de la libra papel y libra oro era equivalente, pero que, a raíz de la Primera Guerra Mundial, la libra papel experimentó una depreciación frente a la segunda, de modo que si se le pagaba según la primera, se le causaba un evidente perjuicio.

12. **Existen a lo menos tres fallos dictados por jueces árbitros en que se acoge la imprevisión.** Así, en la causa Sociedad de Inversiones Mónaco con ENAP, el árbitro Sr. Carlos Urenda Zégers resolvió el año 1986 que la imprevisión “es perfectamente compatible con la teoría de la obligación tal cual está desarrollada en el Código Civil, en razón de lo que establecen los artículos 1444 y 1546 del mismo código, en relación con los artículos 1440 y 1441 del mismo código”. En la especie se trataba de paliar las consecuencias del incremento del precio del dólar después de la crisis monetaria de los años 1980.

En otro asunto, fallado el año 1994 por el árbitro Sr. Claudio Illanes Ríos, autor de sendos trabajos en que se ha manifestado partidario de la admisión de la imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico, sentencia que fue revisada por la Corte Suprema por la vía de la queja, recurso que fue rechazado, también se acogió la imprevisión, condenándose a EMOS, mandante de las obras, a pagar a la contratista, la Sociedad Constructora La Aguada Limitada, obras que resultaban necesarias y que no fueron previstas al convenirse el precio a suma alzada, toda vez que el mandante había propuesto un método de construcción que posteriormente resultó ser físicamente imposible.²²

Finalmente, se cita el caso fallado el 11.04.1983 por don Beltrán Urenda Zégers, aun cuando el mismo árbitro previene que lo resuelto no autoriza a sacar conclusiones de orden general, sobre la mayor o menor aplicación en el derecho chileno de la teoría de la imprevisión.²³

²¹ Cas. Fdo., 10.01.1925, RDJ 1925.423, cons. 14.

²² En relación a los hechos de ambos fallos, consúltese ILLANES RÍOS, Claudio, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., págs. 199 y s.; PIZARRO W, Carlos, RÍOS L., Sebastián, y TAPIA R., Mauricio, *La révision du contrat, Rapport Chilien*, en Journées Brésiliennes, Association Henri Capitant, 2005, pág. 6).

²³ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos*, ob. cit., N° 48, pág. 295, nota al pie N° 440.

13. El estado de la doctrina chilena respecto a la imprevisión puede revisarse respondiendo a tres interrogantes básicas: 1º) ¿los textos actuales permiten al juez revisar un contrato?; 2º) ¿es conveniente acogerla?; y 3º) ¿para hacerlo es necesaria o conveniente una modificación legislativa? Procuraremos responder sucesivamente a cada una de esas interrogantes, para luego hacer referencia a la forma como las partes pueden precaver convencionalmente el riesgo de la imprevisión, esto es, las cláusulas de dureza o de *hardship*.

1º) ¿Los textos actuales permiten al juez revisar un contrato por imprevisión?

14. La generalidad de la doctrina chilena responde que el derecho positivo chileno actual permite la recepción de la imprevisión. El art. 1546, que prescribe que los contratos deben ejecutarse de buena fe, constituiría el fundamento normativo suficiente.²⁴ En contra se pronuncian don René ABELIUK y, con ciertos matices, don Lorenzo DE LA MAZA, quienes ven en el artículo 1545 un obstáculo insalvable.²⁵ En relación a este argumento, el profesor PEÑAILILLO avanza que las “causas legales” del art. 1545 pudieran interpretarse como “causas jurídicas”, “ciertamente más comprensivo, en las cuales puede incorporarse cómodamente a la imprevisión”.²⁶

2º) ¿Es conveniente acoger en Chile la imprevisión?

15. La totalidad de los autores chilenos que hemos consultado, incluidos ABELIUK y DE LA MAZA, se manifiestan partidarios de la admisión de la teoría de la imprevisión en el derecho chileno.

3º) ¿Para la admisión de la imprevisión en Chile es necesaria o, a lo menos, conveniente, una modificación legislativa?

16. Nuevamente surgen las disparidades de pareceres. ILLANES y DÖRR, pese a que son partidarios de la admisión de la imprevisión, se pronuncian contrarios a la regulación por la vía legislativa de la institución, basados fundamentalmente en una desconfianza en la forma como podría aplicarla la judicatura, así como en “contratantes inescrupulosos” que pudieran abusar de la “excepción de imprevisión”.²⁷ En contra, PEÑAILILLO sostiene con perspicacia que “si

²⁴ Un resumen de los planteamientos de los principales autores que se han pronunciado sobre el tema puede consultarse en ILLANES RÍOS, Claudio, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., págs. 185 y s.

²⁵ ABELIUK MANASEVICH, René, *Obligaciones*, ob. cit., N° 860, pág. 705; DE LA MAZA, Lorenzo, *La teoría de la Imprevisión*, ob. cit., N° 69 y s., págs. 146 y s.

²⁶ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 210.

²⁷ “Coincido plenamente con el criterio del profesor Claudio Illanes en cuanto a que, sin necesidad de modificar el Código Civil, la teoría de la imprevisión es aplicable en Chile, y soy aún más categórico que el autor en afirmar la absoluta inconveniencia de introducir las modificaciones que se pretenden hacer a dicho Código en la materia. Pese a todos los resguardos legislativos que sea posible adoptar

tienen confianza en que el juez desarrollará la teoría de la imprevisión sin un texto legal, yo tengo confianza en que el texto legal lo aplicarán prudente y mesuradamente”.²⁸

17. Por nuestra parte, nos manifestamos decididamente partidarios de su incorporación al ordenamiento jurídico chileno a través de una reforma legislativa, única forma de regular adecuadamente sus efectos, los que se analizarán en la segunda parte de este trabajo.²⁹ Tal como anunciáramos, el Congreso chileno estudió un proyecto de ley que permitía la revisión judicial de los contratos civiles y mercantiles (boletín 309-07), el cual inició su tramitación en la Cámara de Diputados el 14.03.1991 y fue archivado por el Senado el 20.04.2004.

4° Las cláusulas de dureza o de *hardship*.³⁰

18. Mientras no exista en Chile un reconocimiento expreso de la imprevisión, sea por vía jurisprudencial o legislativa, las partes pueden soslayar el riesgo de verse expuestas a ejecutar un contrato excesivamente oneroso estipulando las denominadas cláusulas de dureza o de *hardship*. Se las ha definido como “aquella que prevee la revisión del contrato cuando un trastorno de las circunstancias ha modificado profundamente el equilibrio inicial de la obligaciones de las partes”.³¹

Estas cláusulas surgieron en el ámbito del comercio internacional y luego se proyectaron al derecho interno de los países desarrollados. Se las distingue de la cláusulas de indexación, puesto que las cláusulas de *hardship* tienen por objeto obligar a las partes a renegociar los términos del acuerdo inicial y carecen de un “efecto determinante automático”. Su principal inconveniente es que, por su misma naturaleza, suelen tener un carácter impreciso, lo que acarrea que el procedimiento amigable de renegociación corre serios riesgos de

para evitarlo, modificar el Código Civil incorporando la teoría de la imprevisión nos hará correr el grave riesgo de ver perder fuerza obligatoria a los contratos, poniendo en peligro la certeza jurídica en una materia de la mayor trascendencia” Más adelante afirma: “Si se modifica el Código Civil otorgándole al juez la facultad expresa de intervenir por imprevisión en los contratos, a no dudarlo proliferarán las sentencias modificatorias de la ley del contrato con grave daño, como afirma Claudio Illanes, a la estabilidad contractual” (DÖRR ZEGERS, Juan Carlos, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., págs. 225 y 227).

²⁸ “Se trata en definitiva de confianza en los jueces, en que ellos sabrán modelarla con unas disposiciones fundamentales (y con el adverbio “excepcionalmente”). Si confiamos en que los jueces van a poder manejarla sin los textos, ¿por qué vamos a desconfiar si existen unos textos fundamentales? El fondo del problema es el mismo: tenemos confianza en los jueces o no la tenemos. Si tienen confianza en que el juez desarrollará la teoría de la imprevisión sin un texto legal, yo tengo confianza en que el texto legal lo aplicarán prudente y mesuradamente” (PEÑAILILLO AREVALO, Daniel, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 242).

²⁹ Cf. infra N° 38 y s.

³⁰ GHESTIN, Jacques, ob. cit., N° 286 y s., págs. 333 y s., y la abundante bibliografía que cita.

³¹ FONTAINE, M., citado por GHESTIN, Jacques, ob. cit., N° 286, pág. 333.

degenerar en un procedimiento contencioso. En Francia se afirma que generan una obligación de medios, de renegociar de buena fe, la que se sanciona con la indemnización de perjuicios. En caso que la renegociación no fructifique, se sostiene en Francia que el contrato debe mantenerse tal como había sido pactado originalmente, puesto que lo contrario redundaría en la admisión de la teoría de la imprevisión, que la Corte de Casación no admite. Surge también la interrogante en orden a sí, habiendo fracasado las negociaciones, el juez está facultado para fijar, en lugar de las partes, los términos en que deberá continuar ejecutándose la convención.³²

B. En el derecho administrativo: la consagración legislativa y el reconocimiento jurisprudencial

19. En Chile, al igual que en Francia, la jurisprudencia administrativa acoge la teoría de la imprevisión.³³ La razón es evidente: forzar la aplicación de un contrato administrativo excesivamente oneroso para la empresa que celebra un contrato con el Estado redundaría en el colapso económico de la misma, con la consiguiente suspensión del servicio público que brinda. El caso de la Compañía de Gas de Bordeaux, arriba citado, es ilustrativo: de haber perseverado la Administración en la ejecución del contrato en los términos pactados, la Cía. de Gas de Bordeaux hubiera quebrado, privando a los administrados

³² Un ejemplo de estas cláusulas y de las dificultades a que puede dar lugar su interpretación lo encontramos en la causa caratulada "Carbonífera Schwager S.A. con Codelco", rol 1382-2001, de la Excm. Corte Suprema. En la especie, las partes habían celebrado un contrato de suministro de carbón, en el cual se estipuló un precio de US\$ 57 por tonelada métrica. Adicionalmente, "En la cláusula sexta del contrato, se acordó que el precio del carbón SCHWAGER S.A. no podrá resultar superior al precio equivalente del petróleo, combustible necesario para generar energía eléctrica en la central termoeléctrica de Tocopilla, pues de ser así, CODELCO-CHILE debía notificar por escrito a SCHWAGER S.A. adjuntando los antecedentes que avalaran el hecho, pudiendo esta última en el plazo de cinco días rebajar el precio del carbón a un valor que hiciera indiferente a CODELCO operar sus unidades con petróleo o carbón. De no rebajarse el precio, el contrato se entendería suspendido temporalmente, cesando para ambas partes su cumplimiento, hasta que CODELCO notificara su reinicio, prorrogándose automáticamente la vigencia del contrato por idéntico período al de duración de la suspensión". Con posterioridad las partes celebraron un "addendum" al contrato en el cual acordaron la resciliación del contrato de suministro bajo la condición de que CODELCO-CHILE recibiera durante 1994 un total de 90.000 toneladas, a un precio provisorio de US\$ 45 por tonelada. En síntesis, en el litigio debía resolverse si la cláusula sexta antes referida, que vinculaba el precio del carbón al del petróleo, era o no aplicable después de la firma del addendum. La sentencia de primera instancia, de fecha 31.01.1997, del Juzgado de Letras de Santiago, acogió la demanda de SCHWAGER S.A., rechazando la aplicación de dicha cláusula sexta. Esa resolución fue confirmada con fecha 05.10.2000 por la IIsma. Corte de Apelaciones de Santiago. Con fecha 09.04.2002 las partes llegaron a un avenimiento el cual fue aprobado por la Excm. Corte Suprema.

³³ La Contraloría General de la República ha reconocido expresamente esta teoría en algunos dictámenes: N° 41.183, de 15.12.1997, N° 41.409, de 2.12.1994. En el último dictamen se resolvió que "En los contratos administrativos rige el elemento de riesgo y ventura, o sea, la contraparte de la Administración ha de soportar el riesgo del cumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato, pero ese principio aparece modificado o alterado por diversos hechos que dan derecho al contratista para que ciertos riesgos sean soportados por la Administración, como los plasmados en la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, y de las cláusulas de reajuste" (citados por MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Teoría de la imprevisión*, ob. cit., pág. 425).

de un servicio público vital. **“Esta jurisprudencia está enteramente fundada sobre la idea que el interés del servicio público predomina en los contratos administrativos”**.³⁴ Nótese que el Consejo de Estado francés ha rechazado la aplicación de la imprevisión a los contratos de derecho privado que celebra la Administración.³⁵

20. El artículo 19 inciso 3° del Decreto N° 900, de 31/10/1996, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, dispone que: “Las bases de licitación establecerán la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por *causas sobrevinientes* que así lo justifiquen, pudiendo hacerlo para uno o varios de esos factores a la vez. En los casos en que las bases no contemplaren estas materias, las controversias que se susciten entre las partes se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 36 de esta ley”.

La ley regula el procedimiento para la revisión del sistema tarifario, de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevivientes, lo que supone la admisión de la revisión judicial del contrato y, por ende, de la teoría de la imprevisión. Nótese que el artículo 36, que regula el procedimiento, faculta a la Comisión Conciliadora para “decretar la suspensión de los efectos de la resolución del Ministerio a que dicha reclamación se refiera”.

21. En relación a la regla arriba transcrita, debe tenerse presente que el vínculo que une al Estado con el concesionario es de naturaleza contractual (contrato de concesión de obras pública),³⁶ de modo que la naturaleza del vínculo permite la aplicación de la teoría de la imprevisión, aun cuando las relaciones del concesionario con el Ministerio se rijan por las normas del derecho público (art. 21 Ley de Concesiones de Obras Públicas).

22. Se ha subrayado que uno de los pilares fundamentales del contrato de concesión de obra pública es la distribución de los riesgos entre el Estado y el concesionario. En efecto, se ha afirmado que el sistema de concesiones

³⁴ MAZEAUD, H., L. y J., por CHABAS, F., *Leçons de droit civil*, ob. cit., N° 735, pág. 860.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Se ha definido dicho contrato como un “contrato administrativo, regulado, en virtud del cual el Estado de Chile, a través del Ministerio de Obras Públicas, encarga a un privado –previo proceso público de licitación– la ejecución y/o conservación de una obra pública fiscal, a cambio del derecho del adjudicatario a explotarla por un plazo y tarifa previamente determinados, cuyos riesgos han sido definidos por la normativa aplicable, eminentemente modificable, y está sometido a un régimen de solución de controversias especial” BARBERIS MARTÍN, Andrés, *Una revisión del sistema de resolución de conflictos en la ley de concesiones de obras públicas*, en Primer Congreso Iberoamericano de Actividades Reguladas, P. U. Católica de Chile, noviembre 2005, inédito. Nótese que el autor citado califica el contrato como “eminente modificable” a fin de mantener el equilibrio económico del contrato (*ibidem*, págs. 12 y s.).

estructurado en los años 1980 no tuvo el éxito esperado, puesto que hizo recaer todo el riesgo de construcción y explotación de la obra pública en el concesionario.³⁷ Actualmente, la Ley de Concesiones distingue entre la etapa de construcción, en que las obras se efectúan a entero riesgo del concesionario (art. 22 N° 2 Ley de Concesiones de Obras Públicas) y la etapa de explotación de la obra, en que el riesgo es compartido por el Estado y el concesionario, con el objeto de asegurar al Estado el cumplimiento del encargo concedido y al concesionario que recuperará su inversión. Esta distribución de los riesgos se manifiesta nítidamente en el ingreso mínimo garantizado al concesionario (art. 7° letra e) Ley de Concesiones de Obras Públicas).

La distribución de los riesgos entre el Estado y el concesionario explica entonces que la Ley de Concesiones de Obras Públicas admita expresamente la revisión de las prestaciones por causas sobrevivientes, en suma, que acoja expresamente la teoría de la imprevisión. De hecho, se ha acogido incluso la petición del concesionario de revisar los términos del contrato de concesión de obra pública por eventos imprevisibles surgidos durante la etapa de construcción, en la cual, según vimos, los riesgos recaen, en principio, exclusivamente en el concesionario.³⁸

II. De lege ferenda: las decisiones a adoptar para la regulación positiva de la imprevisión

23. Durante la primera parte de este trabajo hemos señalado que la imprevisión no está regulada en el derecho privado chileno y que la jurisprudencia de la Corte Suprema tampoco la acoge, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito administrativo, donde tanto la Ley de Concesiones de Obras Públicas como la jurisprudencia la acogen. En la segunda parte, que ahora iniciamos, sobre la base del derecho comparado, pretendemos abordar las principales cuestiones

³⁷ Cf. BARBERIS MARTÍN, Andrés, ob. cit.

³⁸ El art. 22 N° 2 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas dispone que "El régimen jurídico de la concesión, durante la fase de construcción de la obra, será el siguiente: 2. Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa. El Fisco no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores. No obstante, el Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irroque el caso fortuito o la fuerza mayor, si así lo establecieren las bases de la licitación".

Pese a que el costo de las expropiaciones es un riesgo que incide en la fase de construcción, se ha resuelto que, considerando que "el imprevisto aumento, en más de 120%, del valor que representan los gastos, costos y desembolsos de las expropiaciones, superando largamente cualquier cálculo que pudiera haberse hecho en la época de la licitación" y que "de los antecedentes recopilados por el Tribunal y de los análisis efectuados, se desprende que ninguno de los licitantes contempló cifras de costos del proceso expropiatorio ni siquiera cercanas a las que, en definitiva, han resultado" procedió a acoger, en parte, la petición de la sociedad concesionaria limitando su obligación de pago de dichos costos a una suma que representada un porcentaje no mayor al 60% del exceso del valor de las expropiaciones (Cf. BARBERIS MARTÍN, Andrés, ob. cit., pág. 12).

sobre las cuales el legislador chileno debiera tomar partido si decidiera introducir la imprevisión en el derecho privado chileno. En un primer momento nos ocuparemos de los requisitos de la imprevisión (A) para luego abordar sus efectos (B).

24. Antes de abordar derechamente el análisis, conviene dar lectura al art. 868 del Código de Comercio colombiano, que regula la institución, a fin de tenerlo presente para el desarrollo que sigue:

Art. 868: Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.

A. Los requisitos de la imprevisión

25. Analizaremos las condiciones o requisitos de fondo de la imprevisión (1°) y su ámbito de aplicación (2°).

1° Las condiciones de fondo

26. Los requisitos de la imprevisión son la imprevisibilidad (a) y la excesiva onerosidad (b).³⁹

a) La imprevisibilidad

27. **Se trata del requisito esencial, exigido por todos los códigos que la consagran y que, de hecho, le confiere su denominación a la institución.** El art. 1467 inc. 2° del Código Civil italiano dispone que "la resolución no puede ser demandada si la onerosidad sobreviniente entra en el alea normal del con-

³⁹ Existen, naturalmente, diversas formas de sistematizar los requisitos, más o menos descriptivas. A título ejemplar, DE LA MAZA los enuncia de la siguiente forma: a) Debe ser imprevisible en el momento de nacer la obligación; b) Debe ser independiente de la voluntad de las partes; c) Debe, afectando a toda una categoría de contratantes, producir una alteración o perturbación tan extraordinaria y grave en las condiciones normales de la vida social, en el desarrollo ordinario de los negocios, en las relaciones económicas de los individuos, que las partes no se habrían obligado de haberlas podido tener en vista; d) Sin hacer material y absolutamente imposible la ejecución de la obligación, debe dificultarla en forma considerable, hacer exorbitantemente más onerosa o imponer al deudor un perjuicio apreciable y grave (DE LA MAZA, Lorenzo, *La teoría de la Imprevisión*, ob. cit., N° 18 pág. 87).

trato”, lo que parece evidente, toda vez que si el hecho acaecido entraba en el alea normal del contrato no puede, entonces, calificarse de imprevisible. En el mismo sentido, el alea habría entrado en el campo contractual.

28. ¿Bastará que el hecho no haya sido previsto por las partes o se exigirá que haya sido también imprevisible por éstas? El Código Civil colombiano alude a ambas “*imprevistas o imprevisibles*”. A la luz de la norma, bastaría entonces que se cumpliera con cualquiera de ellas para dar lugar a la imprevisión. Sin embargo, se ha observado con razón que “estas dos palabras, en principio tan similares, conllevan grandes diferencias. Examinémoslas un poco más a fondo: ambas son adjetivos que se derivan del verbo “prever”, el cual significa “...ver con anticipación. Conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. Disponer o preparar medios contra futuras contingencias. Lo imprevisible es lo que no se puede prever y lo imprevisto es lo que no se previó habiéndose podido hacer”.⁴⁰ **Se trata, pues, de nociones diferentes y el término pertinente en la institución en estudio es que el hecho sea imprevisible.**⁴¹

29. Surge entonces la interrogante en cuanto a la forma de apreciar la imprevisibilidad: ¿en concreto o en abstracto? La primera supone un examen del sujeto en tanto que la segunda conlleva la comparación con un modelo de conducta.⁴² Se ha afirmado que la apreciación debe ser en abstracto u objetiva, pues de lo contrario se ampararía al contratante no previsor: el descuidado resultaría premiado.⁴³ En todo caso, cualquiera sea el sistema que se escoja, parece evidente que la apreciación debe hacerse al momento de la celebración del contrato.

⁴⁰ MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La teoría general del contrato...*, ob. cit., pág. 640.

⁴¹ “Que un hecho sea imprevisible significa que no es susceptible de ser advertido anticipadamente. Que sea imprevisto significa que un sujeto efectivamente no lo previó. Para los efectos de la teoría de la imprevisión lo requerido es que el hecho no sea susceptible de ser previamente representado; el término pertinente es, pues, que sea imprevisible” (PENAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La revisión judicial...*, ob. cit., pág. 223).

⁴² “Partiendo del supuesto natural de que no es practicable someterse a la pura afirmación del afectado (acerca de si para él el hecho era o no previsible), ahora se llega a un punto particularmente delicado: el del punto de referencia para determinar si el hecho era previsible o imprevisible. Las alternativas fundamentales son: el sujeto mismo o un promedio. A la primera se le llamará la opción subjetiva y a la segunda, objetiva. Considerando la conveniencia de debilitar lo menos posible el vigor de la obligación tal como fue contraída, estimamos que la evaluación debe ser objetiva. No debe el juez, pues, preguntarse si el sujeto que se pretende afectado pudo o no prever el hecho, sino si el hecho era o no, en general, previsible” (PENAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La revisión judicial...*, ob. cit., pág. 223). En el mismo sentido: ABELIUK MANASEVICH, René, *Obligaciones*, ob. cit., N° 855, pág. 702.

⁴³ “¿Podemos afirmar que los riesgos previsible pero no previstos por los contratantes podrían dar lugar a la aplicación del artículo 868 del Código de Comercio? La respuesta afirmativa bien parece ser la sugerida por el texto. Ahora bien, esta solución resulta muy cuestionable, ya que si aceptamos que el contrato es una obra de previsión, de las partes mismas depende, en principio, precaver los riesgos económicos futuros” (MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La teoría general del contrato...*, ob. cit., pág. 641).

30. El Código Civil italiano exige que la excesiva onerosidad provenga de “*circunstancias extraordinarias*” e imprevisibles (art. 1467). La disposición es ambigua y genera dudas en orden a si agrega algo a la imprevisibilidad.

b) La excesiva onerosidad:

31. Nuevamente se trata de un requisito universalmente admitido. Se subraya que no cualquier onerosidad da lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, sino sólo aquellas cuya gravedad sea “excesiva”, lo que parece natural, pues solo éstas rompen el equilibrio contractual, el sinalagma base del contrato. De la acertada aplicación de este requisito depende, por una parte, la eficacia de la institución y, por otra, que no se transforme en un atentado a la fuerza obligatoria del contrato. Los ordenamientos que la acogen no tasan o tarifan la gravedad (como ocurre en los CC francés y chileno para la lesión): queda a la prudencia del juez apreciarla.⁴⁴

2° El ámbito de aplicación

32. El ámbito tradicional de aplicación de la imprevisión son los contratos bilaterales onerosos conmutativos, con obligaciones de ejecución duradera (continuada o a tractos) pendientes.⁴⁵ El artículo 1467 del Código Civil italiano la aplica a los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida. El artículo 868 del CCO colombiano, a los “contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida”.

33. Se postula en seguida que puede también aplicarse a los **contratos unilaterales onerosos**. De hecho, el art. 1468 del CC. italiano y el art. 1198 del CC argentino lo permiten expresamente. ¿Por qué descartarla a priori, por ejemplo, de un mutuo a largo plazo sin reajustabilidad?

34. Las voces disonantes surgen respecto de su aplicación a los **contratos alea-**

⁴⁴ PEÑAILILLO analiza la situación que denomina “imprevisión inversa”, esto es, que un hecho imprevisible provoque un notable beneficio para un contratante. Razonando sobre la base de la interdependencia en los contratos bilaterales, concluye que en esa situación la imprevisión también debe aplicarse y, en esa óptica, la teoría estaría “defectuosamente expuesta; o, si se prefiere, incompletamente expuesta”, en el sentido que se aplicaría cuando el hecho “altera” –no solo agrava sino también reduce– notablemente el valor de una prestación (PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La revisión judicial...*, ob. cit., pág. 228).

⁴⁵ En relación a la clasificación de los contratos (o de las obligaciones) como de ejecución instantánea o duradera, PEÑAILILLO distingue entre obligaciones de ejecución instantánea (aquellas cuyo cumplimiento se efectúa en un acto, sin prolongación en el tiempo) y de ejecución duradera (cuyo cumplimiento se desenvuelve en el tiempo, con o sin solución de continuidad), las que a su vez pueden ser continuas o a tractos. El autor sostiene que la clasificación está referida a la obligación más que al contrato, toda vez que en un contrato pueden existir obligaciones de diversa naturaleza (en el arrendamiento la obligación del arrendador es continuada duradera en tanto que la del arrendatario de pagar la renta puede ser continuada a tractos o incluida de ejecución instantánea). Cf. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones*, ob. cit., págs. 345 y s.

torios. El artículo 1168 del CC argentino lo permite en tanto que el artículo 1469 del CC italiano y el art. 868 del CCO colombiano los excluyen.⁴⁶

35 ¿Podrá aplicarse a los contratos gratuitos? Así se propuso durante el Tercer Congreso de Derecho Civil Argentino, efectuado en Córdoba el año 1961, del cual surgió la reforma de 1968, que recogió la institución en el CC argentino. Sin embargo, la proposición no prosperó, aun cuando autores de la talla de BORDA la consideran razonable, opinión que entre nosotros comparte PEÑAILILLO.⁴⁷ La profunda evolución que han experimentado últimamente los contratos gratuitos, que escapan al ámbito familiar o de amistad para convertirse en un instrumento de negocios, por razones impositivas o de otro orden, nos lleva a compartir ese criterio.⁴⁸

36. Con agudeza, el profesor PEÑAILILLO nos invita a avanzar en la reflexión al afirmar que “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”.⁴⁹ El art. 868 del CCO colombiano los excluye expresamente.

37. El mismo autor citado va más allá y postula que la base para la aplicación de la imprevisión es la obligación en lugar del contrato y, por lo mismo, puede aplicarse cualquiera sea su fuente (cuasicontractual, delictual, legal y otras no previstas expresamente).⁵⁰

⁴⁶ El art. 1198 del CC argentino dispone, en la parte pertinente, que “el mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato”. Por su parte, el art. 1469 del CC italiano prescribe que “Contrato aleatorio: la norma del artículo precedente no se aplica al contrato aleatorio por su naturaleza o por voluntad de las partes”. El art. 868 del CCO colombiano dispone que “Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”. ABELIUK afirma: “la doctrina de la imprevisión no puede penetrar en los contratos aleatorios” (ABELIUK MANASEVICH, René, *Obligaciones*, ob. cit., N° 855, pág. 703).

⁴⁷ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 237.

⁴⁸ Para ilustrar esa afirmación, basta considerar que hoy día es frecuente recurrir al contrato de comodato (esencialmente gratuito) para conceder el uso de teléfonos celulares, equipos de calefacción domiciliaria, artefactos para el expendio de bebidas gaseosas o alcohólicas (cerveza) e incluso para la concesión del uso de los estancos y equipos de una gasolinera.

⁴⁹ ABELIUK enuncia que uno de los requisitos de la institución es “1° que el contrato no sea de ejecución instantánea”, pero luego en el análisis afirma: “En consecuencia, se aplica fundamentalmente en los contratos de tracto sucesivo, pero también puede presentarse en todos aquellos en que la prestación quede postergada. Tampoco se acepta la imprevisión si la obligación se ha cumplido ya íntegramente” (ABELIUK MANASEVICH, René, *Obligaciones*, ob. cit., N° 855, pág. 702). ILLANES afirma: “desde luego, debe tratarse de contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida. Queda fuera de toda discusión que en un contrato de ejecución instantánea no es posible que se presente el hecho imprevisible” (ILLANES RÍOS, Claudio, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 223).

⁵⁰ “Y aun más, estimamos que, en rigor, no se divisa fundamento para vincular esta doctrina –restringiéndola– al contrato. En definitiva, es la obligación la base de su aplicación. Cuando circunstancias imprevisibles tornan excesivamente gravosa una prestación, debe procederse a su revisión para adecuarla

B. Los efectos de la imprevisión

38. **La imprevisión supone, por definición, un desequilibrio significativo en las prestaciones que surge durante la ejecución del contrato: la sanción debe ser, entonces, la resolución** (a diferencia de la lesión, que por operar al momento de la formación del negocio, acarrea la nulidad) (1°). Pero surge inmediatamente la necesidad de avanzar en las precisiones: ¿la imprevisión acarrea automáticamente la resolución del contrato o será posible modificar o adecuar los términos de la convención a fin de conservarla? ¿En caso afirmativo, ¿puede el juez establecer los nuevos términos de la convención? (2°). Finalmente, ¿puede obtenerse la suspensión temporal de los efectos del contrato? (3°).

1° La resolución del contrato

39. **No cabe duda que se trata de la sanción más drástica y, por lo mismo, debe reservarse para las situaciones más extremas.** Se ha propuesto que "debería conferirse siempre la posibilidad de que (como acontece en la lesión), hasta última hora el demandado pueda formular proposición que evite la resolución, de modo que esta medida ha de funcionar como una amenaza que lo induzca a negociar".⁵¹

2° La modificación o adecuación de las condiciones económicas del contrato

40. Parece natural, casi instintivo, aceptar la posibilidad de reconducir el contrato a términos razonables: la imprevisión eliminaría así la excesiva onerosidad imprevista y restauraría el sinalagma, respetando el principio de conservación del contrato. Sin embargo, las dificultades surgen a la hora de precisar quién revisa: ¿las partes o el juez?; y, en caso que se le atribuya esa facultad al juez, ¿en qué medida o magnitud debe hacerlo?

41. **Los primeros llamados a reequilibrar el contrato son las partes:** el beneficiado por el hecho imprevisible tendrá una espada de Damocles: revisa el contrato de buena fe o resuelve. En este sentido, la amenaza de resolución por imprevisión deviene un instrumento de negociación. El art. 1467 inc. 3° del CC italiano dispone que "la parte contra la cual se ha demandado la resolución

a las nuevas circunstancias. Cualquiera sea su fuente. Así como no hay por qué tratar más indulgentemente al deudor oneroso que al gratuito, tampoco hay por qué tratar más indulgentemente al deudor contractual que al no contractual. Podría tratarse de deudores de obligaciones cuasicontractuales, delictuales, legales y aun de otras fuentes que en nuestro medio no están contempladas expresamente, si se admiten (como el enriquecimiento injustificado). Lo exigible es, por cierto, que el cumplimiento esté pendiente por causa no imputable al deudor" (PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 237).

⁵¹ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 236.

puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato". El art. 1198 inc. final del CC argentino contiene una regla análoga.⁵²

42. Pero también puede vislumbrarse que, a falta de acuerdo de las partes, sea el juez quien estatuya los nuevos términos del contrato; solo en caso que ello no sea posible, decretará la resolución. Se trata aquí de una auténtica revisión judicial del contrato, pues la potestad (y confianza) que se atribuye al sentenciador le permite no sólo resolver un contrato excesivamente oneroso, sino reequilibrar las prestaciones del mismo, sustituyéndose a una labor que tradicionalmente se consideraba privativa de las partes. Es la opción del codificador comercial colombiano: "El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato" (art. 868 inc. 2). La labor no es fácil y, probablemente, a quienes más incomode sea precisamente a los magistrados, quienes tendrán que recurrir al informe de peritos para auxiliarse en la determinación del monto de las prestaciones.

43. Por regla general, la resolución por imprevisión no opera con efecto retroactivo. El art. 1198 inc. 3° del CC argentino así lo dispone expresamente: "la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos". El CC holandés permite que la modificación o resolución sea dada con efecto retroactivo.⁵³ El tema se vincula con la suspensión temporal de los efectos del contrato, que se analizará a continuación.

3° La suspensión temporal de los efectos del contrato

44. Cualquiera sea la alternativa que se escoja en orden a admitir o proscribir la modificación del contrato, sea exclusivamente por las partes o también por el juez, **creemos que es necesario vislumbrar siempre las reglas procesales que permitan suspender los efectos temporales del contrato.** De lo contrario, los efectos de la imprevisión se tornarían ilusorios, máxime si se considera la duración promedio de los juicios. El tema se vincula con la exigencia, establecida expresamente por algunas legislaciones (v. gr. art. 1198 CC argentino), de que el contratante no se encuentre en mora para poder invocar la imprevisión, así como con la aplicación retroactiva de la resolución por imprevisión. Una errónea articulación de esos elementos puede tornar ilusoria la protección que pretende brindar. Así, si se exige no estar en mora para poder reclamar la imprevisión, se impide suspender los efectos temporales del contrato y se priva de efectos

⁵² "La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato".

⁵³ Art. 259 Código Civil holandés de 1992, citado por DÖRR ZEGERS, Juan Carlos, en *Estudios sobre reformas al Código Civil...*, ob. cit., pág. 228.

retroactivos a la sentencia que decreta la resolución, entonces el contratante perjudicado estará condenado a la quiebra.

47. El artículo 36 de la Ley de Concesiones de Obras públicas faculta a la Comisión Conciliadora para “decretar la suspensión de los efectos de la resolución del Ministerio a que dicha reclamación se refiera”.

Antes de concluir esta exposición, permítanme agradecer nuevamente a la Universidad del Rosario por la magnífica oportunidad que nos ha brindado para revisar, en este coloquio internacional, la terminación del contrato y a Uds. por la paciencia y atención con que me han escuchado. Confiamos en que, en un futuro no muy lejano, podamos exponer acerca de la imprevisión en Chile, ya no de *lege ferenda*, sino de *lege lata*.

Bibliografía

Obras generales:

ABELIUK MANASEVICH, René, *Obligaciones*, Ediar Editores Ltda., 1983, N°s 852 y s., págs. 698 y s.; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, Vol V., De las obligaciones, N°s 1248 y s., págs. 754 y s.; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid, 1996, T. II, págs. 885 y s.; GHESTIN, Jacques, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, L.G.D.J., París, 2ª ed., 1994, N°s 263 y s., págs. 310 y s.; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos* (parte general), Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 2001, N°s 48 y s., págs. 293 y s.; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, por CHABAS, François, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, Montchrestien, 9ª ed., 1998, N°s 730 y s.; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed., 2003.

Bibliografía especializada:

BARCÍA LEHMANN, Rodrigo, *¿Es posible construir la Teoría General del Contrato desde la excepción?: la revisión judicial del contrato*, en Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello, LexisNexis, 2005, T. I, págs. 685 y s.; COLECTIVO, *Estudios sobre reformas al Código Civil y al Código de Comercio*, Fundación Fernando Fueyo Laneri, Editorial Jurídica de Chile, 1ª ed., 1999, págs. 181 y s.; COLECTIVO, *La révision du contrat*, Journées Brésiliennes, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, 2005; DE LA MAZA, Lorenzo, *La Teoría de la Imprevisión*, en RDJ 1933, doctrina, págs. 73 y s.; DÖRR ZEGERS, Juan Carlos, *Notas acerca de la teoría de la imprevisión*, en Revista Chilena de

Derecho, U. Católica de Chile, Vol. 12, N° 2, 1985, págs. 253 y s.; DÖRR ZEGERS, Juan Carlos, *La Teoría de la Imprevisión*, en *II Curso de actualización jurídica "Teorías del Derecho Civil moderno"*, Ediciones U. del Desarrollo, 1ª ed., 2005, págs. 143 y s.; FUEYO LANERI, Fernando, *La teoría de la imprevisión en el nuevo Código Civil italiano de 1942*, RDJ 1954, doct., págs. 121 y s.; FUEYO LANERI, Fernando, *Algo sobre la teoría de la imprevisión*, RDJ 1954, doct., págs. 89 y s.; FUEYO LANERI, Fernando, *La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago*, RDJ 1958, doct., págs. 95 y s.; JOBIN, Pierre-Gabriel, *L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du Code Civil au Québec*, RTD Civ., 2004.693; ILLANES RÍOS, Claudio, *La teoría de la imprevisión vista por el profesor Fernando Fueyo*, en *Instituciones Modernas del Derecho Civil, Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Laneri*, Editorial Jurídica Conosur, 1ª ed., 1996, págs. 349 y s.; ILLANES RÍOS, Claudio, *La teoría de la imprevisión en la Ley de Concesiones de Obras Públicas*, en *Revista del Abogado*, Colegio de Abogados de Chile, N° 28, jul. 2003, pág. 6.; LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *La unidad temporal del contrato y su relación con la teoría de la imprevisión*, en *Gaceta Jurídica*, N° 272, 2003, págs. 87 y s.; MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, y TERNERA BARRIOS, Francisco, *La teoría general del contrato en el derecho privado colombiano, entre el código de Bello y el Código de Comercio*, en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, LexisNexis, 2005, T. I, págs. 611 y s.; MORALES ESPINOZA, Baltazar, *Teoría de la imprevisión*, en *Revista de Derecho*, U. de Concepción, En.-Jun. 1998, pág. 421; LÓPEZ DÍAZ, Carlos, *Revisión de los contratos por circunstancias sobrevinientes*, U. Central de Chile, 2003. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión)*, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 208, Jul.-Dic. 2000, págs. 209 y s.; RODRÍQUEZ GREZ, Pablo, *La obligación como deber de conducta típica (La teoría de la imprevisión en Chile)*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1992; ULLOA MARTÍNEZ, Luis, *Evolución histórica de las bases objetivas de revisión judicial de los contratos (La lesión enorme y la teoría de la imprevisión)*, en *Revista de Derecho*, U. Católica de la Ssma. Concepción, N° 12, 2004, págs. 312 y s.