



**Universidad de Chile**  
**Facultad de Derecho**  
**Departamento de Derecho Privado**

**LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE EN MATERIA CONTRACTUAL**  
**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**GONZALO JAVIER SUFFIOTTI CISTERNAS**  
**MARCO NICOLÁS UBILLA PAREJA**

**Profesor Guía: Ricardo Revecó Urzúa**

**Junio, 2010**

## ÍNDICE

### LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE EN MATERIA CONTRACTUAL

#### INTRODUCCION

#### CAPITULO I: Consideraciones generales relativas al injusto en la responsabilidad contractual

1. Fundamentos en torno a la fuerza obligatoria del contrato
  - 1.1 La concepción clásica. El dogma de la voluntad
  - 1.2 El contrato como instrumento de justicia, subordinado al bien común
  - 1.3 El contrato como producto del derecho objetivo
  - 1.4 La fuerza obligatoria se funda en la confianza que la relación contractual genera en la contraparte
  - 1.5 La fuerza obligatoria en el esquema piramidal del ordenamiento jurídico, sustentado por Kelsen
  - 1.6 Conclusiones
  
2. Generalidades en torno a la relación jurídica de obligación, como efecto principal de la celebración de un contrato
  - 2.1 Etimología de la voz obligación y evolución del concepto
  - 2.2 El concepto de obligación
  - 2.3 Evolución histórica del concepto de obligación
  - 2.4 Reflexión en torno a la naturaleza de la relación jurídica de obligación
    - 2.4.1 Planteamiento de la doctrina clásica
    - 2.4.2 Doctrina objetiva
    - 2.4.3 De la distinción entre deuda y responsabilidad
  
3. El injusto contractual. Noción de incumplimiento. Hipótesis
  - 3.1 Incumplimiento imputable e inimputable
  - 3.2 Incumplimiento total
  - 3.3 Cumplimiento defectuoso: parcial o imperfecto
  - 3.4 Incumplimiento definitivo y temporal
  - 3.5 Cumplimiento tardío

### 3.6 Análisis del incumplimiento contractual en obligaciones de medios y resultado

#### 4. Conclusiones

## **CAPITULO II: Del caso fortuito o fuerza mayor**

### 1. Aproximación general

#### 1.1 Noción de caso fortuito

#### 1.2 Abstracción en su apreciación y relatividad en su calificación

#### 1.3 Ámbito de incidencia del evento fortuito: De la ruptura del vínculo causal entre el hecho y el daño

#### 1.4 Caso fortuito y ausencia de culpa

### 2. Elementos definidores del caso fortuito o fuerza mayor

#### 2.1 Doctrina subjetiva: Con énfasis en la inimputabilidad

#### 2.2 Doctrina objetiva: Con énfasis en la imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho

#### 2.3 Doctrina ecléctica

### 3. De la distinción entre las nociones de caso fortuito y fuerza mayor

#### 3.1 Doctrina unificadora de ambos conceptos

#### 3.2 Doctrinas diferenciadoras entre ambos conceptos

##### 3.2.1 Según el origen o causa del hecho

##### 3.2.2 Según el objeto de incidencia del evento imprevisto: La prestación misma o la persona del obligado

##### 3.2.3 Según la posibilidad o imposibilidad de evitar el suceso

##### 3.2.4 Según se trate de sucesos inherentes o externos a la actividad del obligado

#### 3.3 Situación en el derecho chileno

### 4. Elementos constitutivos del caso fortuito o fuerza mayor

#### 4.1 La imprevisibilidad

#### 4.2 La irresistibilidad o imposibilidad de cumplimiento

##### 4.2.1 Imposibilidad absoluta o relativa

4.2.2 Atenuación del rigor de este elemento. La Irresistibilidad en sentido normativo: la esfera o ámbito de control del deudor

4.2.3 Imposibilidad y dificultad

4.3 La exterioridad o independencia respecto de la voluntad de las partes

5 Requisitos para que el caso fortuito opere como causal de exención de responsabilidad

5.1 Que el hecho imprevisto ocurra mientras la obligación se encuentra pendiente de cumplimiento

5.2 Que la prestación se haga imposible de cumplir

5.3 Que el caso fortuito no sea de cargo del deudor

6 La prueba del caso fortuito

7 Efectos del caso fortuito

8 Casos en que el deudor se debe hacer cargo del caso fortuito

8.1 Cuando las partes convienen expresamente que el deudor debe responder del caso fortuito

8.2 Cuando el caso fortuito sobreviene por culpa del deudor

8.3 Cuando el caso fortuito sobreviene durante la mora del deudor

8.4 Cuando la ley pone la responsabilidad del caso fortuito a cargo del deudor

9 Conclusiones

### **CAPITULO III: Teoría de la imprevisión**

1. Aproximación general

2. Terminología

2.1 Cláusula *rebus sic stantibus*

2.2 Riesgo imprevisible

2.3 Teoría de las obligaciones impracticables

2.4 Excesiva onerosidad

2.5 Lesión sobreviniente o *laesio superveniens*

## 2.6 Teoría de la imprevisión

3. Conceptos doctrinarios
4. Consideraciones generales y origen histórico de la teoría de la imprevisión
  - 4.1 La teoría en el Derecho Romano
  - 4.2 La teoría en el Derecho Canónico
  - 4.3 La teoría en los Glosadores y Post-glosadores
  - 4.4 La teoría en los siglos XVI y XVII
  - 4.5 La teoría en los últimos años del siglo XVII y durante el siglo XVIII
  - 4.6 La teoría en los últimos años del siglo XVIII y durante el siglo XIX
  - 4.7 Conclusión a los puntos anteriores
5. Requisitos para que opere la teoría de la imprevisión. Prevención conceptual
  - 5.1 Que se trate de un contrato (unilateral o bilateral) oneroso
  - 5.2 Que se refiera a un contrato (oneroso) conmutativo
  - 5.3 Que el contrato sea de tracto sucesivo o de ejecución diferida
  - 5.4 Que ocurra un suceso extraordinario e imprevisible al momento de nacer la obligación que altere gravemente el equilibrio de las prestaciones
    - 5.4.1 Criterio objetivo
    - 5.4.2 Criterio subjetivo
  - 5.5 Que el suceso imprevisible sin hacer imposible absolutamente el cumplimiento, lo haga excesivamente oneroso para una de las partes
  - 5.6 Que el suceso imprevisible sea ajeno a la voluntad de las partes
  - 5.7 Que el deudor no se encuentre constituido en mora
  - 5.8 Que las partes no hayan establecido prevenciones de común acuerdo a fin de resolver las contingencias futuras
6. Efectos de la imprevisión
7. Soluciones adoptadas en derecho comparado en relación al problema de la excesiva onerosidad sobreviniente
  - 7.1 El caso anglosajón
  - 7.2 El caso francés
  - 7.3 El caso alemán

7.4 Solución adoptada en los principios *Unidroit* sobre contratos comerciales internacionales; solución en los principios del derecho europeo de contratos; y otras cláusulas de readaptación

7.4.1 Principios *Unidroit*

7.4.2 Los principios del derecho europeo de los contratos

7.4.3 Otras cláusulas de readaptación

8. Instituciones afines a la teoría de la imprevisión. Delimitaciones conceptuales

9.1 Con el error

9.2 Con la lesión

9.3 Con la falta de causa

9.4 Con el caso fortuito

9.5 Con el enriquecimiento sin causa

#### **CAPITULO IV: Aplicabilidad de la teoría de la imprevisión en Chile**

1. La teoría de la imprevisión en el código civil: El silencio de la ley

2. Consideraciones de *lege lata*

2.1 El artículo 1546 y el argumento de la buena fe

2.2 El artículo 1545 y la lectura del profesor Daniel Peñailillo acerca de la expresión “causas legales”

2.3 El artículo 1547 y la ausencia de culpa

2.4 El artículo 1558 y la previsibilidad como elemento delimitador de los perjuicios indemnizables

3. Consideraciones de *lege ferenda*: Argumentos doctrinarios para acoger la imprevisión

3.1 La cláusula *rebus sic stantibus*

3.2 El enriquecimiento sin causa

3.3 El abuso del derecho

4. Restricción del ámbito de aplicación de la teoría de la imprevisión: Análisis de la doctrina que concibe a la obligación como un deber de conducta tipificada, sustentada por el profesor Pablo Rodríguez Grez

4.1 La obligación como deber de conducta

- 4.1.1 Consideraciones en torno al concepto tradicional de obligación.
- 4.1.2 La obligación como deber de conducta típica. Fuentes del comportamiento típicamente debido: el contrato y, en defecto de estipulación, la ley
  - 4.1.2.1 Análisis del elemento tipicidad. Consideraciones en relación al elemento tipicidad en sentido civil y penal
- 4.1.3 Determinación del elemento antijuridicidad en la conducta del deudor. Breves referencias a la antijuridicidad en materia penal
- 4.1.4 Normas de la legislación chilena que avalan esta doctrina
- 4.1.5 Análisis de esta teoría a la luz de la clasificación que distingue entre obligaciones de medios y resultados
- 4.2 Planteamiento del autor en relación al concepto de caso fortuito o fuerza mayor. Críticas al concepto tradicional
- 4.3 Críticas a las soluciones doctrinarias y de derecho comparado, en relación al problema de la excesiva onerosidad sobreviniente
  - 4.3.1 La revisión judicial
  - 4.3.2 La nulidad
  - 4.3.3 La resolución
- 4.4 Conclusiones en relación al ámbito de aplicación de la teoría de la imprevisión
- 5. Análisis de la teoría de la imprevisión a la luz de la jurisprudencia nacional
  - 5.1 Jurisprudencia de tribunales ordinarios
  - 5.2 Jurisprudencia de tribunales arbitrales
  - 5.3 Corte de Apelaciones de Santiago y Teoría de la Imprevisión, un caso comentado recientemente
  - 5.4 Jurisprudencia administrativa

## **CONCLUSIONES GENERALES**

1. El contrato como mecanismo de distribución de riesgos. Función esencial de las partes en la negociación contractual: ponderar debidamente los riesgos

1.1 La cláusula *hard ship*

1.2 La cláusula de arbitraje

2. Una solución práctica para que el deudor se cubra de los riesgos: El contrato de seguro

3. El silencio contractual y la carencia de resguardos del deudor frente al imprevisto. Determinación de las hipótesis que justifican una revisión del contrato: una cuestión valorativa

4. Mecanismos de defensa del acreedor frente a una eventual modificación de los términos del contrato: Recurso de protección



## INTRODUCCIÓN

El hombre, desde siempre, ha tenido infinitas necesidades y escasos recursos para satisfacerlas. El derecho dota a las personas capaces de la posibilidad de satisfacer dichas necesidades, mediante la estructuración jurídica de las relaciones entre los particulares, a fin de dar un marco que regule las condiciones en que los sujetos lograrán alcanzar los fines buscados en las relaciones.

El “*derecho de los contratos*”, además de tener un espacio asegurado dentro de las materias más trascendentes del derecho privado, posee una invaluable importancia y trascendencia social, toda vez que se encarga de establecer y regular relaciones que se dan entre privados que tienen intereses muchas veces contrapuestos.

Ponemos entre comillas la expresión “derecho de los contratos”, toda vez que el derecho civil no podemos parcializarlo ni sectorizarlo. Esta misma razón nos lleva en la presente tesis a tocar temas que curricularmente se encuentran situados en los temas relativos al derecho de las obligaciones (caso fortuito, teoría de la prestación de culpas, entre otros), al acto jurídico (formación del consentimiento, causa, entre otros) y a otros tópicos que exceden al derecho civil.

El presente trabajo surge con la idea de plantear el tema de la imprevisión de una manera novedosa, proponiendo y exponiendo consideraciones históricas, conceptuales, jurisprudenciales y prácticas que permitan obtener una visión global y un poco más actual del tema objeto de estudio.

En el primer capítulo destacamos al contrato como una fuente de las obligaciones que se independiza de las otras por tener presente el elemento de la voluntad de quiénes lo generan. En base a lo anterior, se analiza el *principio de la fuerza obligatoria de los contratos* y sus fundamentos, así como también el incumplimiento del contrato a la luz de la teoría del injusto.

El capítulo segundo se encarga de analizar el caso fortuito. Los elementos del mismo y el análisis de cada uno de ellos, determinar situarlo en sede de culpabilidad o de causalidad, los casos en que el deudor igualmente deberá responder, así como consideraciones prácticas y doctrinarias, serán los temas que se podrán encontrar en tal parte de la presente tesis.

Dejando sentados conceptos de gran utilidad en los dos primeros capítulos, el tercero se encarga, en un principio, de realizar una aproximación general al tema de la imprevisión haciendo un enlace con los conceptos consignados en los primeros capítulos. Este tercer capítulo hace un análisis conceptual, histórico y de derecho comparado para establecer consideraciones útiles para nuestra tesis. En este sentido, los puntos anteriores son tomados en consideración para analizar los requisitos o condiciones para que se plantee el problema de la imprevisión, tema que igualmente se analiza en el mismo capítulo, para posteriormente pasar al análisis de los efectos que produce la imprevisión, una vez cumplidos los requisitos y la delimitación que existe entre el objeto de estudio y otras instituciones afines.

Hechas las consideraciones teóricas, el capítulo cuatro busca acercarse a la práctica y a la realidad el tema de estudio, realizando un análisis de los argumentos considerados en la ley o proyectados por la doctrina para acoger o rechazar la teoría de la imprevisión, para luego analizar lo que nuestros tribunales ordinarios, arbitrales y administrativos han señalado en torno a la imprevisión.

Teniendo en cuenta la estructura anterior, la tesis que se presenta busca realizar un recorrido por el estado actual de la doctrina, tanto nacional como comparada, en materia de imprevisión. Sin perjuicio de ello, hemos procurado adicionalmente esbozar algunas conclusiones generales en torno al tema, a efectos de plasmar sintéticamente nuestra postura y contribuir al desarrollo dogmático en la materia.

## **CAPITULO I: Consideraciones generales relativas al injusto en la responsabilidad contractual**

Abordar el tema relativo a la naturaleza del injusto o ilícito en materia contractual, implica necesariamente reflexionar, en general, en torno incumplimiento contractual como vulneración o quebrantamiento de un orden previamente establecido por las partes para la regulación de sus intereses. Asimismo, el análisis del incumplimiento o injusto contractual implica necesariamente realizar un examen previo de la fuerza obligatoria de los contratos y, en particular, de la naturaleza de la relación jurídica de obligación.

Esclarecer, por una parte, ciertos aspectos relativos a la fuerza vinculante de los contratos y, por otra parte, aquellos concernientes a la naturaleza misma de la relación jurídica de obligación, como efecto fundamental del vínculo contractual, nos permitirá reflexionar de manera mas apropiada respecto del juicio de reproche que cabe formular al deudor frente a una hipótesis de incumplimiento y, de esa manera aproximarnos al tema de las excusas plausibles frente al incumplimiento contractual.

### **1. Fundamentos de la fuerza obligatoria del contrato**

Para referirnos a la fuerza obligatoria de los contratos en el derecho chileno resulta imprescindible abordar el artículo 1545 del Código Civil, norma que, haciendo eco del artículo 1134 contemplado en el modelo francés, dota a los contratos de una fuerza coactiva análoga a la ley, señalando expresamente que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”*.<sup>1</sup> Esta disposición materializa en nuestro derecho el aforismo latino *“pacta sunt servanda”* que se traduce en la fórmula “lo pactado debe observarse”, esto es, que quienes celebran un contrato deben cumplir fielmente lo estipulado.

---

<sup>1</sup> Disposiciones semejantes encontramos en el Código Civil francés (artículo 1134); en el Código Civil italiano de 1942 (artículo 1372); en el Código Civil español de 1889 (artículo 1091); etc.

Esta asimilación del contrato con la ley “en cuanto al efecto que está llamado a producir entre los contratantes es tradicional. El jurisconsulto romano quiere indicar una idea exacta y completa de la fuerza obligatoria del contrato; y no encuentra una palabra más apropiada para expresarla que decir que el contrato constituye una ley, *legem contratus dedit...*”<sup>2</sup>

Con todo, no obstante que la asimilación de la ley al contrato resulta ilustrativa en cuanto pone de relieve la naturaleza coactiva del vínculo contractual, es necesario tener presente las múltiples y marcadas diferencias que existen entre ambos institutos.<sup>3</sup>

En primer lugar, en cuanto a la extensión de sus efectos, el contrato regula situaciones de carácter particular que, en principio, sólo afecta a quienes directamente concurren a su celebración<sup>4</sup>, a diferencia de lo que acontece con la ley que regula, en la mayoría de los casos, situaciones de carácter general y abstracto, aplicándose indistintamente a todas las personas que se encuentren comprendidas en la hipótesis fáctica del supuesto normativo.

En segundo lugar, en relación con sus procedimientos de formación, existen diferencias substanciales entre ambos institutos, cuyo tratamiento y explicación exceden de las pretensiones del presente trabajo.

En tercer lugar, en cuanto a su extensión temporal, los contratos generalmente tienen una vida efímera, puesto que su existencia se prolonga hasta el instante que las

---

<sup>2</sup> CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, tomo XI, 1937. En: LÓPEZ, Jorge. *Los Contratos, Parte General*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica. 2005. Tomos I y II. N° 45.

<sup>3</sup> En este punto hemos seguido al profesor LÓPEZ, Jorge. *Op Cit*. N° 45.

<sup>4</sup> No obstante, cabe tener presente los casos constituyen excepción al principio de efecto relativo de los contratos, vale decir, aquellas circunstancias en que los efectos de la convención se extienden mas allá del ámbito de afectación propia de un vínculo privado, esto es, afectando a personas que no han intervenido directamente en la génesis del mismo o que incluso se han opuesto a que dicho acto se celebre. Es lo que acontece, por ejemplo, tratándose de los contratos colectivos o en la estipulación a favor de terceros.

obligaciones emanadas de él son cumplidas mediante el pago o por un modo de extinguir equivalente, cuestión que puede acontecer en el instante mismo de su celebración (como acontece con los contrato de ejecución instantánea) o prolongarse en un horizonte temporal más o menos definido (como sucede en los contratos de ejecución diferida o, fundamentalmente, en los de tracto sucesivo). En cambio, la ley generalmente regula situaciones de carácter estable en el tiempo, lo que le otorga un cierto grado de permanencia y estabilidad a las normas, las cuales están destinadas a regir hasta el instante en que una nueva ley las derogue expresa o tácitamente.

Finalmente, en materia de interpretación existen diferencias importantes. Por una parte, en cuanto a su tratamiento orgánico, la interpretación de la ley se encuentra regulada en el título preliminar del Código Civil, a diferencia de lo que acontece con la interpretación de los contratos que se encuentra regulada en el título XIII del Libro IV, del mismo cuerpo normativo. Por otra parte, la Corte Suprema ha señalado que la interpretación de la ley constituye una cuestión normativa, lo que tiene particular relevancia en cuanto a la procedencia del recurso de casación en el fondo frente a inobservancias de ley que influyan substancialmente en lo dispositivo del fallo. En cambio, la interpretación del contrato –a juicio del tribunal supremo– constituye una cuestión de hecho que se encuentra radicada de manera exclusiva en los jueces del fondo, cuestión que por lo demás no ha estado exenta de discusión.<sup>5</sup>

Hechas estas aclaraciones previas, en relación a los aspectos fundamentales que diferencian al contrato de la ley, resulta pertinente referirse a los fundamentos que se han esgrimido en doctrina en torno a la fuerza obligatoria del contrato. Este tema, sin duda, ha sido objeto de ardua discusión doctrinaria a lo largo de la historia. Nosotros acá solo esbozaremos, en términos generales, ciertos hitos fundamentales de esta línea histórica.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> En este sentido, el propio profesor Jorge López considera que la interpretación del contrato no es una cuestión meramente de hecho, sino más bien normativa. LÓPEZ, Jorge. *Op Cit.* N° 89.3.

<sup>6</sup> En lo fundamental seguiremos la obra “Los contratos. Parte general” del profesor Jorge López Santamaría, conjuntamente con otras obras que en su oportunidad iremos reseñando. LÓPEZ, Jorge. *Op Cit.* N° 46.

## 1.1 La concepción clásica. El dogma de la voluntad

Resulta extremadamente complejo situar de manera precisa el origen de esta doctrina. En el ámbito filosófico claramente Immanuel Kant representa un referente importante en la sistematización del dogma de la voluntad, cuyo origen -como elemento fundamental en la configuración de la noción moderna de contrato<sup>7</sup>- es posible situarlo en la figura de nudo pacto (*conventio*), sustentada por el derecho pretorio, la que ponía de manifiesto la necesidad del elemento voluntario como presupuesto configurador del vínculo; y no en la noción romana de *contractus* que se refería al vínculo que mediaba entre dos personas, cuyo origen podía estar en un hecho voluntario o en un hecho no voluntario<sup>8</sup>.

Sin embargo, el suceso histórico clave en la configuración y consagración del dogma de la voluntad como pilar fundamental de los diversos Códigos Civiles que fueron publicándose en lo sucesivo, fue la revolución francesa del año 1789, cuyos postulados se plasman en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Entre los postulados fundamentales que inspiran la Declaración es posible mencionar, entre otros, la libertad natural del hombre y la plena igualdad existente entre ellos. En este sentido, la doctrina voluntarista del contrato que considera a la autonomía privada como una dimensión particular de la libertad natural del hombre aplicada al ámbito jurídico, ve en el contrato un verdadero paradigma de la autonomía de la voluntad, toda vez que por su virtud "las partes tienen el poder de crear las relaciones jurídicas obligatorias que les plazca; tienen por límite el orden

---

<sup>7</sup> Esta noción moderna, siguiendo a Messineo, implica concebir una figura genérica de contrato, a diferencia de lo que acontecía en el derecho romano, donde solo se contemplaban figuras particulares de contratos. En: MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Traducción de F. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Europa America. 1986 p 50.

<sup>8</sup> *Idem*.

público, las buenas costumbres y algunas disposiciones legales excepcionalmente restrictivas.”<sup>9</sup> De esta manera, “se colige que el hombre no podría quedar vinculado por obligaciones en las cuales no ha consentido y, recíprocamente, que toda obligación querida por el hombre debe producir sus efectos”.<sup>10</sup>

En este mismo sentido, Messineo postula que “el contrato es siempre el *resultado de una libre determinación de las partes* y que sería contradictorio con el concepto del contrato la coacción sobre las partes (o sobre una de ellas) para hacer que estipulen. Esto es tan cierto que, faltando la libertad del querer, el contrato es nulo o puede ser anulado.”<sup>11</sup> En consecuencia, “la obligatoriedad del contrato, es decir, la sujeción a sus efectos surge, pues, del hecho de que las partes han *aceptado libremente* (y muy a menudo, elegido y concordado) el contenido del mismo, aceptando así *también la limitación de las respectivas voluntades* que de él deriva; y surge además de la *confianza* suscitada por cada contratante en el otro con la promesa que le ha hecho”.<sup>12</sup>

Desde esta perspectiva, el derecho positivo asume la misión de asegurar a los particulares la más amplia esfera de autonomía para el libre ejercicio de las voluntades individuales, teniendo como límite el respeto absoluto por las libertades ajenas. Esto en el entendido de que la libertad propia, precisamente, tiene su límite donde comienza la libertad ajena.

A los argumentos de orden filosófico jurídicos, señalados precedentemente, se agregan otros de orden económico.<sup>13</sup> En primer término se postula que el contrato

---

<sup>9</sup> ALESSANDRI, Arturo. SOMARRIVA, Manuel. VODANOVIC, Antonio. *Tratado de las Obligaciones*. Volumen I. Segunda edición ampliada y actualizada por Antonio Vodanovic. Santiago. Editorial jurídica de Chile. 2004. N° 61. p 47.

<sup>10</sup> LOPEZ, Jorge. *Op Cit.* N° 40.1

<sup>11</sup> MESSINEO, Francesco. *Op Cit.* p 52.

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> Sobre todo teniendo en cuenta que el contrato, como mecanismo generador de riqueza, constituye un pilar fundamental en un régimen de economía liberal.

es un instrumento que “garantiza la justicia y la utilidad social, pues el libre juego de las iniciativas individuales asegura espontáneamente la prosperidad y el equilibrio económico”,<sup>14</sup> llegando al extremo de postular que “lo contractual es necesariamente justo”.<sup>15</sup>

Cabe señalar que, tanto contra los argumentos de orden jurídico como económico, se han esgrimido férreas críticas doctrinarias. Tratándose de los primeros, se ha criticado su excesivo individualismo. En efecto, se aduce que la doctrina voluntarista adolece de un vicio esencial, toda vez que desconoce la naturaleza eminentemente social del hombre. Asimismo se ha señalado que la voluntad no posee fuerza absoluta e ilimitada, en cuanto elemento generador de derechos y obligaciones. En este sentido, el acto de voluntad no puede ser antojadizo o arbitrario, puesto que el ordenamiento jurídico sólo puede amparar y dar protección a aquellas manifestaciones de voluntad que persigan intereses legítimos.<sup>16</sup>

Por su parte, los argumentos económicos también han sido refutados, en la medida de que las premisas en que se sustentan las conclusiones a que llega la teoría económica han sido tachadas de falaces. En efecto, se ha señalado que la equiparación de lo contractual con lo justo es una evidente falacia, toda vez que ello sólo podría afirmarse en la medida que las partes negociaran en planos de efectiva equivalencia. Sin embargo, lo que se postula como argumento plausible en el plano de las ideas no tiene un correlato necesario en la práctica, ya que es de común ocurrencia que la negociación se efectúe entre partes que se encuentran en posiciones asimétricas, ya sea por la información que disponen, por

---

<sup>14</sup> FLOUR y AUBERT. En: LOPEZ, Jorge. *Op. Cit.* N° 40.2

<sup>15</sup> FOUILLE, A. En: LOPEZ, Jorge. *Op. Cit.* N° 40.2

<sup>16</sup> En este contexto es necesario tener presente el concepto mismo de acto jurídico, entendido como la manifestación de voluntad realizada con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos, y que produce los efectos queridos por su autor o por las partes, porque *el derecho sanciona dicha manifestación de voluntad*. En este sentido: VIAL, Víctor. *Teoría General del Acto Jurídico*. 5ª Ed actualizada y aumentada. Editorial Jurídica. Santiago, Chile. N° 14, p 26.



su poder económico o por otros motivos similares. Es precisamente por esos motivos que el legislador ha intervenido en determinados ámbitos de la contratación en que las partes se encuentran en posiciones claramente desiguales, y en que además existe un interés social comprometido, así ha sucedido, por ejemplo, con el contrato de trabajo o con el contrato de arrendamiento.<sup>17</sup>

En definitiva, no se desconoce el rol que la voluntad juega como elemento generador del contrato, sólo que ello debe ser matizado, puesto que la voluntad no es absolutamente soberana en la configuración jurídica, sino que el ordenamiento le pone claras cortapisas.

## 1.2 El contrato como instrumento de justicia, subordinado al bien común<sup>18</sup>

Claramente esta doctrina surge como una reacción frente a la teoría voluntarista. En lo fundamental, esta doctrina postula que la fuerza vinculante del contrato no encuentra su fundamento en la deliberación de la voluntad individual, sino más bien responde a que el contrato constituye un instrumento orientado al bien común, cuyas exigencias deberá, por consiguiente, respetar.

Desde esta perspectiva, se producen transformaciones evidentes en cuanto al rol que deben desempeñar tanto el legislador como el juez, toda vez que ellos dejan de ser meros entes pasivos frente al libre juego de las voluntades individuales, pasando a adquirir un rol de control activo, en cuanto el contrato debe necesariamente satisfacer exigencias mínimas de bien común.

Con todo, si bien esta teoría tiene el mérito de morigerar el rol soberano que se le atribuía a la voluntad por parte de la teoría clásica, no es menos cierto que la

---

<sup>17</sup> LOPEZ, Jorge. *Op Cit.* N° 40.

<sup>18</sup> Postura atribuida a GOUNOT, véase: LOPEZ, Jorge. *Op Cit.* N° 46.2.

voluntad aún sigue jugando un rol fundamental a la hora de explicar el efecto vinculante de los contratos.

### 1.3 El contrato como producto del derecho objetivo<sup>19</sup>

Esta doctrina busca la explicación de la fuerza obligatoria en una descripción real de las relaciones contractuales. En este sentido, parte de la premisa de que sin desconocer el rol fundamental que tienen los derechos subjetivos -en cuanto expresión genuina de una voluntad autónoma-, éstos deben ser concebidos como elementos subordinados al derecho objetivo, toda vez que frente a la autoridad no se puede sino invocar aquellos derechos subjetivos que el derecho objetivo reconoce y ampara. De esta manera, el fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos no debe buscarse en la voluntad individual de los contratantes, sino en el derecho objetivo que reconoce y ampara la posibilidad de que los particulares regulen sus relaciones recíprocas.

### 1.4 La fuerza obligatoria se funda en la confianza que la relación contractual genera en la contraparte

Esta postura afirma la obligatoriedad del contrato en la norma ética “que exige no defraudar la confianza que la palabra dada ha engendrado en la contraparte”<sup>20</sup>.

Comúnmente esta posición entorno a la fuerza obligatoria del contrato ha sido confundida con aquella que sustenta la fuerza obligatoria de los contratos en la idea de promesa que subyace al vínculo; nociones que si bien comparten aspectos comunes –como su fundamento moral- se distancian en aspectos sutiles que es conveniente tener en cuenta. En este sentido, el profesor de la Universidad de Harvard, Charles Fried, propone una tesis interesante que busca reformular la

---

<sup>19</sup> Postura atribuida al profesor de la Universidad de París, JACQUES GHESTIN, véase: LOPEZ, Jorge. *Op Cit.* N° 46.5.

<sup>20</sup> En este sentido Recasens, siguiendo a Roscoe Pound. En: LOPEZ, Jorge *Op Cit.* N° 46.3.

teoría clásica de los contratos, a partir de una noción que ve en el principio de la promesa el fundamento moral del derecho de contratos; fundamento “según el cual las personas pueden imponerse a sí mismas obligaciones donde nada existía con anterioridad”.<sup>21</sup> Este mismo autor se refiere a la confusión que generalmente se incurre al equiparar dos nociones distintas, cuales son, la del efecto obligatorio como correlato necesario de la confianza generada en la contraparte y la que radica la fuerza obligatoria en la promesa que subyace al vínculo contractual. En efecto, el mencionado autor enfatiza que la “distinción entre obligaciones originadas en una promesa y obligaciones causadas en la actuación por confianza puede parecer demasiado sutil; sin embargo, de ella se siguen importantes cuestiones teóricas y prácticas. Exigir el cumplimiento de una promesa como tal, es obligar al demandado a cumplir la prestación (o su equivalente monetario) solo porque él la ha prometido. Por el contrario, el punto de vista de la actuación por confianza, se concentra en los perjuicios sufridos por el demandante y pregunta si el demandado es lo suficientemente responsable de tales perjuicios como para exigirle pagar una indemnización”.<sup>22</sup>

Como es posible apreciar ambas posiciones difieren, fundamentalmente, en su estructura analítica. Así, la postura que funda la fuerza obligatoria del contrato en la actuación por confianza centra el eje del análisis en los perjuicios sufridos por el demandado en el evento de incumplimiento, con lo cual –a juicio de Fried- esta hipótesis pasa a constituir un caso especial de responsabilidad extracontractual. Desde esta perspectiva, sería posible concluir que “si, por ejemplo, no ha habido perjuicios palpables debido a que el destinatario de la promesa todavía no ha actuado por confianza en ésta, pareciera no haber nada que indemnizar (...)”<sup>23</sup>. Por su parte, en la noción de la obligación contractual como promesa cambia el eje estructural de análisis, toda vez que éste se centra en los sujetos y no en los

---

<sup>21</sup> FRIED, Charles. *La Obligación Contractual. El contrato como promesa*. Traducción de Pablo Ruiz Tagle, con colaboración de Rodrigo Correa. Santiago, Chile. Editorial jurídica. 1996. p 11.

<sup>22</sup> FRIED, Charles. *Op Cit.* p 15.

<sup>23</sup> *Ibid.* p 16.

perjuicios ocasionados al destinatario de la promesa, o como señala el propio Fried, “si miramos a la obligación contractual como fundada en una promesa, en obligaciones que las partes han asumido por sí mismas, la investigación se concentra en la voluntad de éstas”.<sup>24</sup>

#### 1.5 La fuerza obligatoria en el esquema piramidal del ordenamiento jurídico, sustentado por Kelsen

En primer lugar, cabe destacar la figura de Kelsen en cuanto se le atribuye la virtud de haber distinguido dos etapas plenamente identificables, pero comúnmente confundidas, en la estructura del vínculo contractual. En efecto -el citado autor señala que, “la palabra contrato (...), designa tanto al hecho productor de normas jurídicas, como a las normas que resultan de ese hecho”.<sup>25 26</sup> En este sentido, si bajo el prisma del contrato como hecho productor de normas, tenemos que de éste surgen tanto derechos como deberes en sentido jurídico, y si estos derechos y deberes, a su vez, encuentran su fuente en una norma jurídica que faculta a los particulares a contratar, llegamos a la conclusión que el contrato es, a la vez, un acto de aplicación de derecho (en cuanto los derechos y deberes que emanan del contrato derivan de una norma que faculta a los particulares a contratar) y un acto de creación normativa (en cuanto a la relación jurídico obligatoria que emana del contrato válidamente celebrado). En definitiva, las normas generales que reciben aplicación con motivo de la celebración de un contrato, así como las normas particulares que de él derivan no difieren en su carácter normativo, sino que en el carácter general y abstracto de las primeras y, en el carácter particular y concreto de las segundas.<sup>27 28</sup>

---

<sup>24</sup> *Idem.*

<sup>25</sup> SQUELLA, Agustín. *Introducción al Derecho*. Santiago, Chile. Editorial jurídica. 2007. p 304.

<sup>26</sup> Este mismo aspecto: LÓPEZ, Jorge. *Op Cit.* N° 46.4.

<sup>27</sup> SQUELLA, Agustín. *Op Cit.* p 305.

<sup>28</sup> Este análisis puede resultar útil a la hora de interpretar la norma del artículo 1545 que atribuye carácter de ley al contrato legalmente celebrado.

En segundo lugar –y relacionado con lo anterior-, se encuentra la concepción piramidal del ordenamiento jurídico, sustentada en un esquema general de normas fundantes y normas fundadas. En este sentido, al referirse al fundamento de validez de las normas jurídicas, Kelsen señala que ella no depende de juicios axiológicos que se dirijan al contenido de la norma, ni de consideraciones en torno a la efectiva aplicación y obediencia práctica a las mismas, sino que la expresión “validez” -aplicada a las normas jurídicas- denota dos propiedades fundamentales de éstas, a saber, su existencia y su consiguiente pretensión de obligatoriedad.

Bajo este esquema el ordenamiento jurídico se presenta como una estructura compuesta por normas fundantes (*superiores*) y normas fundadas (*inferiores*). En este sentido, las normas fundantes determinan tanto el *marco formal*, constituido por la consagración del órgano encargado de crear las normas jurídicas y el procedimiento que debe observar para tal creación, así como el marco *material* que deben tener las normas fundadas y que está constituido por los límites de contenido que éstas pueden tener.<sup>29</sup>

Teniendo en cuenta dicha concepción piramidal del ordenamiento jurídico, el fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos se deduce como una lógica consecuencia. En efecto, dicha fuerza coactiva se explica en este esquema de normas fundantes (*superiores*) y fundadas (*inferiores*) como una fuerza delegada. El contrato –bajo esta perspectiva- no posee fuerza obligatoria en sí mismo, sino que dicha fuerza se deriva de una norma superior (*fundante*) que atribuye a la convención celebrada por los particulares (norma inferior o *fundada*) un carácter coactivo. En el derecho chileno la norma fundante inmediata se encontraría en el artículo 1545 del Código Civil, norma que faculta a los sujetos privados para crear normas inferiores de particular aplicación.

---

<sup>29</sup> En este sentido: SQUELLA, Agustín. *Op Cit.* p 325.

En definitiva, preguntarse por la fuerza obligatoria del contrato es preguntarse por la fuerza obligatoria de la norma fundante inmediata (en este caso el artículo 1545) y preguntarse por la fuerza obligatoria de esta norma fundante nos reconducirá, a su vez, a una norma jurídica de mayor jerarquía, hasta llegar así a la cima del ordenamiento jurídico donde nos encontramos con la norma fundamental, vale decir la Constitución Política; asimismo para preguntarnos por la validez de esta Constitución debemos ir a la Constitución históricamente anterior, donde encontraremos normas que fundamentan la validez de la que le siguió. Con todo, en este camino llegaremos a una primera Constitución histórica, que generalmente nace como consecuencia de un acto de independencia de un Estado o de una época de desorden constitucional (en el caso de una *nueva* primera Constitución histórica). Finalmente, en relación con el fundamento de validez de esta primera Constitución histórica, éste debe encontrarse en una norma hipotética fundamental que sirve de fundamento a la primera Constitución histórica.

## 1.6 Conclusiones

Las posturas descritas anteriormente no son del todo excluyentes, muchas de ellas pueden convivir e incluso complementarse a la hora de buscar un fundamento plausible a la obligatoriedad del contrato.

De esta manera, podríamos señalar –siguiendo a Kelsen- que la fuerza obligatoria del contrato encuentra su fuente inmediata en el artículo 1545 del Código Civil, disposición que haciendo eco del artículo 1134 del Código de Napoleón consagra el principio *pacta sunt servanda* y revela que en nuestro ordenamiento jurídico no sólo existen deberes que se imponen de manera heterónoma a los particulares, toda vez que ellos a través del contrato encuentran la fuente más prolífera para la creación de deberes autónomos.

Sin embargo, la discusión no se agota en la búsqueda del antecedente inmediato, puesto que mediatamente es posible estimar, como se ha señalado precedentemente, que el contrato obliga ya sea porque así lo han querido las

partes al contratar y en ese sentido han manifestado su voluntad; sea porque es una institución justa; sea porque se ha generado una confianza legítima en la contraparte; o bien porque se trata de una institución económicamente eficiente.

Con todo, estimamos que cualquiera sea la postura que uno adopte respecto del fundamento de la fuerza obligatoria, no se puede desconocer que el contrato en su estructura fundamental presenta un elemento que lo diferencia sustancialmente de las demás fuentes de las obligaciones, esto es, la voluntad<sup>30</sup>; elemento que aunque circunstancialmente pueda tener un rol más o menos protagónico, se haya presente en todo el íter contractual, ya en su génesis (artículo 1445), en su ejecución (artículo 1546) o en su interpretación (artículo 1560). En este sentido, como bien señala un autor alemán, “la idea del contrato consiste en que lo contractualmente acordado vale porque cada uno de quienes lo convienen han actuado en ejercicio de su libre autodeterminación, de modo que debe ser tenido por correcto”.<sup>31</sup>

Finalmente, cabe señalar que el legislador chileno ha reconocido y amparado esta fuerza obligatoria de los vínculos contractuales, consecuencia evidente de ello es que el Derecho dota a los contratantes de mecanismos efectivos para obtener una satisfacción íntegra de sus intereses. Estos mecanismos destinados a permitir a los contratantes una plena satisfacción de sus expectativas insatisfechas forman parte de lo que en doctrina se conoce como derecho de acciones, que en la práctica se traduce en que el ordenamiento jurídico reconoce al acreedor un derecho a *exigir* la prestación, con ello “indica también la posibilidad de exigirla

---

<sup>30</sup> En este sentido Larroumet señala que “las obligaciones contractuales se fundan en un acto de voluntad, cuyo objeto es justamente la creación de un vínculo de obligación entre un acreedor y un deudor (...)”. LARROUMET, Christian. *Teoría General del Contrato*. Volumen I. Traducción de Jorge Guerrero R. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial Temis S.A. 1999. p 31.

<sup>31</sup> FLUME, Werner. En: BARROS, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. N° 778

ante los Tribunales”<sup>32</sup>, permitiendo de este modo “la realización del crédito por vía jurídica”.<sup>33</sup> En este sentido, las acciones pasan a constituir elementos importantes a la hora de analizar el sentido práctico de las distintas doctrinas que intentan justificar la fuerza obligatoria del contrato.<sup>34</sup>

Así, un ordenamiento que otorga primacía a la pretensión de cumplimiento por equivalencia –es decir, como sucede en los sistemas de *common law*- busca evitar que los incumplimientos generen menoscabos económicos, permitiendo que mediante el ejercicio de su pretensión el acreedor quede en una situación patrimonial equivalente a aquella en que se encontraría en el evento que la prestación hubiese sido cumplida en tiempo y forma. Mas aún, en dicho sistema ha llegado a postularse al incumplimiento (en naturaleza) como una de las posibles vías o cursos de acción que, junto con el cumplimiento, podría seguir el deudor.

De esta manera, es posible inferir que la tradición anglosajona, privilegia la integridad patrimonial por sobre la *specific performance*. En efecto, al reconocer fuerza obligatoria a los contratos y otorgar acciones frente al incumplimiento, busca satisfacer las expectativas defraudadas que los contratantes legítimamente se crearon, basados en la confianza propia de la celebración de semejante vínculo.<sup>35</sup>

Por su parte, los ordenamientos que otorgan un carácter preferente a la pretensión en naturaleza –es decir, como sucede en los sistemas continentales-, privilegian el hecho de que las promesas contractuales deben ser cumplidas tal y como se pactaron. Desde esta perspectiva, “el incumplimiento reviste carácter de

---

<sup>32</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de las Obligaciones*. Tomo I. Madrid – España. Editorial revista de derecho privado, 1958 – 1959. p 28.

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> En este sentido: BARROS, Enrique. *Incumplimiento de la Obligación Contractual*. Apuntes de Cátedra, Universidad de Chile. [s.a] p 1.

<sup>35</sup> BARROS, Enrique. [s.a.] p 2.



reprochable y, por ende de culpable”.<sup>36</sup> En tal sistema, la noción que concibe al contrato como un vínculo al cual subyace una promesa, aporta argumentos plausibles a la hora de buscar un fundamento a la obligatoriedad del contrato.

## **2. Generalidades en torno a la relación jurídica de obligación, como efecto principal de la celebración de un contrato**

A lo largo de la historia la noción de obligación constituye, sin lugar a dudas, uno de los conceptos que ha sido objeto de mayor estudio y análisis dentro de la dogmática civil. Representa, junto con los derechos reales, una de las ramas fundamentales dentro del estudio de Derecho Civil patrimonial y su importancia se muestra en los más variados aspectos, a saber: social, económico, moral y jurídico.<sup>37</sup>

### 2.1 Etimología de la voz obligación y evolución del concepto

---

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> En este sentido, el profesor FUEYO señala que la noción de obligación juega un rol preponderante desde el punto de vista social, toda vez que resulta evidente que los hombres son incapaces de satisfacer por sí mismos las necesidades, siempre crecientes, que le aquejan. De esta manera, las personas requieren de colaboración mutua para la satisfacción de sus propios intereses, cuestión que en definitiva se traduce en un intercambio constante de prestaciones y contraprestaciones, donde entra a regir el derecho de obligaciones. En segundo lugar, el derecho de obligaciones tiene importancia desde un punto de vista económico, cuestión que se manifiesta en un intercambio constante de bienes y servicios, permitiendo con ello la circulación de riqueza; la obligación, como señala LARROUMET, “es por excelencia el instrumento de los intercambios económicos entre los sujetos de derecho. El objeto del derecho de las obligaciones es evitar que tales intercambios se desarrollen en la anarquía”. Por otra parte, desde un punto de vista moral, el derecho de obligaciones se ocupa de velar por el respeto a la palabra empeñada, otorgando herramientas a los particulares para el evento de que las promesas sean incumplidas. Finalmente, desde el punto de vista jurídico el derecho de obligaciones constituye un pilar fundamental dentro del sistema de Derecho Civil, baste mencionar que “el Código chileno está destinado casi en su mitad al tema de las obligaciones”. Véase: FUEYO, Fernando. *Derecho Civil. De las obligaciones*. Tomo IV, Volumen I. Santiago. 1958. p 20; LARROUMET, Christian. *Op Cit.* p 16.

Es importante conocer el alcance etimológico<sup>38</sup> de un concepto, particularmente tratándose de un concepto de mayor relevancia, como es el caso del que estamos analizando, ya que dicha noción resulta ilustrativa para comprender la esencia de dicho concepto, especialmente en sus orígenes.

En este contexto, es posible señalar que el concepto *obligación* proviene del latín *obligatio*, palabra compuesta de la preposición de acusativo *obligación* que significa “por”, “a causa de”; y *ligatio*, que significa “ligar”, “atar” o “amarrar”. A su vez dicho sustantivo, proviene del verbo latino *ligare*, que significa atar, vincular o ligar (en sentido material o físico).

Esta noción pone de manifiesto la idea de vínculo o sujeción; idea que subyace al mismo concepto acuñado por Alfonso XI en las Siete Partidas, donde define obligación como *ligamento que es fecho segund ley é segund natura*<sup>39</sup>.

En definitiva, este concepto etimológico nos otorga una noción de obligación concebida como vínculo o coerción de la voluntad del deudor, libremente aceptada o legalmente impuesta, para la realización de un fin legítimo que puede consistir en un dar, hacer o no hacer, y el derecho del acreedor a exigir la cosa que constituye objeto de ella.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> En esto hemos seguido particularmente al profesor FUEYO. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 2ª Ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 1991. 13 p. Adicionalmente, en *Op Cit.* [1958] N° 5, p. 23 y ss.

<sup>39</sup> GIORGI, Jorge. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Volumen I. Madrid, España. Ediciones Hijos de Reus. 1928. VIII p. También en: FUEYO, Fernando. *Op Cit.* [1958] 23 p.; PEÑAILILLO, Daniel. *Las obligaciones. Teoría general y clasificación. La resolución por incumplimiento*. Santiago, Chile. Editorial jurídica. 2003. 77 p.

<sup>40</sup> En este sentido: GIORGI, Jorge. *Op Cit.* Vol I. VIII p.

## 2.2 El concepto de obligación

A lo largo de la historia la doctrina ha discutido latamente acerca del concepto de obligación, esbozándose al respecto cientos o tal vez miles de definiciones, por lo cual resulta extremadamente complejo citar una definición con pretensiones de certeza absoluta. Con todo, tradicionalmente la obligación ha sido definida como “vínculo jurídico entre personas determinadas, en virtud del cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a la otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo”<sup>41 42</sup>.

---

<sup>41</sup> ABELIUK, René. *Las Obligaciones*. 5ª Ed actualizada. Santiago, Chile. Editorial Jurídica. 2008. Tomo I, N° 18. p 26.

<sup>42</sup> En este mismo sentido: MEZA B, Ramón. Manual de derecho civil. *De las obligaciones*. 9ª Ed. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1997. N° 6, p 11; ALESSANDRI, Arturo. *Op Cit*. N° 86 y ss; LARRAÍN, Hernán. *Teoría General de las Obligaciones*. Santiago, Chile. Lexis Nexis. Colección Estudiantil. 2003. p 4.

Fernando Fueyo unificando la posición romanista del *vinculum* o sujeción de la persona, con la visión más amplia que se refiere al conjunto de la *relación jurídica*, define obligación en sentido amplio como “[e]l vínculo o relación jurídica entre dos o más personas, en virtud de lo cual una de las partes, deudor, debe cumplir una prestación determinada en favor de otra, acreedor, quien tiene la facultad de exigirla, constriñendo a la primera por los medios coercitivos dispuestos por la ley”. Véase: FUEYO, Fernando. [1958] p 27.

Por su parte, el profesor René RAMOS PAZOS, sin perjuicio de referirse al concepto tradicional de obligación entendida como “vínculo jurídico”, hace referencia a la tendencia moderna que entiende a la obligación como una “relación de derecho”. RAMOS, René. *De las Obligaciones*. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2007. N° 5. p 4.

En derecho comparado, LARENZ acoge la tendencia moderna del concepto de obligación y, en tal sentido, la define como “[a]quella relación jurídica por la que dos o más personas se obligan a cumplir y adquieren el derecho a exigir determinadas prestaciones”. LARENZ, Karl. *Op Cit*. [1958 – 1959]. t I. p 18. En el mismo sentido, VON TUHR define obligación como “[r]elación jurídica establecida entre dos o más personas, por virtud de la cual una de ellas –el deudor, *debitor*- se constituye en el deber de entregar a la otra –acreedor, *creditor*- una prestación” VON TUHR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo I. Traducido del alemán por W. Rogers. Madrid, España. Editorial Reus, S.A. 1934. p 1.

Desde una perspectiva más tradicional, GIORGI define obligación como “[v]ínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual, una o varias de ellas (deudor o deudores) quedan sujetas respecto a otra o a otras (acreedor o acreedores) a hacer o no hacer alguna cosa”. GIORGI, Jorge. *Op Cit*. t I. p 11.

Al respecto, estimamos que una concepción moderna de obligación debiera hacerse cargo, al menos, de las siguientes observaciones:

- Que la obligación no presenta un carácter exclusivamente pasivo, sino que también posee un aspecto activo, esto es, el crédito.
- Que, en conformidad con lo señalado precedentemente, la expresión “vínculo” tiende a quedar rezagada por la expresión más amplia y comprensiva de “relación” que pone de relieve aspectos tanto activos como pasivos de la obligación, en relación a ambas partes. Como bien señala Fueyo, las definiciones más tradicionales del concepto de obligación tienen en común “la subordinación del deudor hacia el acreedor, en un plano inclinado en que los derechos son todos del acreedor, y los deberes corresponden todos al deudor”<sup>43</sup>, en circunstancias que la tendencia moderna es a reconocer ciertos derechos al deudor y, correlativamente, imponer ciertos deberes al acreedor.

En este sentido, estimamos correcto definir a la obligación como una “relación de derecho entre dos o más personas, en cuya virtud una parte tiene el deber jurídico de satisfacer una prestación determinada a favor de otra, a la vez que el derecho a que el poder del acreedor no se exceda en sus límites, y a ser liberada al tiempo del cumplimiento, y la otra parte la facultad de exigir tal prestación, aún coercitivamente, a la vez que el deber de no excederse en su pretensión”.<sup>44</sup>

### 2.3 Evolución histórica del concepto de obligación<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> FUEYO, Fernando. *Op Cit.* [1991] p 18.

<sup>44</sup> FUEYO, Fernando. *Op Cit.* [1991] p 18 – 19.

<sup>45</sup> En esto hemos seguido fundamentalmente al profesor Fernando FUEYO: *Op Cit.* [1958] p 27 y ss; y [1991] p 19.

El concepto de obligación ha experimentado una notable evolución a lo largo de la historia. Así, en el Derecho Romano primitivo no se establecía distinción alguna entre derechos reales y personales, toda vez que ambos se encontraban comprendidos en la noción genérica de *manus*; noción que tenía carácter real, inmediato y absoluto. En esta etapa, la nula distinción entre derechos ejercidos sobre cosas materiales o *sobre seres humanos*, se traducía en que el acreedor ejercía su poder o señorío directamente sobre la integridad del deudor, “abarcando su propio cuerpo, su vida, su libertad y su honor”.<sup>46</sup> Desde esta perspectiva, la ejecución forzada de la obligación se traducía en la esclavitud del deudor, su servidumbre, derecho de venta o de prenda sobre el mismo. Además, en esta etapa la relevancia extrema que tenía el elemento subjetivo impedía que se produjera un cambio en los sujetos, acreedor y deudor. En consecuencia, si era necesario un cambio en este aspecto se debía recurrir necesariamente a la novación.<sup>47</sup>

Más tarde, en el siglo V, se produce una transformación substancial en la noción de obligación, toda vez que ésta pasa de ser un poder o señorío sobre la persona del deudor a ser un poder sobre su voluntad. A este respecto el profesor Fueyo, citando a Clemente de Diego, estima que las leyes *Poetilia* y *Vallia* permitan generar este nuevo estado de cosas. En efecto, la primera de dichas leyes consagra que el deudor garantiza ya no con su libertad, sino con sus bienes, el cumplimiento de sus obligaciones. Por su parte, la segunda de dichas leyes otorga al deudor la facultad de sustraerse a la coacción privada del acreedor y de defenderse ante la justicia.

A partir de ese momento, la noción de obligación experimenta una notable evolución, fundamentalmente, en dos aspectos: en cuanto al *vínculo* y en cuanto a

---

<sup>46</sup> *Idem.*

<sup>47</sup> PEÑAILILLO, Daniel. *Op Cit.* [2003] p 80.

los sujetos.<sup>48</sup> En cuanto al *vínculo*, el cambio es evidente, toda vez que se atenúa su rigurosidad; ahora el deudor deja de responder con su persona frente a una situación de incumplimiento y pasa a responder exclusivamente con su patrimonio, más aún, excluyéndose algunos bienes –los inembargables- de la persecución de los acreedores (en esta atenuación de la rigurosidad del vínculo juega un rol trascendental el influjo del cristianismo).

Luego, en lo que se refiere al elemento subjetivo (al cual la concepción tradicional le otorgaba importancia esencial), éste también fue atenuándose, llegando a una concepción más objetiva de la obligación. En este sentido, se fue admitiendo el cambio de acreedor mediante la cesión de créditos (en el Código Civil chileno en los artículos 1901 y ss.), la proliferación de los títulos de crédito de amplia circulación (mediante su endoso o entrega manual, dependiendo que se trate de títulos a la orden o al portador, respectivamente), llegando en muchas situaciones a una verdadera indeterminación del sujeto activo. Por otra parte, se fue admitiendo por ciertas legislaciones el cambio de deudor mediante la cesión de deudas (institución no admitida de manera expresa por nuestra legislación), llegándose a una situación más extrema, cual es, la indeterminación del sujeto pasivo en las obligaciones “*propter rem*” o de sujeto pasivo ambulatorio, donde la situación de deudor varía con el cambio en la titularidad de la propiedad o posesión de la cosa respecto de la cual recae la obligación.

En definitiva, el cambio de rumbo que experimenta el derecho de obligaciones de ese momento en adelante resulta evidente, toda vez que la obligación deja de ser concebida como un vínculo personal de carácter material (el deudor se sometía a un verdadero encadenamiento en caso de incumplimiento) que se ejerce *sobre* la persona del acreedor, para ser entendido como un vínculo de carácter esencialmente moral que se ejerce sobre la voluntad del deudor. Por otra parte, el deudor deja de garantizar el cumplimiento de la obligación con su propio cuerpo,

---

<sup>48</sup> En esta parte hemos seguido fundamentalmente al profesor PEÑAILILLO: *Op Cit.* [2003]. p 80 y ss.

toda vez que las consecuencias del incumplimiento pasan a tener un carácter eminentemente patrimonial, ya que van a ser los bienes -y no la persona del deudor- los que deberán responder en el evento de incumplimiento. Como bien señala Larenz “[e]l hecho de que todo deudor responda, en principio, por cualquier deuda frente al acreedor con todo su patrimonio, no es natural, sino que descansa en una larga evolución del derecho de obligaciones y del derecho de ejecución. Originariamente, tanto en el Derecho romano como en el germánico respondía el deudor con su propia persona, y ello en virtud de un contrato especial de responsabilidad (...). En caso de incumplimiento podía el acreedor apoderarse de la persona del deudor, detenerle e incluso venderle en esclavitud”.<sup>49</sup>

#### 2.4 Reflexión en torno a la naturaleza de la relación jurídica de obligación

La evolución de la noción de obligación no se agota en lo señalado precedentemente, lo cual si bien constituye un avance fundamental, sólo sienta las bases fundamentales, para que la doctrina dentro de un ámbito estrictamente patrimonial, dilucide la verdadera naturaleza de la relación jurídica de obligación.

Siguiendo fundamentalmente la brillante y precisa exposición que el profesor Fueyo realizó respecto de la materia<sup>50</sup>, distinguiremos tres hitos o etapas cronológicas en la evolución de la doctrina del derecho de obligaciones.

##### 2.4.1 Planteamiento de la doctrina clásica

Esta doctrina suele ser atribuida al jurista alemán Frederich Von Savigny, para quien las relaciones de derecho podían tener por objeto tanto cosas como personas. Desde este punto de vista, el ordenamiento jurídico confiere al acreedor un poder o señorío que se ejerce, ya no sobre la persona, sino sobre la voluntad del deudor. Indudablemente este poder que el ordenamiento confiere al

---

<sup>49</sup> LARENZ, Karl. *Op Cit.* [1958 – 1959], t I. p 35.

<sup>50</sup> Véase: FUEYO, Fernando. *Op Cit.* [1958] p 29. y [1991] p 29.

acreedor no tiene un carácter real y absoluto, puesto que en ese caso caeríamos a la noción romana de esclavitud, menoscabando con ellos derechos fundamentales de la persona humana, tales como la dignidad, libertad y honra.

Se trata, a juicio de Savigny, de un poder o señorío que se ejerce sobre una persona; “si bien no sobre esta persona en su totalidad (lo que daría lugar a la supresión de su personalidad), sino sobre determinadas actividades de la misma, que deben considerarse separadas de su libertad y sometidas a nuestra voluntad”.<sup>51 52</sup>

Cabe señalar que esta postura ha evolucionado considerablemente, toda vez que modernamente se ha entendido que el derecho de crédito no confiere al acreedor un señorío ni sobre la persona del deudor, ni sobre su actividad, ni aún sobre el objeto que el deudor debe entregar al acreedor. En definitiva, como señala Larenz, “no se trata de un derecho *sobre* una cosa determinada, sino *contra* – o respecto de, agregamos nosotros- determinada persona”.<sup>53</sup> Además, señala el autor, concebir a la obligación como una especie de dominio directo sobre el acto ajeno, implica contradecir el principio de que todo acto jurídico descansa en un presupuesto inherente de libertad de la persona que actúa. En definitiva, la obligación implica una “vinculación al deber y la sumisión a la fuerza del derecho, pero no supone nunca la sumisión inmediata a la voluntad ajena, aunque sólo fuera un aspecto parcial de la personalidad”.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> LARENZ, Karl. *Op Cit.* [1958 – 1959] t I. p 24.

<sup>52</sup> En un sentido similar a Von Savigny, Giorgi señala que con la obligación “el acreedor disminuye la libertad del deudor o le constriñe, mediante acción personal, a prestarle, a pesar suyo, un servicio. Véase: GIORGI, Jorge. *Op Cit.* p 3.

<sup>53</sup> LARENZ, Karl. *Op Cit.* [1958 – 1959] p 23.

<sup>54</sup> *Ibid.* p 25.



A la crítica anterior se suma otra que señala que la doctrina clásica concibe a la obligación como una situación estática en que el acreedor permanece en una situación invariable de señorío respecto de su deudor, en circunstancias que las relaciones de obligación generalmente presentan un carácter complejo y dinámico, donde las partes no siempre se mantienen de modo invariable en sus posiciones jurídicas.

#### 2.4.2 Doctrina objetiva

Esta postura enfatiza el carácter eminentemente patrimonial de la relación jurídica de obligación, señalando que la obligación más que un vínculo entre sujetos, implica una conexión entre un acreedor y el patrimonio del deudor. Con esto se pretende desvirtuar y, a la vez, reaccionar contra la idea de señorío o dominio, ya sea sobre la persona misma o sobre determinados actos del deudor. Más aún, algunos llegan a extremar esta postura señalando que la obligación implica una relación directa entre los patrimonios de los sujetos involucrados, prescindiendo con ello del elemento subjetivo de la relación obligatoria.<sup>55</sup>

Esta concepción moderna, si bien tiene la virtud de enfatizar el carácter esencialmente patrimonial del derecho de obligaciones, ha sido criticada por cuanto al vincular directamente a dos patrimonios, sin consideración respecto de los sujetos titulares, podría llegar a una consecuencia absurda, toda vez que la obligación, como una forma particular de relación jurídica, no es concebible sin un elemento subjetivo<sup>56</sup>. Vale decir, la obligación implica una relación que necesariamente se da entre sujetos, sin perjuicio de que las consecuencias que

---

<sup>55</sup> En similar sentido, Larroumet afirma que “la obligación es un vínculo entre dos sujetos de derecho o mejor, en derecho moderno, *entre dos patrimonios*”. A mayor abundamiento, indica que “el acreedor es titular de un derecho personal, mientras que el deudor esta gravado con una deuda; de ahí se deduce que la obligación no es sino *una relación de derecho entre dos patrimonios*”. Sin embargo, cabe hacer notar que el autor no desconoce la presencia del elemento subjetivo de la relación obligatoria, como han llegado a hacerlo los autores mas extremos de la posición objetiva. LARROUMET, Christian. *Op Cit.* Vol I, p 16.

<sup>56</sup> FUEYO, Fernando. *Op Cit.* [1991] p 31.

emanan de la inobservancia del vínculo tengan un carácter puramente patrimonial.

#### 2.4.3 De la distinción entre deuda y responsabilidad<sup>57</sup>

Esta teoría cuyos orígenes pueden encontrarse en la doctrina alemana<sup>58</sup>, busca clarificar la estructura y contenido de la relación de obligación, distinguiendo dos momentos diversos y conceptualmente identificables, en la noción de obligación.

Un primer momento estaría constituido por el *debitum* o deber de prestación (*schuld*) que implica la necesidad de realizar la prestación tal y como se ha pactado, en satisfacción de la legítima expectativa generada en el acreedor que se materializa en su “derecho a recibir”. En este primer momento, “un interés, sea moral o pecuniario, que el deudor defiende, le hace cumplir o esforzarse al máximo en esta primera etapa del deber y del cumplimiento espontáneo, que hemos de suponer como caso normal”.<sup>59</sup>

Por otra parte, encontramos el deber de responsabilidad (*haftung*) que surge, precisamente, por la inobservancia del deber primario de cumplimiento. Desde el punto de vista del acreedor, implica un derecho a accionar contra quién no ha dado efectivo cumplimiento a su promesa. En esta segunda etapa, la relación

---

<sup>57</sup> En la doctrina chilena tradicionalmente no se han distinguido estos dos momentos conceptuales, sin perjuicio de que algunos de nuestros autores han puesto de manifiesto dicha distinción. Entre ellos: FUEYO. *Op Cit* [1958]. N° 9, letra c); PEÑAILILLO. *Op Cit* [2003], p. 83 y ss.; BARROS, Enrique. *La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el derecho de los contratos*. En: Estudios de derecho civil II. IV Jornadas Chilenas de Derecho Civil, Olmué (Chile), 3 a 5 de agosto de 2006. Edit. Lexis Nexis. [2006 b] p 724 y ss; ALESSANDRI. *Op Cit*. Tomo I, N° 88 y ss.

<sup>58</sup> A juicio de FUEYO los orígenes de esta doctrina pueden atribuirse al jurista alemán Brinz, quien en su estudio *Concepto de la Obligación* dio las primeras luces de esta moderna teoría. Véase: FUEYO. *Op Cit*. [1958] N° 9, letra c) y [1991], p 32. Además, PEÑAILILLO sostiene que la exposición mas definida del tema se encuentra en Amira y Gierke. Véase: *Op Cit*. [2003], p 84.

<sup>59</sup> FUEYO: *Op Cit* [1991] p 34.

deviene esencialmente patrimonial; son los bienes del deudor –a excepción de los inembargables- los que harán frente a la pretensión del acreedor, sea ésta en naturaleza o en equivalencia.

Esta distinción entre débito y responsabilidad es clave a la hora de comprender el carácter secundario de la responsabilidad contractual, característica que permite distinguir esencialmente a esta clase de responsabilidad respecto de la delictual o cuasidelictual.<sup>60</sup> Esta tesis postula que el principal efecto de la obligación contractual consiste en cumplir lo pactado, ya sea que la prestación sea de dar, hacer o no hacer. En este sentido, es posible afirmar que una persona se encuentra *obligada* respecto de otra. Desde este punto de vista, el deber jurídico de prestación en nada se diferencia del deber moral. La particularidad del deber jurídico –que lo diferencia fundamentalmente del deber moral- reside en que frente a una situación de incumplimiento el Derecho dota al acreedor diligente de herramientas eficaces -esto es, de acciones- para dirigirse de manera coactiva en contra del patrimonio del deudor.

Frente a esta obligación de carácter primario que consiste en la fiel observancia de lo pactado, existe una obligación de carácter secundario que tiene como presupuesto, precisamente, la inobservancia de la obligación de primer grado. En este sentido, es posible señalar que cuando quien contrata incumple la prestación a que se haya obligado, debe *responder* de dicho incumplimiento, comprometiendo en ello todo sus bienes, a excepción de los inembargables (artículo 2465 Código Civil). Así es como decimos “el deudor *responde* de su deuda con su patrimonio”.<sup>61 62</sup>

---

<sup>60</sup> En este aspecto hemos seguido fundamentalmente: BARROS, Enrique: *Op Cit* [2006 a] y [2006 b] p 721 y ss. En el mismo sentido, LARENZ señala que “[e]n el derecho germánico (...) fue desde un principio lo primario el momento de la “deuda”, del deber prestar, que se diferenciaba de la responsabilidad, que era secundaria y exigía un acto especial que la fundamentara”. LARENZ, Karl. *Op Cit.* [1958 – 1959]. t I. p 34.

<sup>61</sup> LARENZ, Karl. *Op Cit.* [1958 – 1959] p 32.

<sup>62</sup> En similar sentido, VON TUHR señala: “En un primer momento, el objeto del crédito es, evidentemente, el deudor; pero, considerada la cosa a fondo, si el crédito se traduce en una

Como vemos, la responsabilidad contractual se presenta como una obligación secundaria que tiene como presupuesto la infracción de un deber primario (cumplir fielmente lo pactado) que causa daño al acreedor. Con el objeto de hacer efectiva esta responsabilidad el ordenamiento jurídico dota de acciones al contratante diligente, con el fin de que pueda obtener una satisfacción, ya sea en naturaleza o en equivalencia de su expectativa defraudada. Nuestro ordenamiento jurídico, enfatizando que las promesas deben cumplirse tal como se han pactado, da primacía a la pretensión en naturaleza, sin perjuicio de que cuando dicha pretensión se torna imposible se podrá reclamar el equivalente pecuniario mediante la correspondiente indemnización de perjuicios.<sup>63</sup> Estas dos acciones -siguiendo al profesor Barros- se encuentran sometidas a distintos requisitos de procedencia. Así, tratándose de la pretensión en naturaleza que tiene por objeto perseverar en el cumplimiento de la obligación primaria, sólo exige como presupuesto probar la fuente de la obligación, vale decir, en este caso basta probar que existe un contrato. En cambio, la pretensión por equivalencia -que es propiamente una acción de responsabilidad en sentido estricto- se encuentra sometida a exigencias más estrictas, toda vez que la responsabilidad en sentido civil, presupone (por regla general) un juicio de reproche respecto de la conducta ilícita -en este caso el incumplimiento- del

---

condena por falta de pago, se ve que el verdadero objeto, sobre que versa, es su patrimonio". VON TUHR, Andreas. *Op Cit.* p 10.

<sup>63</sup> En todo caso, cabe señalar que la doctrina ha relativizado la primacía absoluta que se le confiere tradicionalmente a la pretensión en naturaleza, puesto que dicha primacía no es tal tratándose de obligaciones de hacer, donde el artículo 1553 N° 3 otorga la posibilidad de reclamar directamente la indemnización de perjuicios compensatoria y moratoria. A su vez, en materia de obligaciones de no hacer el artículo 1555 establece que la contravención se resuelve en el deber de indemnizar, a menos -claro está- que pueda deshacerse lo hecho en contravención, con todo el inciso tercero permite al deudor poder responder con *otros medios*, expresión que permitiría incluir a la indemnización. Tratándose de obligaciones de dar emanadas de un contrato bilateral, el artículo 1489 contempla la posibilidad de demandar el cumplimiento forzado o, alternativamente, la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Finalmente, cualquiera sea la naturaleza de la obligación contraída, las partes podrían estipular una cláusula penal, en cuyo caso el contratante diligente, después de constituir en mora al deudor, también tiene la alternativa de demandar el cumplimiento de la obligación principal o la pena (indemnización compensatoria), según prescribe el artículo 1537.

deudor. Esta diferencia entre ambos tipos de pretensiones se manifiesta no sólo en el distinto objeto que persiguen, sino también en las excepciones que el deudor puede oponer frente a una u otra. Así, frente a una pretensión en naturaleza el deudor sólo podría oponer las excepciones de extinción de la obligación o imposibilidad absoluta de ejecución. En cambio, frente a una pretensión por equivalencia las excusas son mayores, toda vez que en este caso las argumentaciones tendrán por objeto desvirtuar los presupuestos que configuran la responsabilidad civil.<sup>64</sup>

En este aspecto, se critican las deficiencias estructurales que presenta la doctrina del profesor Pablo Rodríguez que concibe a la obligación como un deber tipificado de conducta<sup>65</sup>, toda vez que “somete a iguales criterios los momentos de *obligación contractual* y de la responsabilidad contractual...”. En este sentido, se cuestiona la postura del autor mencionado en cuanto lleva a la conclusión de que frente a una pretensión de cumplimiento (forzado) en naturaleza sería admisible la excusa de diligencia por parte del deudor, en circunstancias de que la pretensión en naturaleza no exige un juicio de reproche respecto de la conducta del deudor para su ejercicio. En consecuencia, argumentar diligencia en este caso implicaría tratar de desvirtuar un elemento que, en definitiva, no constituye un presupuesto para el ejercicio de la pretensión en naturaleza.

### **3. El injusto contractual. Noción de incumplimiento. Hipótesis**

Tal como señalábamos precedentemente, del contrato emana una obligación o deber primario, cual es, el deber de cumplir fielmente lo pactado, cuestión que en definitiva se

---

<sup>64</sup> En esta materia, Barros sistematiza las excepciones que puede oponer el deudor frente a las diversas pretensiones que dispone el acreedor para obtener la satisfacción de su interés defraudado. Al respecto, señala que las normas pertinentes son: el artículo 1670 del Código Civil y 464 N° 9 a 17 (en obligaciones de dar) y 534 del Código de Procedimiento Civil (en obligaciones de hacer y no hacer), frente a la pretensión en naturaleza; y el artículo 1547 frente a la pretensión indemnizatoria o pretensión de responsabilidad civil en sentido estricto. BARROS, Enrique. *Op Cit.* [2006 b] p 736.

<sup>65</sup> Respecto de esta tesis profundizamos en el Capítulo IV, N° 4 de este trabajo.

traduce en observar estrictamente la prestación estipulada, ya sea que ésta consista en dar, hacer o no hacer.

Frente a este deber primario de prestación, el deudor puede asumir diversas actitudes. La actitud normal consiste en que el deudor cumpla fielmente lo pactado<sup>66</sup>. Sin embargo, también es posible que el deudor no cumpla de manera exacta u oportuna con su deber de prestación.

Bajo la segunda alternativa, el deudor desvía su conducta de aquella que le era razonablemente exigible en razón de lo estipulado en el contrato. En tal sentido, es posible concebir el incumplimiento contractual como aquella “situación antijurídica que se produce cuando, por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación, no queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el Derecho contra aquél para imponerle las consecuencias de su conducta”<sup>67</sup>. Desde esta perspectiva, el incumplimiento de las obligaciones aparece como una vulneración reprochable de un estado de cosas preestablecido, con lo cual el incumplimiento contractual se inscribe en un marco analítico más amplio, cual es, la teoría del injusto.

---

<sup>66</sup> Al efecto, la doctrina más reciente parece conteste en que los efectos de las obligaciones no se restringen -como tradicionalmente se ha estimado- al incumplimiento, sino que constituyen solo una faceta (la anormal) de los mencionados efectos. En efecto, la situación normal es que las obligaciones se cumplan, constituyendo por tanto el principal efecto de las obligaciones. En este sentido: FUEYO, Fernando. *Op Cit.* p. 12, 13 y 245. [1991], p 245; ABELIUK, René. *Op Cit.* Tomo II. N° 574; RAMOS, René. *Op Cit.* N° 262.

La postura tradicional, en cambio, es sostenida por MEZA BARROS, Ramón. *Op Cit.* N° 278; ALESSANDRI, Arturo. Teoría de las obligaciones. Versión taquigráfica de sus clases por Ramón Latorre Zúñiga. Zamorano y Caperán. 1934. En: ABELIUK. *Op Cit.* N° 574. No obstante que en la segunda edición ampliada y actualizada del Tratado de Obligaciones de Alessandri, Somarriva y Vodanovic, se adopta la clasificación moderna de los efectos de las obligaciones. *Op Cit.* N° 40.

<sup>67</sup> Este concepto se debe al tratadista español Federico Puig Peña, citado por FUEYO. Véase: *Op Cit.* [1991] p 250.

Cabe señalar que esta concepción que postula al incumplimiento contractual como una modalidad particular de injusto, tiene asidero normativo plausible en nuestra legislación, basta recordar que a la luz del artículo 1545 de nuestro Código Civil “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes*”. En consecuencia, cada vez que se produce un incumplimiento de contrato, estamos frente a una vulneración del ordenamiento jurídico que merece quedar comprendida dentro del ámbito general de la teoría del injusto, hasta hace poco restringida exclusivamente al ámbito penal. En este sentido, como bien señala el jurista español Federico Puig Peña, “el injusto civil y el injusto penal es siempre el mismo, un injusto con las mismas notas y caracteres, no existiendo entre ellos diferencias de calidad, sino de intensidad. Los dos suponen una actividad contra el derecho, instalándose en el Derecho Privado o en el Código Penal, según lo aconseje la política jurídica”.<sup>68</sup>

Esta extensión de la teoría del injusto se justifica, a juicio del profesor Fueyo, en que la sociedad reacciona no sólo cuando se infringen preceptos imperativos carácter general y abstracto, sino también cuando existe una inobservancia reprochable de relaciones jurídicas creadas bajo el amparo de dichas normas, aún cuando sus efectos tengan un alcance particular y restringido, como acontece precisamente en relaciones contractuales.<sup>69</sup> Prueba de esta reacción es que el ordenamiento jurídico dota a los contratantes de eficaces herramientas frente al incumplimiento inexcusable, a fin de obtener una adecuada satisfacción a sus expectativas defraudadas. Aún mas, nuestro ordenamiento al consagrar como acción principal la de cumplimiento forzado en naturaleza resalta el hecho de que las promesas deben ser cumplidas tal y como se

---

<sup>68</sup> Este interesante análisis del incumplimiento contractual manifestación particular de injusto, se debe a Federico Puig Peña, quién analiza el tema en un artículo denominado *El incumplimiento contractual como injusto*, en Revista de Derecho Privado, tomo XXIX, pág. 150, Madrid, 1945. Citado en: FUEYO, Fernando. *Op Cit.* [1991], p. 250. En este mismo sentido, el profesor Abeliuk señala que: “El incumplimiento es evidentemente un acto injusto, contrario a derecho, cuando es imputable al deudor”. ABELIUK, René. *Op Cit.* Tomo II. N° 798

<sup>69</sup> *Ibid*

han pactado, “lo que, a su vez, redundaría en que el incumplimiento reviste el carácter de reprochable”.<sup>70</sup>

Una vez delineada la noción de incumplimiento, cabe ahora referirse a las notas estructurales que caracterizan al incumplimiento contractual como una modalidad particular de injusto y fuente de responsabilidad.<sup>71</sup> En este sentido, es posible señalar que una hipótesis de incumplimiento contractual presenta la siguiente estructura:<sup>72</sup>

- La preexistencia de un deber jurídico

Para encontrarnos frente a cualquier hipótesis de incumplimiento resulta indispensable la existencia de un deber jurídico previo, cuya inobservancia pueda ser objeto de valoración por parte del ordenamiento jurídico.

Este deber jurídico previo puede encontrar su causa eficiente en la ley, o bien puede provenir de la voluntad de obligarse. En este aspecto, como sugiere el profesor Barros, se diferencian *ab initio* la responsabilidad civil contractual y extracontractual, toda vez que la primera encuentra su antecedente en la voluntad de obligarse que se manifiesta en la convención, “por sutil y elemental que ésta circunstancialmente pueda ser”<sup>73</sup>; mientras la segunda haya su fuente en deberes generales de cuidado que los individuos se deben

---

<sup>70</sup> Para un análisis más detallado de las acciones que el ordenamiento jurídico confiere al acreedor diligente, frente a una hipótesis de incumplimiento. Véase: Capítulo I, 1.1.6, donde hemos seguido como fuente guía a BARROS. Véase: *Op Cit.* [s.a.] p 1 y ss.

<sup>71</sup> En esto, nuevamente seguiremos la obra de FUEYO: *Op Cit.* [1991] p 251 y ss.

<sup>72</sup> Hacemos presente que bien podría hablarse -tal como ha hecho tradicionalmente la doctrina- de elementos de la responsabilidad civil, más que elementos del incumplimiento, toda vez que ésta última noción supone situar el análisis únicamente en la inobservancia de la prestación debida, sin que ello implique necesariamente referirse a los otros elementos *proprios del juicio de responsabilidad* (baste recordar que el incumplimiento puede ser inimputable). Sin embargo, en esta parte hemos seguido a Fueyo, quien estructura estos elementos bajo la noción de incumplimiento como fuente de responsabilidad civil.

<sup>73</sup> BARROS, Enrique. *Op Cit.* [2006 a], p 978.



recíprocamente en sus actividades susceptibles de ocasionar daños a terceros, deberes que pueden emanar ya sea de la propia ley (en cuyo caso nos encontramos ante hipótesis de culpa infraccional), o bien de una construcción jurisprudencial *ex – post*, en que el juez se limita a *descubrir* un deber de cuidado previo que un individuo (atendida la conducta que un hombre razonable hubiese observado en las mismas circunstancias), debió haber considerado como premisa de su propio obrar.

- Actividad del obligado

Toda hipótesis de incumplimiento susceptible de generar responsabilidad civil, debe suponer la concreción de un perjuicio atribuible a determinada actividad libre del obligado, la que puede consistir en un comportamiento positivo (acción), o bien negativo (omisión), mediante el cual se exterioriza una manifestación de voluntad que se traduce en la inobservancia del deber jurídico previo, creado en virtud de la relación de obligación.

Cabe señalar que el requisito de libertad en el actuar (sea por acción u omisión) representa un presupuesto fundamental de la acción, toda vez que resulta indispensable -para efecto de atribuir los perjuicios derivados del incumplimiento-, que el deudor obligado a ejecutar una determinada prestación decida libremente no ejecutar (o ejecutar imperfectamente) aquello a que se encontraba obligado o ejecutar aquello que no debía realizar. En este sentido, no podría, por ejemplo, atribuirse responsabilidad al deudor que con el objetivo de cumplir su obligación de pagar el precio en determinado momento, se dirige al banco a efectuar un depósito y en el trayecto es secuestrado. En esta hipótesis, resulta evidente que la omisión en la ejecución de la prestación debida no es susceptible de ser reconducida a una conducta libre del obligado, por tanto, no sería razonable atribuir responsabilidad al deudor frente a dicho incumplimiento.<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> Con todo, en este caso se plantea la duda de si lo que se excluye es la acción –propiamente omisión en la hipótesis comentada-; o la ilicitud del incumplimiento; o bien, si se excluye la

Finalmente, dentro del elemento “actividad del obligado” el profesor Fueyo, citando a Puig Peña, menciona los componentes que lo constituirían, a saber:

- La manifestación de voluntad del obligado, ya sea a través de una acción u omisión.
  - El resultado, vale decir, los cambios producidos como consecuencia del incumplimiento en el estado de derecho generado por la obligación.
  - La relación causal entre la manifestación de voluntad y el resultado producido.
- Imputabilidad

En términos generales, como señala el profesor Alessandri, la palabra imputar “significa atribuir, achacar algo o alguien, hacerlo responsable de ello”<sup>75</sup>.

Partiendo de la premisa de que todo daño debe ser soportado por quien lo sufre, a menos que existan fundamentos plausibles para que éste pueda ser atribuido a un tercero, con la consecuente obligación de repararlos<sup>76</sup>, cobra relevancia analizar el tema de la imputabilidad, toda vez que “nadie puede hacerse responsable de aquellos daños que no estuvo en posición de evitar”<sup>77</sup>.

---

relación de causalidad, puesto que en este caso el incumplimiento no es posible atribuirlo al deudor, sino a la conducta de un tercero, cual es el secuestrador. Estimamos que la duda se reconduce al típico problema que plantea parte de la doctrina consistente en situar determinadas situaciones externas en la *ausencia de acción culpable* o en la *interrupción del vínculo causal*. Situar la situación en esta última sede, tiene la virtud de poder ser utilizada como causal de exoneración para el deudor en sede de responsabilidad contractual objetiva.

<sup>75</sup> ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC. *Op Cit.* t II. N° 827.

<sup>76</sup> BARROS, Enrique. *Op Cit.* [2006 a] N° 25

<sup>77</sup> BARROS, Enrique. *Op Cit.* [s.a] p 11

En efecto, para que el incumplimiento de la obligación contractual sea imputable al deudor es necesario que éste haya incumplido con culpa o dolo.

En términos generales, la culpa contractual se configura cuando “el deudor, por desidia o negligencia, no cumple íntegramente una obligación preexistente o la cumple tardíamente”<sup>78</sup>. Ahora bien, para determinar si en los hechos el deudor ha obrado de manera culpable, es necesario atender a un modelo abstracto de conducta con el que se compara la conducta que el deudor ha ejecutado. En efecto, es necesario comparar la conducta llevada a cabo por el deudor en concreto con una conducta abstracta que se determina atendiendo al tipo de obligación de que se trate (gratuita u onerosa).

Ello implica concebir un concepto objetivo de culpa, cuyo proceso de apreciación deviene esencialmente abstracto, puesto que no se atiende a características personales del deudor para determinar si ha obrado o no de manera negligente. Sin perjuicio de ello, en el juicio de responsabilidad resulta imprescindible atender al contexto específico en que dicha conducta se desenvuelve, dado que la calidad que posea uno u otro contratante puede ser determinante a la hora de atribuir responsabilidad<sup>79</sup>.

En efecto, la consideración de aspectos concretos de la situación específica, resulta particularmente relevante en el ámbito contractual cuando una persona actúa en calidad de *experto*, toda vez que la persona que contrata a otra en calidad de *experto* deposita en su desempeño un nivel de confianza que excede de aquél que se compromete en la contratación de un individuo que carece de dichas aptitudes.

---

<sup>78</sup> ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC. *Op Cit.* t II. N° 835

<sup>79</sup> En este sentido, aunque situándose en el ámbito extracontractual, resulta ilustrativo citar una situación comentada por el profesor Barros que también podría presentarse en un contexto contractual. En efecto, señala el citado profesor, “no es el mismo cuidado exigible a un médico general, que sirve en una pequeña ciudad, donde en un caso de urgencia no puede consultar a un experto, que el de un profesional especializado que atiende un caso similar en un hospital con todas las instalaciones requeridas.” Véase: BARROS, Enrique. *Op Cit.* [2006 a.] N° 46.

Por otra parte, el dolo constituye otro factor de atribución de responsabilidad en materia contractual. El dolo se encuentra definido en el Título Preliminar del Código Civil como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro (Artículo 44, inc. final). En este sentido, tradicionalmente se ha concebido el dolo contractual como “la intención positiva del deudor de perjudicar al acreedor demorando el cumplimiento de la obligación o no cumpliendo ésta en todo o parte”<sup>80</sup>.

A juicio de otra parte de la doctrina<sup>81</sup>, esta concepción tradicional del dolo restringiría al mínimo la posibilidad de aplicación práctica de este factor de atribución de responsabilidad, toda vez que el dolo estaría concebido como una intención maliciosa directa de causar daño al acreedor, más que como una representación del daño unido a su aceptación. De esa manera, la prueba del dolo se tornaría prácticamente imposible en la práctica, atendida la dificultad que implica la prueba de las intenciones. Por lo demás –se argumenta-, concebir al dolo como una intención maliciosa de causar daño a otro implica desconocer la forma práctica en que operan los negocios, toda vez que resulta extremadamente extraño concebir a un deudor que, pudiendo cumplir, no lo haga con el solo objetivo de dañar al acreedor, a menos –claro está- que estemos frente a un individuo con intenciones perversas. Lo que en realidad sucede es otra cosa, el deudor deja de cumplir con el único objetivo de procurarse una ganancia o lucro personal y, si bien con ello causa un perjuicio al acreedor, a quién no tiene una verdadera *intención* de perjudicar, lo acepta en función de sus propios intereses.

---

<sup>80</sup> ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC. *Op Cit.* N° 829. En el mismo sentido se pronuncian: ABELIUK. *Op Cit.* N° 826; MEZA BARROS. *Op Cit.* N° 367; LARRAIN. *Op Cit.* p. 242;

<sup>81</sup> En eso hemos seguido al profesor Pablo Rodríguez Grez. Véase: RODRÍGUEZ, Pablo. *La obligación como deber de conducta típica (La teoría de la imprevisión en Chile)*. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1992 (Santiago de Chile: Salesianos). p 33 y ss.

Desde esta perspectiva la noción de dolo se amplía considerablemente y pasa a ser concebida como “la representación del efecto dañoso de nuestro actuar (acción u omisión), unida a la certeza (dolo directo o mediato) o a la mera probabilidad admitida (dolo eventual) de que el efecto se produzca y siempre que el daño en el patrimonio o la persona ajena se consume”.<sup>82</sup>

Si bien la culpa y el dolo presentan el rasgo común de justificar la atribución de responsabilidad en materia contractual, entre ambos existen notables diferencias. Al efecto, es posible mencionar:

- a. Extensión de los perjuicios indemnizables: Cuando un deudor ha incumplido un contrato con culpa, solo deberá indemnizar aquellos perjuicios que razonablemente pudieron preverse al momento de celebrar el contrato, vale decir, el deudor culpable sólo indemniza los perjuicios directos y previstos. En cambio, si el deudor incumple con dolo se produce una extensión en el ámbito de los perjuicios indemnizables, toda vez que deberá indemnizar no sólo los perjuicios directos y previstos, sino además los perjuicios imprevistos (Artículo 1558 del Código Civil). Las controversias se originan cuando estamos en presencia de culpa grave, puesto que ésta en materia civil se equipara al dolo. En este sentido, ha surgido la pregunta de qué perjuicios deben ser indemnizados cuando se incumple un contrato con culpa grave.

En lo que respecta a este punto la postura mayoritaria ha sostenido que rige plenamente la equiparación sostenida por el artículo 44, puesto que quién incumple con dolo deberá indemnizar no sólo los perjuicios directos y previstos, sino que también los imprevistos.<sup>83</sup> Sin

---

<sup>82</sup> *Ibid.* p 46.

<sup>83</sup> RAMOS PAZOS, René. *Op Cit.* N° 293; MEZA BARROS, Ramón. *Op Cit.* N° 370; ABELIUK, René. *Op Cit.* t II. N° 835

perjuicio de lo anterior, la doctrina ha formulado objeciones a esta postura, según haremos presente en la letra siguiente.

Cabe agregar que los perjuicios indirectos por regla general no se indemnizan, porque respecto de ellos no existe una necesaria proximidad que permita atribuirlos a la conducta del agente, vale decir, no existe entre la conducta del agente y el daño indirecto un vínculo o relación de causalidad que justifique el nacimiento de una obligación de reparación.

Con todo, las reglas señaladas precedentemente se aplican sin perjuicio de las estipulaciones expresas de las partes en contrario, tal como señala el inciso final del artículo 1558.

- b. En materia probatoria: En este ámbito la diferencia radica en que el incumplimiento contractual constituye una presunción de culpabilidad, toda vez que –tal como establece el artículo 1547- *la prueba de la diligencia o cuidado corresponde al que ha debido emplearlo*<sup>84</sup>. A diferencia de lo que acontece con el dolo, donde el artículo 1459 dispone que *“El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse”*.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Con todo, tanto la doctrina nacional como extranjera han señalado de manera sistemática que dicha presunción resulta aplicable en materia contractual únicamente en la medida que estemos frente a una obligación de resultado y no así cuando estamos en presencia de una obligación de medios o actividad. En efecto, el incumplimiento de una obligación de medios está dado precisamente por una falta de diligencia en el actuar del deudor, lo que implica necesariamente un análisis de la conducta del deudor en cuestión. Por tanto, en este último caso la presunción antedicha no resultaría aplicable. En este sentido: CABANILLAS Sánchez, Antonio. *Las Obligaciones de Actividad y de Resultado*. Edit. José María Bosch, Barcelona – España. 1993. En Chile: ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC. *Op Cit.* N° 846, T. II.

<sup>85</sup> A modo de ejemplo, algunas presunciones de dolo se contemplan en los artículos 968 regla 5ª, 1301 y 2261 del Código Civil.

El problema se ha suscitado en materia de culpa grave, toda vez que ésta –tal como dispone el artículo 44- se equipara al dolo. En este sentido, se ha discutido si la equiparación entre culpa grave y dolo alcanza o no los aspectos relativos a la prueba, en cuanto que la culpa grave al igual que el dolo requiere ser probada, a efectos de responsabilizar al deudor.

Al respecto, la postura mayoritaria ha sostenido que la equiparación no alcanza aspectos probatorios, dado que el acreedor se encontraría amparado por la presunción legal de culpa establecida en el artículo 1547, por cuanto dicha norma no distingue entre los distintos grados de culpa.<sup>86</sup> De esta manera, frente al incumplimiento contractual se presumiría la culpa grave del deudor y recaería sobre éste la carga de acreditar que ha obrado de manera diligente.

Por su parte, Abeliuk concilia la postura que equipara la culpa grave al dolo en materia probatoria con aquella que postula lo contrario. En efecto, el citado autor señala que en el evento que el acreedor se limite simplemente a exigir una indemnización ordinaria –esto es, sólo por perjuicios directos y previstos-, nada debe probar dado que en tal caso rige la regla del artículo 1547 del Código Civil, presumiéndose la culpa del deudor que incumple. En cambio, si el acreedor, al invocar el incumplimiento con culpa grave del deudor, pretende alguno de los efectos propios del dolo (i.e. extender los perjuicios indemnizables a los daños imprevistos, invocar responsabilidad solidaria de los diversos deudores que incumplen) deberá probar la culpa del deudor, rigiendo la regla probatoria general contemplada en el artículo 1698 del Código Civil<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> MEZA BARROS, Ramón. *Op Cit.* N° 370; FUEYO, Fernando. *Op Cit.* N° 298, 296 p [1958]; RAMOS, René. *Op Cit.* N° 293.

<sup>87</sup> ABELIUK, René. *Op Cit.* t II. N° 835.

- c. En cuanto a su apreciación: En este aspecto también existen diferencias entre la culpa y el dolo, toda vez que la primera se aprecia en abstracto, esto es, sin consideración respecto de las características particulares del deudor negligente, pero en concreto, esto es, considerando las circunstancias concretas en que ha acontecido el suceso. En cambio, el dolo al constituir un factor de atribución que introduce elementos de carácter intencional, debe apreciarse en concreto, esto es, atendiendo a circunstancias personales típicas del autor del daño. En definitiva, determinar la existencia de una verdadera *intención dolosa* torna más compleja la prueba del dolo que la prueba de la culpa, que constituye una comparación entre modelos abstractos de conducta sin necesidad de indagar respecto de intenciones u otros aspectos subjetivos de los contratantes.
- d. Pluralidad de responsables: Cuando estamos en presencia de un incumplimiento culpable de varios codeudores, la obligación de indemnizar tiene el carácter de obligación simplemente conjunta, salvo en lo que respecta al pago del precio en las obligaciones simplemente conjuntas y en ciertas situaciones especiales de la cláusula penal.

En cambio, cuando el incumplimiento de varios codeudores es doloso, parte de la doctrina -apoyándose en el inciso 2° del artículo 2317<sup>88</sup> del Código Civil- ha señalado que la obligación de indemnizar

---

<sup>88</sup> El artículo 2317 del Código Civil dispone que “[s]i un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2323 y 2328”.

“Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”. (Énfasis nuestro)



los perjuicios en materia contractual tendría carácter de solidaria, puesto que si no fuera así, vale decir, si el inciso 2° del artículo 2317 se aplicara exclusivamente en el ámbito extracontractual, dicha disposición no sería sino una mera repetición del inciso 1° de la norma.

### **Hipótesis de incumplimiento:**

Una vez analizada la noción de incumplimiento y sus elementos constitutivos, bajo el esquema de la teoría general del injusto, resta ahora analizar las hipótesis de incumplimiento que pueden presentarse en materia contractual.

Este tema no se encuentra regulado de manera expresa en ninguna disposición de nuestro Código Civil, sin embargo el artículo 1556 al referirse a los tipos de indemnización de perjuicios, se refiere indirectamente a las hipótesis de incumplimiento imputable que pueden dar lugar a responsabilidad civil. En efecto, esta norma dispone que *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”*.

En consecuencia, a partir de esta disposición podemos distinguir las siguientes hipótesis de incumplimiento contractual:

#### **3.1 Incumplimiento imputable e inimputable**

Esta clasificación, si bien no se encuentra expresamente contemplada en el artículo 1556, es posible deducirla implícitamente de la mencionada disposición, toda vez que dicha norma se refiere al incumplimiento (de la obligación primaria) como fuente de indemnización de perjuicios (obligación secundaria), análisis que presupone la existencia de imputabilidad, como elemento constitutivo del juicio de responsabilidad.

De esta manera, es posible distinguir entre una infracción al deber de prestación (obligación primaria) que da lugar a indemnización de perjuicios (obligación secundaria), en cuanto los daños derivados del incumplimiento pueden ser atribuidos a un comportamiento culpable o doloso del deudor y, por otra parte, un incumplimiento inimputable, en que el deudor deja de cumplir su prestación por un hecho que es ajeno a su voluntad, de manera tal que las consecuencias dañinas derivadas de dicho incumplimiento no pueden razonablemente radicarse en el patrimonio del deudor, por cuanto no concurre un factor de atribución de responsabilidad que justifique el nacimiento de una obligación indemnizatoria. En este último ámbito se radica el incumplimiento producido por razón de caso fortuito o fuerza mayor, en que la obligación se extingue sin ulterior responsabilidad cuando se trata de una imposibilidad de carácter definitivo, o se posterga el cumplimiento cuando la imposibilidad presenta un carácter temporal, en cuyo caso no se indemnizan los perjuicios moratorios. (Artículo 1547 inc. 2°; y artículo 1558 inc. 2°, ambos del Código Civil)

### 3.2 Incumplimiento total

Si bien la calificación de un incumplimiento como total o parcial es la mayoría de las veces una cuestión de interpretación contractual, en términos generales, esta hipótesis de incumplimiento implica que el deudor no ejecuta la obligación convenida en ninguna de sus partes<sup>89</sup>.

De esta manera, en la medida que de dicho incumplimiento se deriven perjuicios que sean causalmente imputables a la actividad del obligado, se originará la obligación de indemnizar perjuicios.

### 3.3 Cumplimiento defectuoso: parcial o imperfecto

---

<sup>89</sup> ABELIUK, René. *Op Cit .t II. N° 793.*

Esta hipótesis se presenta en el evento de que el deudor cumpla con la obligación, pero lo hace de modo imperfecto o insatisfactorio, ya sea en cuanto a circunstancias de lugar, exactitud, integridad, etc.; de manera tal que la prestación resulta insuficiente para dar por liberado al deudor.<sup>90</sup>

Respecto de este incumplimiento el legislador ha consagrado disposiciones especiales, además de aplicarse a este respecto algunas disposiciones relativas a la teoría de la mora<sup>91</sup> (no obstante que, por cuestiones sistemáticas, nos referiremos al cumplimiento tardío en el punto siguiente, fundamentalmente, por las diferencias que se suscitan en cuanto a la naturaleza de la obligación indemnizatoria que surge de uno u otro caso de incumplimiento). El fundamento de esta indemnización radica en la idea de reparación integral del acreedor,

---

<sup>90</sup> En materia de resolución de contrato se ha planteado la discusión de si cualquier incumplimiento –por irrelevante que sea- basta para dar lugar a la resolución, o bien si es necesario que se trate de un incumplimiento significativo. Al respecto, la doctrina más tradicional afirmaba que cualquier incumplimiento –por irrelevante que este fuera- bastaba para dar lugar a la resolución del contrato, ello por cuanto el artículo 1489 del Código Civil no distingue entre uno y otro incumplimiento a efecto de hacer procedente la resolución. En este sentido: ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC. *Op Cit.* Vol I. N° 345.

Avalando esta posición Alessandri cita un fallo de Corte Suprema que señala que al no distinguir el artículo 1489 y 1873 entre incumplimiento parcial y total, la resolución procede en ambos casos. (Corte Suprema, 13 de enero de 1920. RDJ. T 18, 2ª parte, sec. 1ª, pág 355). En el mismo sentido, se cita otro fallo de Corte Suprema donde se da lugar a la resolución de contrato por incumplimiento de una obligación complementaria de un contrato de compraventa. (Corte Suprema, 29 de julio de 1931. RDJ. T 35, sec. 1ª, p 400.)

Para otra parte de la doctrina, no cualquier incumplimiento parcial o defectuoso es idóneo para atribuir responsabilidad contractual al deudor, ni habilita al acreedor para solicitar la resolución del contrato, sino únicamente en aquellos casos en que dicho incumplimiento reviste una importancia significativa. En efecto, es preciso que el incumplimiento del deudor sea relevante, por cuanto un incumplimiento insignificante o de poca monta (que incide en aspectos meramente accidentales del contrato) no es suficiente para solicitar la resolución del contrato. Estimar lo contrario, haciendo responsable al deudor por un incumplimiento insignificante e intrascendente, atentaría contra deberes esenciales emanados del principio de buena fe que rige la conducta de las partes en materia contractual. En este sentido: RAMOS PAZOS, René. *Op Cit.* N° 184; LOPEZ, Jorge. *Op Cit.* N° 92, p 565.

Por su parte, Abeliuk si bien acepta que pueda declararse la resolución por un incumplimiento total o parcial, es contrario a que un contrato pueda quedar sin efecto por minucias. ABELIUK, René. *Op Cit.* N° 532.

<sup>91</sup> FUEYO, Fernando. *Op Cit.* [1991], p 248.

noción que es armónica con la idea de obligación de garantía propia del derecho anglosajón, que basada en el principio de indemnidad del acreedor, impone al deudor el deber jurídico de reparar todos los perjuicios que pudieran causarse al acreedor en el cumplimiento de la obligación.

Es preciso señalar que tanto este tipo de incumplimiento, como el incumplimiento total dan origen a una indemnización de perjuicios compensatoria, que tiene por objeto poner al acreedor en la misma situación patrimonial que se hallaría en caso de haber existido un cumplimiento exacto e íntegro de la obligación contraída.

#### 3.4 Incumplimiento definitivo y temporal

La hipótesis de incumplimiento definitivo supone la ocurrencia de sucesos que impiden el cumplimiento de manera permanente e irreversible (i.e. se destruye totalmente la especie o cuerpo cierto debida). El incumplimiento también será definitivo cuando opera un modo de extinguir las obligaciones que libera al deudor de la prestación debida.

Por su parte, el incumplimiento será temporal cuando ocurren sucesos que impiden transitoriamente al deudor cumplir con la prestación debida y que una vez desaparecidos restablecen el deber de cumplimiento del deudor (i.e. el incumplimiento que se produce a causa de una huelga en la empresa).

#### 3.5 Cumplimiento tardío

Esta hipótesis de incumplimiento, si bien podría quedar comprendido en el numeral anterior, puesto que un cumplimiento que no se realiza en tiempo oportuno es imperfecto, la doctrina mayoritaria ha preferido tratar aparte esta hipótesis, puesto que además de tener una regulación más detallada que los demás tipos de cumplimiento defectuoso, da origen a otro tipo de indemnización, cual es, la moratoria. Esta indemnización que tiene por objeto reparar los

perjuicios que causa al acreedor la falta de un cumplimiento oportuno, se funda en la consideración de que el tiempo posee un valor económico al cual el ordenamiento jurídico otorga relevancia.

Con todo, es preciso dejar en claro que no basta el simple retardo en el cumplimiento, aunque sea imputable al acreedor, para entender que el deudor se encuentra en situación de incumplimiento, toda vez que si el acreedor “no exige el cumplimiento es lógico suponer que, tácitamente, autoriza al deudor para darse un tiempo más para cumplir y que el incumplimiento no le ocasiona un perjuicio serio”<sup>92</sup>. Por este motivo, el simple retardo no es suficiente para estimar que el deudor se encuentra en situación de incumplimiento, puesto que para ello se requiere de un comportamiento activo del acreedor, en virtud del cual éste hace saber al deudor que su incumplimiento le ocasiona perjuicios. En este sentido, la mora es concebida como el “retardo en el cumplimiento de la obligación unido al requerimiento o interpelación por parte del acreedor”.<sup>93</sup>

Es preciso señalar que el comportamiento activo o interpelación del acreedor puede revestir formas diversas. En efecto, el artículo 1551 del Código Civil contempla tres formas de interpelación:

(a) Interpelación judicial: Se denomina también interpelación extracontractual, dado que no deriva del contrato, sino de una actuación del acreedor en sede jurisdiccional mediante la cual éste manifiesta que el incumplimiento del deudor le causa perjuicios.

---

<sup>92</sup> MEZA BARROS, Ramón. *Op Cit.* N° 392.

<sup>93</sup> ABELIUK, René. *Op Cit.* t II, N° 868; RAMOS PAZOS reitera el concepto anterior en: *Op Cit.* N° 323. Por su parte, Alessandri concibe a la mora como una especie de retardo “que existe a partir de la interpelación del acreedor y causa perjuicios a éste”. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC. *Op Cit.* Vol II. N° 857.

Esta interpelación se encuentra consagrada en el N° 3 del artículo 1551, norma que dispone que (...). Esta forma de interpelación constituye la regla general.

- (b) Interpelación contractual expresa: Esta forma de interpelación, consagrada en el N° 1 del artículo 1551, opera cuando las partes han establecido expresamente un plazo para que el deudor cumpla con su obligación. En este caso, por el sólo hecho de transcurrir el plazo sin que el deudor cumpla su obligación, éste queda constituido en mora, a menos que la ley expresamente establezca la necesidad de requerimiento para la constitución en mora del deudor.<sup>94</sup>

Es preciso señalar que para estar en presencia de este tipo de interpelación, la ley exige que se trate de un plazo “estipulado”, vale decir, un plazo convenido por las partes contractualmente. En este sentido, se ha fallado que no califica como requerimiento contractual expreso el plazo fijado por el testador en un testamento,<sup>95</sup> dado que no se trataría de un plazo “estipulado” contractualmente, sino de un plazo impuesto unilateralmente por el testador.

- (c) Interpelación contractual tácita: Esta forma de interpelación, consagrada en el N° 2 del artículo 1551, se refiere a aquellas hipótesis en que sin existir un plazo expresamente establecido en el contrato para el cumplimiento de la obligación, ésta por su naturaleza y por la forma en que fue convenida, posee plazo tácito para ser cumplida. Por ejemplo, “el traje de novia tiene que estar terminado y entregado antes del día de la boda”.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> Entre los casos que la ley exige requerimiento del deudor para su constitución en mora, es preciso mencionar por ejemplo, el artículo 1949 y 1977 del Código Civil en materia de arrendamiento.

<sup>95</sup> RDJ, T 2, sec. 1ª, pág 5.,G.T. de 1921, 2° sem., N° 232, pág 949. En: ABELIUK, René. *Op Cit.* t II, N° 876, Nota 325.

<sup>96</sup> RAMOS PAZOS, René. *Op Cit.* N° 329.

### 3.6 Análisis del incumplimiento contractual en obligaciones de medios y resultado

Como bien señala Cabanillas,<sup>97</sup> la distinción entre obligaciones de actividad (medios) y resultados no sólo tiene un alcance puramente dogmático, sino también tiene alcances prácticos, desde el punto de vista de aquello que puede ser exigido al deudor.

En efecto, en las obligaciones de resultado el deudor se obliga a ejecutar una prestación que implique una plena satisfacción del interés primario del deudor. En consecuencia, el incumplimiento en este tipo de obligaciones se produce en la medida que no se consigue el resultado que satisface el interés primario del acreedor.

Este análisis que subordina la responsabilidad a la falta de resultado, ha llevado a ciertos autores<sup>98</sup> a concluir que en este tipo de obligaciones estaríamos frente a una responsabilidad de tipo objetivo o sin culpa; posición que a nuestro juicio resulta coherente, toda vez que frente al incumplimiento de una obligación de resultado, la consideración respecto del elemento imputabilidad pierde relevancia en el juicio de responsabilidad. Esto se refleja en que para dar por establecida responsabilidad del deudor frente al incumplimiento de una obligación de resultado, no resulta necesario emitir un juicio respecto del comportamiento del deudor para determinar si obró bien o mal, sino que solamente se atiende a la insatisfacción del interés primario del acreedor, vale decir, a la falta de resultado. En otras palabras, el juicio de responsabilidad frente al incumplimiento de una obligación de resultado se centra en el disvalor de resultado, sin que tenga relevancia la consideración respecto del disvalor de acción.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> CABANILLAS, Antonio. *Op Cit.* 123 p.

<sup>98</sup> Entre ellos Frossard, Legier, Marton y Ramírez. Citados en: CABANILLAS. *Op Cit.* 124p. También en este sentido: LARROUMET. *Op Cit.* Vol II, N° 606 y ss.

<sup>99</sup> En este sentido, Larroumet señala: "Puesto que no es dable juzgar la conducta del deudor, no es posible basar en la culpa la responsabilidad por inexecución de una obligación de resultado,

Frente a esta postura se ha argumentado señalando que el elemento culpabilidad no está ausente del juicio de responsabilidad en las obligaciones de resultado, puesto que en ellas la culpa radica precisamente en no haberse obtenido el resultado. Sin embargo, este argumento también podría ser puesto en entredicho, fundamentalmente, por dos motivos: a) Porque frente al incumplimiento de una obligación de resultado no es admisible la excusa de diligencia, cuestión que revelaría que la diligencia no es un elemento a considerar en las obligaciones de resultado<sup>100</sup>; y b) Porque estimamos que la noción de culpa supone emitir un juicio de reproche en relación al comportamiento del deudor para determinar si éste obró bien o mal (disvalor de acción) y no un juicio respecto del resultado.<sup>101</sup>

Por su parte, en las obligaciones de actividad (medios) basta que el deudor se comporte de manera diligente para dar por cumplida la obligación, aún cuando el interés primario del acreedor, vale decir el resultado, no se haya realizado. En este tipo de obligaciones sí que cobra relevancia el elemento imputabilidad, puesto que se estima que el deudor incumple su obligación en la medida que no haya empleado la suficiente diligencia en la obtención del interés primario del acreedor, esto por cuanto el resultado no forma parte del contenido de la obligación. En este sentido, para determinar si el deudor en una situación concreta ha incumplido su obligación será necesario efectuar una evaluación de su conducta. En este escenario, la distinción entre responsabilidad e incumplimiento se torna sutil, ya

---

pues que la inejecución de esa obligación conduce a una responsabilidad sin culpa u objetiva.” Véase: LARROUMET, Christian. *Op Cit.* Vol II, N° 607.

<sup>100</sup> Aunque este argumento bien podría ser desestimado mediante un contra argumento, señalando que la inadmisibilidad de la prueba de diligencia frente al incumplimiento de una obligación de resultado es consecuencia del contenido mismo de este tipo de obligaciones, en la medida que probar diligencia, implicaría –en definitiva- tener que probar, precisamente, el hecho que configura el incumplimiento, esto es, el resultado. En definitiva, quien acreditara diligencia en una obligación de resultado estaría probando que ha cumplido. Esto bajo un concepto, a nuestro juicio errado, que entiende a la culpa –en las obligaciones de resultado- como la no satisfacción del interés primitivo del acreedor.

<sup>101</sup> En este sentido, LARROUMET, Christian. *Op Cit.* Vol II, N° 607.



que para determinar ambas situaciones resulta necesario hacer referencia a un concepto típico de la responsabilidad, esto es, la culpa.<sup>102</sup>

#### 4. Conclusiones

El principio de fuerza obligatoria constituye una premisa fundamental para el análisis de cualquier tema que se enmarque dentro del derecho de contratos. En efecto, la confianza en el contrato -como instrumento idóneo para la regulación de intereses privados- radica precisamente en que las partes que han consentido en él, no pueden sustraerse en forma unilateral a su cumplimiento. Por tanto, las posturas que se adoptan en materia de imprevisión necesariamente consideran la importancia de esta premisa fundamental en materia contractual.

En conexión con la fuerza *obligatoria* del contrato, fue necesario entrar al análisis de los efectos del contrato. Al respecto, es preciso señalar que dentro de la categoría general del acto jurídico y, más específicamente, del acto jurídico bilateral, el contrato constituye una de sus especies que se caracteriza por la creación derechos y obligaciones correlativas. En el análisis del concepto de obligación se hizo referencia a ciertos aspectos históricos y evolutivos. Luego efectuamos un análisis de la naturaleza misma del vínculo de obligación, en el cual estimamos que la doctrina que distingue entre débito y responsabilidad –atribuida al jurista alemán Brinz- logra congeniar de manera adecuada carácter coactivo personal y patrimonial que envuelve toda relación contractual. En efecto, en virtud del contrato las partes se obligan –en principio- a ejecutar la prestación debida bajo todo respecto (obligación primaria, que refleja el aspecto personal del vínculo), y en el evento de que se incumpla el deber primario de prestación, el acreedor puede dirigirse en contra de todo el patrimonio del deudor, en la medida que dicho incumplimiento reúna los requisitos para hacerlo *responder* por los perjuicios causados al acreedor (obligación secundaria, que refleja el aspecto patrimonial del vínculo).

---

<sup>102</sup> BARROS. *Op Cit.* [s.a] p 6.

De esta manera, estimamos que el análisis de la fuerza obligatoria del contrato guarda íntima conexión con el análisis de la obligación como efecto principal del vínculo contractual. En efecto, el carácter vinculante del contrato se explica por la naturaleza misma de sus efectos, esto es, por el carácter coactivo del vínculo de obligación.

Una vez establecida la premisa fundamental, esto es, que el contrato impone deberes de prestación de carácter coactivo para las partes, y que las partes se *obligan* – personalmente- y *responden* –patrimonialmente- de su inobservancia, hicimos referencia al incumplimiento como un acto, en principio, injusto en materia contractual. Efectivamente, el deudor que incumple un contrato vulnera un ámbito de relaciones patrimoniales que las partes, previamente y de común acuerdo, se habían impuesto, traicionando con ello las expectativas de cumplimiento que razonablemente se había generado el acreedor. En tal sentido, si el deudor que incumple sus obligaciones contractuales carece de motivos plausibles para justificar dicho incumplimiento, debe *responder* por los perjuicios que deriven de éste frente al acreedor.

## **CAPITULO II: Caso fortuito o fuerza mayor**

### **1. Aproximación general**

Como señalamos en el numeral 3 del Capítulo I, el incumplimiento de la prestación contractual por parte del deudor constituye un acto injusto, prueba de ello es que el derecho ampara al acreedor concediéndole diversas acciones destinadas a obtener la satisfacción de su pretensión defraudada. En efecto, el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor una acción (pretensión) en naturaleza y, en el evento que el ejercicio de dicha pretensión no sea posible u oportuna, se le concede una acción (pretensión) indemnizatoria. La primera pretensión revela que el contrato, en cuanto promesa mutuamente aceptada, impone al deudor un deber de prestación incondicionado. A su vez, la segunda pretensión revela que el ordenamiento jurídico reacciona frente a los incumplimientos contractuales, evitando que éstos ocasionen menoscabos económicos al acreedor cuya pretensión ha sido defraudada.

Ambas acciones (pretensiones) tienen presupuestos distintos y, a su vez, las excusas que pueden esgrimirse respecto de una u otra, difieren. Sin embargo, ambas comparten un sustrato común, cual es, asegurar la satisfacción de los intereses o expectativas del acreedor frente al incumplimiento del deudor.

Con todo, no toda inexecución o ejecución defectuosa de la prestación debida -aún cuando haya originado perjuicios al acreedor-, constituye causa suficiente para obligar al deudor a un cumplimiento coactivo de la prestación o a una reparación de los perjuicios causados. En efecto, es perfectamente posible que el incumplimiento de la prestación no sea atribuible normativamente a la conducta del deudor, sino a la ocurrencia de un suceso externo, en cuyo caso no resulta plausible exigir al deudor un cumplimiento compulsivo o una reparación de perjuicios que su conducta no ha ocasionado. En otras palabras, como bien señala el profesor Larroumet: “Las sanciones de la inexecución de una obligación contractual que son la responsabilidad

del deudor y la resolución, no se aplican en caso de imposibilidad de ejecución y mas generalmente siempre que la actividad del deudor no es la causa de la inejecución”.<sup>103</sup>

En este contexto de causas extrañas<sup>104</sup>, que ponen al deudor en imposibilidad de cumplir su prestación, y que constituyen excusas plausibles frente a las pretensiones de cumplimiento o indemnizatorias del acreedor, se sitúa el caso fortuito; instituto que constituye una manifestación clara de aquel adagio jurídico que reza “*a lo imposible nadie se encuentra obligado*”.

### 1.1 Noción de caso fortuito

Tradicionalmente el caso fortuito ha sido concebido en doctrina como “un acontecimiento independiente de hecho del deudor, no previsible o por lo menos no evitable, por efecto necesario del cual el deudor se ha encontrado en la imposibilidad de cumplir total o exactamente la obligación.”<sup>105</sup> Sin perjuicio del valor histórico de este concepto tradicional, estimamos que desde un punto de vista conceptual resulta más adecuado definir el caso fortuito desde su ámbito de incidencia, vale decir, situándolo como suceso que implica la ruptura del vínculo causal. En este sentido, un concepto con el cual coincidimos es aquel que lo define como “un acontecimiento extraño a la actividad del deudor y que constituye

---

<sup>103</sup> LARROUMET, Christian. *Op Cit.* Vol II. N° 719.

<sup>104</sup> Dentro del ámbito de las causas ajenas a la conducta del deudor es necesario mencionar también el hecho de la víctima y el hecho de un tercero, que a juicio de H. y L. Mazeaud, no deben confundirse con el caso fortuito, toda vez que éste no puede enlazarse con ninguna persona en particular. En: MAZEAUD, Henry y Léon. TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Tomo II, Volumen II. 5ª ed. Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires. Ediciones jurídicas Europa-América, 1963. N° 1540, pie de página (2)

<sup>105</sup> GIORGI, Jorge. *Op Cit.* Vol II. p 36. Otro concepto tradicional en dogmática civil es aquel esgrimido por el tratadista italiano Chironi, quién define el caso fortuito como “[a]quel acontecimiento no imputable al deudor y el que, según la medida de la diligencia requerida, no se podría prever, o que, pudiendo preverse, es inevitable, y de tal naturaleza que impide el cumplimiento de la obligación”. Véase: COUTASSE, Alberto e ITURRA, Fernando. *El Caso Fortuito ante el Derecho Civil*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1958. p 47.

la causa de la inejecución de su obligación, o más exactamente, que hace imposible la ejecución de esa obligación”.<sup>106</sup>

Cabe señalar que a diferencia de la gran mayoría de los Códigos Civiles<sup>107</sup> que han optado por no definir expresamente el caso fortuito o fuerza mayor,<sup>108</sup> nuestro Código Civil ha innovado en la materia contemplando expresamente un concepto de caso fortuito en su título preliminar.<sup>109</sup> En efecto, el artículo 45 del Código Civil dispone que: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”<sup>110</sup> Demás esta señalar que los casos citados en esta disposición, en ningún caso constituyen una numeración taxativa, sino meramente ejemplar.<sup>111</sup>

---

<sup>106</sup> En este sentido: LARROUMET. *Op Cit.* N° 723.

<sup>107</sup> Excepcionalmente contemplan conceptos de caso fortuito el Código Civil español (Artículo 1.105) y el argentino (Artículo 548)

<sup>108</sup> Al respecto, GIORGI señalaba que “[l]as fuentes romanas y los Códigos ni siquiera dan una definición del caso, probablemente porque envuelve un concierto abierto a todas las mentalidades, y más de sentido común que de ciencia jurídica”. GIORGI, Jorge. *Op Cit.* Vol II. p 36.

<sup>109</sup> Incluso el modelo francés opta por no definir expresamente dicho concepto, sin perjuicio de incluir dos disposiciones en las cuales se regula el tema. En efecto, el artículo 1147 dispone que el: “deudor es condenado, si ha lugar, al pago de daños y perjuicios, ya sea en razón del incumplimiento de la obligación, ya sea en razón del retraso en el cumplimiento, *cuantas veces no justifique que el incumplimiento proviene de una causa ajena que no puede serle imputada*, aunque no haya ninguna mala fe por su parte”. Por su parte, el artículo 1148 dispone que: “*No ha lugar a daños y perjuicios cuando, a consecuencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito, al deudor se le haya impedido dar o hacer aquello a que estaba obligado o si ha hecho lo que le estaba vedado*”

<sup>110</sup> A juicio de COUTASSE e ITURRA, el concepto dado por nuestra Ley Civil merece los siguientes comentarios: “a) El Código no hace distinción alguna entre las expresiones fuerza mayor y caso fortuito, estableciendo una absoluta sinonimia entre ambas: b) los elementos de imprevisibilidad y de irresistibilidad deben concurrir en forma simultánea o copulativa; c) los efectos del caso fortuito consisten en la irresponsabilidad del deudor; y d) el elemento de la inimputabilidad es mencionado en forma indirecta y negativa. COUTASSE e ITURRA. *Op Cit.* p 65.

<sup>111</sup> El profesor FUEYO señala que no solamente el artículo 45 del Código Civil consagra el carácter ejemplar de dicha disposición, sino también otras disposiciones del Código Civil, entre ellas el artículo 934, al decir “avenida, rayo. Terremoto u otro caso fortuito”. También el artículo

Con todo, dicho concepto no ha estado exento de críticas. Así, se ha señalado que dicha definición no contempla un elemento esencial del caso fortuito, cual es, la inimputabilidad del deudor. Sin embargo, tal como ha señalado uniformemente la doctrina nacional<sup>112</sup>, dicha deficiencia ha sido enmendada por el artículo 1547 inciso 2º, disposición de la que se deduce de manera implícita dicho elemento, al disponer que: “El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que (...) haya sobrevenido por su culpa”.

En lo que respecta a la fuente de dicha disposición, la doctrina ha señalado que su origen es posible situarlo en el Derecho Romano. Así, se ha indicado que sus antecedentes remotos pueden encontrarse en Ulpiano, quién lo caracterizaba como “omnem vim cui resiti”<sup>113</sup>, concepto que fue complementado posteriormente por Vinnio<sup>114</sup>. Otra parte de la doctrina ha señalado como otra fuente de este concepto las *Siete Partidas* de Alfonso X, el Sabio.<sup>115</sup>

## 1.2 Abstracción en su apreciación y relatividad en su calificación

Un tema que ha sido de lata discusión, tanto por su complejidad dogmática, como por su relevancia práctica dice relación con la apreciación del caso fortuito, esto es, si debe ser apreciado en abstracto (es decir, sin consideración a circunstancias personales del deudor) o, si por el contrario, su apreciación debe efectuarse en

---

788, inciso 2º, da una posibilidad más: “epidemia u otro caso fortuito”. En: FUEYO. *Op Cit.* [1958], Tomo I, N° 258, p 266 y *Op Cit.* [1991], p 394; ABELIUK, *Op Cit.* N° 844.

<sup>112</sup> En este sentido: COUTASSE e ITURRA. *Op Cit.*, p 64; FUEYO. *Op Cit.* [1991] p 387; RAMOS. *Op Cit.* N° 299, entre otros.

<sup>113</sup> COUTASSE e ITURRA. *Op Cit.* p 46.

<sup>114</sup> VINNIO define el caso fortuito como “todo aquello que no puede ser previsto por la mente humana, o a lo que previsto, no se puede resistir”. Véase: FUEYO. *Op Cit.* [1991] p 387.

<sup>115</sup> *Ley XI*, Tit. 28, *Part. 7ª*. En: FUEYO. *Op Cit.* [1991] p 387.

concreto (es decir, tomando en consideración circunstancias personales del deudor en cuestión).

En nuestra opinión, el Derecho Civil, en general, –fundado en el principio de igualdad- no atiende a aspectos o a consideraciones personales de los individuos a la hora de regular una determinada institución,<sup>116</sup> sino que situándolos en un pie de igualdad, pretende –reiteramos, en general- que los individuos se comporten como lo haría un hombre razonable en similares circunstancias.<sup>117</sup> De esta manera, “el patrón de conducta invoca la prudencia de una persona razonable y diligente: en nuestras relaciones recíprocas, podemos esperar de los demás que se comporten como lo haría un buen padre (o madre) de familia”.<sup>118</sup> Conforme con ello, estimamos que al igual como sucede con la apreciación de la culpa en la responsabilidad civil, el caso fortuito debe ser apreciado in abstracto, toda vez que para determinar su ocurrencia lo relevante no será si el sujeto en cuestión, atendidas sus cualidades personales, se encuentra imposibilitado de cumplir (puesto que en ese caso nada obstaría que la prestación fuera ejecutada por un tercero a expensas del deudor, salvo –claro está- que la persona del deudor haya sido determinante a la hora de contratar), sino que lo relevante será que ningún

---

<sup>116</sup> En este sentido, se ha señalado que aunque profundas razones de justicia así lo exigieran, “el derecho no toma en cuenta la infinita variedad de temperamentos, intelectos y educación, que hacen que la característica interna (subjética) de un acto pueda ser tan diferente”, porque “cuando los hombres viven en sociedad, el bienestar general exige un cierto promedio de conducta y el sacrificio de las peculiaridades individuales que vayan más allá de un cierto punto”. HOLMES. En: BARROS. *Op Cit.* [2006], N° 43.

<sup>117</sup> Con esto implícitamente estamos señalando que el patrón de conducta con el cual se debe comparar la conducta del deudor es del un hombre razonable que, de acuerdo a la clasificación tripartita de la culpa que efectúa nuestro Código Civil, correspondería al modelo de conducta de quien responde de culpa leve. Con todo, somos concientes de las controversias que puede generar esta aseveración, sobre todo cuando en el contrato las partes se han obligado a comprometer un grado de diligencia diverso –más o menos riguroso- de aquel que un hombre razonable emplearía en la ejecución de la prestación.

<sup>118</sup> BARROS. *Op Cit.* [2006 a], N° 46

individuo razonable que se encuentre en una situación análoga pueda superar el obstáculo que implica el caso fortuito.<sup>119</sup>

Por otra parte, hemos señalado que si bien la apreciación del caso fortuito es en abstracto, su calificación es relativa. Ello implica que para determinar si en una situación particular estamos o no frente a un caso fortuito, será necesario atender a las circunstancias particulares en que ha transcurrido el suceso, puesto que “la calificación de fortuito que un hecho reciba en determinadas circunstancias no es absoluta, ya que, si estas cambian, puede ocurrir que el mismo evento no tenga ya los requisitos suficientes como para aplicarle dicha calificación”.<sup>120</sup> Así, “tal robo a

---

<sup>119</sup> En general, la doctrina aborda el tema de la apreciación in abstracto en el análisis de los elementos constitutivos del caso fortuito.

En este sentido, por ejemplo, COUTASSE e ITURRA, abordando el elemento de la imprevisibilidad señalan que ésta es de carácter relativo, por cuanto lo que interesa al derecho es “[q]ue el evento escape a las *previsiones normales*”. Con todo, los citados autores sostienen que el referido elemento es además concreto, por cuanto resulta imprescindible la consideración de “[l]as circunstancias específicas que lo rodean”. *Op Cit.* p 110. Si bien no coincidimos plenamente con la terminología empleada por los citados autores, pensamos que lo señalado coincide en cierta medida con lo que hemos denominado “calificación relativa” que, para determinar si una hipótesis concreta reúne las características del caso fortuito, atiende a las circunstancias típicas de la especie. En efecto, estimamos que el intérprete debe atender a las circunstancias que rodean el suceso. Sin embargo, a diferencia de lo que sostienen los citados autores, estimamos que ello no implica que el análisis se efectúe in concreto, dado que el intérprete debe abstraer las circunstancias particulares en que se encuentra el deudor y compararlas con la situación de un deudor razonable en circunstancias análogas.

En el análisis de la imposibilidad de cumplimiento, COUTASSE e ITURRA se refieren a la apreciación in abstracto al señalar que la imposibilidad generada por el suceso imprevisto debe ser tal que “[l]a prestación no puede ya ser efectuada por el deudor ni por otro a su nombre (...)”. *Op Cit.* p 116.

En el mismo sentido: RAMOS. *Op Cit.* N° 303, p 259, en cuanto a la imprevisibilidad, y N° 304, p 260, en cuanto a la irresistibilidad. Al respecto, cita algunos fallos de Corte Suprema: R.D.J., t 46, SEC. 1ª, PÁG. 533; t 60, sec. 1ª, pág. 59); FUEYO. *Op Cit.* [1958] N° 256, p 265.

Por su parte PLANIOL y RIPERT refiriéndose a la imposibilidad absoluta de cumplimiento señalan que “[l]a imposibilidad de cumplimiento debe existir no sólo en cuanto al deudor, individualmente considerado, sino también respecto a cualquier otra persona, en general, que se hallara colocada de hecho en idénticas circunstancias”. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Tomo VII, Las obligaciones (segunda parte). Traducción de Mario Díaz Cruz con colaboración de Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana, Cuba. Edición cultural S.A. 1945. N° 839, p 152.

<sup>120</sup> COUTASSE, Alberto e ITURRA, Fernando. *Op Cit.* p 50.



mano armada que no liberará al banco que sea depositario de valores mobiliarios o de objetos preciosos, será evidentemente un caso de fuerza mayor para un particular que sea depositario de un objeto cualquiera”.<sup>121</sup> Con todo, esta consideración de las circunstancias típicas de la especie no obstará a una apreciación in abstracto del caso fortuito, toda vez que dichas circunstancias particulares también serán consideradas in abstracto.<sup>122</sup> En otras palabras, la consideración abstracta de las circunstancias típicas de la especie obliga al intérprete a atender a las circunstancias particulares en que se encuentra el deudor y a compararlas con análogas circunstancias en que se encontraría un deudor razonable.

### 1.3 Ámbito de incidencia del evento fortuito: De la ruptura del vínculo causal entre el hecho y el daño

La idea de responsabilidad en sentido civil supone la ocurrencia de un daño que sea susceptible de ser atribuido natural y normativamente a la conducta de un sujeto. En otras palabras, constituye un requisito *sine qua non*, tanto de la responsabilidad contractual como extracontractual, la existencia de un vínculo o relación de causalidad entre la acción u omisión del agente y los perjuicios ocasionados, toda vez que no podrá predicarse la responsabilidad civil de un sujeto, aún cuando se produzcan perjuicios, en la medida que el incumplimiento y los perjuicios que de él derivan no puedan atribuirse en sentido naturalístico y normativo al hecho (acción u omisión) del individuo.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> H. y L. MAZEAUD y A. TUNC. *Op Cit.* N° 1568-2.

<sup>122</sup> En este sentido, el profesor BARROS -si bien refiriéndose a la apreciación de la culpa- orienta la actividad del intérprete frente a una apreciación que si bien se realiza en abstracto toma en consideración circunstancias típicas del sujeto. “Así, para apreciar si hay o no culpa de parte de un médico al practicar una operación urgente, se comparará su conducta con la de un médico prudente que se hallare en las mismas circunstancias”. Ejemplo citado en: BARROS. *Op Cit.* [s.a.] p 24.

<sup>123</sup> En este sentido, afirman los hermanos MAZEAUD, citando a BONNECASE: “Cuando un deudor contractual, al asumir una obligación determinada, no ha logrado el resultado previsto en el contrato, ese fracaso se explica necesariamente por una culpa de su parte o por una causa

De esta manera, cada vez que el deudor logre acreditar que el incumplimiento y, por ende los perjuicios que de él se derivan, no provienen de su conducta, sino que de una causa extraña, se seguirá como consecuencia la exoneración de responsabilidad del deudor, vale decir, en este caso será el propio acreedor quien deberá soportar los perjuicios derivados del incumplimiento, sin poder reclamar resarcimiento alguno al deudor.<sup>124</sup>

Así, por ejemplo, si a un médico se le imputa una acción culpable por no llevar a cabo una intervención quirúrgica según las reglas de su arte, el médico no será responsable si la muerte del enfermo durante la operación se debió a un paro cardíaco que no tuvo nada que ver con la culpa cometida, debido a que aún cuando no se hubiera cometido culpa alguna, el paciente de igual forma habría fallecido del paro cardíaco<sup>125</sup>. En definitiva, la *causa* del daño se encuentra en un suceso que no es jurídicamente imputable al médico y, por tanto, no corresponde atribuirle patrimonialmente los costos de dicho daño.

En este sentido, cada vez que el deudor invoque que el incumplimiento se debe a un caso fortuito deberá demostrar<sup>126</sup>, precisamente, la interrupción del vínculo causal entre los perjuicios derivados del incumplimiento y su conducta, vale decir, deberá acreditar que el incumplimiento y los perjuicios subsecuentes no provienen de su actividad (acción u omisión), sino de un acontecimiento imprevisto que le impidió de manera absoluta cumplir con la prestación debida.

---

ajena". De esa manera se circunscribe el caso fortuito, al igual que el hecho de un tercero y el hecho de la víctima, en el ámbito de las causas ajenas. Así es como tratan al caso fortuito sistemáticamente a propósito del vínculo de causalidad. MAZEAUD y TUNC. *Op Cit.* 1564-2. En el mismo sentido, LARROUMET. *Op Cit.* Vol II, N° 720

<sup>124</sup> En este sentido, LARROUMET. *Op Cit.* Vol II, N° 719.

<sup>125</sup> Ejemplo citado en: LARROUMET. *Op Cit.* Vol II. N° 720.

<sup>126</sup> Tal como prescriben los artículos 1547 inc. 3º y 1674, normas que no constituyen sino una manifestación particular de la regla general en materia probatoria contemplada en el artículo 1698 del Código Civil.

#### 1.4 Caso fortuito y ausencia de culpa

Dos aspectos que en cierto modo han sido confundidos por algunos autores<sup>127</sup>, pero que es necesario diferenciar son la prueba del caso fortuito y la prueba de la ausencia de culpa. Para comprender esta distinción es necesario tener en cuenta la clasificación que distingue entre obligaciones de medios y resultados.

En efecto, tal como habíamos señalado precedentemente, la noción de culpa presupone emitir un juicio de valor respecto del comportamiento del deudor, para determinar si este ha obrado o no de manera diligente. Este juicio únicamente se formula cuando estamos frente a una obligación de medios, donde la noción misma de incumplimiento se configura por no emplear el deudor la debida diligencia en la ejecución de la prestación<sup>128</sup>. En consecuencia, cuando estamos frente a este tipo de obligaciones el deudor podrá eximirse de responsabilidad, ya sea probando que ha obrado diligentemente, o bien probando que el incumplimiento y los daños derivados de él provienen de una causa extraña. En este último caso, aún cuando el acreedor haya acreditado la negligencia del deudor es posible que éste último se libere de responsabilidad acreditando que su culpa no constituye la causa de los daños ocasionados.

Lo anterior es posible ejemplificarlo en la siguiente obligación de medio: una persona confía su automóvil a un mecánico profesional de renombre para que éste emplee sus mejores esfuerzos en la realización de tres reparaciones específicas y complejas en un período de tres semanas, a razón de una por semana, durante el tiempo que el dueño del automóvil estará fuera del país. Transcurren las dos primeras semanas y el profesional no efectúa ni siquiera una reparación, dado que

---

<sup>127</sup> En este sentido, por ejemplo, ESMEIN Paul. En: MAZEAUD. *Op Cit.* 1558-2. En Chile, RODRÍGUEZ. *Op Cit.* [1992]

<sup>128</sup> Como bien señala Cabanillas: "El incumplimiento (en las obligaciones de medios) solo surgirá si se demuestra que el deudor fue negligente en la actividad de cumplimiento". CABANILLAS. *Op Cit.* p 124.

tenía una carga de trabajo mayor de la que podía soportar. Luego, acontece que al día 16, producto de un desplazamiento repentino del terreno provocado por un temporal sin precedentes, el auto es arrastrado por un alud de barro quedando totalmente destruido. En este caso, bien podría el acreedor acreditar que el deudor ha sido negligente en el cumplimiento de la prestación debida –puesto que no efectuó siquiera una reparación al automóvil durante más de dos semanas que estuvo a su cargo-. Sin perjuicio de lo anterior, es indudable que el deudor negligente en la ejecución de la prestación no debería indemnizar al acreedor por la destrucción del automóvil, toda vez que no sería posible atribuir la ocurrencia del fenómeno destructivo a la conducta del deudor, sino que a una causa que él no ha contribuido a producir (a menos que el acreedor pueda acreditar que el desplazamiento se produjo a causa de un actuar negligente del mecánico).

A diferencia de lo anterior, cuando estamos en presencia de una obligación de resultado, no es necesario formular un juicio de valor respecto de la conducta del obligado, toda vez que responsabilidad de éste se configura por el solo hecho de no obtenerse la satisfacción del interés primario del acreedor. En este sentido, quién incumple una obligación de resultado no podrá invocar la ausencia de culpa como un eximente de responsabilidad, toda vez que mediante dicha prueba estaría desvirtuando un elemento que no constituye condición de responsabilidad en este tipo de obligaciones<sup>129</sup>. En este caso, la única vía que tiene el deudor para eximirse de responsabilidad esta dada, precisamente, por la prueba de una causa extraña que le ha impedido de manera absoluta cumplir con la prestación debida.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Basta recordar al profesor LARROUMET, quien señala que “no es posible basar en la culpa del deudor la responsabilidad por inexecución de una obligación de resultado, pues que la inexecución de esa obligación conduce a una responsabilidad sin culpa u objetiva”. LARROUMET. *Op Cit.* N° 607

<sup>130</sup> En este sentido, el profesor FUEYO señala que uno de los puntos a acreditar en la prueba del caso fortuito es precisamente: “La relación de causa a efecto, entre el suceso y los resultados: nexo de causalidad”. FUEYO. *Op Cit.* [1991] p 401.

En definitiva, como bien señala Larroumet, “[l]a prueba de una causa extraña prescinde de todo juicio sobre la conducta del deudor. No se trata de considerar, al probar una causa extraña, que el deudor no incurrió en culpa, sino de hacer admitir que el comportamiento del deudor, *culpable o no (esto poco importa)*<sup>131</sup>, no es el origen del daño sufrido por el acreedor; dicho de otro modo, la prueba de una causa extraña no se refiere sino a un problema de causalidad, pues ella destruye el vínculo de causalidad (...)”<sup>132</sup>

En términos prácticos, señala Barros, “[p]ara exonerarse de responsabilidad, el deudor puede alegar caso fortuito, caso en que está obligado a probar que el incumplimiento se debe a una causa externa no imputable a él. O, puede alegar diligencia, en cuyo caso reconoce el incumplimiento, pero señala que no le es imputable puesto que ha sido todo lo diligente que se le puede exigir”.<sup>133</sup>

## 2. Elementos definidores del caso fortuito o fuerza mayor

En doctrina se ha discutido latamente en relación a cuál elemento debe considerarse como el rasgo distintivo del caso fortuito. En este caso, solo haremos una referencia breve a dichas posiciones.

### 2.1 Doctrina subjetiva:<sup>134</sup> Con énfasis en la inimputabilidad

Quienes sustentan esta postura argumentan que la fuerza exoneradora del caso fortuito descansa, precisamente, en la ausencia de toda culpabilidad. En este

---

<sup>131</sup> Las cursivas son nuestras.

<sup>132</sup> LARROUMET. *Op Cit.* N° 607.

<sup>133</sup> BARROS. *Op Cit.* [s.a.] p 46

<sup>134</sup> No obstante que utilizamos la expresión “subjetiva” siguiendo la denominación tradicional, somos conscientes que dicha denominación no es la más adecuada, toda vez que la calificación *in abstracto* en materia civil prescinde de consideraciones subjetivas de los sujetos. No interesa indagar en relación a las cualidades personales del deudor, sino que basta comparar su conducta con un modelo abstracto de comportamiento.

sentido, el objeto de análisis viene a ser la conducta del deudor, toda vez que sobre ella se proyecta el juicio de reproche destinado a determinar si la imposibilidad sobrevenida de ejecución es susceptible de ser imputada al deudor.<sup>135</sup> Así no pueden ser tenidos como constitutivos de caso fortuito aquellos eventos “cuya ocurrencia era conjeturable o respecto de los cuales alguna iniciativa del deudor pueda haber sido puesta a contribución...”<sup>136</sup>

Con todo, esta postura no ha estado exenta de críticas. Así, se ha señalado que su amplitud permitiría incluir situaciones que exceden del objeto que se trata de definir, tales como la remisión, la confusión de deuda o la culpa excusable.<sup>137</sup>

## 2.2 Doctrina objetiva: Con énfasis en la imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho

Los partidarios de esta doctrina centran el objeto de análisis en el hecho mismo, más que en la conducta del deudor. En efecto, la teoría objetiva postula que la imposibilidad derivada del caso fortuito debe fundarse en la naturaleza misma del acontecimiento, esto es, en la violencia de su irrupción o en la completa imprevisibilidad de su acaecimiento.<sup>138</sup> Frente a un suceso de las características anotadas “el hombre se encuentra inerme (...), incapaz para resistirles física o jurídicamente, o habiendo de hacerlo a costa de tan grave y heroico comportamiento, que el Derecho no puede exigir semejante temeridad o proeza”.<sup>139</sup>

---

<sup>135</sup> En palabras de RUGGIERO: “El campo del caso fortuito comienza allí donde la culpa termina”. Citado en: SOTO Nieto, Francisco: *El Caso Fortuito y la Fuerza Mayor. Los riesgos en la contratación*. Barcelona, España. Ediciones Nauta S.A. 1965. p 14.

<sup>136</sup> *Idem*.

<sup>137</sup> *Ibid.* p 15.

<sup>138</sup> En este sentido: COUTASSE e ITURRA. *Op Cit.* p 61.

<sup>139</sup> SOTO NIETO. *Op Cit.* p 15.

Esta postura tampoco ha estado exenta de críticas. En efecto, se ha señalado que no resulta adecuado situar la noción de caso fortuito completamente en el mundo objetivo, puesto que es indispensable partir de un presupuesto mínimo de subjetividad, donde dicha noción tenga apoyo “en la limitación de la inteligencia humana, en su ignorancia, lo que hace presentar al caso fortuito como procedente de una fuerza incalculable”.<sup>140</sup>

### 2.3 Doctrina ecléctica

Finalmente, existe una postura ecléctica que busca conciliar tanto los aspectos objetivos como subjetivos del caso fortuito, toda vez que existen situaciones en que no basta centrarse en el análisis externo de los eventos sobrevenidos, sino que también resulta necesario indagar si el deudor ha contribuido con su comportamiento a la ocurrencia del fenómeno, o bien, si atendidas las circunstancias, el sujeto pudo razonablemente haber previsto el suceso y evitado sus consecuencias mediante un acto atento y oportuno.

Desde esta perspectiva, es posible entender el caso fortuito o fuerza mayor como “un acontecimiento cognoscible, pero imprevisible, que no deriva de la actividad en cuestión sino que, en este sentido, viene de afuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse con las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar”.<sup>141</sup> En este concepto conviven los tres elementos constitutivos del caso fortuito, a saber: imprevisibilidad, exterioridad e irresistibilidad.

### 3. De la distinción entre las nociones de caso fortuito y fuerza mayor

Otro tema que ha sido latamente discutido en doctrina es el de la sinonimia o diversidad entre los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor. No obstante el gran interés que este tema ha despertado y despierta a nivel teórico, su relevancia práctica

---

<sup>140</sup> *Ibid.* p 16.

<sup>141</sup> ENNECCERUS, citado en: COUTASSE e ITURRA. *Op Cit.* p 62.

ha sido menor, prueba de ello es que la jurisprudencia mayoritaria, tanto a nivel nacional<sup>142</sup> como comparado,<sup>143</sup> no hace distinciones al respecto. Atendido a que el tema gana en consideraciones teóricas por sobre las prácticas, hemos decidido referirnos solo brevemente a algunas de las posturas sostenidas en doctrina.

### 3.1 Doctrina unificadora de ambos conceptos

La gran mayoría de los autores<sup>144</sup> se ha pronunciado en el sentido de que las expresiones caso fortuito y fuerza mayor se deben entender como sinónimas, toda vez que ambos conceptos implican, “indistintamente, cualquiera causa extraña, no imputable, que ha impedido el cumplimiento de la obligación, y producen el mismo efecto liberatorio del deudor en cuanto a su extensión de responsabilidad”.<sup>145</sup>

Unido a la idea anterior de que ambos producen los mismos efectos liberatorios, se debe agregar que en general los Códigos<sup>146</sup> emplean de manera indistinta ambas expresiones, por tanto, esta disquisición implicaría hacer distinciones donde el legislador no ha distinguido.<sup>147</sup>

---

<sup>142</sup> En este sentido: Sentencia de la Corte de Valparaíso, de 14 de marzo de 1928, RDJ, T. 28, sec. 1ª, pág. 329. En: FUEYO. *Op Cit.* [1991] p 386. (nota N° 642); ABELUIK. *Op Cit.* p 744. (nota N° 760); COUTASSE e ITURRA. *Op Cit.* p 83 (nota N° 22)

<sup>143</sup> Para el caso español, véase: SOTO Nieto. *Op Cit.* p 28. Para el caso francés, véase: MAZEAUD y TUNC. *Op Cit.* T. II, Vol. II. p 160. N° 1561.

<sup>144</sup> En este sentido, en Chile: Claro Solar, Alessandri, Somarriva, Abeliuk, Meza Barros, Ramos Pasos, Fueyo, etc. En derecho comprado: Larroumet, Mazeaud y Tunc, Bonnecase, Baudry – Lacantinerie, Demogue, Savatier, Wigny, Pirson y De Villé, Morcos, Rodière, Carbonnier, Giorgi, etc.

<sup>145</sup> COUTASSE e ITURRA. *Op Cit.* p 67.

<sup>146</sup> En este sentido, el artículo 45 del Código Civil chileno, 1148 del francés, 547 del argentino, 64 del colombiano, 40 del ecuatoriano, etc. Véase: GIORGI. *Op Cit.* Vol II, p 30.

<sup>147</sup> Por su parte, hay autores que si bien distinguen entre caso fortuito y fuerza mayor, miran a ambos conceptos como dos aspectos de un mismo hecho. Así, el caso fortuito designaría “[e]l origen accidental e imprevisto del obstáculo que impidió el cumplimiento de la obligación y que se debe al azar, extraño al deudor e inesperado. En cambio por fuerza mayor se indica la índole invencible del obstáculo, sobre el cual el deudor no puede triunfar”. En este sentido: PLANIOL y RIPERT. *Op Cit.* p 155.



### 3.2 Doctrinas diferenciadoras entre ambos conceptos

Son variadas las doctrinas que distinguen entre los conceptos de caso fortuito o fuerza mayor. A continuación, haremos una breve referencia a algunos de los criterios que se han tenido en consideración para fundar semejante distinción.

#### 3.2.1 Según el origen o causa del hecho

En consideración al origen o causa del impedimento, parte de la doctrina ha hecho una distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, señalando que el primero corresponde a accidentes provenientes de la naturaleza o, bien accidentes provenientes de una fuerza física no inteligente, como un aluvión, un rayo, etc<sup>148</sup>; mientras que la fuerza mayor correspondería a un suceso atribuible a la conducta de un tercero, como una decisión de autoridad, lo que antiguamente se subsumía bajo la hipótesis genérica de *acto del príncipe*, en oposición al *acto de Dios* (“*act of god*” del derecho anglosajón) con que se designaban las hipótesis de caso fortuito.

#### 3.2.2 Según el objeto de incidencia del evento imprevisto: La prestación misma o la persona del obligado

Este criterio de distinción ha sido propuesto por Mucius Scaevola y atiende al objeto de incidencia del evento imprevisto. En este sentido, postula que cuando se habla de caso fortuito, el objeto de incidencia estaría constituido por “la prestación misma, la cosa ofrecida, la que se resiente”<sup>149</sup>; en cambio cuando estamos en presencia de fuerza mayor, el objeto de incidencia sobre cual éste recae es la persona misma del obligado.

---

<sup>148</sup> En este sentido: COUTASSE e ITURRA. *Op Cit.* p 70.

<sup>149</sup> SOTO Nieto. *Op Cit.* p 22.

### 3.2.3 Según la posibilidad o imposibilidad de evitar el suceso

Ciertos autores han propuesto una distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, señalando que únicamente esta última representa suceso que por sí mismos constituyen obstáculos inevitables, a diferencia de lo que acontece con el caso fortuito, que no implica necesariamente un impedimento absoluto, sino que en atención a las circunstancias.<sup>150</sup> Más aún, ciertos autores han distinguido entre caso fortuito y fuerza mayor, atribuyéndole efectos liberatorios únicamente a la fuerza mayor, pero no al caso fortuito, “que seguiría a cargo del deudor, por lo menos en ciertos contratos”.<sup>151</sup>

### 3.2.4 Según se trate de sucesos inherentes o externos a la actividad del obligado

Esta distinción, en su formulación originaria, ha sido atribuida a Exner, sin perjuicio de que con posterioridad ha sido tratada por diversos autores, tales como Josserand, Pérez y Alguer, entre otros.

En términos generales, esta postura plantea que el caso fortuito corresponde a eventos que “aunque se confíe, implícitamente en su no ocurrencia, suelen ser tenidos en cuenta en el curso normal de la vida, son eventos connaturales, aunque esporádicos, a la actividad empresarial, industrial o de servicio, en que acaecen”. En cambio, “la fuerza mayor deriva de un suceso totalmente extraño a dicho círculo de actividad, el cual hace acto de presencia de un modo inesperado, violento, insuperable”<sup>152</sup>. En definitiva, el caso fortuito consistiría en

---

<sup>150</sup> En este sentido, Goldschmidt y Windscheid. En: SOTO Nieto. *Op Cit.* p 23.

<sup>151</sup> En este sentido: RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Planiol*. Tomo IV, Las obligaciones, (1ª parte), Volumen I. Buenos Aires. Edición La Ley. 1963. p 481.

<sup>152</sup> SOTO Nieto. *Op Cit.* p 24.

un obstáculo de carácter interno, y la fuerza mayor en un obstáculo de carácter externo.

Para Exner esta distinción se justifica en que a partir de ella se excluyen del concepto de fuerza mayor los accidentes industriales, los cuales siempre encuentran su origen en el círculo industrial de la empresa, ello impide que frente a los mencionados accidentes el dueño de la empresa pueda excusarse invocando la noción de fuerza mayor.<sup>153</sup>

### 3.3 Situación en el derecho chileno

Nuestra legislación, haciendo eco de la postura mayoritaria que ha seguido tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada, se inclina por sostener la equivalencia entre ambas expresiones. En efecto, de la sola lectura del artículo 45 del Código Civil se desprende que la ley ha hecho sinónimas ambas expresiones. Asimismo, otras disposiciones del mismo cuerpo legal emplean ambas expresiones como sinónimas, entre ellas los artículos 1558 inc. 2º, 1925, 1926 inc. 2º, 1927 inc. 2º, 1970, 2015 inc. 2º, 2016, 2020, 2150 inc. 3º, 2152, 2230 y 2242.<sup>154</sup>

Consecuencia de esta sinonimia es que a ambas expresiones se les han reconocido idénticos efectos liberatorios. En tal sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia.

A juicio de los profesores Iturra y Coutasse, en nuestro Código Civil ambas expresiones “son idénticas y el carácter común de ambas, que las diferencia de

---

<sup>153</sup> Por su parte, JOSSERAND niega al caso fortuito todo valor liberatorio, concediéndoselo únicamente a la fuerza mayor. En efecto, señala que la fuerza mayor se caracterizaría por su absoluta exterioridad (...), se trataría de un hecho que en sí mismo es dañoso, con independencia de toda consideración respecto de posibles ingerencias humanas. A diferencia del caso fortuito, “[q]ue vendría a ser el acontecimiento anónimo que se produce en el interior de la empresa”, el cual no tendría virtud liberatoria respecto del obligado. Véase: COUTASSE e ITURRA. *Op Cit.* p 73 y 74.

<sup>154</sup> Véase: FUEYO. *Op Cit.* [1991] p 386.

otras instituciones, es la imprevisibilidad del evento dañoso y la imposibilidad en que se encuentra el deudor de sustraerse a él o de evitarlo”.<sup>155</sup>

#### **4. Elementos constitutivos del caso fortuito o fuerza mayor**

El estudio de los elementos constitutivos del caso fortuito constituye, sin lugar a dudas, el principal objeto de análisis en la materia, tanto por su relevancia práctica (en cuanto, la tarea de la jurisprudencia es fundamentalmente verificar la concurrencia de estos requisitos), como por el interés dogmático que presenta el tema.

En términos generales, se ha señalado que el caso fortuito produce los efectos que le son propios, esto es la liberación del deudor, en la medida que se trate de un suceso ajeno a la actividad del deudor, imprevisible y que haga absolutamente imposible el cumplimiento.

De la descripción señalada es posible deducir los elementos que configuran esta causal de exoneración:

##### **4.1 La imprevisibilidad**

Una condición necesaria para invocar el caso fortuito como eximente de responsabilidad es que el suceso que se invoca como fortuito sea *imprevisible*, esto es, que las partes no hayan podido razonablemente anticiparse a su ocurrencia.

Al respecto, se ha discutido en relación con el momento en que se debe calificar la imprevisibilidad del suceso, esto es, si el hecho debe ser imprevisible al momento de celebrar el contrato, o bien al momento en que se suscita. A juicio de la jurisprudencia francesa, la imprevisibilidad debe ser calificada al momento en que

---

<sup>155</sup> COUTASSE e ITURRA. *Op Cit.* p 84.

se celebra el contrato.<sup>156</sup> En efecto, si una persona celebra un contrato sabiendo o debiendo saber que no estará en condiciones de cumplir lo pactado, no podría invocar el suceso sobreviniente como un evento fortuito, toda vez que dicho acontecimiento se encontraba contemplado, como una posibilidad estimada, dentro de sus expectativas futuras. Además, quien se obliga sabiendo o debiendo saber que no estará en condiciones de cumplir, en definitiva, se obliga a un hecho que es física o moralmente imposible, lo que configuraría un vicio en el acto, por carecer de objeto en el primer caso, o por adolecer de objeto ilícito en el segundo; constituyendo ambos casos, vicios de nulidad absoluta de acuerdo con el artículo 1682 del Código Civil.<sup>157</sup>

En cambio, si al tiempo de contratar el deudor no tenía conocimiento del suceso que generaría la imposibilidad de cumplimiento, en ese caso podría razonablemente invocar dicho evento como una causal de exoneración, toda vez que su ocurrencia escapaba del cálculo anticipado efectuado por las partes en el contrato. Por su parte, el profesor Abeliuk complementando las dos posturas, estima que la imprevisibilidad de un suceso “*significa que las partes no lo han podido prever al celebrarse el acto o contrato;*<sup>158</sup> *ni el deudor al momento de presentarse*”.<sup>159</sup>

Otro aspecto que se discute en torno a este elemento dice relación con su carácter absoluto o relativo, esto es, si el suceso debe ser completamente imprevisible, o bien si para calificar al suceso como imprevisible basta que éste escape del cálculo ordinario de eventos probables que un hombre razonable estimaría a la hora de celebrar un contrato. Al respecto, la mayoría de los autores se han

---

<sup>156</sup> LARROUMET. *Op Cit.* Vol. II, p 169.

<sup>157</sup> Sin perjuicio de que ciertos autores califican al primer caso como una hipótesis típica de inexistencia. En este sentido, se manifestarían los partidarios de la teoría de la inexistencia: VIAL, Víctor. *Op Cit.*

<sup>158</sup> Suceso que en doctrina se califica de *imprevisible*.

<sup>159</sup> Suceso que en doctrina se califica de *imprevisto*.

inclinado por esta segunda alternativa, esto es, que basta que se trate de un hecho que escape a lo que razonablemente puede considerarse como previsible al momento de celebrar el contrato.<sup>160</sup>

Finalmente, en cuanto a la apreciación de este elemento, se ha señalado que debe ser apreciado *in abstracto*, lo que significa que el evento que se aduce como fortuito debe escapar del cálculo de eventos probables no solo en consideración al deudor que lo invoca en el caso concreto, sino que en consideración a cualquier hombre razonable que pudiera encontrarse en una situación semejante.<sup>161</sup> Lo anterior es sin perjuicio de que para calificar un suceso como imprevisible se tomen en cuenta las circunstancias concretas que rodean al suceso, cuestión semejante a lo que ocurre con la apreciación de la culpa.<sup>162</sup>

#### 4.2 La irresistibilidad o imposibilidad de cumplimiento

En términos generales, la irresistibilidad dice relación con la imposibilidad en que se halla el deudor de poder resistir o superar el obstáculo que se opone al cumplimiento de la obligación.

Este elemento es sin duda el que suscita mayor discusión a nivel doctrinario, por tal motivo hemos decidido estructurar su análisis, abordando aspectos que a nuestro juicio han sido tratados de manera poco sistemática por la doctrina.

---

<sup>160</sup> En este sentido: BARROS. *Op Cit.* [s.a.] p 42; MEZA BARROS. *Op Cit.* N° 356; RAMOS PAZOS. *Op Cit.* N° 303; FUEYO. *Op Cit.* [1991] p 389; COUTASSE e ITURRA. *Op Cit.* p 49 y 110; SOTO NIETO. *Op Cit.* p 31.

<sup>161</sup> LARROUMET. *Op Cit.* Vol. II, p 169.

<sup>162</sup> En este sentido: FUEYO. *Op Cit.* [1991] p 391; COUTASSE e ITURRA. *Op Cit.* p 111; SOTO NIETO. *Op Cit.* p 31.

#### 4.2.1 Imposibilidad absoluta o relativa.

Se ha discutido en torno al carácter que debe revestir el obstáculo constitutivo del caso fortuito, para efectos de que se configure esta causal de exoneración. La cuestión consiste en determinar si basta un obstáculo de carácter relativo, esto es, que imposibilite la ejecución sólo respecto del deudor en cuestión o si, por el contrario, es necesario que la imposibilidad sea absoluta, en el sentido de que la ejecución sea imposible respecto de todo deudor que se encuentre en análogas circunstancias.

En nuestra opinión, el obstáculo que se opone al cumplimiento debe revestir un carácter absoluto, puesto que si el cumplimiento fuera imposible sólo respecto del deudor en cuestión, nada obstaría a que la prestación fuera ejecutada por un tercero en lugar de dicho deudor,<sup>163</sup> a menos –claro está– que la ejecución de la obligación hubiese sido contratada en consideración a aptitudes particulares del deudor, como acontece en los contratos *intuito personae*, en cuyo caso, la imposibilidad que afecta al deudor en particular, podría ser estimada como absoluta.

Lo anterior, esto es el carácter absoluto de la irresistibilidad, se condice con la apreciación *in abstracto* tanto de éste elemento como de la imprevisibilidad, en el sentido de que para la configuración de esta causa de exoneración no basta un obstáculo que imposibilite el cumplimiento sólo respecto del deudor considerado en el caso concreto, sino que además es necesario que dicha imposibilidad sea tal, que afecte a toda persona normalmente razonable que se encuentre en análogas circunstancias.<sup>164</sup>

---

<sup>163</sup> En efecto, el artículo 1553 del Código Civil contempla dicha posibilidad en materia de obligaciones de hacer.

<sup>164</sup> LARROUMET. *Op Cit.* Vol II, N° 726; PLANIOL y RIPERT. *Op Cit.* [1945] p 152. En este mismo sentido se ha pronunciado nuestra Corte Suprema, al señalar que: “El hecho constitutivo del caso fortuito debe ser imprevisto e inevitable en sí mismo, es decir, que *ni el agente ni ninguna otra persona colocada en las mismas circunstancias de tiempo y lugar, habrían podido precaverlo o resistirlo*”. Corte Suprema, 2 de mayo de 1963, RDJ, t. LX, sec. 1ª, p 59.

#### 4.2.2 Atenuación del rigor de este elemento. La Irresistibilidad en sentido normativo: la esfera o ámbito de control del deudor

La apreciación de este elemento no ha sido un tema pacífico en doctrina, toda vez que la postura tradicional, apoyada por la jurisprudencia, han sostenido casi invariablemente que la irresistibilidad -propia del caso fortuito- denota un suceso *absolutamente* imposible de resistir, en términos tales que si el cumplimiento es posible –aún cuando lo sea con el empleo de un esfuerzo desmedido por parte del deudor- no se configuraría la excusa de caso fortuito.<sup>165</sup>

Esta postura naturalística que centra el análisis en la faz puramente objetiva del suceso que origina la imposibilidad, sin efectuar calificación alguna respecto de la conducta del deudor (concibiendo la irresistibilidad prácticamente como una imposibilidad física de carácter absoluto), ha sido criticada por parte de la doctrina<sup>166</sup>. En efecto, se ha señalado que tal postura implica una restricción excesiva del caso fortuito, en cuanto excusa plausible frente al incumplimiento, por cuanto lo circunscribe a hipótesis de muy extraordinaria ocurrencia en que el

---

<sup>165</sup> En este sentido, en Chile: MEZA BARROS, *Op Cit.* N° 356; ABELIUK, *Op Cit.* N° 843; RAMOS PAZOS, *Op Cit.* N° 304; COUTASSE e ITURRA, *Op Cit.* N° 41. En derecho comparado: PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado elemental de Derecho Civil. Las obligaciones.* Tomo IV. Traducción de José Cajica. 4ª ed. México. Filiberto Cárdenas Uribe editor y distribuidor. 2003. N° 231.

<sup>166</sup> En Chile, RODRIGUEZ GREZ reacciona contra la doctrina tradicional, la que a su juicio, ha sustentado una noción puramente objetiva del caso fortuito. En tal sentido, postula que la irresistibilidad debe entenderse ser entendida como una imposibilidad de atajar los efectos del suceso que constituye el caso fortuito, pero que no necesariamente dice relación con una imposibilidad física absoluta, sino que mas bien se relaciona con una imposibilidad jurídica. Véase. RODRÍGUEZ, Pablo. *Op Cit.* [1992] p219. En derecho comprado, SOTO NIETO sostiene que en materia de caso fortuito “[n]o siempre hemos de movernos en el terreno de la imposibilidad física, materialmente invencible y brutalmente avasalladora, sino que también es valorable la denominada *imposibilidad jurídica*, acusable en aquellos supuestos en los que quepa concluir la *no exigibilidad de conducta diversa en el orden del Derecho*, ya que ello supondría un sacrificio inaudito, desproporcionado, acompañado de gravísimo riesgo para la persona o el patrimonio, el cual cabe pensar que no estuvo en ningún momento en el ánimo de los convenientes cuando dieron vida a la obligación”. SOTO NIETO. *Op Cit.* p 10.



suceso imprevisto genera un obstáculo que impide, *bajo todo respecto*, cumplir con la prestación. Lo anterior –señalan esta parte de la doctrina –, convierte al caso fortuito en una excusa prácticamente imposible de invocar, dado que la mayoría de los sucesos imprevistos generan una situación de imposibilidad que, si bien puede ser físicamente resistida por el deudor, ello solo sería posible mediante el empleo de un esfuerzo desproporcionado por parte de éste. Dicha restricción del evento fortuito a situaciones de *imposibilidad absoluta* se ve aún más agravada en las obligaciones de resultado, en que la única causa de exoneración admisible frente al incumplimiento es el caso fortuito, de manera que bajo la postura tradicional la exoneración del deudor en este tipo de obligaciones sería prácticamente imposible.

De esta manera, se ha reaccionado contra de la postura tradicional señalando que el elemento *irresistibilidad* debe ser medido atendiendo a un parámetro de diligencia, lo cual implica necesariamente valorar la conducta del deudor, a efectos de determinar si el suceso en cuestión reviste o no el carácter de un caso fortuito. En este sentido, Soto Nieto señala que la imposibilidad se encuentra “*circunscrita a lo que humanamente corresponde exigir de la actividad a la cual está compelido el deudor, descartándose que el vocablo <<imposibilidad>> deba tomarse en un sentido absoluto, correspondiendo a una situación extrema que resistiera a todo género de esfuerzo*”.<sup>167</sup> Desde esta perspectiva, estaríamos en presencia de un caso fortuito cada vez que un suceso imprevisto ocasionara una imposibilidad de cumplimiento que no pudiera ser superada por el deudor, empleando el esfuerzo que emplearía una persona razonable, situada en las mismas circunstancias.<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup> SOTO NIETO. *Op Cit.* p 81. En este mismo sentido: FUEYO. *Op Cit.* [1958], Tomo II, p 192; RODRIGUEZ GREZ. *Op Cit.* [1992]. Este último autor llega a tal conclusión considerando que en nuestro derecho únicamente existen obligaciones de diligencia o de medios, descartando por consiguiente la existencia de obligaciones de resultado.

<sup>168</sup> Por su parte, el profesor RODRIGUEZ GREZ estima que la irresistibilidad debe ser calificada atendiendo al grado de diligencia que las partes deben emplear en el cumplimiento del contrato, en conformidad a lo prescrito por el artículo 1547 del Código Civil. En mayor detalle, véase el numeral 4.2 del Capítulo IV. RODRIGUEZ, Pablo. *Op. Cit.* (1992) p 219.

Cabe notar que esta postura se aleja de la posición tradicional, en que la actividad probatoria y el análisis normativo se circunscriben a la prueba de una causa externa. En efecto, la excusa de caso fortuito podría ser plausiblemente invocada por el deudor, mientras acredite que el suceso imprevisto implica un obstáculo al cumplimiento cuya remoción excede *lo que humanamente corresponde exigir de la actividad a la cual está compelido el deudor*, en cuyo caso, la prueba ya no se centra en la causa externa, sino más bien en la conducta del deudor.

Frente a esta discusión, estimamos que la solución que recurre al elemento diligencia sería admisible únicamente frente a una obligación de medios, toda vez que la noción de incumplimiento en éstas presupone un análisis de la conducta del deudor. Sin embargo, estimamos que no podría arribarse a semejante conclusión tratándose de obligaciones de resultado -sin caer en contradicciones sistemáticas-, toda vez que en éstas últimas la noción de incumplimiento se configura con la sola insatisfacción del interés primario del acreedor, sin que sea necesario calificar en modo alguno la conducta del deudor.

En definitiva, la atenuación del elemento irresistibilidad respecto de las obligaciones de resultado es un tema que aún no ha sido resuelto por la doctrina de manera satisfactoria y que excede de las pretensiones de éste trabajo.

#### 4.2.3 Imposibilidad y dificultad

Tradicionalmente se ha sostenido que la mera dificultad no basta para liberar al deudor de la necesidad de cumplir con su obligación. En efecto, -señala parte de la doctrina- *mientras el deudor tenga los medios de cumplir la prestación prometida, está obligado a emplearlos, aún cuando ellos le importen la realización de esfuerzos y sacrificios de tal magnitud, que vea desaparecer del*

*todo el beneficio que ha tenido en vista al contratar, o resulten desproporcionados en relación con la prestación prometida.*<sup>169</sup>

Frente a esta posición estricta que sólo asume la posibilidad de una exoneración frente a una imposibilidad de carácter absoluto, Fueyo introduce un factor moderador y señala que la dificultad absoluta, como única excusa eximente, debe ser relacionada con un elemento tratado a propósito del cumplimiento o pago, cual es, la buena fe. Desde esta perspectiva, es la buena fe el factor inherente a todo cumplimiento que limita la onerosidad excesiva para una de las partes.<sup>170</sup>

La postura de Fueyo además de introducir un elemento moderador a la concepción tradicional, introduce factores que diluyen las fronteras entre el caso fortuito y las hipótesis de imprevisión. En efecto, el análisis según el principio de buena fe implicaría calificar la imposibilidad de cumplimiento mediante el criterio de la excesiva onerosidad, lo que en definitiva se traduciría en un análisis del grado de diligencia exigible al deudor, a efectos de determinar si el cumplimiento en el caso concreto le resulta excesivamente oneroso.

De esta manera, el análisis del caso fortuito trascendería del plano puramente objetivo –centrado exclusivamente en la naturaleza irresistible del suceso, sin consideración respecto de la mayor o menor diligencia del deudor-, para centrarse en un criterio de análisis propio de la teoría de la imprevisión, cual es, la excesiva onerosidad sobreviniente en la ejecución de la prestación debida.

---

<sup>169</sup> COUTASSE e ITURRA. *Op Cit.* p 116.

<sup>170</sup> FUEYO. *Op Cit.* [1991] p 394.

#### 4.3 La exterioridad o independencia respecto de la voluntad de las partes<sup>171</sup>

Si bien el Código Civil no señaló este requisito expresamente en la definición del artículo 45, éste se puede desprender –a juicio del profesor Fueyo-<sup>172</sup> de diversas disposiciones, tales como el artículo 1547 inciso 2° que descarta el caso fortuito cuando éste ha sobrevenido por culpa del deudor; además, de todas aquellas disposiciones que asimilan el hecho propio del deudor a su culpa, con lo cual se excluye la intervención del hecho propio en el caso fortuito.<sup>173</sup>

En este sentido, si el supuesto invocado como caso fortuito es susceptible de ser atribuido causalmente a la conducta del deudor, no podría éste invocar la ocurrencia de una causa extraña para efecto de justificar la inejecución de la obligación, por cuanto en este evento el obstáculo que se opone al cumplimiento está dado precisamente por la propia conducta del deudor y no por una causa ajena.

En definitiva, es necesario que el suceso que se opone a la ejecución no sea atribuible a hecho o culpa del deudor ni de las personas por las cuales el deudor puede ser obligado a responder, puesto que de lo contrario no podría hablarse propiamente de una *causa extraña*.

Con todo, a juicio de ciertos autores, la condición de exterioridad debe ser tomada con ciertos matices, puesto que existen supuestos en que se dan las condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad que demuestran la imposibilidad de ejecución, sin que sea necesario, además, exigir la condición de exterioridad, tal como acontece con la enfermedad, en que podría resultar injusto sostener la

---

<sup>171</sup> En relación a este elemento véase los puntos 1.3 y 1.4 del Capítulo II.

<sup>172</sup> FUEYO. *Op Cit.* [1991] p 388.

<sup>173</sup> Entre las disposiciones que asimilan el hecho propio del deudor a su culpa, el profesor FUEYO cita las siguientes: 531; 758, inciso 2°; 788; 900; 906; 1093, inciso 2° y 3°; 1496 N° 2; 1526 N° 3; 1590; 1671; 1677; 1679; 1826, inc. 2°; 1855; 1883, inc. 2°; 1925; 1926; 1961; 2381, N° 2; 2394; etc. Véase: FUEYO. *Op Cit.* [1991]. Nota N° 648.

responsabilidad del deudor frente al acreedor por la imposibilidad de ejecución provocada por una enfermedad prolongada, basado en la circunstancia de que la enfermedad no constituye un fenómeno exterior.<sup>174</sup>

## **5 Requisitos para que el caso fortuito opere como causal de exención de responsabilidad**

Además de los elementos constitutivos del caso fortuito, deben analizarse ciertos requisitos necesarios para que el caso fortuito opere la exoneración total de responsabilidad del deudor. Ello porque existen situaciones en que no obstante concurrir los elementos constitutivos del caso fortuito, éste no opera la exclusión de responsabilidad del deudor.

En efecto, la producción de los efectos característicos del caso fortuito se encuentra subordinada a la concurrencia de determinados requisitos que –además de sus elementos constitutivos- deben concurrir a efectos de determinar la exclusión de responsabilidad del deudor.

En definitiva, “la prueba del caso fortuito se traduce en la prueba de los elementos que lo constituyen (...)”.<sup>175</sup>

### **5.1 Que el hecho imprevisto ocurra mientras la obligación se encuentra pendiente de cumplimiento**

Este elemento de carácter temporal implica que el evento imprevisto debe ocurrir necesariamente en el tiempo intermedio entre que la obligación es contraída y su ejecución o cumplimiento. En efecto, si sobreviene un caso fortuito antes que la obligación sea contraída no sería posible hablar un imprevisto que haga imposible

---

<sup>174</sup> En este sentido: LARROUMET. *Op Cit.* Vol II, p 168.

<sup>175</sup> COUTASSE e ITURRA. *Op Cit.* p 85.

el cumplimiento, toda vez que antes de ese momento no hay propiamente un deber de cumplimiento. Más aún, si la imposibilidad absoluta de cumplimiento ocurre antes de que la obligación es contraída, ésta queda privada de objeto, lo que viciaría al acto de nulidad absoluta, o bien de inexistencia, dependiendo de la postura que se adopte.

Por su parte, si el evento fortuito ocurre una vez que la obligación es ejecutada, éste no tendrá el efecto liberatorio que le es característico, toda vez que el cumplimiento ya habrá tenido lugar, por lo cual tampoco podría hablarse de imposibilidad de cumplimiento.

#### 5.2 Que la prestación se haga imposible de cumplir

En términos generales, implica que el suceso imprevisto genere una imposibilidad de ejecución que el deudor no se encuentra en condiciones de evitar. Para un análisis más detallado de este elemento véase el Capítulo II, numeral 4.2.<sup>176</sup>

#### 5.3 Que el caso fortuito no sea de cargo del deudor

La regla general es que la concurrencia de los elementos configuradores del caso fortuito acarreen la exclusión de responsabilidad del deudor. Sin embargo, ello no sucede en los casos que el deudor, ya sea por estipulación expresa de las partes o por disposición de la ley debe responder del caso fortuito. Para un análisis más detallado de estos casos véase el Capítulo II, numeral 8.

### 6 La prueba del caso fortuito

En conformidad a la regla general en materia de *onus probandi* contemplada en el artículo 1698 del Código Civil, el caso fortuito corresponde probarlo al deudor que lo

---

<sup>176</sup> En el derecho chileno, véase un análisis de la postura del profesor Pablo Rodríguez. Capítulo IV, numeral 4.2.

alega. Lo anterior resulta plenamente lógico, toda vez que mediante la prueba del caso fortuito el deudor pretende la extinción de una obligación.

Dicha conclusión es amparada por diversas disposiciones contempladas en nuestro Código Civil. En efecto, el artículo 1547 inc. 3° dispone que la prueba del caso fortuito corresponde a quien lo alega. Asimismo, el artículo 1674 dispone que es el deudor el obligado a probar el caso fortuito que alega. Finalmente, corrobora lo anterior el artículo 1671; disposición que establece una presunción simplemente legal de culpabilidad, respecto del deudor en cuyo poder ha perecido la cosa, correspondiéndole por consiguiente a dicho deudor acreditar la ocurrencia del caso fortuito si pretende liberarse de la presunción antedicha.

## **7 Efectos del caso fortuito**

En la medida que se reúnan tanto los elementos que configuran el caso fortuito como los requisitos enumerados en el numeral 5 del presente Capítulo, operará el caso fortuito como una causa de exoneración total de responsabilidad civil del deudor<sup>177</sup>.

Esta consecuencia que deriva del principio general de derecho de que nadie puede ser obligado a lo imposible, se encuentra expresamente recogido en nuestro Código Civil. Así el inciso 2° del artículo 1547 dispone que *“el deudor no es responsable del caso fortuito”*.

Por otra parte, en el evento que la imposibilidad sea transitoria, el deudor podrá liberarse de la indemnización moratoria invocando el inciso 2° del artículo 1558, disposición que prescribe que *“la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios”*. Naturalmente, una vez superado el obstáculo que se opone al cumplimiento la exigibilidad de la obligación revive, siendo obligado el deudor a cumplir en los mismos términos en que originalmente se pactó la obligación.

---

<sup>177</sup> Hay situaciones en que no obstante haberse hecho imposible el cumplimiento de la obligación, el deudor igualmente debe *responder* de dicho incumplimiento. Por ejemplo, cuando el deudor ha tomado bajo su propio riesgo la ocurrencia del caso fortuito.

Con todo, atendido a que el tiempo es un bien susceptible de valoración económica, estimamos que aún en este evento el acreedor podría resistir un cumplimiento que, atendido el excesivo tiempo transcurrido, es insuficiente para satisfacer las expectativas económicas generadas con la celebración del negocio. Lo anterior, por cuanto un cumplimiento tardío podría no solo no beneficiar al acreedor, sino más aún perjudicarlo<sup>178</sup>.

## **8 Casos en que el deudor se debe hacer cargo del caso fortuito**

Se trata de casos en que concurriendo los elementos constitutivos del caso fortuito, éste opera únicamente la extinción de la obligación –toda vez que el cumplimiento en naturaleza se torna imposible-, pero no opera la exclusión de responsabilidad del deudor, puesto que éste deberá responder al acreedor –ahora por equivalencia- de los perjuicios que reporta su incumplimiento.

### **8.1 Cuando las partes convienen expresamente que el deudor debe responder del caso fortuito**

Las partes en virtud del principio contenido en el artículo 1545 del Código Civil son libres para convenir las estipulaciones que estimen pertinentes, siempre que dichas estipulaciones se efectúen dentro de los límites generales de respeto a la ley, al orden público y a las buenas costumbres. Este principio lo confirma el artículo 1673 del Código Civil al disponer que: *“Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado”*.

---

<sup>178</sup> Para aducir a este argumento debiera invocarse una aplicación analógica del inciso final del artículo 1486 del Código Civil, disposición que prescribe que: *“Todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa”*. En este sentido: BARROS. *Op Cit.* [s.a] p 35.



Asimismo, el artículo 1547 luego de señalar que *“El deudor no es responsable del caso fortuito (...)”*, dispone en su inciso 4° que todo lo anterior *“se entiende sin perjuicio de (...) las estipulaciones expresas de las partes”*.<sup>179</sup>

Aplicaciones particulares del principio anteriormente enunciado se encuentran a lo largo del Código Civil. Así, el comodatario no es responsable de los casos fortuitos, sino cuando expresamente se ha hecho responsable de ellos (artículo 2178 N° 4). Otra aplicación de este principio se encuentra en el artículo 1558, relativo a la indemnización moratoria. En efecto, dicha norma dispone que *“La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios”*, sin perjuicio de que según el inciso 4°: *“Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”*.

## 8.2 Cuando el caso fortuito sobreviene por culpa del deudor

Esta hipótesis está contemplada en el artículo 1547, al disponer que *“El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (...) o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa”*. En este caso, como bien señala el profesor Fueyo, no se trata de la culpa como elemento constitutivo del incumplimiento contractual, sino que de la culpa como elemento que motiva la

---

<sup>179</sup> Hay un caso excepcional en que éste pacto se presume. Tal es el caso del Artículo 2152 Código Civil en que el mandatario toma sobre su responsabilidad la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro. En dicho caso, el mandatario se convierte en deudor principal para con el deudor, y son de su cargo hasta los casos fortuitos y la fuerza mayor. Caso citado en: COUTASSE e ITURRA. *Op Cit.* p 156. A juicio de STITCHKIN, este pacto “[i]mporta una especie de fianza, pues no se extinguen las obligaciones de los deudores respecto del mandante y el mandatario sólo será obligado a pagar al mandante lo que deje de percibir de dichos deudores. Esto sin perjuicio de la acción de reembolso que compete al mandatario contra los terceros, según los principios que rigen el pago, arts. 1572 y ss”. STITCHKIN, David. *El Mandato Civil*. 5ª Ed. actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez. Santiago, Chile. Edit. Jurídica. 2008. N° 166

Otra parte de la doctrina ha estimado que en este caso el mandato se aleja de uno de sus aspectos característicos (actuar por cuenta y riesgo del mandante), pero técnicamente seguiría siendo mandato. En este sentido: BARROS, Enrique. *El Mandato*. Apuntes de clases de la alumna Daniela Accatino, Universidad de Chile, curso de Derecho Civil III. 1992. p 22.

ocurrencia del caso fortuito.<sup>180</sup> Constituyen aplicación de este principio los artículos 1.590 inc. 1° y 1672.<sup>181</sup>

Así, por ejemplo, el deudor no puede invocar como caso fortuito la destrucción de las mercaderías del acreedor producida como consecuencia del corte de frenos del vehículo que las transportaba, si fue el propio deudor quien reparó artesanalmente los frenos, frente a una falla que habían experimentado el día anterior al accidente.

### 8.3 Cuando el caso fortuito sobreviene durante la mora del deudor

Constituye una sanción al deudor que no ha dado cumplimiento oportuno a la obligación contraída, y por su parte, una protección al acreedor que está llano a recibir el cumplimiento en tiempo y forma. Por lo demás, como señala el profesor Fueyo: “Extraño habría sido que la ley ayudara al deudor que no ha cumplido a tiempo, otorgándole un medio de defensa”.<sup>182</sup>

Este principio de que el deudor debe responder del caso fortuito ocurrido durante su mora lo señala expresamente nuestro Código Civil en el artículo 1547, inciso 2°, y lo confirman las disposiciones de los artículos 1590, inciso 1° y 1672.

Una contraexcepción a este principio, contemplada en los artículos 1547, inciso 2°, 1590, inciso 1° y 1672, inciso 2°, se refiere a aquellas hipótesis en que el caso fortuito –no obstante la mora del deudor- igualmente hubiese sobrevenido teniendo el acreedor la cosa en su poder. En tal caso, es razonable que no se haga responsable al deudor por los perjuicios que ocasiona la destrucción de la cosa, toda vez que la cosa igualmente se habría destruido no obstante haberse ejecutado la prestación de manera oportuna. Sin embargo, en este caso el deudor

---

<sup>180</sup> FUEYO. *Op Cit.* [1991] p 400.

<sup>181</sup> ABELIUK. *Op Cit.* Tomo II. N° 846; RAMOS PAZOS. *Op Cit.* N° 306.

<sup>182</sup> FUEYO. *Op Cit.* [1991] p 401.

igualmente deberá reparar los perjuicios derivados de la mora, toda vez que se trata de un suceso que puede efectivamente serle imputado a su conducta.<sup>183</sup>

#### 8.4 Cuando la ley pone la responsabilidad del caso fortuito a cargo del deudor

Bajo determinadas hipótesis, la propia ley se ha ocupado de señalar que determinados casos fortuitos deben ser –por diversas consideraciones, generalmente reprochables al deudor<sup>184</sup>- asumidos por el propio deudor.

Así, el artículo 1676 del Código Civil, impide al sujeto que ha ejecutado determinados delitos, valerse de la excusa de caso fortuito, haciendo recaer todas las consecuencias de la pérdida de la cosa que se debe en quien ha ejecutado el delito. En efecto, dicha disposición señala que: *“Al que ha hurtado o robado un cuerpo cierto, no le será permitido alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito, aun de aquellos que habrían producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor”*.

El profesor Fueyo, enfatiza el juicio de reproche que constituye esta disposición, señalando que constituye *“una verdadera sanción impuesta por ley en contra del deudor delincuente y, a la vez, una protección razonable a favor de la víctima, respecto de quien no habría sido justo aplicar la severidad de la norma res perit domino, encima de haber sido víctima del delito”*.<sup>185</sup>

En esta misma hipótesis se cita el caso del artículo 1550, al disponer que el riesgo de la especie o cuerpo cierto cuya entrega se debe, pertenece al deudor “[c]uando se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas. En tal caso, señalan Iturra y Coutasse, “[e]l legislador ha

---

<sup>183</sup> En este sentido: ABELIUK. *Op Cit.* N° 846.

<sup>184</sup> Fundan esta atribución legal del caso fortuito en un supuesto juicio de reproche que efectúa la ley, respecto de la conducta del deudor: COUTASSE e ITURRA. *Op Cit.* p 152.

<sup>185</sup> FUEYO. *Op Cit.* [1991] p 399.

dado por establecida la mala fe del deudor y la ha castigado, haciendo a éste responsable del perecimiento, aún fortuito, de la cosa debida”.<sup>186</sup>

## 9. Conclusiones

En el primer capítulo se analizó la fuerza obligatoria del contrato y, en relación con dicho principio, la naturaleza coactiva de sus efectos, como premisa fundamental del derecho de contratos que guía el análisis y las conclusiones del presente trabajo. Luego, se analizó la estructura del incumplimiento como acto injusto del deudor que vulnera el orden patrimonial generado por el contrato.

Frente al análisis del incumplimiento contractual como acto injusto del deudor, surge el tema de las excusas plausibles frente al incumplimiento. En tal sentido, en el presente capítulo nos hemos abocado al análisis general del caso fortuito como excusa plausible frente al incumplimiento contractual.

Ahora bien, en relación al tema de la imprevisión, es posible apreciar –a partir del análisis de los elementos que configuran el caso fortuito- que la distinción entre caso fortuito, ausencia de culpa e imprevisión, tienden a ser cada vez menos nítidas. En efecto, tradicionalmente se extendía una clara línea divisoria entre los dos conceptos, señalando que “[e]n ambos hay imprevistos posteriores al contrato y ajenos a la voluntad de las partes, pero en la fuerza mayor provocan una imposibilidad absoluta de cumplimiento, mientras que la imprevisión ocasiona una dificultad mayor o menor, pero que se traduce en un desembolso exagerado para el deudor; éste puede cumplir, pero con un gran sacrificio pecuniario; (mientras) en el caso fortuito, no puede hacerlo, y de ahí que la obligación se extinga”.<sup>187</sup>

Con todo, hemos podido apreciar que a juicio de parte de la doctrina, la aplicación restringida que se ha hecho del caso fortuito por parte de la jurisprudencia –limitándolo

---

<sup>186</sup> COUTASSE e ITURRA. *Op Cit.* p 153.

<sup>187</sup> ABELIUK. *Op Cit.* N° 854

prácticamente a situaciones límites-, se debe precisamente a que el elemento *irresistibilidad* no ha sido interpretado en un sentido correcto. Así, a la hora de analizar el elemento *irresistibilidad*, se señala que éste no debe ser tomado en sentido físico o absoluto (naturalístico), sino más bien en sentido normativo, donde la *irresistibilidad* debe ser medida con atención a un parámetro de diligencia, lo cual excede del análisis puramente objetivo postulado por la doctrina tradicional, por cuanto implica necesariamente valorar la conducta del deudor a fin de determinar si el suceso en cuestión reviste o no el carácter de un caso fortuito.

Lo anterior introduce elementos que enriquecen la discusión doctrinaria, por cuanto existen temas relevantes que no han recibido un tratamiento dogmático por parte de la doctrina chilena. En efecto, hasta qué punto podría estimarse como caso fortuito –y no como un genuino caso de imprevisión- un supuesto imprevisto y sobreviniente que sin hacer físicamente imposible el cumplimiento, impone al deudor un deber de prestación que excede –lo hace más oneroso- de lo que razonablemente le es exigible. Cabe señalar que la aplicación de una u otra institución no es un tema menor, dado los diversos efectos que ambas instituciones producen (la exención de responsabilidad del deudor en un caso y la revisión judicial del contrato, la resolución o la solución diversa que se adopte, en el otro).

Asimismo, si frente a un suceso sobreviniente e imprevisto se acepta la concurrencia de un caso fortuito (en función de un concepto normativo de irresistibilidad) y se exime al deudor de responsabilidad, atendido que éste acredita que la superación del obstáculo –y el cumplimiento de la obligación- implica realizar un esfuerzo que excede de su deber de diligencia: ¿El deudor que se libera de responsabilidad estaría acreditando propiamente un caso fortuito, o más bien estaría probando su ausencia de culpa en el incumplimiento?<sup>188</sup>

---

<sup>188</sup> Si bien es un tema que excede de las pretensiones de este trabajo, estimamos que existen claras diferencias entre la prueba del caso fortuito y de la ausencia de culpa. En efecto, conceptualmente es claro que la prueba del caso fortuito se refiere a un suceso externo a la actividad de las partes, mientras que en la prueba la ausencia de culpa al deudor le basta acreditar que ha empleado la diligencia o cuidado debido en el cumplimiento de la obligación para eximirse de responsabilidad. En el fondo, el sentido normativo de la irresistibilidad atiende

Sin duda, existe un sinnúmero de temas pendientes que carecen de un tratamiento dogmático por parte de la doctrina chilena y que, sin perjuicio de su relevancia e interés práctico y conceptual, exceden sobradamente el alcance del presente trabajo.

---

al empleo de la debida diligencia en la superación del suceso externo imprevisto, mientras la ausencia de culpa atiende al empleo de la debida diligencia en la ejecución de la prestación.

## **CAPITULO III: Teoría de la imprevisión**

### **1. Aproximación general**

Tal como señalábamos en el Capítulo I, tradicionalmente la obligación ha sido definida como “un vínculo jurídico entre personas determinadas, en virtud del cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a la otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo”.<sup>189</sup>

Teniendo presente el concepto recién señalado, la obligación tiene una trascendencia económica inapreciable, toda vez que sirve para estructurar relaciones de costos y beneficios entre las partes.

El derecho, mediante la fuente de las obligaciones, no hace más que reconocer causas eficientes para que dichas vinculaciones puedan ser exigidas, sea por medio del cumplimiento forzado, sea por medio del cumplimiento en equivalencia (todo ello ayudado por los derechos auxiliares que se le otorgan al acreedor a fin de mantener la integridad patrimonial del deudor).

Los hombres con miras de satisfacer sus necesidades contraen dichas obligaciones, poniéndose en la necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer algo. Es por ello, que debemos concluir que las obligaciones no sólo cumplen un fin de carácter privado, sino que también cumplen con un fin de carácter social.

Socialmente es necesario que las obligaciones se cumplan. Cuando se cumple la obligación, no sólo el acreedor obtendrá un beneficio, sino la sociedad entera. Sin embargo, y como lo analizaremos a lo largo de este trabajo, el contexto económico y social bajo el cual las partes consintieron voluntariamente en obligarse puede variar sustancialmente entre el momento en que se pacta la obligación y el momento que ésta debe ser ejecutada.

Los efectos de las obligaciones tradicionalmente han sido definidos bajo la perspectiva del incumplimiento. Haciéndonos de un concepto más moderno, podemos encontrarnos frente a cuatro situaciones:

- a- Que el deudor cumpla íntegra y oportunamente con la obligación (prestación);
- b- Que el deudor incumpla, sea en forma o tiempo, con la prestación, mediando un factor de imputabilidad, es decir, que el deudor incumpla queriendo causar perjuicio al acreedor (dolosamente) o con negligencia (culpablemente);
- c- Que el deudor incumpla con la prestación por haber mediado un imprevisto al que es imposible resistir (caso fortuito o fuerza mayor), que genere una imposibilidad absoluta de cumplir; y
- d- Que el deudor incumpla sin mediar dolo o culpa, cuando la imposibilidad de cumplir no sea absoluta.

Es esta última la hipótesis que da lugar a la teoría de la imprevisión.

La imprevisión se plantea cuando por hechos imprevisibles, extraordinarios y graves, se alteran de forma tal las condiciones que estuvieron a la vista, que la prestación debida, sin hacerse absolutamente imposible, se transforma en excesivamente onerosa para una de las partes.

Teniendo en consideración lo señalado precedentemente, este capítulo tiene por objeto dejar sentado el marco teórico de la teoría de la imprevisión, resaltando aspectos terminológicos, consideraciones doctrinarias, históricas y de derecho comparado.

---

<sup>189</sup> ABELIUK, René. *Op Cit.* Tomo I. N° 19, p 36



## 2. Terminología

La teoría en comento, a lo largo de la historia y en los distintos países, ha recibido distintas denominaciones:

### 2.1 Cláusula Rebus sic Stantibus

Es la denominación de más larga data, siendo, hoy en día, utilizada en la doctrina alemana, brasileña y parte de la italiana.<sup>190</sup>

El origen de la citada cláusula se encuentra en los post glosadores, quienes la formulaban de la siguiente forma: “*Contractus qui habent tractus sucessivus vel dependencia de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”. Tal expresión quiere decir que *los contratos de tracto sucesivo y que dependen de futuro se entienden celebrados por las partes en inteligencia que permanezcan las cosas en el mismo estado*. Es decir, tal como lo señala Puig Peña, dicha cláusula quiere decir que “para que el hombre esté obligado a hacer lo que prometió, se requiere que todas las circunstancias permanezcan invariables”.<sup>191</sup>

Kaufmann señalaba que, la misma fórmula daba a entender que en todos los contratos se sobreentiende que existe una cláusula implícita, de acuerdo con la cual la subsistencia de la relación contractual depende de la subsistencia de determinadas circunstancias existentes en el momento de la conclusión del contrato, que están debidamente presupuestas por las partes y cuya variación no era previsible.<sup>192</sup>

---

<sup>190</sup> URREJOLA, Bárbara. *Teoría de la Imprevisión*. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. 2003. p 287.

<sup>191</sup> PUIG Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español*. 3ª edición. Madrid, España. Ediciones Pirámide S.A. 1976. Volumen III. P. 392 y siguientes

<sup>192</sup> DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid, España. Editorial Civitas. 1996. p 870.

Esta denominación tiene ventajas y desventajas. Entre las primeras se encuentra que resalta la llamada *voluntad presunta* de las partes en la contratación. Entre las desventajas se cita que es poco concreta o vaga, debido a que indica que los contratos de tracto sucesivo se entienden concertados mientras subsistan las circunstancias, pero no se señala cuáles son las circunstancias que se deben mantener, ni cuáles son los efectos que produce un cambio en las mismas.

El profesor Jorge López Santa María, considera que es un error considerar esta cláusula como fundamento a favor de la teoría en comento, dado que “[s]alta a la vista que la cláusula *Rebús sic Stantibus* es artificial y envuelve una fantástica ficción. En verdad, si las partes hubiesen vislumbrado y querido la posible revisión del contrato, en caso de cambio o advenimiento de nuevas circunstancias, pues lo habrían dicho sin ambages (...) Pero lo que las partes no estipularon no puede, por advenimiento, darse por tácitamente convenido. Es un franco absurdo”.<sup>193</sup>

Cabe destacar que la citada cláusula muchas veces es analizada como una regla que se debe tener en cuenta a la hora de interpretar los contratos. Como norma de interpretación podría ser entendida de la siguiente manera: teniendo en cuenta que los contratos han de ser cumplidos conforme a la voluntad común de las partes, deberá considerarse que las partes tienen en cuenta las circunstancias conocidas o previsibles en el momento en que se celebra el contrato.

## 2.2 Riesgo imprevisible

Denominación utilizada por Badenes Gasset, profesor de la Universidad de Barcelona, quien define la teoría como “los mecanismos correctivos o fórmulas ideadas para evitar los abusos que supondría mantener inflexiblemente la obligación contraída por el deudor, cuando circunstancias extraordinarias que no

---

<sup>193</sup> LÓPEZ, Jorge. *Op Cit.* t I. N° 49.1

pueden razonablemente preverse, gangrenan el acto jurídico, convirtiendo la obligación en excesivamente onerosa”.<sup>194</sup>

Esta forma de denominarla, pone de manifiesto el elemento *imprevisible* que afecta al acontecimiento sobreviniente, que torna más onerosa la prestación para una de las partes de la relación contractual.

### 2.3 Teoría de las obligaciones Impracticables

Esta denominación se ha utilizado en Estados Unidos de Norteamérica, considerando que las obligaciones que son impracticables en su cumplimiento, se asimilan a las imposibles de ejecutar, siendo por tanto, inexigibles. El problema que se plantea con esta denominación, es el límite que se impone con el caso fortuito o fuerza mayor. Dicha institución, tal como se ha señalado, difiere en muchos sentidos con la teoría de la imprevisión al transformarse la obligación en distintos sentidos: mientras el caso fortuito hace impracticable o imposible el cumplimiento de la obligación, la teoría de la imprevisión, por su parte, transforma la obligación en excesivamente onerosa.

### 2.4 Excesiva onerosidad<sup>195</sup>

Esta denominación pone el acento en el *efecto* que genera el acontecimiento imprevisible, siendo éste el tornar excesivamente onerosa la obligación.

Díez Picazo señala que esta denominación tiene notables ventajas por sobre la denominación *rebus sic stantibus* o por sobre la que la llama *teoría de la imprevisión*, debido a que con ella se produce una objetivación del tema, ya que lo central en el análisis son los efectos que genera el suceso imprevisto. Sin embargo,

---

<sup>194</sup> Citado por RIVAS, Ramón. *Teoría de la Excesiva Onerosidad Sobreviniente e Imprevisible*. Memoria de Prueba, Universidad de Chile. Facultad de Derecho. página 25, En: URREJOLA, Bárbara. *Op Cit.* p 27

<sup>195</sup> Así es denominada en el Código Civil italiano del año 1942, en su artículo 1467, por ejemplo.

no deja de criticar esta denominación, toda vez que la considera insuficiente por dejar casos sin resolver, como son los que, producto de circunstancias extraordinarias e imprevisibles, se hace inalcanzable la finalidad del contrato, aún cuando no implique un desequilibrio económico entre las partes. Además, agrega que las circunstancias sobrevenidas, para que incidan en la vida del contrato, deben cumplir con requisitos adicionales a la excesiva onerosidad.<sup>196</sup>

## 2.5 Lesión sobreviniente o *laesio superveniens*

Esta denominación ha sido empleada por autores como Pugliese y Windscheid, entre otros.

Para Osvaldo Cardini es la terminología más acertada, pero considerando a la lesión en el concepto moderno, como una lesión subjetiva, distinta a la objetiva que se basa en la equivalencia de las prestaciones (propia del Código Civil chileno). Señala que no es otra cosa que “ese hecho jurídico complejo que aparece bajo el rasgo incisivo de una excesiva, anormal e imprevisible onerosidad sobreviniente que, en los actos jurídicos (de tracto sucesivo) altera el estado, supuesto o presupuesto de hecho que constituyera la premisa lógica de las partes en él intervinientes, y que, obrando como una presuposición o condición no desarrollada debe entenderse implícita (tácitamente, sub intelligenda) en todo acto jurídico que, afectado por ese hecho o secuela de hechos, extraordinario y razonablemente imprevisible, permite su revisión, su rescisión o anulación (con o sin indemnización en su caso)”<sup>197</sup>

---

<sup>196</sup> URREJOLA, Bárbara. *Op Cit.* p 22

<sup>197</sup> CARDINI, Eugenio. *Lesión Sobreviniente o la Teoría de Imprevisión: actualización de la doctrina, jurisprudencia y legislación nacional y extranjera.* Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo-Perrot. 1959. p 27.

## 2.6 Teoría de la Imprevisión

Es la denominación que le han dado los autores más modernos, siendo además utilizada en Francia, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En nuestro país, ha sido utilizada por autores como Lorenzo De La Maza, Fernando Fueyo, entre otros.

El origen de esta denominación se encuentra en la jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés, en especial en la sentencia de 30 de Mayo de 1916 a favor de la Compañía de Gas Burdeos, donde “se declaró que la economía del contrato queda trastornada cuando el alza del precio del carbón es tal que sobrepasa los límites extremos de los aumentos que han podido ser contemplados por las partes en el momento del otorgamiento del contrato”.<sup>198</sup>

Esta denominación resalta el elemento imprevisible que afecta al acontecimiento extraordinario que sobreviene, y ha recibido críticas por considerarse poco objetiva, por tratar de fundamentarse en las reglas de la autonomía de la voluntad.

## 3. Conceptos doctrinarios

Distintos autores se han encargado de definir el concepto en análisis. A continuación, a modo ilustrativo, pasaremos a revisar algunas de estas definiciones, a fin de ir configurando una propia visión del tema de estudio y destacando el énfasis que los autores citados realzan en cada una de las definiciones.

3.1 Lorenzo De la Maza en su memoria para optar al grado de licenciado la define como la “doctrina jurídica (conjunto de principios de derecho 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 en el

---

<sup>198</sup> DIEZ Picazo, Luis. *Op. Cit.* P. 870

momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen, perturbaciones graves con relación a toda una categoría de contratantes, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, y siempre que aquél llegue, a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas”.<sup>199</sup>

3.2 René Abeliuk, por su parte, señala que es 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>200</sup>

3.3 Pablo Rodríguez Grez plantea que se trata de un “recurso del deudor que debiendo cumplir porque la prestación puede ejecutarse desplegando la conducta debida, se exonera de ella en razón de que la prestación se ha transformado en inicua por haber aumentado exorbitantemente como consecuencia de hechos imprevistos, extraordinarios, irresistibles y que no se pudieron considerar al momento de perfeccionarse el contrato”.<sup>201</sup>

3.4 Julio Terraza Martorell la define como “aquella que admite la revisión de un contrato (resolución o modificación) cuando las condiciones de ejecución se encuentran notablemente alteradas, por circunstancias que las partes no pudieron racionalmente prever en el momento de la conclusión”.<sup>202</sup>

3.5 Jorge López Santa María establece que la teoría en cuestión “estudia los supuestos bajo los cuales los jueces estarán autorizados para prescindir de la

---

<sup>199</sup> DE LA MAZA, Lorenzo. *La Teoría de la Imprevisión* (en relación con el derecho civil chileno). Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. 1993. p 87.

<sup>200</sup> ABELIUK, René. *Op Cit.* Tomo II. N° 852.

<sup>201</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op Cit.* [1992] p 319.

<sup>202</sup> TERRAZA Martorell, Juan. Resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. En: URREJOLA, Bárbara. *Op. Cit.* p. 27

aplicación del contrato al pie de la letra, y el estudio de las soluciones posibles al desajuste producido. Estas soluciones son fundamentalmente dos: la revisión judicial de los contratos y la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida”.<sup>203</sup>

3.6 Daniel Peñailillo A. señala que se trata de “una causal de modificación y aun 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>204</sup>

3.7 Bárbara Urrejola Scolari en su tesis para optar al grado de licenciada, señala que “es la doctrina jurídica que plantea la posibilidad de que el juez pueda revisar los términos del contrato, con objeto de modificarlo o dejarlo sin efecto, cuando a consecuencia de acontecimientos extraordinarios, imprevistos e imprevisibles, se alteran de tal forma las condiciones existentes al momento de celebrarse, que la obligación, sin ser imposible de cumplir, se torna excesivamente onerosa y, de esta forma, restablecer el equilibrio de las prestaciones, haciendo imperar la justicia”.<sup>205</sup>

3.8 Luis Claro Solar señala que “si se trata de un hecho no previsto y general que sólo dificulta la obligación o la hace más onerosa, el deudor, en principio, no puede invocarlo para pedir que se le excuse de cumplir su obligación o para que sea ésta modificada, a fin de no hacerle tan gravoso el cumplimiento del contrato”.<sup>206</sup>

3.9 Roca Sastre, señala que “es preciso determinar hasta qué punto ha de ser inflexiblemente mantenida la regla pacta sunt servanda, la cual, si no ofrece

---

<sup>203</sup> LÓPEZ, Jorge. *Op Cit.* Tomo I. N° 48.

<sup>204</sup> PEÑAILILLO, Daniel. *La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (La lesión y la Imprevisión)*. Revista de Derecho Universidad de Concepción, (208). p 221.

<sup>205</sup> URREJOLA, Bárbara. *Op. Cit.* p.28

<sup>206</sup> CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Obligaciones*. Santiago, Chile. Volumen II. No. 1248. p 754

dificultad de aplicación en tiempos normales, y sobre todo, cuando entre la perfección y consumación del contrato media un lapso breve, puede resultar notoriamente injusto en tiempo de crisis económica y precisamente tratándose de negocios de tracto sucesivo, en los cuales el factor tiempo puede enfrentar a las partes con un mudar incesante de las posibilidades de prestación”.<sup>207</sup>

3.10 Duhalde “Todo el problema estriba en que hay una cosa que no se mueve: el contrato, y otra en la que se producen inesperadas mudanzas: la vida; y en que esas dos cosas deben ir acordes”.<sup>208</sup>

3.11 Voirin según una publicación que realizara en Nancy en 1922, el problema consiste en determinar la forma de equilibrar el interés de las partes y poner en sintonía el interés del deudor con la conveniencia social, cuando en el intervalo que separa la celebración de un contrato y su ejecución, surge algún acontecimiento imprevisto o imprevisible que cambia las condiciones originarias de las prestaciones, perturbando las relaciones económicas y sociales.<sup>209</sup>

3.12 Julien Bonnecase analiza la justicia de modificar los efectos de un acto jurídico – especialmente un contrato- por intermedio de los jueces, en caso que hechos acaecidos luego de su formación y que al momento de crearse, no han sido previstos o previsibles, generando una situación extremadamente onerosa para el deudor, o desfavorable para el acreedor.<sup>210</sup>

---

<sup>207</sup> ROCA SASTRE. Estudios de Derecho Privado. Volumen I. *Obligaciones y Contratos*. p 235. En: FUEYO, Fernando. *Algo sobre la Teoría de la Imprevisión*. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LI, Santiago, Chile. 1954.

<sup>208</sup> DUHALDE. Pago línea oro. *Revista de Derecho Privado*, Madrid. En: FUEYO, Fernando. *Op Cit.* [1954]. p. 121

<sup>209</sup> DE HARVEN: *Mouvements généraux de Droit Civil Belge contemporaine*, pág. 235. En: DE LA MAZA, Lorenzo. *Op. Cit.* p.13

<sup>210</sup> BONNECASE: *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinnerie*, t. IV, N." 291. En: DE LA MAZA, Lorenzo. *Op. Cit.* p. 12



Es importante destacar que tanto Voirin como Bonnecase sitúan el problema, tanto respecto del hecho imprevisto como del hecho imprevisible, sin hacer la distinción que más abajo realizaremos.

3.13 De Harven agrega a la noción de Bonnecase la idea de la utilidad social que puede prestar una solución favorable.<sup>211</sup>

3.14 René Demogue comienza planteando y deslindando el concepto de caso fortuito o fuerza mayor con el concepto de onerosidad sobreviniente, dejando en claro desde ya, que en un caso se produce la absoluta imposibilidad, mientras que en otro una de las prestaciones se transforma en excesivamente onerosa, sin hacerla absolutamente inejecutable. Plantea la opción de que el juez otorgue plazos de gracia a quien se ve en la necesidad de cumplir con una prestación excesivamente onerosa.<sup>212</sup>

3.15 Emilio Miñana en el escenario de la guerra, plantea que, en materia contractual existe un determinado equilibrio entre las cargas y beneficios de cada una de las partes contratantes, en caso que el contrato sea oneroso. De esta manera, la equidad ordena que se tomen en cuenta las modificaciones a dicho equilibrio.<sup>213</sup>

3.16 Campion en las distintas relaciones se pueden producir modificaciones por factores diversos. El cumplimiento de la obligación puede seguir siendo en estos casos favorable y ventajosa para el Acreedor, pero dejar de serlo para la colectividad.<sup>214</sup>

---

<sup>211</sup> DE HARVEN, *Op. cit.* En: DE LA MAZA, Lorenzo. *Op. cit.* p. 13

<sup>212</sup> DEMOGUE: *Traité des obligations en general*, t. VI, pág. 686. BAUDRY-LACANTINNERIE et BARDE: *Ob Cit.* pág. 486. En: DE LA MAZA, Lorenzo. *Op. Cit.* P.13

<sup>213</sup> EMILIO MIÑANA: *El Derecho Civil y Comercial de la guerra*, Rev. de Der. Priv., t. VII, Págs. 2 y siguientes. En: DE LA MAZA, Lorenzo. *Op. Cit.* P. 13

<sup>214</sup> CAMPION. *La Theorie de l'abus des droits*, N.Q 225. En: DE LA MAZA, Lorenzo. *Op. Cit.* P. 13

3.17 Georges Ripert la cuestión que se debe resolver consiste en determinar si el juez tiene facultad para intervenir en la ejecución del contrato, a fin de no permitir que el acreedor ejercite y obtenga todas las ventajas que le reportaría el derecho, cuando se produce una circunstancia que en el origen de la relación no estaba a la vista.<sup>215</sup>

3.18 Zaki Un contrato que debía ser normalmente ejecutado, en las condiciones fijadas al origen de la relación, producto de circunstancias imprevistas, se torna en una causa de ruina para el deudor, mientras el acreedor obtiene ganancias excesivas en relación a las que podía haber considerado al inicio de la relación.<sup>216</sup>

Es criticable esta última opinión, atendiendo que puede ocurrir que el acreedor no vea su prestación excesivamente acrecida, toda vez que puede estar exigiendo lo que señalaba la obligación al momento de contraerse. Es decir, la ruina del deudor puede provenir del cumplimiento literal de la obligación inicialmente pactada, sin que se modifique el quantum de lo que el acreedor debía recibir.

#### **4. Consideraciones generales y origen histórico de la teoría de la imprevisión<sup>217</sup>**

##### 4.1. La teoría en el Derecho Romano

En Roma, los textos legales, la jurisprudencia y la doctrina acogían el principio del *Pacta Sunt Servanda* como un pilar básico del sistema de los contratos. Sin embargo, existen, determinados pasajes del Digesto y de las Instituciones de Justiniano y algunas alusiones en las obras de Cicerón y de Séneca que

---

<sup>215</sup> RIPERT. La regle moral dans les obligations civiles, nos. 74 y 84. En: DE LA MAZA, Lorenzo. *Op. Cit.* P. 13

<sup>216</sup> ZAKI. La imprevisión en Droit Anglais, Collections de études de Droit Comparé, t. XXIII, 25 p. En: DE LA MAZA, Lorenzo. *Op. Cit.* P. 14

<sup>217</sup> En esta materia, seguiremos la tesis de Lorenzo de la Maza, ya citada.

permiten, sostener que se llegó, en ciertas ocasiones, a admitir la liberación del deudor producto de cambios en las circunstancias que hacían más onerosa la prestación debida.

Según Lenel, citado por De la Maza,<sup>218</sup> en el Derecho Romano se admitía la teoría de la imprevisión en los negocios de buena fe, al permitírsele al juez liberar al deudor cuando, conforme al principio de la buena fe, se producía una excesiva onerosidad sobreviniente. Cicerón señalaba que cuando los tiempos cambiaban, también debían cambiar las reglas de los contratos, lo que implica afirmar tácitamente que se requiere que las circunstancias se mantengan.

No obstante lo anterior, la mayoría de los autores estima que la teoría en estudio es extraña al Derecho Romano, sólo aplicándose en forma aislada y caso a caso, sin hacer contrapeso al principio general del pacta sunt servanda, es decir, manteniendo la intangibilidad de los contratos.

“Para el jurisconsulto Paulo, lo que interesaba en los contratos era el momento de la conclusión, y para Africano, existía una cláusula tácita según la cual la obligación es exigible si permanecen las mismas condiciones que existían al momento de contratar. Ciertamente que los romanos, inclinados abiertamente más a la solución del caso concreto que a la formulación de principios generales, accedieron con llaneza a aceptar la revisión del contrato cuando sobrevenían dichas circunstancias, aunque a los ojos actuales la enunciación de algunos de éstos rayan en la arbitrariedad, pues sostenían que ello quedaba al criterio particular del contratante”.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> LENEL: La cláusula rebus sic stantibus, Rev. de Der. Priv., t. VII, págs. 193 y siguientes; En DE LA MAZA, Lorenzo. *Op Cit.* p.15

<sup>219</sup> LÓPEZ, Carlos. *Revisión de los Contratos por Circunstancias Sobrevinientes*. Librotecnia. Santiago de Chile. 2003. p 25

#### 4.2. La teoría en el Derecho Canónico

El origen de la teoría de la imprevisión se encuentra en el trabajo de los canonistas. Éstos no sólo trataron la lesión contemporánea a la celebración del contrato, sino que también condenaron, por ser contraria a la moral cristiana, la lesión que se producía por cambios posteriores a la celebración del negocio. De esta manera, entendían que los contratos llevaban envuelta la cláusula *Rebus Sic Stantibus*.<sup>220</sup>

#### 4.3. La teoría en los Glosadores y Post-glosadores

Es desconocida para los glosadores, apareciendo sólo con la escuela de los post glosadores, entre los siglos XIV y XVI.

Bártolo sostenía que las partes, al celebrar un contrato, tenían muy presentes las circunstancias, razón por la cual no era posible mantener el mismo contrato en su primitivo ser, si se modificaban las circunstancias.

#### 4.4. La teoría en los siglos XVI y XVII

En esta época, son los tribunales y la doctrina italiana quienes realizan un gran aporte a la teoría. De Luca, citado por De la Maza, sostiene que el juez debe modificar el contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias, cuando éstas hagan muy injusta u onerosa la ejecución de la prestación debida. Este autor remarca como requisito de procedencia de la teoría, el que se trate de contratos que *habent dependentiam de futuro*, es decir, que importen prestaciones sucesivas o diferidas en el tiempo. En Holanda y Alemania destacan las obras de Hugo Grocio y Samuel Puffendorf, respectivamente. Su tesis igualmente se basa

---

<sup>220</sup> PLANIOL et RIPERT: *Traité pratique de Droit Civil*, t. VI, N.º 391. En: DE LA MAZA, Lorenzo. *Op Cit.* P. 24

en la cláusula *Rebus Sic Stantibus*, incluso abarcando un análisis de la misma en el campo del derecho internacional público.<sup>221</sup>

#### 4.5. La teoría en los últimos años del siglo XVII y durante el siglo XVIII

En Alemania e Italia se acepta la teoría bajo la fórmula siguiente: *Contractos qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro Rebus Sic Stantibus intelliguntur*.

Ni Domat ni Pothier se refieren a esta teoría, cuestión que hace explicable la ausencia en el Código Civil francés, de fuerte inspiración en dichos autores. Esto mismo hace explicable el silencio del Código Civil de nuestro país.

En Alemania se destaca la participación de De Leyser, quien encontraba el sustento de la teoría en la necesidad de interpretar la voluntad de las partes, interpretando el contrato.

#### 4.6. La teoría en los últimos años del siglo XVIII y durante el siglo XIX

Es generalmente desconocida y repudiada en Europa, debido a la extensión exacerbada y a la inestabilidad que generaba en la relación contractual, sin tener más base que la cláusula *rebus sic stantibus*.

Los autores europeos señalaban que los fundamentos de la citada teoría se limitaban a la equidad y la justicia, sin tener otras razones. Asimismo, la poca importancia de la citada teoría puede encontrarse en la estabilidad económica de Europa por esos años.

---

<sup>221</sup> BONNECASE: Supplément au Traité de Baudry-Lacantinnerie, t. IV, N.º 291. En: DE LA MAZA, Lorenzo. *Op Cit.* P. 56

#### 4.7. Conclusión a los puntos anteriores

Teniendo en cuenta las definiciones y consideraciones históricas y doctrinarias, en el siguiente punto nos dedicaremos a circunscribir el tema en estudio.

Para lo anterior, intentaremos limitar el campo de aplicación, estableciendo los requisitos que consideramos necesarios para que se plantee el problema de la teoría de la imprevisión, realizando las críticas que hemos estimado pertinentes al planteamiento tradicional del problema objeto del presente estudio.

### 5. Requisitos para que opere la teoría de la imprevisión. Prevención conceptual.

El diccionario de la Real Academia de la lengua española, define *imprevisión* como “la falta de previsión”. Haciéndonos cargo de dicha definición y acudiendo a la misma fuente, debemos señalar que la imprevisión es la *falta de conjetura por algunas señales o indicios de lo que ha de suceder*<sup>222</sup>

Antes de comenzar a enumerar y analizar los requisitos que hacen procedente la teoría en estudio, consideramos relevante realizar la siguiente prevención conceptual.

Tal como señala el profesor Daniel Peñailillo Arévalo, se ha producido una “dispersión terminológica”, toda vez que se utilizan los términos *imprevisto* e *imprevisible* en forma indistinta, cuando en realidad existen importantes diferencias entre ambos que requieren ser precisadas.

*Imprevisto* es aquello que no ha sido conocido en los hechos con anticipación, pudiendo haberse previsto. Es decir, es la falta efectiva de previsión.

---

<sup>222</sup> [http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=Imprevisión](http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=Imprevisión)

Por su parte, *Imprevisible* es aquello que en los hechos no es susceptible de verse con anticipación.<sup>223</sup>

Hecha la prevención anterior, podemos señalar los siguientes requisitos para que opere la teoría en estudio:

- (1) Que se trate de un contrato (unilateral o bilateral) oneroso;
- (2) Que se refiera a un contrato (oneroso) conmutativo;
- (3) Que el contrato sea de tracto sucesivo (o de ejecución diferida);
- (4) Que con posterioridad al nacimiento de la obligación ocurra un suceso extraordinario e imprevisible que altere gravemente el equilibrio de las prestaciones;
- (5) Que el suceso imprevisible sin hacer imposible absolutamente el cumplimiento, lo haga excesivamente oneroso para una de las partes;
- (6) Que el suceso imprevisible sea ajeno a la voluntad de las partes;
- (7) Que el deudor no se encuentre constituido en mora; y
- (8) Que las partes no hayan establecido prevenciones de común acuerdo a fin de resolver las contingencias futuras.

A continuación, pasaremos a analizar cada uno de los requisitos antes señalados:

#### 5.1. Que se trate de un contrato (unilateral o bilateral) oneroso

El Código Civil, en su artículo 1439 señala que “[e]l contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.

De esta manera, la primera clasificación típica o nominada de los contratos, atiende a un criterio jurídico, no siendo otro que aquél que toma en cuenta a las

---

<sup>223</sup> Fundación Fernando Fueyo (Varios Autores). Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio. La Teoría de la imprevisión. Editorial Jurídica, Santiago de Chile. Primera Edición. año 2000. p 233

partes que resultan obligadas por el vínculo contractual. En los contratos bilaterales, sede en la cual se ha señalado que opera la teoría de la imprevisión, ambas partes resultan acreedoras y deudoras recíprocamente, lo que genera una serie de efectos, denominados “efectos particulares de los contratos bilaterales”. Estos, encuentran su fundamento en la interdependencia de las obligaciones que genera la causa eficiente del negocio. “...las obligaciones generadas para ambas partes por el contrato bilateral o sinalagmático no se hallan meramente yuxtapuestas, sino que están estrechamente vinculadas unas con otras, siendo *interdependientes*. La interdependencia de las obligaciones, es decir, que los sucesos que afectan a la obligación de una parte repercutan sobre lo que ocurre con la o las obligaciones de la contraparte, es la base fundamental de los efectos particulares”<sup>224</sup>

Teniendo en consideración lo señalado precedentemente, el Código Civil en la primera clasificación que realiza de los contratos pone frente a frente a los negocios que obligan a una parte con aquellos que generan, en su inicio, obligaciones para ambos concurrentes.

Sin embargo, no estamos absolutamente de acuerdo con que sea un requisito esencial que se trate de un contrato bilateral para que opere la teoría de la imprevisión, ya que el punto esencial, es que el contrato aporte utilidad para ambas partes, sin ser esencial que ambas o una sola de las partes se obligue.

Conocida es la relación en la que inevitablemente se incurre, al reunir y asociar los contratos bilaterales con los onerosos y a los unilaterales con los gratuitos, realizando una combinación innecesaria y extra legal de dos clasificaciones que el Código Civil realiza de los contratos.

El artículo 1440 del Código Civil señala que “*el contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes,*

---

<sup>224</sup> LÓPEZ, Jorge. *Op Cit.* Tomo II. N° 90. p 551



*sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.*

De esta manera, la segunda clasificación típica que establece el Código Civil no atiende a un criterio jurídico, sino a uno económico.

Con lo anterior, no vemos por qué un contrato unilateral y oneroso (que obliga a una sola de las partes, pero beneficia a ambas) no podría ser objeto del problema en estudio.

Por ejemplo, nos ponemos en el siguiente supuesto: la Empresa “X” -productora y exportadora de fruta-, debiendo cumplir contratos con extranjeros y no contando con la fruta, celebra un mutuo de 1.000 toneladas de kiwi con una empresa productora “Y”, obligándose la primera a restituir, en el plazo señalado en el artículo 2200 del Código Civil, 1.100 toneladas de kiwi. En el ejemplo nos encontramos frente a un mutuo con interés, contrato en el cual sólo se obliga la empresa “X” a restituir (recordando que Y a nada se obliga, sino que perfecciona el contrato con la entrega de la fruta), pero ambas resultan beneficiadas (“X” por el uso de la fruta e “Y” por el interés generado). Nada impide que en el plazo de 10 días entre la entrega y la exigibilidad de la obligación de restitución suceda un imprevisto como una helada que destruya todas las plantaciones de kiwis de Chile. Lo anterior, sin duda que no tornaría imposible el cumplimiento de la obligación de “X”, pudiendo importar kiwis desde el extranjero, por ejemplo, pero los costos asumidos se tornarían excesivamente gravosos para ella.

## 5.2. Que se refiera a un contrato (oneroso) conmutativo

El artículo 1441 del Código Civil prescribe que *“el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.*

El énfasis que pone el criterio de esta clasificación se basa en la expectativa que tienen las partes al momento de contratar, realizando una proyección en las tratativas preliminares, sobre la utilidad que puede derivar del negocio jurídico. No se refiere por tanto a la equivalencia en la utilidad efectivamente obtenida, sino a lo que las partes *miran como* equivalentes.

En contratos aleatorios, las partes celebran el contrato dejándolo sujeto a una incertidumbre de ganancia o pérdida. Esta es la razón para excluir la teoría de la imprevisión de la esfera de estos contratos, por existir por parte de los contratantes una asunción de asumir un riesgo no previsto al momento de contratar que está dado por la obtención de una ganancia o de una pérdida, pudiendo tener que realizar un sacrificio pecuniario sin obtener utilidad correlativamente.<sup>225</sup>

### 5.3. Que el contrato sea de tracto sucesivo o de ejecución diferida

---

<sup>225</sup> Parece interesante tomar en cuenta la opinión del profesor Daniel Peñailillo, en relación al campo de aplicación de la teoría en estudio. El citado autor señala que tradicionalmente la teoría se aplica a contratos bilaterales, onerosos y conmutativos.

Citando la legislación y la doctrina argentina, señala que no existe razón del por qué tratar más indulgentemente al deudor oneroso que al deudor gratuito.

Aun más, el profesor Peñailillo no se limita a extender la aplicación a contratos gratuitos y aleatorios, sino que yendo más allá, afirma que la teoría en estudio debe *desatarse* definitivamente del contrato, encontrando su real campo de aplicación en la obligación. Tal como señalamos más arriba, este autor señala que no se divisa la razón para tratar con más ventajas al deudor contractual que al deudor que encuentra la causa eficiente de su obligación en otra fuente (sea legal, cuasicontractual, delictual o cuasidelictual).

Asimismo el profesor citado, señala que no se entiende por qué limitar la aplicación a contratos de ejecución diferida y tracto sucesivo, señalando 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” PEÑAILILLO, Daniel. *Op. Cit.* p. 221

Además de las clasificaciones legales o típicas, contenidas entre los artículos 1439 y 1443 del Código Civil, la doctrina se ha encargado de crear otras clasificaciones, siguiendo distintos criterios directivos, como aquella que distingue entre contratos de tracto sucesivo, de ejecución diferida y de ejecución instantánea.

“Contratos de ejecución instantánea o de una sola ejecución son aquellos en los cuales las obligaciones se cumplen apenas se celebra el contrato que las generó. El contrato nace y se extingue simultáneamente, quedando las partes liberadas de inmediato (...) Contratos de ejecución diferida son aquéllos en los cuales alguna(s) obligación(es) se cumple(n) dentro de un plazo. A veces el plazo es tácito, o sea, viene impuesto por la naturaleza misma de las cosas, ya que la obligación creada por la el contrato es imposible que sea pagada al instante mismo de la formación del acto jurídico (...) Contratos de tracto sucesivo o de ejecución sucesiva son aquellos en que los cumplimientos se van escalonando en el tiempo, durante un lapso prolongado. La relación contractual tiene permanencia, a diferencia del contrato de ejecución instantánea, en que la relación contractual es efímera”.<sup>226</sup>

Teniendo en consideración lo anterior, no queda duda que la teoría es inoperante en los contratos de ejecución instantánea, ya que no existe temporalmente un lapsus para que el evento imprevisible ocurra.

En doctrina, es discutida la aplicación de la teoría en estudio respecto de los contratos de ejecución diferida.<sup>227</sup>

Abeliuk señala como primer requisito de la teoría que el contrato no sea de ejecución instantánea. “En consecuencia, se aplica fundamentalmente en los

---

<sup>226</sup> LÓPEZ, Jorge. *Op Cit.* Tomo II. N° 26. p 144

<sup>227</sup> LÓPEZ, Jorge. *Op Cit.* Tomo II. N° 26. p 145

contratos de tracto sucesivo, pero también puede presentarse en todos aquellos que la prestación quede postergada”.<sup>228</sup>

Carlos López, por el contrario, señala que es requisito esencial para que hablemos de la imprevisión estar en presencia de un contrato de tracto sucesivo, señalando que éstos tienen como elementos característicos el cumplimiento constante o periódico y el carácter contractual permanente.

Al respecto, el citado autor señala que: “... mientras en el contrato de tracto sucesivo la relación jurídica es una unidad permanente, una especie de *constante contratación* en el tiempo –algo que va mucho más allá del simple hecho que los efectos se produzcan a lo largo del mismo- el contrato de ejecución diferida es aquél en que el contrato es una unidad perfecta, precisa en el tiempo, pero diferida en su *cumplimiento* para un momento posterior, fruto tal vez de la estipulación de un plazo, o bien, por el acuerdo tácito de las partes, siempre y cuando no se configure una mora(...) La estructura del contrato de ejecución diferida difiere sustancialmente del de tracto sucesivo, de lo que se deriva que la procedencia de la teoría de la imprevisión tenga alcances radicalmente diferentes(...) ¿Cuál es el régimen que estructura y dirige la unidad temporal del contrato de ejecución diferida? El consagrado en los artículos 1545 del Código Civil y en el artículo 22 inciso primero de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, esto es, que en todo contrato *se entenderán incorporadas las leyes vigentes, y definiciones legales al tiempo de su celebración*. O sea, en una forma íntimamente vinculada con la certeza jurídica, el contrato de ejecución diferida cristaliza en un instante: el de su celebración. Lo que venga después es otra cosa, otra fase, el de su ejecución que, en razón de la unidad temporal del contrato, debe respetar la continuidad del proceso, soportando los gravámenes que pueden plantear circunstancias sobrevinientes”.<sup>229</sup>

---

<sup>228</sup> ABELIUK, René. *Op. Cit.* No. 855

<sup>229</sup> LÓPEZ, Carlos *Op Cit.* p 54

Consideramos en este punto, tal como lo ha hecho la doctrina, necesario separar los tres tipos de contratos: a) En los contratos *de ejecución instantánea* sería impensado que se produzca el problema, toda vez que no existirá un momento para que el suceso imprevisto ocurra ya que las prestaciones se cumplen de inmediato; b) En los contratos *de tracto sucesivo* sería indiscutida su aplicación (siempre que se cumplan los demás requisitos), siendo precisamente la figura en que se presenta con mayor frecuencia; c) En los contratos *de ejecución diferida* planteamos la siguiente distinción. Si diferir el cumplimiento está puesto en el interés del deudor, se entiende, salvo cláusula en contrario, que éste se hará cargo del riesgo de que en el intertanto que va desde la celebración del contrato y hasta el cumplimiento íntegro de la prestación, suceda un acontecimiento imprevisto que haga más onerosa la prestación. De lo contrario, si el interés en diferir la prestación es compartida o sólo pertenece al acreedor, deberá morigerarse el cumplimiento de la prestación que se ha tornado excesivamente onerosa.

- 5.4. Que ocurra un suceso extraordinario e imprevisto al momento de nacer la obligación que altere gravemente el equilibrio de las prestaciones

Es en este sentido donde cobra importancia la distinción entre imprevisto e imprevisto. Si el suceso pudo preverse pero no se previó en los hechos, es decir, fue imprevisto, no se debe modificar la responsabilidad de las partes. El contrato es una herramienta para prever las contingencias que pueden ocurrir luego de la celebración del mismo, es decir, obra como un mecanismo de control y distribución del riesgo.

Distinta es la situación cuando el suceso es imprevisto, ya que las partes no estaban en condiciones de anteponerse a los hechos y determinar el contenido y los efectos de futuras contingencias.

Adoptando dicho criterio, surge otro problema: ¿cómo determinamos qué acontecimiento es imprevisible? En este sentido, Lorenzo De la Maza nos señala que existen dos criterios de solución:

- 5.4.1 Criterio objetivo: corresponde a la apreciación en abstracto, sin relación a un determinado individuo. Se acude al concepto de *tipo medio de contratante*. El autor citado, plantea la opción de realizar una extrapolación de los artículos 1547 y 44, ambos del Código Civil: “En los contratos útiles al acreedor, sería imprevisible el acontecimiento que normal y razonablemente no puede ser conocido con anticipación por las personas negligentes y poco prudentes en el manejo de sus negocios propios. En los que se celebran para beneficio recíproco de las partes, el acontecimiento que no puede conocer anticipadamente una persona de ordinario diligente y cuidadosa en el manejo de sus propios negocios. En los que solamente son útiles al deudor, el que no es susceptible de ser conocido desde antes por el hombre esmeradamente juicioso y diligente en la administración de sus negocios importantes: Naturalmente, estos tres tipos medios de contratante deberán ser apreciados tomando en cuenta el nivel bajo de cultura que nos caracteriza”<sup>230</sup>

Las ventajas de esta solución es que se reduce el campo de la arbitrariedad judicial estableciendo que será imprevisible el acontecimiento que no puede ser tomado en cuenta anticipadamente por el tipo medio del contratante, si sigue una conducta social mediana.

Para Pablo Rodríguez G. corresponde a un hecho imprevisible “aquello que no se representó a partir de un hecho conocido o que no pudo razonablemente representarse. Su acaecimiento, por lo tanto, resulta sorpresivo, inesperado, sorprendente y aparentemente desligado del hecho causal”.<sup>231</sup> De esta manera,

---

<sup>230</sup> DE LA MAZA, Lorenzo. *Op. Cit.* P. 16

<sup>231</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op. Cit.* [1992] p 11.

el autor citado acoge un criterio de carácter objetivo para determinar cuándo se debe considerar imprevisible un hecho determinado.

5.4.2 Criterio subjetivo: se aprecia la imprevisibilidad del acontecimiento en relación a la persona particular del contratante. Lo que para algunos es imprevisible para otros puede no serlo. Las ventajas y desventajas de este criterio, surgen de una frenética búsqueda de justicia, lo que puede en muchos casos llevar a una exagerada discrecionalidad por parte de los jueces.

5.5. Que el suceso imprevisible sin hacer imposible absolutamente el cumplimiento, lo haga excesivamente oneroso para una de las partes

En este sentido cobra capital importancia la distinción entre caso fortuito o fuerza mayor y teoría de la imprevisión. Si el hecho hace imposible la ejecución de la obligación, estamos frente al caso fortuito o fuerza mayor, generándose una causal de exención de responsabilidad del deudor (lo que genera la irresponsabilidad del mismo por la no concurrencia de uno de los requisitos propios para el cumplimiento por equivalencia).

Asimismo no se exige que el imprevisto haga simplemente oneroso el cumplimiento, sino que se califica dicha onerosidad para que proceda la aplicación: debe ser una onerosidad excesiva. Si cualquier onerosidad diera pie para alegar la imprevisión, se generarían problemas económicos y jurídicos, toda vez que se requeriría de una equivalencia absoluta en las prestaciones, cuestión que es prácticamente imposible si conjugamos el concepto de causa ocasional y el número ilimitado de necesidades.

En opinión de don René Abeliuk M. se debe “provocar una pérdida grave, más allá del riesgo normal del contrato, o como dice el código italiano, que no cabe en el álea normal del contrato”.<sup>232</sup>

5.6. Que el suceso imprevisible sea ajeno a la voluntad de las partes

Es una base del ordenamiento jurídico que nadie pueda aprovecharse de sus actos ilícitos. De tal manera, si uno de los contratantes provoca el acontecimiento que hace onerosa la obligación, él debe cargar con dichas consecuencias.

No sólo el hecho mismo debe ser ajeno a la voluntad de las partes, sino que también es necesario que la voluntad de las partes no intervenga para agravar los efectos gravosos de la circunstancia.

5.7. Que el deudor no se encuentre constituido en mora

Siendo la imputabilidad un requisito propio de la mora, sólo establecemos este requisito para dejar en claro que la mora excluirá la teoría de la imprevisión, así como lo hará la culpa del deudor que no ha cumplido en tiempo y forma.

5.8. Que las partes no hayan establecido prevenciones de común acuerdo a fin de resolver las contingencias futuras

Las partes, haciendo uso de la libertad contractual, principio formativo y fundacional de la contratación, pueden pactar modalidades denominadas, en términos de Fernando Fueyo, “*cláusulas de estabilización*” o de “*revisión*”.

En palabras de Fernando Fueyo, el “[p]roblema aquí no existe, pues, de producirse el evento, entrará en juego la propia voluntad de las partes, expresada de antemano, recibiendo aplicación, simultáneamente, el tradicional principio *pacta sunt servanda*. La importancia no es otra, sin embargo, que el significado de la actitud de los contratantes, que de este modo reconocen la necesidad de una cláusula que contenga el principio en examen”.<sup>233</sup>

---

<sup>232</sup> ABELIUK, René. *Op. Cit.* N° 855.

<sup>233</sup> FUEYO, Fernando. *Op Cit.* [1954]. p. 121



Algunos autores, como Candil, citado por Fernando Fueyo, han denominado a esta forma de proceder de las partes, como sistema preventivo de defensa.

J. Duhalde, citado por Fernando Fueyo, señala “mediante el pacto de flexibilidad a las circunstancias, el contrato deja de ser una cristalización, una forma rígida, para convertirse en un mecanismo sensible a la temperatura económica. Nada más lógico y plausible que las partes contratantes, ateniéndose a la posible irrupción de circunstancias nuevas modifiquen el tenor de sus obligaciones y establezcan un régimen de adaptación.

Por eso, la mejor cláusula rebús sic stantibus, será la que efectivamente sea una cláusula”.<sup>234</sup>

Fernando Fueyo, en la obra citada, plantea las distintas manifestaciones del sistema preventivo de defensa:

- (a) Prescindir de los negocios a plazo: eliminada la causa, es difícil que se produzca el efecto. Sin embargo, Fernando Fueyo plantea que es posible reconocer excepciones, esto es, casos en que, aun cuando el contrato no reconozca plazo que postergue el cumplimiento de las prestaciones, se produzca una suspensión temporal en dicho cumplimiento, por imposibilidad igualmente temporal.
- (b) Permutación: se deja de lado la moneda como medida de valor, volviendo al *cambio*, situándonos en los tiempos de la economía primitiva. Se señala como desventaja principal, el hecho de poder resultar excesivamente onerosa la adquisición de las cosas que han de entregarse por la permuta.

---

<sup>234</sup> DUHALDE. *Op. cit.* En: FUEYO, Fernando. *Op Cit.*p. 121

(c) Cláusulas de estabilización o revisión: se otorga el valor de condición –como modalidad, elemento accidental- a estas cláusulas. La forma de solución nos lleva a mutar el patrón de las contraprestaciones, reemplazando el dinero por otro valor, debido al nominalismo del primero, versus la mutación del poder adquisitivo.

a. Señala Fueyo citado que la denominada cláusula oro es el sistema de estabilización preventivo más aceptado. Dentro de este sistema, se distinguen dos subsistemas:

(i) Cláusula curso-oro o moneda-oro: el pago se verifica con oro, siendo ella misma el objeto de la prestación.

Esta modalidad es criticada, toda vez que el Estado ha retirado este metal precioso, incluyendo moneda y papel moneda en la circulación del tráfico económico. Es por lo mismo que se ha derivado en la modalidad que pasamos a exponer.

(ii) Cláusula valor-oro: el objeto debido es un valor dado, debiéndose expresar y liquidar en dinero.

b. Asimismo se señala como modalidad la cláusula moneda extranjera, la cual igualmente distingue entre (i) cláusula moneda extranjera y (ii) cláusula valor moneda extranjera.

La modalidad cláusula moneda extranjera, con sus dos “sub-modalidades” descansan en la confianza que el tráfico jurídico le otorgue a una determinada moneda.

c. Cláusula mercadería: calcula el poder adquisitivo en relación a un bien determinado, tales como el vino, el trigo u otro.

Fernando Fueyo, en el señalado texto, cita el artículo tercero de la Ley de Arrendamientos Rústicos, de España, dictada el día 23 de Julio de 1942, la cual señala: “Para los futuros contratos de arrendamiento de fincas rústicas, la renta que deba satisfacer el arrendatario se fijará, necesariamente, en una cantidad de trigo, que las partes señalarán libremente, pero su pago deberá efectuarse en dinero de curso legal, estableciendo la equivalencia a razón del precio de tasa vigente para el trigo, sin ninguna clase de bonificaciones ni premios, el día en que la renta deba ser satisfecha”.

- d. Cláusula índice general o particular variable (cláusula de índice económico): los precios del contrato mutan conforme mutan los índices de precio que entrega la estadística.

Respecto a las citadas cláusulas, Fernando Fueyo previene: “Si bien está claro que con estas cláusulas accidentales se persigue mantener en lo posible el equilibrio de las prestaciones, anulando las diferencias enormes, nadie podría asegurar que el módulo que se emplea ha de lograr en la práctica el objetivo; puesto que sostener la obtención del resultado querido, siempre y en todo caso, equivaldría a convertir en previsible lo que por naturaleza del instituto es imprevisible y extraordinario, o bien, sería parecido a presumir de adivino al tiempo de establecer esas cláusulas accesorias. Indiscutiblemente que en muchos casos se acertará en el intento, y reajustadas las bases, el contrato no será excesivamente oneroso para uno de los contratantes; pero en otros puede ocurrir que el reajuste no sea equitativo, por quedar corto o por sobrepasar los límites deseados. Puede suceder también que por poner remedio a la situación que se vislumbra respecto del acreedor, se caiga en una excesiva onerosidad a cargo del deudor, injusta y no querida”.<sup>235</sup>

---

<sup>235</sup> FUEYO, Fernando. *Op Cit.* p. 121

## 6. Efectos de la imprevisión

Habiendo circunscrito y determinado cuáles son las condiciones que consideramos necesarias para que se plantee el problema objeto del estudio, pasaremos a analizar cuáles son los efectos propios de la teoría de la imprevisión.

En relación a los efectos de la imprevisión, resulta ilustrativo citar al profesor De la Maza, quien señala: "...debe tenerse presente que la imprevisión supone el conflicto de las nociones de moral, justicia y de función económica social del contrato, con la puramente económica de seguridad, que exige el respeto absoluto de las condiciones estipuladas. Ambos elementos en conflicto son necesarios en la vida social y exigidos por las necesidades del progreso (...). La solución que se adopte en este problema de los efectos jurídicos de la imprevisión deberá contemplar muy especialmente el principio general anotado, si no quiere llegar a exageraciones absurdas y a consecuencias inaceptables"<sup>236</sup>

El artículo 1545 de nuestro Código Civil señala textualmente *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...* Dicha norma no es una innovación de don Andrés Bello, sino que se recoge del artículo 1134 -1 del Código Napoleónico, y se encuentra presente en otros textos legales de la época y en los que fueron dictados posteriormente.

Siendo la autonomía de la voluntad el principio basal de la contratación chilena, no se podía esperar otra cosa: la fuerza del contrato tenía que realizarse. La palabra empeñada obliga *tal como* obliga la ley. No es que el contrato sea una ley tal cual, debido a las grandes diferencias que existe entre el contrato y la ley (origen, trámites constitucionales para su validez, amplitud de sus efectos, interpretación, clasificaciones, formas de perder fuerza vinculante, entre otras), sino que la forma y la fuerza de obligar es asimilada a la forma y fuerza en que obliga el mandato del legislador.

---

<sup>236</sup> DE LA MAZA, Lorenzo. *Ob Cit.* p 124

El artículo 1545 Código Civil ha sido tradicionalmente interpretado y enfocado hacia el establecimiento de la intangibilidad del contrato tanto para las partes, para el legislador y para el juez, de modo que la fuerza obligatoria de éste no se restringe a quiénes concurren a celebrarlo.

Sin embargo, el legislador muchas veces “toca” el contrato dictando leyes que no hacen más que derogar el principio en comento, atendidas diversas razones.<sup>237</sup>

- a) Circunstancias fácticas transitorias que obligan a dictar *leyes de emergencia* que otorgan prerrogativas a los deudores (principalmente), las cuales no se encontraban en las condiciones primitivas del acuerdo. Ejemplos de estas leyes fueron las llamadas *leyes moratorias*, que concedían facilidades de pago frente a crisis mundiales (Decretos Leyes 27 y 48 de 1932) o la *ley 16.282*, sobre sismos y catástrofes que paralizaba los juicios ejecutivos y el cumplimiento forzoso correlativo hasta por un año.
- b) *Normas permanentes* dictadas por circunstancias que se alejan de la transitoriedad: Así por ejemplo:
  - a. Artículo 1879 del Código Civil que permite al comprador, aún cuando se ha pactado un pacto comisorio calificado y típico (no pago del precio en la compraventa), la posibilidad de pagar el precio en el plazo de 24 horas desde la notificación de la demanda de resolución, pese a existir una expresa voluntad de las partes contratantes en resolver el contrato, operando dicho pacto como una condición resolutoria ordinaria.
  - b. Artículo 2180 del Código Civil: El comodatario es obligado a restituir la cosa prestada en el tiempo convenido; o a falta de convención, después del uso para que ha sido prestada. Pero podrá exigirse la

restitución aun antes del tiempo estipulado, en tres casos: ... 2.º Si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa;

- c. Art. 2003. Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes: ... 2.a Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.<sup>238</sup>

Según el profesor Jorge López Santa María “El principio de la fuerza obligatoria de los contratos no se resiente mayormente, en verdad, con los reveses o contratiempos de origen legal (...). Esto en razón de que en el caso de las leyes moratorias, transitorias por lo demás, los hechos trágicos justifican plenamente la excepción. Y en el caso de las leyes permanentes mencionadas, puesto que forman parte del Derecho vigente al instante de contratar, entendiéndose que las partes cuentan con ellas al hacerlo”<sup>239</sup>

---

<sup>237</sup> LÓPEZ, Jorge. *Op. Cit.* p 287

<sup>238</sup> No se puede desconocer la existencia de normas que la rechazan:

(A) Artículo 1983 Código Civil: *El colono no tendrá derecho para pedir rebaja del precio o renta, alegando casos fortuitos extraordinarios, que han deteriorado o destruido la cosecha.*

(B) Artículo 2003, regla 1ª: Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:

1.a El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.

<sup>239</sup> LÓPEZ, Jorge. *Op. Cit.* p 289

c) Leyes Especiales que modifican contratos en curso:

En estos casos además de “tocarse” el contrato se produce una vulneración de ciertos derechos adquiridos contractualmente, principalmente mediante la vía de la dictación de leyes con efecto retroactivo<sup>240</sup>.

La clasificación primaria de las cosas se encuentra en el artículo 565 de nuestro Código Civil, el cual las clasifica en cosas *corporales* y cosas *incorporales*. Estas últimas, son clasificadas en el artículo 576 del mismo cuerpo legal en derechos (acciones) reales y derechos (acciones) personales. Es así como se produce la llamadas *cosificación de los derechos*, con lo que debemos afirmar que un derecho real (como el usufructo) o un derecho personal (como podría ser el crédito que tengo para que el deudor pinte mi casa) son tan cosas como un auto o como un fundo. Esto se encuentra avalado por la Constitución Política de la República, la cual en su artículo 19 No. 24 asegura a las personas *el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales*<sup>241</sup>.

Contra esta idea (situación preferente de los contratos frente al legislador y propietarización de los derechos personales), se postulan por el profesor Jorge López Santa María<sup>242</sup>, los siguientes argumentos de *lege ferenda*:

---

<sup>240</sup> Tanto en la tesis clásica (derechos adquiridos vs. meras expectativas) como en la tesis de la situación jurídica de Paul Roubier (distinción entre situaciones jurídicas constituidas, extinguidas y produciendo efectos), se podría determinar que una ley que busca aplicarse a un contrato que ya se encuentra perfeccionado atentaría contra derechos que han ingresado a un patrimonio o contra situaciones jurídicas que se encuentran constituidas o extinguidas, produciéndose de tal modo la aplicación con efecto retroactivo de las leyes.

<sup>241</sup> Todo lo anterior se encuentra ampliamente desarrollado en el trabajo del profesor Enrique Barros, “*El Recurso de protección como medio de amparo de los contratos*”, en el libro *Instituciones Modernas de Derecho Civil*. Ed. Cono Sur, 1996. p.322-336

<sup>242</sup> LÓPEZ, Jorge. *Op. Cit.* p 296

- (a) Se prefiere la concepción romana de la propiedad: aún cuando se distingue entre cosas corporales y cosas incorporeales, la propiedad en Roma sólo se relaciona con las primeras. La propiedad se identifica con las cosas mismas.
- (b) Si se afirma la opción de tener propiedad sobre derechos personales, igualmente habría de afirmarse la opción de poseerlos.<sup>243</sup>
- (c) El acreedor del derecho personal se ejecuta no porque éste sea dueño del mismo, sino por su calidad de sujeto activo de la obligación. La propietarización de los derechos nos llevaría a afirmar la opción de tener propiedad respecto del derecho de propiedad.
- (d) Artículo 12 de la Ley sobre el Efectos Retroactivo de las Leyes: siempre se ha ensalzado el artículo 22 de la citada ley, como un argumento de la intangibilidad de los contratos. Sin embargo, nadie toma en cuenta el artículo 12 de la misma: *Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley...*
- (e) Función social de la propiedad y limitación mediante la ley

El principio de la fuerza obligatoria de los contratos, derivado del principio de la autonomía de la voluntad, además de verse enfrentado a la figura del legislador, como mencionábamos líneas atrás, muchas veces se encuentra con la figura

---

<sup>243</sup> Conocida es la discusión que existe, existiendo argumentos a favor (más numerosos y convincentes) y en contra:

- (a) Argumentos que hacen posible la posesión de los derechos personales: artículos 1576 y 715, ambos del Código Civil
- (b) Argumentos que señalan la improcedencia de la posesión de los derechos personales: (i) imposibilidad de ejecutar actos posesorios; (ii) Mensaje del Código Civil; y (iii) imposibilidad de usucapión respecto de los derechos personales.
- (c)



del juez, el cual debe solucionar conflictos que generalmente se basan en la disyuntiva entre la certeza jurídica y la justicia material, a grandes rasgos.

Las soluciones a la imprevisión son variadas y la colisión del principio consagrado en el artículo 1545 del Código Civil con el legislador y con el juez, van determinando cuál es la solución más aceptada.

A continuación se expondrán brevemente algunas de las soluciones o efectos que puede llegar a producir la imprevisión, conforme a las distintas visiones que se han esgrimido respecto del conflicto más arriba reseñado.

- a) Revisión del contrato: se plantea un conflicto entre las partes contratantes, una de las cuales alega el principio del *pacta sunt servanda*, en tanto que la otra alega el *Rebus Sic Stantibus*.

No habiendo previsto el suceso que hace más onerosa la prestación, ni tampoco habiendo podido llegar a un acuerdo (por ejemplo, novar el objeto de la obligación), se opta por un tercero que revise el contrato.

“El contenido del fallo que se espera como medio para solucionar el conflicto puesto a su consideración, necesariamente debe culminar con uno cualquiera de los siguientes efectos:

- i) Reajuste de algunas de las prestaciones del contrato que equilibre el desbalance originado por las circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles que afectaron el contrato.
- ii) Suspensión de las prestaciones del contrato por un término prudencial que permita que cuando se reanude el compromiso negocial, las circunstancias de las partes estén en equilibrio; o
- iii) La terminación o la resolución del contrato, pues irremediamente no hay manera de equilibrar las condiciones del negocio, y persistir en él implicaría una injusticia”<sup>244</sup>

---

<sup>244</sup> JIMÉNEZ, William. *La Teoría de la Imprevisión, ¿Regla o principio general de Derecho?* Bogotá, Colombia. p 66 y ss.

b) Suspensión del contrato: existiendo un suceso imprevisto que hace más onerosa la prestación, éste puede ser temporal o perdurar en el tiempo. En caso de encontrarnos frente al primer tipo de suceso, el juez (si las partes no lo han acordado) tendrá que determinar la suspensión de las prestaciones mientras dure el imprevisto, así como la forma y oportunidad en que deberán restablecerse las prestaciones.

c) Terminación (resolución) del contrato: tal como lo desarrollamos más arriba, la teoría de la imprevisión no es posible aplicarla a los contratos de ejecución instantánea y se discute en el caso de los de ejecución diferida.

Teniendo ello en cuenta, no sería posible aplicar la resolución (como el modo de extinguir consagrado en el artículo 1567 no. 9 del Código Civil) a los contratos de tracto sucesivo (y a los de ejecución diferida), contratos en los cuales se plantea el problema objeto de este estudio.

Por el carácter de las prestaciones y las formas en que se cumplen, se haría imposible volver a las partes al estado anterior en los contratos de tracto sucesivo o de ejecución diferida. Para estos casos la doctrina prefiere llamar al efecto *terminación del contrato*, con lo cual se producen efectos sólo hacia el futuro.

d) Nuestra opinión

Quién concluye un contrato asume un riesgo. Al momento de perfeccionarse un negocio, puede parecer muy ventajoso y esa ventaja puede desaparecer o aumentar. Ese sentimiento tan íntimo de uno de los contratantes que no se ve satisfecho o que no tiene el corolario que esperaba tener durante la ejecución del contrato, no puede llevarnos a obviar el hecho de que los contratos sirven para asumir y para distribuir riesgos entre partes que se

plantean “formalmente” en un plano de igualdad. Si ello no ocurre, por existir desigualdad en la información o en la aptitud de las personas, se puede echar mano al derecho civil más general de los actos jurídicos, alegando vicios de la voluntad o incapacidad de una de las partes.

Lo que consideramos peligroso, es otorgar la concesión a uno de los contratantes para tener la opción de desistirse de un contrato en el caso de que el contrato haya resultado insatisfactorio, o incluso desventajoso para él económicamente.

El ordenamiento jurídico actual dispone de una serie de mecanismos para aplacar imprevistos que pueden ocurrir: seguros, cláusulas propias del contrato, formas de solución del conflicto generado, entre otras, que están al alcance de los contratantes informados y que impiden que se genere el problema y los costos privados y públicos que conlleva judicializar los conflictos contractuales.

## **7. Soluciones adoptadas en derecho comparado en relación al problema de la excesiva onerosidad sobreviniente<sup>245</sup>**

### **7.1 El caso anglosajón<sup>246</sup>**

Se plantea en el escenario de la doctrina de la frustración, la cual se produce cuando por hechos posteriores a la celebración del contrato, su cumplimiento deviene en imposible, ilegal o radicalmente diferente de lo que tuvieron a la vista las partes al contratar. Es importante destacar que esta doctrina no se limita exclusivamente a la excesiva onerosidad que sobreviene, sino que se extiende a otras problemáticas distintas.

---

<sup>245</sup> BANFI, Cristián. *Notas sobre la excesiva onerosidad sobreviniente en derecho privado comparado*. Revista Chilena de Derecho Privado. (6). 2006. p 29-49.

<sup>246</sup> BANFI, Cristián. *Op Cit.* p. 29

Esta doctrina, según plantea el profesor Cristián Banfi del Río, aparece tardíamente en el sistema jurídico inglés, siendo el caso fortuito la única causal para eximir de responsabilidad al deudor. La razón del rechazo a la teoría en estudio, tiene distintas razones:

- A. Evitar la elusión del cumplimiento del contrato arguyendo haber hecho un negocio que ha devenido en *mal negocio*; y
- B. Las partes tienen a su alcance la posibilidad de precaverse de las contingencias mediante diversas cláusulas.

Teniendo presente lo anterior, existen diversas causas para limitar la doctrina de la frustración, dentro de las cuales el autor citado señala:

- i. Se limita su aplicación a fin de acotar la rigurosidad con que el *Common Law* busca la solución justa;
- ii. El efecto de la frustración es la terminación *ipso facto* del contrato, liberando a las partes de sus obligaciones, sin otras consecuencias posteriores;
- iii. Emanada de un hecho ajeno a la voluntad de las partes y al momento de la celebración del contrato;
- iv. El evento que lleva a la frustración no debe ser imputable al contratante que alega la misma.

Dentro de los argumentos que fundan la doctrina, el autor citado destaca:

- i. Términos implícitos del contrato que sirven para interpretar la voluntad presunta de las partes
- ii. Desaparición de la base del negocio jurídico

- iii. Necesidad de brindar mayor discreción al juez, con la mira de alcanzar una solución equitativa.

La doctrina de la frustración es interesante porque pone cara a cara el principio *Pacta Sunt Servanda* con el principio *Rebus Sic Stantibus*, no siendo más que una pugna entre la seguridad jurídica y rigidez de las normas contractuales versus la justicia contractual.

Acoger la posibilidad de modificar o incluso terminar con un contrato, por el evento de circunstancias imprevistas, tiene un doble riesgo, ya que los deudores sabrían *ex ante* la posibilidad de exonerarse de cumplir cuando las circunstancias tornan muy gravoso el contrato, mientras que los acreedores pensarían más de una vez si contratan. Sin embargo, dicha conclusión no siempre resulta certera, toda vez que la posibilidad de revisar un contrato que impone prestaciones excesivas a las partes, podría obrar y en muchos casos lo hace, como un incentivo a la economía, además de obrar a favor de la equidad y justicia contractual.

Karampatzos, citado por Banfi, señala que los principios de seguridad jurídica y justicia deben ser aplicados en forma armónica y no jugar como contrincantes, como ha sido el criterio del sistema inglés, principalmente inspirado en el modelo liberal de mercado.<sup>247</sup>

La judicatura inglesa ha calificado como hechos frustrantes:

- i. Cambios en la ley, tornando ilícito el contrato;
- ii. Cancelación de un evento o ceremonia que fue el motivo que indujo a la celebración del contrato (los llamados *hechos de la coronación*);

---

<sup>247</sup> KARAMPATZOS, Antonis. *Supervining Hardship as Subdivision of the General Frustration Rile: A Comparative Analysis with reference to Anglo-American, German, French, and Greek Law*. En: *European Review of Private Law*, vol. 2, Netherlands, 2005, p. 108, En: BANFI, Cristián. *Op Cit.* p 34

- iii. Retardo en el cumplimiento de las obligaciones que excede el plazo previsto en el contrato y los riesgos comerciales normalmente inherentes al tipo de contrato;
- iv. Fallecimiento o la incapacidad legal sobreviniente de una de las partes en un contrato de prestación de servicios personales (contratos intuitu persona).

La frustración tiene como elementos el hecho futuro y el hecho imprevisible. Las partes pueden prever alguna de las circunstancias futuras, sin que ello sea posible en su totalidad, debido a que siempre los hechos podrán superar la imaginación de los contratantes.

Es importante señalar que no han sido considerados como hechos frustrantes:

- i. Hechos que han sido previstos sólo por una de las partes;
- ii. Hechos provenientes de la culpa de quien alega la frustración;
- iii. Cambio de las circunstancias económicas producido por una inflación creciente.

En cuanto a los efectos, se produce la terminación ipso facto, existiendo distintas soluciones en relación a las restituciones, basadas en la *consideration*.

## 7.2 El caso francés <sup>248</sup>

La jurisprudencia francesa de la Corte de Casación en sede civil ha sido esquiva a acoger la teoría de la imprevisión, debido al valor que le otorgan a la intangibilidad del contrato. La única forma que tiene el contratante de quedar exento de cumplir es alegar y configurar la fuerza mayor.

Distintos fallos como el relativo al Canal de Craponne, han manifestado el valor que la Corte le otorga a la intangibilidad de los contratos. Sin embargo, el autor

---

<sup>248</sup> BANFI, Cristián. *Op Cit.* p 39

citado, señala que existe una sentencia de la Corte de Casación de 1992 que admite, basados en la buena fe contractual, la obligación de revisar el contrato que deviene en particularmente oneroso.

Esta actitud de la judicatura se encuentra, según el texto citado, en el recelo con que es visto el activismo judicial, debido al recuerdo de los abusos que se cometieron en el Antiguo Régimen. Ante esto, ha sido la ley (con avances particulares) y los contratantes los que han intentado morigerar la absoluta intangibilidad contractual inicial. Siendo las partes las que reaccionan mediante cláusulas contractuales a la tendencia jurisprudencial, queda claro que pasando del miedo a la revisión, las partes consideran ésta como una herramienta de utilidad para la seguridad.

### 7.3 El caso alemán<sup>249</sup>

La orientación social de mercado ha sido, según algunos autores, la razón para que la judicatura acoja la posibilidad de intervenir contratos, en protección del más débil, cuando circunstancias posteriores a la celebración hacen que éste deba asumir costos que trastornan la conmutatividad del contrato. Queda de manifiesto la diferencia con el caso inglés, quizá teniendo como base los distintos modelos económicos imperantes.

El profesor Banfi destaca tres hitos importantes dentro del siglo XX y XXI en la historia jurídica alemana:

- (a) Jurisprudencia elaborada por el *Reichsgericht* (máximo tribunal civil hasta 1945): protege al deudor basado en la equidad y la buena fe. Se extendió el concepto de imposibilidad hacia el concepto de imposibilidad económica. Luego se utilizó como argumentos la doctrina de la base del negocio jurídico de Oertmann, que hace posible la finalización del contrato a raíz de las

---

<sup>249</sup> BANFI, Cristián. *Op Cit.* p 42

alteraciones de las circunstancias cuando las expectativas originarias al momento de contratar son frustradas por hechos posteriores.

(b) Jurisprudencia de *Bundesgerichtshof* (máximo tribunal civil tras la Segunda Guerra Mundial): poniendo énfasis en la doctrina del colapso del fundamento del contrato, y hace aplicación del estándar de la buena fe. Señaló dicho tribunal que morigerar la intangibilidad del contrato sólo era justificable en aquellos casos en que fuera indispensable para evitar un resultado intolerable e incompatible con el derecho y la justicia.

(c) Desde el 1 de enero de 2002, cuando entra en vigencia el párrafo 313 del BGB, que consagra el problema del colapso del fundamento del contrato. Sus incisos 1 y 3 disponen:

“ (1) Si las circunstancias que constituyen la base del contrato han cambiado considerablemente con posterioridad a la celebración del mismo, y si las partes no lo hubiesen celebrado o lo hubiesen celebrado bajo condiciones diferentes en caso de haber previsto el cambio, podrá reclamarse la revisión del contrato si no es posible exigir a una de las partes el contrato sin modificarlo, teniendo en consideración todas las circunstancias del caso particular, especialmente la distribución –contractual o legal – del riesgo”...

...“(3) Si la revisión del contrato no es posible o no puede ser exigida a la otra parte, el contratante en desventaja podrá pedir la resolución del contrato. En los contratos de obligaciones de tracto sucesivo el derecho a la terminación sustituirá el derecho a la resolución”.

Se privilegia la fórmula de la colaboración, por la cual son las partes las encargadas primariamente de renegociar los términos de sus negocios, cuando éstos se tornan excesivamente onerosos.



Es destacable que, tal como lo expondremos en las siguientes líneas, el modelo alemán ha servido de base para fundar los principios *Unidroit* y los principios sobre Contratos Comerciales Internacionales.

#### 7.4 Solución adoptada en los principios *Unidroit* sobre contratos comerciales internacionales; solución en los principios del derecho europeo de contratos; y otras cláusulas de readaptación

##### 7.4.1 Principios *Unidroit*

En este apartado y en el punto siguiente, seguimos al profesor Rodrigo Momberg Uribe.<sup>250</sup>

El UNIDROIT busca modernizar, coordinar y sistematizar el derecho privado, principalmente en lo que se refiere al derecho mercantil, entre los Estados.

En su versión 2004, dichos principios le otorgan una sección completa a la regulación del efecto del cambio sobreviniente de circunstancias o *hardschip*. Dicha materia que nos convoca, se encuentra regulada en el Capítulo VI relativo al *Cumplimiento del contrato*. Tal ubicación resulta muy lúcida, considerando que la fuerza mayor se encuentra establecida en el Capítulo VII, relativo al *Incumplimiento*. Una vez más se demuestra que el caso fortuito o fuerza mayor exonera de responsabilidad al deudor, debido a la imposibilidad absoluta en el cumplimiento, mientras que la teoría de la imprevisión, haciendo más onerosa la prestación para una de las partes, no torna absolutamente imposible su cumplimiento.

---

<sup>250</sup> MOMBERG, Rodrigo. *Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo. (10). julio 2004. p 151-166.

Cabe mencionar que, según el profesor Momberg, las reglas de los principios UNIDROIT se inspiran en el principio *favor contractus*, es decir, en el propósito de preservar el contrato mientras sea posible.

La regla general se encuentra establecida en el Artículo 6.2.1 (*Obligatoriedad del contrato*), el cual dispone textualmente: *Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (hardship).*

Esta regla general no es más que el conocido principio del *Pacta Sunt Servanda*, el cual, dentro de los principios en comento, no tiene una fuerza absoluta, como lo deja entrever la parte final del artículo recién citado. De tal forma el Artículo 6.2.2, señala cuándo se configurará el hardship: *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, y:*

(a) *dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;*

Si los hechos que la fundan son anteriores a la celebración del contrato, se entienden incorporados al equilibrio contractual, asumiendo la parte correspondiente los riesgos de tales eventos. En caso de encontrarnos ante este problema al inicio de la relación jurídica, tendríamos más bien que recurrir a la figura de la *lesión*, consagrada en el artículo 3.10, el cual deja de manifiesta la necesidad de fijar el momento del desequilibrio en el inicio de la relación: *Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva...*

(b) *los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;*

Se trata de una cuestión de hecho determinar si los hechos pudieron o no ser previstos por la parte afectada, en el caso concreto.

(c) *los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y*

Si la parte afectada pudo influir en los hechos causantes de la excesiva onerosidad, no tendrá derecho a invocar la misma para modificar el contrato.

(d) *el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.*

Es un principio de la contratación privada la *libertad contractual*. Con este principio las partes asumen riesgos y traspasan otros, razón por la cual, el contrato sirve como una forma de prever los acontecimientos futuros. Si en los hechos así ha ocurrido, no cabría aplicar la teoría en estudio.

No siempre será necesario que se encuentre expresada dicha asunción del riesgo, sino que puede derivarse o conjeturarse del tenor y naturaleza del contrato.

De esta manera, para la configuración del hardship, no basta con cualquier alteración en las prestaciones, sino que ésta debe ser fundamental. Los comentarios a este principio señalan que determinar si es o no fundamental, será una decisión que dependerá del caso concreto.

Una vez señalados los requisitos anteriores, pasamos a señalar los efectos que produce la excesiva onerosidad en caso que se cumpla con las condiciones. En este sentido el Artículo 6.2.3 señala textualmente: *Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship)*

- (1) *En caso de “excesiva onerosidad” (hardship), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.*
- (2) *El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.*
- (3) *En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.*
- (4) *Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (hardship), y siempre que lo considere razonable, podrá:*
  - (a) *resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o*
  - (b) *adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.*

De esta forma, se abren dos vías posibles:

- a- Derecho a reclamar la renegociación: se debe tener presente el principio de la conservación del negocio jurídico y siendo las partes, quienes han dado vida al mismo, son las mejores encargadas para mantenerlo con vida.

Resulta importante señalar que, en caso de existir cláusulas que prevean la adaptación para el evento de cambiar las circunstancias, deberán aplicarse éstas con prioridad y sólo en el caso que no quepan dentro de la situación pactada, se pasará a la renegociación.

Los principios establecen que el requerimiento de renegociación deberá realizarse sin demora injustificada, a fin de que el contratante negligente no utilice este mecanismo como una maniobra para dilatar el cumplimiento. En

caso de tratarse de situaciones que se producen en un solo instante, deberá reclamarse tan pronto como sea posible luego de que el hecho ha sucedido. En el caso de tratarse de circunstancias que se generan en un período de tiempo prolongado, debemos analizar caso a caso.

La solicitud deberá ser fundada a fin de que la contraparte conozca los términos del reclamo de renegociación.

El solo requerimiento no confiere el derecho a la parte afectada para suspender el cumplimiento de las obligaciones, manifestándose el reproche a la decisión unilateral de suspender un contrato.

- b- Derecho a recurrir ante un tribunal: en caso de no llegar a un acuerdo o frente a la negativa de la parte requerida para negociar, tanto el “requirente” como el “requerido” pueden recurrir a un tribunal para encargarle la composición del asunto.

El tribunal frente a la composición que las partes le encargan y siempre que lo considere razonable, podrá optar por una de las siguientes soluciones:

- a) Resolver el contrato
- b) Adaptarlo a las nuevas circunstancias

Hay quienes sostienen que no son las únicas soluciones posibles, agregando:

- c) Ordenar a las partes reasumir las negociaciones
- d) Ratificar los términos originales del contrato

#### 7.4.2 Los principios del derecho europeo de los contratos

Resultan como trabajo de la Comisión de Derecho Contractual Europeo, teniendo como misión esencial servir de base para la redacción de un Código Civil Europeo.

Estos principios regulan la teoría de la imprevisión en el artículo 6.111, con el nombre *Cambio de Circunstancias*, el cual señala:

(1) *Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando su cumplimiento llegue a ser más oneroso para una de ellas, ya sea porque los costos de dicho cumplimiento se han incrementado o porque el valor de la prestación que recibe ha disminuido.*

(2) *Sin embargo, si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente onerosos debido a un cambio de circunstancias, las partes tienen la obligación de negociar la adaptación del contrato o la terminación del mismo, siempre que:*

(a) *El cambio de circunstancias haya sobrevenido con posterioridad a la celebración del contrato.*

(b) *La posibilidad de cambio de circunstancias no haya podido razonablemente tenerse en consideración al celebrarse el contrato.*

(c) *El riesgo del cambio de circunstancias no es de aquellos que, según el contrato, debió ser asumido por la parte afectada.*

(3) *Si dentro de un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo, el tribunal podrá:*

(a) *Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuados; o*

(b) *Adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.*

En cualquiera de los casos, el tribunal puede ordenar la indemnización de perjuicios cuando una de las partes se ha negado a negociar o ha roto la negociación de mala fe.

Los términos de ambos textos son muy similares. Dicha conclusión resulta evidente, teniendo en cuenta que muchos de los miembros de dichas organizaciones internacionales, pertenecen a ambas, así como también la colaboración entre ambas instituciones.

Además de las diferencias de forma nos encontramos con una diferencia de fondo: los Principios UNIDROIT incluyen hechos acaecidos antes de la celebración del contrato, pero que son conocidos luego por la parte afectada, mientras que los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, sólo se refiere a hechos posteriores a la celebración, dejando los hechos anteriores como hipótesis que ha de resolver la normativa referida al error. Asimismo, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos hacen referencia, a diferencia de los UNIDROIT, a lo que debe entenderse por razonable, refiriéndose al carácter razonable de la posibilidad de prever: Artículo 1302: *Definición de lo razonable: Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.*

### 7.4.3 Otras cláusulas de readaptación

Existen, además de la cláusula *hardship*, otras cláusulas de readaptación que la práctica de la contratación internacional arroja<sup>251</sup>. Así por ejemplo:

- (a) *Government take cause*: las empresas distribuidoras de petróleo, mediante esta cláusula, traslada a los compradores de crudo el aumento del precio impuesto por los países que producen el mismo.
- (b) *First Refusal clause*: el vendedor se obliga a alinearse a los precios de la competencia, cuando éstos bajen.
- (c) Cliente más favorecido: el proveedor se obliga a proporcionar a los compradores, los mismos beneficios que pueda, en el futuro, otorgarle a otros clientes.
- (d) Alza y baja: las partes se obligan a modificar el contrato, cuando aumenten o disminuyan el nivel de salarios o del costo de las materias primas.
- (e) Fuerza mayor: garantiza la supervivencia del contrato, aun cuando se produzca el caso fortuito que se indique.

## 8 Instituciones afines a la teoría de la imprevisión. Delimitaciones conceptuales

Existen diversas instituciones que comparten elementos comunes con la institución que es objeto de nuestro estudio. Sin embargo, a continuación pasaremos a destacar las principales instituciones que a pesar de estar ligadas a la teoría de la imprevisión, difieren en cuanto a su contenido, requisitos y principalmente en cuanto a sus efectos.

---

<sup>251</sup> LÓPEZ, Jorge. *Op. Cit.* p 324



La teoría de la imprevisión delimita con las siguientes instituciones afines:

### 8.1 Con el error

En cuanto a la delimitación conceptual entre error y Teoría de la Imprevisión, se ha señalado que: "...En terreno doctrinal, se apunta una cierta similitud o conexión entre la teoría del error, fundamentalmente del error bilateral, y la de la frustración. Pero esta similitud no hay que llevarla demasiado lejos, ya que son dos conceptos diferentes: el error actúa en las representaciones de las partes al formarse el contrato, invalidándolo inicialmente, ya que se contrató algo diferente de lo que realmente se deseaba contratar, mientras que la frustración no ocurre en la formación del contrato, sino durante la vida del mismo, y afecta su cumplimiento, convirtiendo la prestación debida en algo diferente de lo que se quiso, pero no inicialmente y por equivocación, sino posteriormente y por circunstancias sobrevenidas".<sup>252</sup>

### 8.2 Con la lesión

La lesión se produce toda vez que existe un menoscabo producido en el patrimonio de una persona a consecuencia de un hecho jurídico. Nuestro derecho la contempla en carácter objetivo, estableciendo siete casos limitados en la legislación civil (anticresis, mutuo con interés, cláusula penal enorme, compraventa voluntaria de inmuebles, permuta, partición y aceptación de la herencia). Dicha situación genera, en los casos regulados, efectos como son la rescisión del acto o la opción que se resguarda a las partes para que vuelvan –sólo relativamente- al estado anterior al hecho que la genera, teniendo siempre en vista las prestaciones originarias de los hechos que la producen.

"En la lesión también hay una excesiva onerosidad en la prestación, pero ella es coetánea al nacimiento de la obligación, como si se han estipulado intereses

---

<sup>252</sup> ESPERT Sainz, Vincent. *La Frustración del fin del Contrato*. Editorial Tecnos. P. 62. 1968, Madrid, España

excesivos. En la imprevisión, en cambio, el equilibrio de las prestaciones se rompe mientras la obligación está pendiente, como si una persona se compromete a entregar materias primas a una industria durante un cierto plazo en cuyo transcurso sube el valor de los materiales, mano de obra, insumos, etc., que el deudor emplea”.<sup>253</sup>

### 8.3 Con la falta de causa

La causa es uno de los requisitos señalados doctrinariamente como de existencia del acto jurídico.

No creemos procedente en esta sede, reproducir las discusiones a que da origen este requisito del acto jurídico, en lo que dice relación con la objetividad o subjetividad de la misma, ni tampoco en la sede de análisis del requisito (causa de la obligación o causa del contrato).

Sin perjuicio de lo anterior, es del caso señalar que la teoría de la imprevisión ocurre, en el desarrollo del contrato en cuestión. Por el contrario, el legislador requiere de la causa al momento inicial del acto jurídico, es decir, en la gestación del mismo.

No es trascendente qué es lo que ocurre posteriormente con la misma, lo que se refrenda con el hecho de que la causa puede incluso ser modificada por figuras como la novación objetiva (por cambio de causa).

### 8.4 Con el caso fortuito

En este punto nos remitimos a lo expuesto anteriormente en el Capítulo I y, fundamentalmente, en el Capítulo II del presente trabajo.

---

<sup>253</sup> ABELIUK, René. *Op. Cit.* N° 855

En términos generales, es posible señalar que “[e]n ambos hay imprevistos posteriores al contrato y ajenos a la voluntad de la partes, pero en la fuerza mayor provocan una imposibilidad absoluta de cumplimiento, mientras que la imprevisión ocasiona una dificultad mayor o menor, pero que se traduce en un desembolso exagerado para el deudor; éste puede cumplir, pero con un gran sacrificio pecuniario; en el caso fortuito, no puede hacerlo, y de ahí que la obligación se extinga. En la imprevisión normalmente sólo se la modifica para restablecer el equilibrio”.<sup>254</sup>

#### 8.5 Con el enriquecimiento sin causa

Junto a la autonomía de la voluntad, a la responsabilidad y a la protección de la buena fe, se erige el principio de evitar y reparar (para el caso que se produzca) el enriquecimiento sin causa.

Se señalan como requisitos de la acción fundada en el enriquecimiento sin causa.<sup>255</sup>

- 1- Que exista un enriquecimiento del demandado y empobrecimiento correlativo del demandante;
- 2- Que el enriquecimiento carezca de causa que lo justifique;
- 3- Que el actor no tenga a mano otro medio para subsanar el enriquecimiento; y
- 4- Que la acción no sea ejercida con el fin de burlar derecho positivo

En términos generales, “[e]l enriquecimiento sujeto a restitución es aquel que es injusto por haber sido obtenido a costa de otro. Quien así se ha enriquecido tiene el deber moral de indemnizar al empobrecido. El problema consiste en precisar suficientemente el deber moral, para poder darle el carácter de obligación civil... Queda por determinar en qué casos hay lugar a la reparación. Desde luego, la

---

<sup>254</sup> ABELIUK, René. *Op. Cit.* N° 854

<sup>255</sup> LÓPEZ, Jorge. *Op Cit.* Tomo I. p 310

persona enriquecida puede tener el derecho a conservar el enriquecimiento. En tal evento, no existe el deber moral de restituir o, si tal deber moral existe, por consideraciones particulares, no tiene valor como obligación civil. *Así es toda vez que la persona enriquecida ha conseguido el enriquecimiento a través de un mecanismo jurídico regular, como un contrato ventajoso, por ejemplo. Ella tiene el derecho de conservar la ventaja conseguida*”.<sup>256</sup>

Es decir, existiendo un contrato, del cual surge un empobrecimiento y un enriquecimiento recíproco, no cabría aplicar las consecuencias del enriquecimiento sin causa, por ser el contrato la mejor causa para dicho enriquecimiento.

“También el enriquecimiento sin causa provoca un desequilibrio económico, pero que jurídicamente no puede justificarse, mientras que el acreedor, al exigir el cumplimiento que se ha tornado gravoso al deudor, está jurídicamente fundado en el contrato; en la imprevisión, el enriquecimiento estriba en la desvalorización de la prestación del acreedor, con la cual al tiempo del cumplimiento ya no obtendría de otros lo que el deudor está obligado a darle”.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup> RIPERT, Georges, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, París, L.G.D.J., 4ª ed. 1949, Nos. 142 y 144. En: LÓPEZ, Jorge. *Op Cit.* Tomo I. p 311 y 312

<sup>257</sup> ABELIUK, René. *Op. Cit.* N° 855

## CAPITULO IV: Aplicabilidad de la teoría de la imprevisión en Chile

### 1. La teoría de la imprevisión en el código civil: El silencio de la ley

Nuestro Código Civil, al igual que su homólogo francés, no regula de manera expresa la teoría de la imprevisión. Este vacío legal radica en el espíritu racionalista vigente en la época de la Codificación; espíritu que se aleja de aquellos postulados de equidad sustentados por los canonistas medievales, quienes esgrimían la existencia de una condición implícita en todo contrato –la “*Rebus sic Stantibus*”-, “*en cuya virtud las partes están forzadas a cumplir las obligaciones emanadas de la convención siempre que subsistan las circunstancias bajo las cuales ésta se celebró*”.<sup>258</sup>

Así, los Códigos clásicos siguiendo el modelo francés e inspirados en el principio de autonomía de la voluntad, han hecho primar la seguridad en el cumplimiento de los contratos por sobre consideraciones de equidad. En este sentido, por una parte se “*tiende a limitar el poder de los jueces y, por otra, a conceder a las partes la posibilidad de evaluar el futuro autorresponsablemente*”.<sup>259</sup> En definitiva, –señala Larroumet– “*como el contrato es producto de la voluntad de las partes, no corresponde al juez modificarlo (...)*”.<sup>260</sup>

Con todo, no obstante que el legislador chileno no ha tratado expresamente la doctrina en comento, los autores han buscado una serie de argumentos, tanto a nivel de texto legal (*de lege lata*), como en el plano de la política jurídica (*de lege ferenda*), para dar sustento a la teoría de la imprevisión en el derecho chileno.

---

<sup>258</sup> ABELIUK. *Op Cit.* Tomo II. N° 853. 757 p. De acuerdo a MESSINEO, la cláusula *Rebus sic Stantibus* pretende “precisamente, subrayar que el contrato mantiene, solamente en cuanto quede inmodificada, en la etapa de ejecución, la situación de recíproco sacrificio y ventaja tenida presente por las partes en el momento de la conclusión y no la mantiene ya ,cuando tal situación viene a modificarse en el ínterin”, MESSINEO. *Op Cit.* Tomo II. 373 p.

<sup>259</sup> BARROS. *Op Cit.* [s.a.] 73 p. (En: Incumplimiento de la obligación contractual)

<sup>260</sup> LARROUMET. *Op Cit.* Vol I. 330 p. En el mismo sentido, MESSINEO señala que: “La circunscripción del poder del juez es, por lo demás, consonante con el criterio seguido por la ley en materia contractual, ya que se le niega a éste (...) un poder general de revisión del contrato”. MESSINEO. *Op Cit.* Tomo II. 392 p.

## 2. Consideraciones de *lege lata*

Como señalábamos precedentemente, si bien nuestra legislación no ha contemplado de manera expresa la procedencia de la teoría de la imprevisión, la doctrina ha buscado argumentos a partir del texto legal que, en mayor o menor medida, buscan llenar el vacío legislativo existente en la materia. A continuación haremos referencia a los principales argumentos de texto legal esgrimidos por la doctrina nacional, sin perjuicio de someter dichos argumentos a un análisis crítico cuando proceda.

### 2.1 El artículo 1546 del Código Civil y el argumento de la buena fe

El artículo 1545 de nuestro Código Civil, inserto en el Título XII del Libro III “Del efecto de las obligaciones”,<sup>261</sup> prescribe que: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”. Esta disposición inspirada en el artículo 1134 del Código Civil francés constituye un eje estructural de nuestro derecho de contratos. En efecto, dicha norma –consagrada en la generalidad de los Códigos de inspiración clásica-<sup>262</sup> resguarda la estabilidad del contrato, considerada una base esencial del orden social, afianza la seguridad de las relaciones económicas y garantiza el respeto por la palabra empeñada y por las legítimas expectativas generadas en quienes participan de una relación contractual. En él se consagra la fuerza obligatoria de los contratos, en cuya virtud “*ninguno de los contratantes puede eximirse de cumplir su obligación, a no ser que*

---

<sup>261</sup> Disposición que –al igual que los artículos 1546 y 1547- más que referirse a los efectos de las obligaciones, se refiere a los efectos de los contratos. Error que a juicio de Alessandri “*deriva del modelo que siguió nuestro legislador, el Código Civil francés (artículos 1134 y ss.)*”. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC. *Op Cit.* Vol II. 7 p.

<sup>262</sup> En este sentido, el artículo 1091 del Código Civil español del año 1889; el artículo 1372 del Código Civil italiano de 1942; el artículo 1197 del Código Civil argentino; el artículo 1361 del Código Civil peruano de 1984, entre otros.

*exista un acuerdo con la otra parte o por alguna causal legal y ningún juez podrá modificar su tenor ni liberar al deudor ni siquiera por razones de equidad*".<sup>263</sup>

Si bien la norma señalada precedentemente ha sido interpretada tradicionalmente con un rigor excesivo, el artículo siguiente –esto es, el 1546- ha constituido un elemento moderador frente a la rigidez interpretativa del principio *pacta sunt servanda*. En este sentido, diversos autores han pretendido fundar en el artículo 1546 del Código Civil la procedencia de la teoría de la imprevisión en el derecho chileno.

El citado artículo señala que: "*Los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella*". Dicha norma fue tomada del inciso 3° del artículo 1134 y del artículo 1135 del Código Civil francés.<sup>264</sup> La primera disposición señala que "las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe". Por su parte el artículo 1135 dispone que: "Las convenciones obligan no solamente a lo que en ellas se expresa, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza".<sup>265</sup>

A partir del mencionado artículo 1546 de nuestro Código Civil, la doctrina nacional ha esgrimido diversas interpretaciones en relación con la procedencia de la teoría de la imprevisión en el derecho chileno.

---

<sup>263</sup> Revista temas de derecho, Universidad Gabriela Mistral, 1990, No.1, Santiago Chile. "Proyecto de Ley sobre Revisión Judicial de los Contratos por Excesiva Onerosidad Sobreviniente". PARADA G., César; MERINO S., Francisco; SCHMIDT H., CLAUDIA; y DOYHARCABAL C., Solange. 45 p.

<sup>264</sup> Sin perjuicio de que disposiciones similares han sido consagradas en diversos Códigos. En tal sentido: a) Los artículos 1175, 1366 y 1375 Código Civil italiano de 1942; b) El artículo 1291 del Código Civil uruguayo; c) el artículo 1258 del Código Civil español de 1889; el artículo 715 del Código Civil paraguayo de 1985. Véase: FUEYO. *Op Cit.* 175 p.

<sup>265</sup> *Idem.*

Así, Lorenzo de la Maza señala que no podría usarse este artículo como argumento a favor de la teoría en estudio, debido a que el mismo precisamente obligaba al deudor a cumplir con su obligación. En tal sentido, de la frase “y, por consiguiente obliga no sólo a”, el autor extrae la conclusión de que este artículo amplía la obligación del deudor más que restringirla.<sup>266</sup>

Por el contrario, Juan Carlos Dörr estima que el concepto de equidad se encuentra implícito en la citada disposición, con lo cual los hechos futuros e imprevisibles que destruyen la equivalencia o frustran el fin del contrato han de ser considerados al momento de reflexionar en torno a la exigibilidad de la prestación.<sup>267</sup>

Por su parte, Fernando Rozas Vial señala textualmente: “que la buena fe que exige el artículo 1546 en la ejecución de los contratos incluye la cláusula *”rebus sic stantibus“* por lo menos en términos de que cuando por circunstancias extraordinarias e imprevisibles el elemento sustentador del contrato o su base objetiva se ve de tal manera alterada que, de haber sido previsibles, no se habría consentido en el contrato, puede oponerse la correspondiente excepción, emanada del artículo 1546, para no cumplir el contrato en los términos pactados”.<sup>268</sup>

A su vez, Daniel Peñailillo –recogiendo ciertos postulados de la doctrina alemana– señala que: “Si la base, el entorno en el cual el negocio se ha gestado y hasta cierto momento ejecutado, es substancialmente modificada por agentes extraordinarios imprevisibles, independientes del gobierno de las partes, que llegan a perjudicar seriamente a una de ellas, negarse a su readecuación importa

---

<sup>266</sup> PARADA G., César; MERINO S., Francisco; SCHMIDT H., CLAUDIA; y DOYHARCABAL C., Solange. *Op Cit.* 45 p.

<sup>267</sup> Además el profesor Dörr agrega argumentos a favor de la teoría en estudio, basados en la noción de causa. Siendo la causa el motivo que induce a las partes a contratar, si desaparece la causa por circunstancias que sobrevienen en forma extraordinaria o imprevisible, el contrato carecería de uno de los requisitos que son imperiosos para su existencia.

<sup>268</sup> ROZAS VIAL, Fernando. La Buena Fe. Material Inédito. 254 p. En: PARADA G., César; MERINO S., Francisco; SCHMIDT H., CLAUDIA; y DOYHARCABAL C., Solange. *Op Cit.* 45 p.



contravenir a la buena fe con la que los contratantes han de ejecutar el convenio (...) Se parte de la base que los contratantes han celebrado sus estipulaciones sobre cierto entorno en el que el contrato se inserta, con ciertas características económicas, ciertas fuerzas sociales, cierto ámbito cultural y ciertas habilidades y destrezas de ambos. Entonces, en ese entorno se celebra un contrato, y si ese entorno cambia en alguno de esos elementos, es natural que tengan que corregirse esas estipulaciones, porque las partes no contratarían del mismo modo si se encontraran ahora en estas otras circunstancias. Y aquí viene la combinación con la buena fe: se aparta de la buena fe quien insista en mantenerse implacablemente en los términos primeramente estipulados”.<sup>269</sup>

El profesor Jorge López Santa María, señala dentro de los argumentos correctos para sustentar la aplicación de la teoría en estudio, el argumento de la buena fe objetiva, ya que “[v]iolaría la norma que ordena a los contratantes que se comporten de buena fe, el acreedor que le exige a su deudor un cumplimiento mucho más gravoso del previsto al celebrar el contrato, susceptible incluso de arruinarlo. La buena fe impone tener en cuenta el cambio de las circunstancias. Si éstas varían, después de celebrado el contrato, y afectan gravemente la conmutatividad de la convención, el favorecido debe ceder parte del beneficio imprevisto, aceptando modificar equitativamente las cláusulas del contrato. En subsidio, el perjudicado puede ejercer una acción judicial, solicitándole al tribunal competente que revise el contrato”.<sup>270</sup>

En un sentido similar a López Santa María, Fernando Fueyo trata la buena fe como un requisito objetivo inherente al cumplimiento. En tal sentido, señala que la buena fe en materia de ejecución contractual “actúa tanto a favor como en contra del acreedor. En verdad el acreedor puede exigir que la prestación no quede por

---

<sup>269</sup> Fundación Fernando Fueyo (Varios Autores), Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio, La Teoría de la imprevisión. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, Primera Edición, año 200, 232 p.

<sup>270</sup> LÓPEZ, Jorge, Los Contratos. Santiago, Chile. 2005. Tomo I. No. 49.2. ps.315 316

debajo de lo que la buena fe reclama y, por otro lado, debe conformarse el acreedor y no exigir más cuando el deudor realice lo que la ejecución de buena fe le exige”.<sup>271</sup> En conexión con lo anterior, el autor hace referencia a la controversia surgida en Alemania respecto de la posibilidad que tiene el deudor para excusarse válidamente al cumplimiento en aquellas hipótesis en que, de ejecutarse la prestación, se perjudique excesivamente al deudor, o amenace producir su ruina económica. Al respecto, señala que la jurisprudencia alemana “ha acogido muchas veces la defensa basada en la no exigibilidad económica, especialmente en los supuestos extremos en que, de cumplirse, el deudor cae en la ruina”.<sup>272</sup>

En nuestra opinión, la referencia al principio de buena fe es una exigencia ineludible para quien pretenda algún tipo de atenuación o morigeración de la rigidez del principio *pacta sunt servanda*. Con todo, siendo necesaria la referencia al principio de buena fe, estimamos que ésta no es suficiente para justificar de modo suficiente una eventual excusa del deudor frente a la pretensión de cumplimiento del acreedor. En efecto, estimamos que la amplitud y abstracción conceptual de dicho principio introduce un grado de incertidumbre inadecuado a la hora de calificar los deberes de prestación, toda vez que conlleva grandes riesgos como la falta de certeza jurídica; las diferencias que se producen en los criterios jurisprudenciales, además del costo de judicializar los contratos; y principalmente creemos que la amplitud de este concepto en su aplicación, conlleva a desconocer una función esencial del contrato, cuál es la de distribuir los riesgos al momento de satisfacer necesidades.

## 2.2 El artículo 1545 y la interpretación de Daniel Peñailillo acerca de la expresión “causas legales”

Daniel Peñailillo, a partir de la misma norma que la doctrina tradicionalmente ha invocado para negar la procedencia de la teoría de la imprevisión en el derecho

---

<sup>271</sup> FUEYO. *Op Cit.* [1991] 177 p.

<sup>272</sup> *Ibid.* 190 p.

chileno –esto es, el artículo 1545 del Código Civil- postula una relectura de dicha norma extendiendo las hipótesis bajo las cuales un contrato puede válidamente ser dejado sin efecto.

El artículo 1545 del Código Civil prescribe que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Al respecto, Peñailillo señala que “[c]uando el artículo 1545 alude a las “causas legales” como factor justificante de una alteración del contenido contractual, bien puede entenderse el término como “causas jurídicas”, ciertamente más comprensivo, en las cuales puede incorporarse cómodamente a la imprevisión”.

En efecto, -señala el autor- “[n]o sería la primera ocasión en la que la literalidad es enmendada y, desde luego toda una explicación podría agregarse acerca de la decisión (positivista) de haber empleado el término “legal” en lugar de otro más amplio, como el “jurídico”.

El citado autor concluye señalando que “[s]i se objeta que una expresión tan flexible como ésta sumiría a los contratos en la incertidumbre, hay que responder que una “causa jurídica” está lejos de incluir cualquier posibilidad, antojadiza, de reformar un contrato. Se trata exclusivamente de postulados doctrinarios de indiscutida trayectoria y solidez, que puedan exhibir suficiente respetabilidad jurídica como para ser considerados por un juez, caracteres que tiene sobradamente cumplidos esta institución”.<sup>273</sup>

La lectura del profesor Peñailillo resulta novedosa desde un punto de vista dogmático, por cuanto extiende el sentido de la norma a hipótesis que sin estar expresamente reguladas en la ley constituyen motivos plausibles para privar de eficacia a un contrato válidamente celebrado. Sin embargo, estimamos que -por

---

<sup>273</sup> *Ibid.* 211 p.

otra parte- no puede desconocerse la carga histórica del mencionado precepto que, como señalábamos precedentemente, se funda en un espíritu racionalista que hace primar la seguridad en el cumplimiento de los contratos por sobre consideraciones de equidad, en la que se funda la teoría de la imprevisión.

### 2.3 El artículo 1547 y la ausencia de culpa

El Código Civil, en materia de responsabilidad contractual, establece dos normas que, concordadas, dan origen a la llamada teoría de la prestación de culpas. Las normas a las cuales nos referimos, son el artículo 44 y el artículo 1547 del citado cuerpo legal.

El artículo 1547 del Código Civil, tomando como punto de partida el artículo 44, establece de qué culpa responderá el deudor. Del citado artículo, y de las disposiciones legales vigentes en nuestra legislación, frente a la pregunta recién planteada, podemos establecer las siguientes reglas:

- 1- En primer lugar, se deberá atender a lo que las partes hayan establecido, de conformidad a lo prescrito por el inciso final del artículo 1547 del Código Civil;
- 2- Si no hay disposición de las partes, habrá que proceder a determinar si el legislador ha establecido una norma especial en relación a la culpa exigible (como por ejemplo lo hace respecto del mandatario en el mandato, consignado en el artículo 2129; respecto del fiador en la fianza, establecido en el artículo 2351; o en relación al depositario necesario, en el depósito, conforme lo señala el artículo 2239, todos artículos del Código Civil);
- 3- Sin estipulación de las partes y a falta de norma especial, se debe aplicar lo dispuesto en el primer inciso del artículo 1547 del Código Civil. Esta norma guarda estricta relación con lo dispuesto en el artículo 1440, el cual se encarga de clasificar los contratos conforme a un criterio económico de utilidad, esto es,

si benefician a una o a ambas partes. Teniendo en cuenta lo anterior, la culpa de la cual responderá el deudor, dependerá de lo siguiente:

- a. Si el contrato es gratuito, beneficiando sólo al deudor: el deudor responderá de culpa levísima;
- b. Si el contrato es oneroso (beneficiándolos a ambos): el deudor responderá de culpa leve; y
- c. Si el contrato es gratuito, con beneficio sólo para el acreedor: el deudor será responsable de la culpa lata o grave.

Teniendo en consideración lo señalado precedentemente, la regulación de la culpa contractual también sería un punto a considerar al momento de acoger la teoría de la imprevisión. Aplicándose ésta exclusivamente en los contratos onerosos, la culpa de la cual ha de responder el deudor, se trataría de aquella exigible a un buen padre de familia, es decir, la culpa leve obraría como el estándar exigible al deudor. Exigirle al deudor que respondiera más allá de ello, conforme al estándar de la culpa levísima, con la “moral del héroe”, no se ajustaría a este sistema de la prestación de culpas que establece el articulado.

#### 2.4 El artículo 1558 y la previsibilidad como elemento delimitador de los perjuicios indemnizables

El dolo se encuentra definido en el artículo 44 del Código Civil como *la intención positiva de inferir injuria en la persona o propiedad de otro*.

Los efectos de las obligaciones que tradicionalmente se enumeran (sin tener presente el efecto normal del pago íntegro y oportuno) son (a) los derechos auxiliares, encargados de mantener el derecho de prenda general del deudor íntegro; (b) la ejecución forzada, destinada a obtener el cumplimiento en naturaleza; y (c) la indemnización de perjuicios, con miras a obtener el

cumplimiento en equivalencia. Es éste último el que nos sirve para el punto en análisis.

Para que proceda la indemnización de perjuicios, en sede contractual, tradicionalmente se han enumerado los siguientes requisitos:

- a- Incumplimiento del deudor;
- b- Imputabilidad, esto es, culpa o dolo del deudor;
- c- Daños;
- d- Relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño;
- e- Ausencia de causales de exención de responsabilidad y perjuicios; y
- f- Mora del deudor.

Tal como se señaló más arriba el dolo obra como agravante de la responsabilidad contractual, atendido lo dispuesto en el artículo 1558 de nuestro Código Civil, toda vez que, en caso que el deudor incumpla *con culpa* una determinada obligación contractual, deberá responder sólo de los daños previstos y directos. Por su parte, cuando el deudor incumple *con dolo*, habrá de responder de los perjuicios previstos directos y además de los imprevistos directos (de los indirectos no se responderá, por regla general, por carecer de relación de causalidad, tal como lo señaláramos precedentemente).

De esta manera, del artículo 1558 del Código Civil, se concluye lo siguiente, para acoger -en derecho positivo- la teoría de la imprevisión: hacer responsable al deudor de un perjuicio imprevisto sólo es admisible en caso que hubiere obrado con la intención dolosa de dañar al acreedor. En el caso de la teoría de la imprevisión, el deudor puede que ni siquiera haya obrado con culpa e igualmente se le hará responsable de perjuicios imprevistos para él.

Por lo anterior, darle mayor responsabilidad de lo que la ley asigna, sería contrario a derecho, con las consecuencias que ello trae para un fallo en que se incurra en

infracción de ley influyendo sustancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 767 Código de Procedimiento Civil).

### **3. Consideraciones de *lege ferenda*: Argumentos doctrinarios para acoger la imprevisión**

#### 3.1 La cláusula *rebus sic stantibus*

Las partes, según esta cláusula, contratarían en el entendido o considerando las circunstancias existentes al momento de formar el contrato, subentendiéndose incorporada la citada cláusula. Se trataría de una condición: la intangibilidad del contrato dependerá en todo caso de que las cosas se mantengan tal cual se presentaron en el momento de concluir el negocio jurídico.

Tal como lo señaláramos, existen autores, como el profesor Jorge López Santa María, que critican este argumento, señalando la artificialidad y falsedad de la cláusula, afirmando que si las partes hubieren querido y previsto la posible revisión para el evento de la modificación de las circunstancias, lo habrían establecido expresamente: *lo que las partes no estipularon no puede, por adivinamiento, darse por tácitamente convenido. Es un absurdo.*<sup>274</sup>

#### 3.2 El enriquecimiento sin causa

Evitar o reparar el enriquecimiento sin causa producido es uno de los pilares de nuestro derecho civil.

El enriquecimiento sin causa importa la atribución patrimonial sin que concurra una causa reconocida por el ordenamiento jurídico, lo que conlleva la obligación del enriquecido a costa de otro de restituir el provecho que se ha generado en su patrimonio.

---

<sup>274</sup> LÓPEZ, Jorge, *Op. cit.* P. 310

Tradicionalmente se señalan como requisitos del enriquecimiento sin causa:

- (a) Enriquecimiento del demandado y empobrecimiento correlativo del demandante
- (b) Carecer de causa que lo justifique
- (c) Inexistencia de acción (la acción *in rem verso* es subsidiaria)
- (d) Que la acción no sea interpuesta para burlar una norma legal

Pasando revista a cada uno de los requisitos nos encontramos con que en el caso de la doctrina de la imprevisión, por tratarse de situaciones que emanan de un contrato, éste obrará como causa de la atribución patrimonial, en el sentido clásico de la institución, razón por la cual se excluye la aplicación.

### 3.3. El abuso del derecho

Para que, jurídicamente, se produzca abuso del derecho es necesario que el titular de un derecho subjetivo, sea real o personal, cause un daño al ejercerlo, siendo abusivo su ejercicio.<sup>275</sup> No es pacífica la doctrina al determinar cuándo un derecho se ejerce con abuso, existiendo al menos 2 vertientes:

- a) Es abusivo el ejercicio, cuando no se condice con la finalidad social o económica del derecho.
- b) Es abusivo cuando se produce un delito o cuasidelito civil, es decir, cuando se genera Responsabilidad Extracontractual debido al actuar doloso o culposo del titular del derecho, en el ámbito del ejercicio de su derecho.

En palabras del profesor López Santa María “[e]l abuso del derecho no es una institución autónoma, sino que una manifestación concreta de la responsabilidad civil extracontractual, la cual, en su caso, permite demandar una indemnización de

---

<sup>275</sup> Como requisito negativo se señala que no debe tratarse de un derecho absoluto, es decir, aquellos que se pueden ejercer al arbitrio del titular, sin que éste deba rendir cuentas de su modo de obrar.



perjuicios por delito o por cuasidelito civil. Por lo mismo, en un tópico contractual, como la teoría de la imprevisión, las argumentaciones en base a la doctrina del abuso del derecho están, en nuestra opinión, fuera de lugar”.<sup>276</sup>

#### **4. Restricción del ámbito de aplicación de la teoría de la imprevisión: Análisis de la doctrina que concibe a la obligación como un deber de conducta tipificada, sustentada por el profesor Pablo Rodríguez Grez**

En el presente numeral abordaremos la posición que el profesor Pablo Rodríguez Grez ha sustentado, en su trabajo denominado “*La obligación como deber de conducta típica*”, respecto del problema de la excesiva onerosidad sobreviniente en materia contractual.

En el referido trabajo, el autor cuestiona la extensión desmedida que parte de la doctrina ha querido otorgar a la teoría de la imprevisión, frente a la ocurrencia de sucesos sobrevivientes, imprevistos e inimputables que alteran substancialmente la onerosidad de la prestación de uno de los contratantes. Enfrentada a dicha problemática la civilística tradicional ha visto –o creído ver- una disputa insalvable “entre el principio de intangibilidad del contrato que se expresa en el principio *pacta sunt servanda*, por una parte, y la equidad y buena fe con que deben ejecutarse los contratos, por la otra”,<sup>277</sup> cuestión que no podría solucionarse “con la simple conclusión de que la palabra empeñada debe cumplirse o que el contrato no puede revisarse porque constituye una ley para las partes contratantes”,<sup>278</sup> resultando imperativo recurrir en dichas situaciones a mecanismos que –como la teoría de la imprevisión- atenúan el rigor excesivo con que se manifiesta el principio *pacta sunt servanda*, frente a circunstancias esencialmente cambiantes.

---

<sup>276</sup> LÓPEZ, Jorge, *Op. cit.* P. 314

<sup>277</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op. Cit.* [1992] 325 p

<sup>278</sup> *Idem.*

Contra esta postura tradicional, el profesor Rodríguez reacciona señalando que dicha problemática podría ser solucionada, en la mayor parte de los casos, sin necesidad de recurrir a la teoría de la imprevisión, mediante una adecuada interpretación de las normas que regulan la responsabilidad contractual en nuestro código civil. Es así como el referido profesor expone, en el libro en comento, sus consideraciones particulares respecto de los conceptos de obligación y caso fortuito, introduciendo variables en que la civilística tradicional no había hecho hincapié, y que sin duda –al menos tratándose del concepto de obligación- gozan de sustento normativo plausible.

Por otra parte, el autor al referirse a los presupuestos tradicionales de la teoría de la imprevisión, cuestiona el gran relativismo que ha existido en esta materia, en lo que dice relación con la determinación de criterios que permiten determinar cuando la prestación de una de las partes efectivamente se ha tornado más onerosa, en términos tales que sea posible sostener que el negocio jurídico ha perdido su base objetiva,<sup>279</sup>

---

<sup>279</sup> Respecto de la doctrina de la “base del negocio jurídico”, cabe señalar que sus orígenes pueden remontarse a Oertmann, quien la menciona por primera vez en su libro «La base del negocio, un nuevo concepto jurídico». En dicha publicación Oertmann define a la base del negocio como “la representación de una de las partes, manifestada al concluir un negocio y reconocida y no rechazada en su significación por la otra, o la representación común de las diversas partes sobre la existencia o la realización de ciertas circunstancias sobre cuya base se construye la voluntad negocial”. Véase: FLUME, Werner. “El Negocio Jurídico”. Parte general del derecho civil. Tomo II. 4ª ed., no modificada. Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Edit. Fundación cultural del notariado, 1998. Madrid – España. § 26, N° 2.

Por su parte, el jurista alemán Karl Larenz señala que la base del negocio puede, justificadamente, ser comprendida en un doble sentido, tanto subjetivo como objetivo. Así, en sentido subjetivo la base del negocio dice relación con aquel conjunto de “representaciones de las cuales han partido los contratantes en sus estipulaciones y que han servido de orientación a los mismos”, en definitiva se trata de “una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos”.

Por otra parte, la base del negocio también puede ser entendida en sentido objetivo, esto es, “como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato –sépanlo o no los contratantes-, ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría sentido, fin u objeto” (Esta es la postura que han sostenido E. Kaufmann, Krückmann y Locher). Además, señala que “la finalidad objetivamente expresada en el contrato, el sentido de este y su carácter general (...) son las circunstancias de las que en cada caso concreto se deducirá que es lo que integra dicha base objetiva, y sobre ellas la tarea del juez no es otra que la que le corresponde en el supuesto de la llamada interpretación integradora del contrato”. Véase: LARENZ, Karl. “Derecho de las obligaciones”, tomo I. Madrid – España. Editorial revista de derecho privado, 1958 – 1959. 314 p; También véase: LARENZ, Karl. “Base del negocio jurídico y cumplimiento

por alteración sustancial, imprevista e inimputable de las condiciones inicialmente pactadas. Respecto de este punto, el autor se muestra partidario de calificar la excesiva onerosidad sobreviniente conforme a algún padrón de carácter objetivo. “Por ejemplo, sería posible sostener que cuando la prestación sufre una alteración superior al duplo, podría pensarse que estamos frente a un recargo excesivo, ello tomando como regla general la contenida en la ley civil respecto de la lesión enorme en la compraventa, en la partición, en la aceptación de una asignación hereditaria o en la cláusula penal.”<sup>280 281</sup>

Finalmente, el autor cuestiona un aspecto que tradicionalmente la doctrina no ha considerado: “¿Por qué esta teoría se refiere única y exclusivamente a la situación del deudor sin consideración alguna por el acreedor? Por ejemplo, si el deudor se obliga a suministrar durante cinco años a un determinado precio cierta mercadería y este producto aumenta considerablemente su valor como consecuencia de un conflicto bélico que los contratantes no pudieron prever al momento de consentir, la doctrina sale en defensa del deudor porque se ha roto en su contra la conmutatividad del

---

de los contratos”. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez. Madrid – España. Editorial revista de derecho privado, 1956. 37 p.

<sup>280</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op. Cit.* [1992] 223 p.

<sup>281</sup> Cabe señalar que esta idea de establecer parámetros de carácter aritmético, para efectos de hacer aplicable la teoría de la imprevisión, ha tenido cierta acogida en derecho comparado, así: DÍAZ Cruz, ha señalado que “debería concederse al juez poder para revisar los contratos, siempre que éstos resultasen excesivamente onerosos para una de las partes (la prestación contractual ha de suponer un sacrificio patrimonial superior en la mitad al inicialmente necesario) en virtud de un hecho imprevisible y ajeno a la voluntad de los contratantes. Véase: “La cláusula *rebus sic stantibus* en el derecho privado”. Por su parte, CANDIL señala que “la reforma legislativa debe instaurar la revisión del contrato en aquellos supuestos en que circunstancias extraordinarias produzcan un desequilibrio económico en el valor de la prestación, superior al 30 por 100 en contratos civiles y al 50 por 100 en los mercantiles”. Véase: “La cláusula *rebus sic stantibus*”. Finalmente, MARTIN-BALLESTERO afirma que esta teoría sería aplicable solo en el evento que uno de los contratantes “sufría una lesión en mas de la mitad de lo calculado al concluir el contrato (...)”. Véase: “La doctrina del riesgo imprevisible”. Los anteriores textos han sido consultados: En: LARENZ, Karl. *Op. Cit.* (1956) XXI p.

Con todo, debemos hacer la prevención que la postura anterior ha sido objeto de críticas, toda vez que en aras de una mayor seguridad jurídica termina socavando gran parte de la estructura de sentido que trasciende a esta institución jurídica. Así, por ejemplo, bastaría que la onerosidad sobreviniente alcanzara solo hasta un 49%, para que la teoría dejara de ser aplicable.

contrato. Pero no ocurre lo mismo si el precio estipulado disminuye considerablemente por hechos imprevistos e irresistibles, como podría ocurrir si se descubre un procedimiento científico que abarata al mínimo el costo de producción, favoreciendo al vendedor que suministrara la mercadería obteniendo una ganancia considerable a costa del empobrecimiento paralelo del acreedor”.<sup>282</sup>

En definitiva, han sido estas y otras consideraciones las que han llevado al profesor Pablo Rodríguez a concluir que “la teoría de la imprevisión no es necesaria en nuestra ley y la pugna que se cree ver entre la equidad y la legislación es un mero espejismo que no existe. El enfoque de la doctrina clásica sobre la obligación y su contenido y, particularmente, sobre el caso fortuito, ha llevado a esta confusión. No hay, definitivamente (...) pugna alguna entre estabilidad e intangibilidad del contrato y la equidad o la justicia que reclama el deudor”.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, procederemos en los apartados que siguen, a sintetizar algunas ideas fundamentales que ha sostenido el autor en la obra comentada, poniendo mayor énfasis en sus consideraciones respecto de los conceptos de obligación y caso fortuito, y en las consecuencias que de ellas se derivan para el tema de la imprevisión.

#### 4.1 La obligación como deber de conducta

El profesor Rodríguez sostiene -como premisa fundamental de su obra- que la obligación constituye “un deber de conducta típica, ya que cualquiera que sea la prestación (de dar, hacer o no hacer), ella esta referida a un comportamiento previamente descrito en el contrato o, subsidiariamente, en la ley”.<sup>283</sup>

Para llegar a la conclusión referida el autor recurre a la tradicional distinción metodológica entre:

---

<sup>282</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op. Cit* [1992] 222 – 223 p.

- Objeto del derecho: Constituido por la conducta humana.
- Objeto del acto jurídico: Son los derechos y obligaciones que el acto crea, modifica o extingue.
- Objeto de los derechos y obligaciones que el acto crea, modifica o extingue: La prestación misma.
- Objeto de la prestación: La cosa que debe darse o los hechos que deben o no ejecutarse.

En este sentido, el profesor Rodríguez señala “que el contrato genera derechos y obligaciones (para el acreedor y el deudor respectivamente), lo cual significa que el primero –el acreedor- puede exigir una cierta conducta y que el deudor estará forzado a comportarse de la manera señalada. La conducta del deudor está referida a una “prestación” que consistirá siempre en dar, hacer o no hacer algo”.<sup>284</sup>

En definitiva, el autor llega a la conclusión señalada precedentemente, considerando que el objeto del derecho –al menos en el ámbito obligacional- está constituido siempre por conductas humanas, ya que el deudor, en todo caso, se obliga a describir con su actividad un determinado comportamiento -previamente definido- y, a desplegar en ello un determinado grado de cuidado, actividad y diligencia. Y es precisamente esta conducta humana la que se encuentra referida a una determinada prestación que, a su vez, puede consistir en un dar, hacer o no hacer.

---

<sup>283</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op Cit.* [1992] 227 p.

<sup>284</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op Cit.* [1992] 198 p.

#### 4.1.1 Consideraciones en torno al concepto tradicional de obligación

Tradicionalmente la doctrina ha concebido a la obligación como vínculo jurídico entre partes determinadas –acreedor y deudor-, en cuya virtud el sujeto pasivo del vínculo –el deudor- se haya en la necesidad jurídica de ejecutar una prestación, ya sea de dar, hacer o no hacer en favor del sujeto activo -el acreedor-.

Frente a esta concepción tradicional, que vincula al sujeto obligado de manera directa y objetiva con la prestación, reacciona el profesor Rodríguez Grez, puesto que en su opinión el sujeto pasivo del vínculo jurídico obligatorio, se encuentra en la necesidad ejecutar un determinado deber de conducta, el cual se vincula de manera inherente con un cierto grado de diligencia y cuidado que el deudor debe imprimir en la ejecución de dicha conducta; diligencia que, a su vez, se encuentra determinada por el grado de culpa de que el deudor debe responder en el contrato. En este sentido, es posible señalar que el deudor “no está forzado siempre y en todo caso a efectuar la prestación comprometida; su comportamiento y, por consiguiente, su responsabilidad, deriva del deber de comportarse de una manera anticipadamente establecida”.<sup>285</sup> En este sentido – afirma el autor-, *“no hay obligación alguna en el derecho que no lleve aparejada, como la sombra al cuerpo, un determinado nivel de eficiencia (diligencia), la cual forma parte de la obligación misma”*.

Para llegar a esta conclusión es preciso -a juicio del autor- detenerse en el análisis ciertas disposiciones de nuestro código civil.

En primer lugar, mediante una adecuada interpretación del inciso tercero del artículo 1547,<sup>286</sup> es posible concluir que “si el compromiso del deudor fuere

---

<sup>285</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op Cit.* [1992] 228 p.

<sup>286</sup> “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”.

ejecutar la prestación (...), la ley le impondría al deudor la obligación de probar que ejecutó la prestación, ya que sólo ello lo exoneraría de responsabilidad. Pero la ley no hace mención a la “prestación” para establecer la responsabilidad del deudor, sino a la “diligencia o cuidado” que el deudor ha debido emplear.”<sup>287</sup> De esta manera, es posible concluir que el deudor puede exonerarse de responsabilidad acreditando que ha empleado en la ejecución de la conducta debida la diligencia, actividad y cuidado que el contrato o, en subsidio la ley le impone, independientemente de si con ello ha logrado o no ejecutar la prestación.

Por otra parte, es preciso detenerse en la norma del artículo 1558, conforme a la cual el deudor es responsable de indemnizar sólo los perjuicios que “se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”, a menos que pueda imputarse dolo al deudor, caso en el cual deberá responder de todos los perjuicios –tanto previstos como *imprevistos*- que emanen directa e inmediatamente del incumplimiento.

En consideración a esta norma, es forzoso concluir que el deudor, a menos que pueda imputársele dolo, “no tiene responsabilidad alguna por el mayor costo de la prestación cuando ella se encarece de modo sustancial por causas sobrevinientes, que no se previeron ni pudieron preverse al tiempo del contrato (...)”<sup>288</sup>

En definitiva, interpretando adecuadamente el artículo 1558 y en el entendido de que la prestación en especie es equivalente -si bien no ontológicamente, pero si en cuanto a su valor- a la indemnización de perjuicios, sería forzoso concluir que el ámbito de la teoría de la imprevisión debería restringirse considerablemente, toda vez que –tal como hemos señalado precedentemente- el deudor que incumple su obligación no debe responder, a menos de que se le pueda imputar dolo, de aquellos perjuicios que no “*se previeron o pudieron preverse al tiempo*

---

<sup>287</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op Cit.* [1992] 233 – 234 p.

<sup>288</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op Cit.* [1992] 235 p.

*del contrato*”. Otra interpretación –señala el profesor Rodríguez- llevaría al absurdo de que la ley ha *privilegiado* el incumplimiento, al disponer consecuencias jurídicas distintas –y más favorables- respecto del contratante incumplidor que respecto del contratante cumplidor. Toda vez que, “bastaría que al deudor que sufre el efecto de una mayor onerosidad no prevista, sobreviniente e irresistible, con dejar de cumplir su obligación, asumiendo el deber de pagar únicamente los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato”.<sup>289</sup> En definitiva, al deudor le sería más barato dejar de cumplir el contrato frente a circunstancias sobrevinientes e imprevistas, puesto que limitaría el cumplimiento –en este caso por equivalencia- solamente a los perjuicios previstos, en cambio si cumpliera –en especie- debería, siguiendo la interpretación tradicional, hacerse cargo tanto de las circunstancias previstas como de las imprevistas.

Cabe señalar que, esta interpretación resulta ser del todo absurda, puesto que la ley no podría –o al menos, no debería- privilegiar situaciones de incumplimiento. De esta manera, la conclusión mas razonable a que podría llegar el interprete –siguiendo la lógica argumentativa del autor- es que si el cumplimiento de la prestación, como consecuencia de sucesos que las partes no previeron ni pudieron prever al tiempo del contrato, se torna excesivamente más onerosa para el deudor, en términos tales que el cumplimiento excede del grado de diligencia y cuidado de que éste debe responder en la ejecución de la conducta debida, ya sea en virtud del contrato o, subsidiariamente de la ley, se debería limitar la responsabilidad del deudor –tratándose del cumplimiento en naturaleza- sólo a aquellas circunstancias que las partes previeron o pudieron prever al tiempo del contrato, puesto que lo imprevisto excedería del grado de diligencia y cuidado que el deudor está obligado a imprimir en la ejecución de la conducta debida. Todo esto –cabe reiterar- en el entendido de que cumplimiento en equivalencia y cumplimiento en naturaleza sólo difieren en cuanto a su especie, pero no así en

---

<sup>289</sup> *Idem.*



cuanto a su valor, toda vez que la indemnización de perjuicios debe ser equivalente al beneficio que al acreedor le hubiera reportado un cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la prestación.

Desde esta perspectiva, para exonerarse de responsabilidad al deudor le bastaría solamente con desplegar la actividad, diligencia y cuidado que corresponde al grado de culpa de que responde, toda vez que “el deudor no está obligado *objetivamente* a una prestación que debe cumplir siempre y en todo evento (...). De modo que la fuerza obligatoria del contrato no genera nunca – salvo que se admita convencionalmente una responsabilidad mayor- un deber desvinculado de un comportamiento racionalmente medido y estimado en la ley”.<sup>290</sup>

Así, tratándose de obligaciones de dar “el sujeto pasivo asume el deber de realizar todos los actos materiales y jurídicos encaminados a transferir el dominio a favor del acreedor”<sup>291</sup>. De manera tal que “esta obligación no se incumple si el deudor, haciendo cuanto debe jurídicamente, no logra este fin. *La responsabilidad queda limitada al deber de conducta, no al resultado*”.<sup>292</sup>

Lo propio sucede con las obligaciones de hacer y no hacer. En las primeras resulta patente que el deudor se haya en la necesidad jurídica de comportarse de una manera determinada previamente y, en las segundas “la conducta del sujeto debe ser negativa, esto es, se le impone el deber de permanecer, respecto del comportamiento debido, inactivo”.<sup>293</sup>

En definitiva, a juicio del profesor Rodríguez la clasificación tradicional que distingue entre obligaciones de dar, hacer y no hacer “no tiene otro carácter que

---

<sup>290</sup> RODRÍGUEZ Grez. Pablo *Op Cit.* [1992] 213 p.

<sup>291</sup> *Ibid.* 193 p.

<sup>292</sup> *Idem*

<sup>293</sup> RODRÍGUEZ, Pablo *Op Cit.* [1992] 195 p.

meramente reglamentaria y encaminada a fijar las normas para hacer posible su ejecución forzada”.<sup>294</sup> Así, tratándose de obligaciones de dar encontramos el artículo 1489 del código civil “referido a los contratos bilaterales, tratándose de los contratos unilaterales este derecho se expresa en cada caso (artículos 915, 2177 y 2180 en el comodato; artículo 2226 en el depósito, artículo 2200 en el mutuo, etc)”<sup>295</sup>. En materia de obligaciones de hacer, encontramos el artículo 1553, aplicable tanto a contratos unilaterales como bilaterales y, tratándose de obligaciones de no hacer el artículo 1555.

#### 4.1.2 La obligación como deber de conducta *típica*. Fuentes del comportamiento *típicamente* debido: el contrato y, en defecto de estipulación, la ley

La premisa principal del autor relativa al concepto de obligación consiste en que la obligación constituye un deber de conducta que impone al deudor la necesidad jurídica de comportarse de una manera *previamente* determinada y, confiere al acreedor –en el evento que dicha conducta no sea llevada a cabo- el derecho a exigir la ejecución compulsiva de la conducta o su cumplimiento por equivalencia. Determinado lo anterior, resta ahora analizar las fuentes de tipicidad del comportamiento debido, toda vez que los deberes de conducta que se imponen al deudor deben estar *previamente* establecidos.

En este sentido, el autor señala que la obligación constituye un hecho típico, ya que la responsabilidad del deudor sólo surge como consecuencia de no haberse ejecutado por éste el deber de conducta previamente definido por el *contrato* o, subsidiariamente por la *ley*.

Vale decir, las fuentes de tipicidad del comportamiento debido pueden ser dos: el contrato o, en defecto de estipulación expresa de las partes -esto es,

---

<sup>294</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op Cit.* [1992] 197 p.

<sup>295</sup> *Ibid.* [1992] 195 – 196 p.

subsidiariamente- la ley. Respecto del contrato, cabe señalar que su carácter de fuente del deber de conducta se desprende del inciso final del artículo 1547 del código civil, el que –luego de referirse a la prestación de culpas- señala: “Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.” En consecuencia, las partes son libres para determinar el grado de culpa de que el deudor debe responder en el contrato, con la limitación de no poder condonar el dolo futuro, toda vez que dicho pacto adolecería de objeto ilícito, en virtud del artículo 1465 del código civil. Consideración que la doctrina mayoritaria –entre los que se encuentra el profesor Rodríguez- ha extendido a la condonación de la culpa grave, en virtud de la equiparación que efectúa el artículo 44 del código civil entre culpa grave y dolo.<sup>296</sup>

En caso que las partes nada señalen respecto del grado de culpa de que deberá responder el deudor en el contrato, se debe recurrir, como fuente subsidiaria del comportamiento típicamente debido, a la ley. En este sentido, el artículo 1547 del código civil, atendiendo a la estructura económica del contrato<sup>297</sup> -esto es, a su

---

<sup>296</sup> En este mismo sentido se pronuncian los profesores: Meza Barros, para quien “Tampoco podrá eximirse al deudor de las consecuencias de su culpa lata que, en materias civiles, equivale al dolo” (MEZA BARROS, Ramón “Manual de derecho civil. De las obligaciones.” 9ª Ed. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1997. Nº 373) El profesor Fueyo, a su vez, sostiene que “*Tampoco puede renunciarse anticipadamente la culpa lata*, por tratarse de un verdadero descuido doloso, por su gravedad extrema” (FUEYO Laneri, Fernando Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. 2ª Ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991. 422 p.) En el mismo sentido Ramos Pazos, Rene (RAMOS PAZOS, René. “De las obligaciones”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999. Nº 296) En contrario, el profesor Cristian Banfi, cita a Claro Solar quien sostiene que la dispensa del dolo futuro es ilícita e impide la obligación, al depender su cumplimiento del capricho del deudor. Pero excluye este efecto en la culpa grave, confirmando el sentido que a su juicio tiene la asimilación: “*Por lo demás la regla que equipara la culpa lata al dolo es una presunción simplemente legal que admite la prueba contraria, esto es, que no ha existido la intención de dañar*”. Claro Solar, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. En: BANFI del Río, Cristián “La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual”. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis, 2003. 236 p.)

<sup>297</sup> En este sentido, el profesor Jorge López Santa María al analizar la clasificación del artículo 1440 del código civil que distingue entre contratos gratuitos y onerosos, señala que esta clasificación se basa en un criterio de carácter económico. Esta afirmación –señala el autor– “con no poca frecuencia ha sido olvidada por los autores, quienes han generado malentendidos, en especial al superponer la clasificación del artículo 1440 con la del artículo anterior, que distingue entre contratos unilaterales y bilaterales. De lo cual ha derivado *el error* consistente en

gratuidad u onerosidad- fija el grado de culpa de que debe responder el deudor, señalando que: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.”

Sin embargo, para llevar a cabo una adecuada interpretación del artículo 1547, tal como se señala precedentemente, resulta necesario acudir a otras disposiciones de nuestro código civil.

Así, en primer lugar cabe mencionar el artículo 1440 del código civil que distingue entre contratos gratuitos y onerosos, señalando que: “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.” En definitiva, relacionando esta norma con la del artículo 1547 es posible concluir que, tratándose de contratos onerosos el deudor deberá responder de culpa leve. En cambio, tratándose de contratos gratuitos el deudor deberá responder hasta de culpa levísima (si el contrato cede exclusivamente en su beneficio, como sucede, por ejemplo, con el comodatario), o bien deberá responder de culpa grave (si el contrato cede en beneficio exclusivo del acreedor, como ocurre, por ejemplo, por regla general con el depositario). Esta regla, a juicio del profesor Rodríguez,

---

asimilar el contrato gratuito al unilateral, y el contrato oneroso al bilateral.” En este sentido, señala que han caído en dicha confusión autores como don Ramón Meza Barros quien afirma que *los contratos bilaterales son siempre onerosos*. En: MEZA BARROS, Ramón. “Manual de derecho civil. *De las Fuentes de las Obligaciones*”, tomo 1, N° 9, 3ª ed. Edit. Jurídica de Chile). En igual sentido, menciona a ABELIUK. *Las obligaciones*, Santiago, Chile. Editorial López-Vivancos, 1971. N° 62; y MERY, Rafael. *Derecho Hipotecario*. Editorial Jurídica de Chile, 1958. N° 63

Por otra parte, afirma el autor que “el criterio para discernir si un contrato es unilateral o bilateral es eminentemente técnico-jurídico: si una o ambas partes resultan obligadas en el instante del nacimiento del contrato. En cambio, la clasificación de un contrato como gratuito u oneroso no depende de una consideración de la dogmática del Derecho Civil, sino que exclusivamente de la particularidad económica de que el contrato resulte útil o provechoso para uno de los contratantes o para ambos.” Véase: LOPEZ, Jorge. *Op Cit.* N° 21

“recoge la idiosincrasia más íntima de los miembros de nuestra sociedad, ya que la responsabilidad está en relación directa con la utilidad que le reporta el contrato. A mayor utilidad mayor responsabilidad, a menor utilidad menor responsabilidad”.<sup>298</sup>

Por otra parte, resulta imprescindible relacionar el artículo 1547 del código civil con el artículo 44 del mismo cuerpo legal, disposición regulada dentro del título preliminar, en que don Andrés Bello –siguiendo a Pothier y a la tradición romana, y apartándose en ello del modelo francés-<sup>299</sup> establece la triple gradación de la culpa, distinguiendo entre:

- Culpa lata o grave: “Que es la omisión de aquella diligencia que se puede pedir aun al hombre mas descuidado que omite las precauciones mas elementales, que no prevé lo que todos prevén. Significa un abandono gravísimo y tiene extraordinarios puntos de contacto con el dolo, como que nuestro código dice que, en materias civiles equivale al dolo”.<sup>300</sup>

Este estándar de culpa corresponde al grado mínimo de diligencia que es dable exigir al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

En definitiva, el deudor que –a falta de estipulación expresa de la ley o de las partes, en contrario- se encuentra obligado a responder de culpa grave o lata en el cumplimiento de sus obligaciones, deberá obrar “*con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios*”.

---

<sup>298</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op Cit.* [1992] 55 p.

<sup>299</sup> Véase: BARROS, Enrique. *Op Cit.* [2006 a]. En el mismo sentido: RAMOS PAZOS, René. *Op. Cit.* N° 292

<sup>300</sup> FUEYO, Fernando. *Op. Cit.* [1991] 413 p.

- Culpa leve: “Es la omisión de la diligencia que un hombre mediano y ordenado emplea en sus asuntos comúnmente. Omisión de la diligencia de un hombre normal, bien llamado buen padre de familia”.<sup>301</sup>

Este estándar de culpa constituye la regla general dentro de nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que responde a una expectativa razonable de comportamiento que los hombres de ordinario pueden esperar de sus semejantes en el desenvolvimiento de sus relaciones mutuas. Cuestión que queda de manifiesto en una expresión utilizada por el propio artículo 44: “*Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve*”.

En definitiva, el deudor que –a falta de estipulación expresa en contrario- deba responder de culpa leve, deberá emplear en el cumplimiento de sus obligaciones, aquél grado de “*diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios*”.

De esta manera, “cuando se celebra un contrato cuyas prestaciones habrán de ejecutarse a través del tiempo (de ejecución instantánea transformado por las partes en ejecución parcializada, de tracto sucesivo –*como es el caso del contrato de suministro de energía eléctrica*-<sup>302</sup> o de ejecución diferida) el deudor deberá mantener, mientras subsiste el contrato, la diligencia y actividad que corresponde (...)”.<sup>303</sup> De modo que, a falta de disposición especial de ley o de estipulación de las partes en contrario, tratándose de estos contratos, cuya naturaleza es la de ser de carácter oneroso conmutativo, el deudor deberá responder de culpa leve. “Por consiguiente, si la prestación se hace más onerosa u ofrece mayores dificultades por efecto de hechos sobrevinientes que no se previeron o no pudieron preverse al momento de celebrar el contrato, el

---

<sup>301</sup> *Idem*

<sup>302</sup> Cursivas nuestras

<sup>303</sup> RODRÍGUEZ, Pablo *Op Cit.* [1992] 228 p.

deudor estará obligado a atajar los efectos de estos hechos (y cumplir), *si con la diligencia y cuidado de que responde, esa conducta es debida*".<sup>304</sup> A contrario sensu, el deudor no estará obligado a cumplir si ello implica asumir un deber de diligencia, cuidado y actividad que exceda de aquél que los hombres emplean ordinariamente en el manejo de sus negocios propios, puesto que mas allá del grado de diligencia asumido por el deudor en la ejecución de la prestación debida, existe inexigibilidad de otra conducta.

“La llave del problema -a juicio del profesor Rodríguez- está en aceptar que el grado de diligencia que asume el deudor, tratándose de contratos de ejecución parcializada, de tracto sucesivo o de ejecución diferida, se proyecta a través del tiempo con la misma medida existente al tiempo de perfeccionarse el contrato. Dicho en otras palabras, si el deudor responde de culpa leve, su nivel de actividad, cuidado y diligencia deberá ser el mismo durante todo el contrato”.<sup>305</sup>

De esta manera, tratándose de contratos cuya ejecución se proyecta en períodos más o menos prolongados de tiempo, es posible resolver el problema de la excesiva onerosidad sobreviniente -sin necesidad de recurrir a la teoría de la imprevisión-, acudiendo exclusivamente al deber de conducta asumido por el deudor, el cual se deduce, a su vez, del estándar de diligencia y cuidado de que el deudor debe responder en la ejecución de la prestación; estándar que queda determinado en el momento mismo de la celebración del contrato.<sup>306</sup> Desde esta perspectiva, el ámbito de la teoría de la imprevisión se restringe considerablemente, quedando circunscrito a situaciones excepcionales en que el

---

<sup>304</sup> *Idem.*

<sup>305</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op. Cit.* [1992] 232 p.

<sup>306</sup> En este sentido, el profesor Pablo Rodríguez concluye que “la llamada teoría de la imprevisión carece absolutamente de importancia en Chile, ya que las obligaciones en que ella pueda jugar un papel importante, esto es en obligaciones de ejecución parcializada, u obligaciones de tracto sucesivo u obligaciones de ejecución diferida, deben entenderse reguladas por la conducta que se impone al deudor, lo cual se deduce, a su vez, del grado de culpa de que responde el obligado”. *Ibid.* 269 – 270 p.

deudor “*debiendo cumplir porque la prestación puede ejecutarse desplegando la conducta debida, se exonera de ella en razón de que la prestación se ha transformado en inicua por haber aumentado exorbitantemente como consecuencia de hechos imprevistos, extraordinarios, irresistibles y que no se pudieron considerar al momento de perfeccionarse el contrato (imprevistos)*”.<sup>307</sup>

- Culpa levísima: Consiste en “la omisión de la diligencia que emplea un hombre particularmente cuidadoso o de extraordinaria prudencia”.<sup>308</sup> El código civil la define señalando: “*Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado*”. (Art. 44 inc. 5º).

Este estándar de culpa impone al obligado el mayor nivel de exigencia. “El deudor debe gastar el mayor cuidado y destreza, y será fácil que incurra en ella por ser tanta la exigencia”.<sup>309</sup>

De esta especie de culpa, deberá responder el deudor en aquellos contratos gratuitos que se celebran en su solo beneficio, tal como sucede en un comodato. Sin perjuicio de la posibilidad que tienen las partes, en virtud del inciso final del artículo 1547, de estipular expresamente que en un contrato oneroso se responda de este grado de culpa.

Habiendo analizado precedentemente las fuentes de tipicidad del comportamiento debido, -vale decir, el contrato o a falta de estipulación expresa, la ley- resta ahora efectuar un análisis del concepto mismo de tipicidad y su alcance en materia civil.

---

<sup>307</sup> *Ibid.* 319 p.

<sup>308</sup> FUEYO, Fernando. *Op Cit.* [1991] 413 p.

<sup>309</sup> *Ibid.*



#### 4.1.2.1 Análisis del elemento tipicidad. Consideraciones en relación al elemento tipicidad en sentido civil y penal

El elemento tipicidad ha sido indudablemente tratado con mayor profundidad por la dogmática penal, toda vez que resulta indispensable para afirmar la plena vigencia de un estado democrático de derecho, la circunstancia de que las conductas que puedan acarrear sanciones penales se encuentren previamente definidas en la ley. Dicha necesidad se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico, al consagrar el propio texto constitucional en el artículo 19 N° 3 inciso 8° que *“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”*. “Por otra parte, de conformidad con el artículo 63 del código penal, -se desprende que- esa descripción no sólo debe ser expresa, sino que se la presupone, además, *circunstanciada*, pues sólo así puede explicarse que una “circunstancia agravante” pueda ser incorporada a ella por ley”.<sup>310</sup>

Esta exigencia de tipicidad circunscrita –por texto expreso de la ley- sólo al ámbito penal, ha llevado a sostener tradicionalmente que una de las diferencias más relevantes que existe entre la responsabilidad civil –al menos, en el ámbito extracontractual- y penal, es precisamente que en el primer estatuto de responsabilidad no existe un deber de tipificar previamente todas las conductas que puedan originar responsabilidad civil, toda vez que “prever el futuro sobre la base de un detallado catálogo de conductas resulta imposible y también inequitativo, pues el riesgo de dejar fuera hipótesis de negligencia capaces de ocasionar daños a terceros es inevitable”.<sup>311 312</sup> Lo anterior debe considerarse,

---

<sup>310</sup> CURY Urzúa, Enrique. Derecho Penal, parte general, Tomo I, 2ª Ed. Actualizada. Santiago. Editorial jurídica de Chile, 1991. § 16, I, letra b)

<sup>311</sup> Véase: BARROS, Enrique. Curso de responsabilidad extracontractual. Apuntes de cátedra. Texto preparado con la participación de los ayudantes Eduardo Ugarte D. y Alejandro Vícari V. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Año 2001. N° 38

sin perjuicio de aquellos casos en que la ley expresamente ha definido deberes de cuidado en “ciertas actividades en que el riesgo es particularmente intenso, o susceptible de ser esquematizado, y en tales casos, su intervención rara vez tiene pretensiones de ser exhaustiva.”<sup>313</sup> Por eso, la regla general es que la tarea de definir el deber de cuidado pertenece a los jueces”.

Sin perjuicio de la plausibilidad de los argumentos anteriormente expuestos, el profesor Rodríguez señala que en materia de responsabilidad contractual, implícitamente el elemento tipicidad adquiere relevancia, toda vez que la responsabilidad del deudor sólo surge como consecuencia de no haber dado íntegro y oportuno cumplimiento al deber de conducta que, *previamente* las partes han definido en el contrato, o que en silencio de estipulación expresa de los contratantes, ha contemplado la ley.<sup>314</sup>

---

<sup>312</sup> En este sentido, el profesor Enrique Barros Bourie señala que: “En materia civil, en cambio, el concepto de ilicitud, coincidente con la noción de culpa, importa la infracción a un deber de cuidado que *puede* haber sido establecido en forma previa por la ley, en las hipótesis de culpa infraccional. En la generalidad de los casos, sin embargo, el tipo específico es determinado por el juez con posterioridad a la conducta que se juzga, teniendo en consideración los criterios ya analizados.” Véase: BARROS, Enrique. *Op. Cit.* [2001] N° 181

Por otra parte, señala que el requisito de tipicidad en materia penal, “excluye la posibilidad de que el ilícito sea definido en alguna instancia judicial, sin la existencia de una ley anterior que describa y sancione la conducta” Véase: BARROS, Enrique. *Op. Cit.* [2006 a] N° 6 letra c)

<sup>313</sup> Ejemplos de deberes de cuidado determinados por el legislador encontramos en la Ley N° 18.290, Ley del Tránsito (típicamente los límites de velocidad), en las normas sobre seguridad en oleoductos, en las normas sobre control de medicamentos y drogas, y en la legislación medioambiental. Véase: BARROS, Enrique. *Op. Cit.* [2001] N° 38

<sup>314</sup> Con todo, hacemos la prevención de que la interpretación del profesor Pablo Rodríguez, si bien es innovadora, ella podría implicar desvirtuar por completo el concepto de tipo, al menos en los términos que dicho concepto ha sido entendido por la dogmática penal. Puesto que en materia civil, el tipo no desempeñaría ninguno de los roles que la dogmática penal le ha atribuido a dicha categoría, vale decir, no juega un rol del tipo sistemático, ni de tipo garantía, ni de tipo para el error o tipo regulador del dolo. Para un mayor análisis, véase: ROXIN, Clause. “Derecho Penal. Parte General”, Tomo II. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. 1ª edición en Civitas, 1997. Madrid – España. Sección 3ª § 10; CURY, Enrique. *Op. Cit.* § 16

En definitiva, la responsabilidad del deudor se vincula siempre con un deber conducta que se encuentra *previamente* tipificado. “En este sentido debe entenderse la clásica definición de Planiol: la culpa es la infracción a un deber preexistente”.<sup>315</sup>

“Sin embargo, se ha dicho también que la definición es defectuosa en la medida que supone una regla preexistente, dando por establecido aquello que es precisamente el objeto del juicio de responsabilidad. En efecto, salvo en los casos en que el legislador ha definido positivamente los deberes de cuidado, la regla que define el patrón de conducta que debió observarse en el caso concreto, es construida *ex post* por el juez, sobre la base del modelo del hombre prudente. Lo que en verdad sucede es que el juez construye *ex post* un deber de cuidado que, atendidas las circunstancias, el demandando debió descubrir como máxima de su acción. En tal sentido, el juez no tiene la tarea de imponer, sino de poner al descubierto el deber de cuidado”.<sup>316 317</sup>

Con todo, el elemento tipicidad que ha sido puesto de relieve por el profesor Rodríguez en el ámbito de la responsabilidad contractual no es posible asimilarlo por completo al elemento *tipo*, elaborado por la dogmática penal.

En materia penal “el tipo está constituido por la descripción legal del conjunto de las características objetivas y subjetivas (externas e internas o psíquicas) que constituyen la materia de la prohibición para cada delito específico”.<sup>318</sup> Dicho

---

<sup>315</sup> *Traité Élémentaire de Droit Civil*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926, 10ª edición, 290 p. En: BARROS, Enrique. *Op. Cit.* [2001] N° 39

<sup>316</sup> Véase. BARROS, Enrique. *Op. Cit.* [2001] N° 39

<sup>317</sup> No obstante que la doctrina elaborada por el profesor Pablo Rodríguez se restringe al ámbito contractual, es posible señalar -atendiendo al argumento expuesto por el profesor Enrique Barros en materia extracontractual- que dicha teoría podría también extrapolarse al estatuto de responsabilidad extracontractual, toda vez que la responsabilidad de un sujeto solo surge como consecuencia de haber infringido deberes de conducta *preexistentes*, que el juez –desde una perspectiva *ex post*- solo se limita a poner al descubierto.

<sup>318</sup> CURY, Enrique. *Op Cit.* § 16, II, letra a).

concepto de carácter abstracto y formal es necesario distinguirlo de la *tipicidad*, como elemento categorial del delito, el cual dice relación con “*la cualidad del hecho concreto de conformarse a la descripción abstracta trazada por el legislador*”.<sup>319</sup>

Por otra parte, cabe señalar que el *tipo* como concepto propio de la dogmática penal ha experimentado una larga evolución doctrinaria, cuyos orígenes -sin perjuicio de que dicho concepto era empleado con anterioridad, pero sin la importancia que actualmente se le confiere- se atribuyen a Beling, quien desarrolló el tema “a partir de sus *Estudios sobre el delito*, publicados en 1906, hasta su *Doctrina del delito tipo*, que data de 1930, pasando por las sucesivas ediciones del *Esquema del derecho penal*”.<sup>320</sup>

Este autor postuló una doctrina del tipo penal eminentemente objetiva, considerando al tipo como una descripción del hecho punible que sólo abarcaba sus aspectos externos. Radicando los elementos subjetivos exclusivamente en sede de culpabilidad. Al mismo tiempo enfatizando “la independencia de la tipicidad respecto de la antijuridicidad, recalcando que el tipo no encierra ningún juicio de valor y que la verificación de la tipicidad no implica la de la antijuridicidad”.<sup>321 322</sup>

---

<sup>319</sup> *Ibid.* § 16, IV.

<sup>320</sup> *Ibid.* § 16, II, letra b).

<sup>321</sup> *Idem.*

<sup>322</sup> En definitiva, la distinción entre tipicidad y antijuridicidad es evidente, toda vez que esta última requiere que además de verificarse el supuesto fáctico contemplado por el tipo penal, no concurren en el caso concreto ninguna causal de justificación. “Sin embargo, dado que las causales de justificación constituyen una excepción respecto de la prohibición general materializada en el tipo, la verificación de la tipicidad del comportamiento es también un indicio de su antijuridicidad (...). *La tipicidad, por lo tanto es indiciaria (ratio cognoscendi) y no constitutiva (ratio essendi) de la antijuridicidad*”. Ello significa que “el tipo de injusto realiza una función valorativa inicial” y que, por tanto no se trata de una noción puramente objetiva, tal como afirmaba Beling. Véase: *Ibid.* 276 § 16, III, letra c), bb).

En contra de esta postura se encuentra Roxin, quien afirma que: “El legislador crea al formar el tipo la antijuridicidad específica; la tipicidad de la acción no es en manera alguna mera *ratio*

No obstante lo anterior, el concepto meramente objetivo del tipo sustentado por Beling cayó prontamente en crisis, toda vez que autores como Fischer, Zimmerl, Mayer y Hegler fueron publicando sucesivos trabajos donde aludían a los elementos subjetivos del tipo, poniendo de relieve que “ciertos tipos no pueden captar el significado del hecho si no se los refiere a unos contenidos subjetivos”.<sup>323</sup>

Actualmente ya no se discute que el tipo está integrado tanto por elementos objetivos –referidos esencialmente a sucesos fácticos que deben ocurrir en el mundo exterior-, como subjetivos –que dicen relación con actitudes psicológicas del sujeto respecto del hecho-.

Además de las características precedentemente señaladas respecto del *tipo penal*, surge como imperativo de un estado democrático de derecho, a diferencia de lo que acontece en el ámbito civil, la necesidad de determinación exhaustiva de los tipos, esto es que “la descripción típica determine con entera precisión los contornos del hecho punible (...)”.

“Sin embargo, los progresos de la lingüística y de las ciencias de la comunicación, han evidenciado que la exigencia de determinación concebida de esa manera constituye una utopía”.<sup>324</sup> Toda vez que “no existe ninguna posibilidad de que los tipos tracen descripciones en las que los hechos puedan subsumirse como en un instrumento de medición matemática. Configuran, más

---

*cognocendi*, sino autentica *ratio essendi* de la (especial) antijuridicidad; convierte a la acción en antijurídica, aunque es cierto no por sí sola, sino solo en unión con la falta de causas concretas de exclusión del injusto”. Lo anterior “ha dado lugar a que se plantee la cuestión de si realmente puede mantenerse la concepción del tipo como una categoría sistemática autónoma frente a la antijuridicidad (...)”. Cabe señalar que dicha posición se sustenta en la teoría de los elementos negativos el tipo. Para un más completo análisis, véase: ROXIN, Clause. *Op. Cit.* § 10. II, párrafo 12; III.

<sup>323</sup> CURY, Enrique. *Op Cit.* § 16, II, letra b).

<sup>324</sup> CURY, Enrique. *Op Cit.* § 16, III, letra b), ee)

bien, moldes relativamente toscos, cuyos contornos sólo pueden precisarse acudiendo a decisiones normativas (...).<sup>325</sup> Esto no significa que deba renunciarse al principio de determinación exhaustiva del tipo, sino por el contrario, “en la medida en que nos hacemos concientes de que constituye una aspiración imposible de satisfacer por completo, pero de cuya vigencia depende en gran medida la supervivencia del estado democrático de derecho, hay que extremar los esfuerzos por aproximarse a ella tanto como sea posible”.<sup>326</sup>

Frente a esta concepción del tipo penal que brevemente hemos esbozado, cabe analizar las consideraciones que, respecto de dicho concepto, ha formulado el profesor Pablo Rodríguez, pero circunscrito al ámbito de la responsabilidad civil.

En primer lugar, el profesor Rodríguez se cuestiona si la tipicidad en materia civil constituye un elemento objetivo o subjetivo. En este sentido, señala que “la descripción que hace la ley (o el contrato) del deber de conducta del deudor (obligación), si bien se funda en hipótesis objetivas (grados de culpa, descritos en el artículo 44 del código civil), no es un elemento puramente objetivo. Ello, a juicio nuestro, porque la culpa debe apreciarse “*in abstracto*” y, por consiguiente, deberá desplazarse el “modelo jurídico” a la realidad del sujeto afectado, con lo cual se subjetiviza el tipo (confundiendo la tipicidad de la conducta con la culpabilidad)”.<sup>327</sup> A juicio del autor, ello no acontece en materia penal, donde “la tipicidad parece ser un elemento puramente objetivo, independiente de la culpabilidad que tiene carácter subjetivo”.<sup>328</sup>

Estas consideraciones expuestas por el profesor Rodríguez pueden ser objeto de algunas observaciones.

---

<sup>325</sup> *Ibid.*

<sup>326</sup> *Ibid.*

<sup>327</sup> RODRIGUEZ, Pablo. *Op Cit.* [1992] 203 p.

<sup>328</sup> *Idem.*

En primer lugar, cabe señalar que en principio es admisible la aseveración de que la tipicidad –esto es, la realización de una conducta concreta que satisface la descripción abstracta del tipo- se confunde con la culpabilidad en materia civil, toda vez que –lo que el autor ha denominado- “descripción típica”, se funda precisamente en los grados de culpa establecidos artículo 44 del código civil y, en consecuencia cada vez que una conducta en concreto realiza el tipo que en términos –*muy*- abstractos ha definido la ley, estaría realizando una conducta culpable. Así, por ejemplo, el deudor que obligado a responder de culpa leve en una circunstancia concreta no se comporta con aquel grado de “*diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios*”, estaría realizando una conducta que, en términos del artículo 44 inciso 2º sería típica y que además, al excederse el deudor de la conducta legítimamente tolerada por el ordenamiento jurídico, sería culpable. Esto es lo que sucedería, por ejemplo, en un contrato de suministro eléctrico, cuya naturaleza es la de ser un contrato de tracto sucesivo, de carácter oneroso conmutativo, en el cual si las partes no alteran de manera expresa la prestación de culpas, el deudor se encontraría obligado a responder de culpa leve.

Lo anterior es, sin embargo, cuestionable en aquellos casos en que son los propios contratantes quienes, en virtud de estipulación expresa, han formulado la descripción típica. En ese caso, los contratantes podrían disponer que el deudor se obligue a satisfacer el interés primitivo del acreedor, sin atender a un determinado grado de diligencia. Vale decir, la posición del profesor Rodríguez es cuestionable tratándose de obligaciones que, en virtud de estipulación expresa, se han convenido como de resultado, en cuyo caso la tipicidad no implica necesariamente culpabilidad, puesto que los deberes de conducta se hayan desvinculados de los grados de culpa. Cuestión similar –continuando dentro del ámbito contractual- ocurre en las obligaciones de garantía que, a juicio de Larenz, constituyen verdaderas atenuaciones del principio de culpabilidad en la esfera de la responsabilidad contractual.<sup>329</sup>

---

<sup>329</sup> En este sentido, señala Larenz que “al lado del principio de la culpabilidad se afirma la idea de una obligación de garantía o en general una responsabilidad objetiva del deudor; aunque

En segundo lugar, el autor en comento ha señalado que el tipo no sería un elemento puramente objetivo, puesto que a su juicio se produciría una verdadera subjetivación de dicho elemento, como consecuencia del desplazamiento del tipo –considerado como realidad normativa abstracta- a la realidad concreta del sujeto en cuestión, esto es considerando “su nivel social, cultura, profesión, actividad, etc”.<sup>330</sup>

En relación con lo anterior, estimamos cuestionable la aseveración de que el desplazamiento del tipo hacia la realidad concreta del sujeto en cuestión, produzca una verdadera “*subjetivación*” del tipo, toda vez que consideramos que la concurrencia del elemento *tipicidad* en el ilícito contractual no presupone un “desplazamiento del tipo” a la realidad concreta del deudor, sino más bien presupone una conducta del deudor que se encuadre en la fórmula típica que muy abstractamente ha definido la ley civil en el artículo 44. En definitiva, no coincidimos con la posición del profesor Rodríguez en este punto, toda vez que su afirmación, por razones sistemáticas, resulta más preciso situarla en sede de imputabilidad y no precisamente en sede de tipicidad.

Con todo, aun situando la afirmación anterior en sede de imputabilidad deben hacerse ciertas precisiones, toda vez que se ha señalado por parte de la doctrina que no obstante que el juicio de culpabilidad se efectúe en concreto, esto es atendiendo las circunstancias concretas en que se ha producido la acción u omisión, dicha consideración no implicaría “que la culpa devenga subjetiva, porque el rol social o la calidad del autor se consideran abstractamente, habida consideración de las circunstancias. Así, para apreciar si hay o no culpa de parte de un médico al practicar una operación urgente, se

---

solo en el sentido de una debilitación de aquel principio.” Véase: LARENZ, Karl. *Op. Cit.* (1958 – 1959) 283 p.

<sup>330</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op Cit.* (1992) 204 p.



comparará su conducta con la de un médico prudente que se hallare en las mismas circunstancias”.<sup>331</sup>

En consecuencia, “la apreciación en concreto de las circunstancias de la conducta no se opone a la abstracción del patrón de cuidado, porque no se trata de definir qué se puede esperar de una persona en particular, considerando sus capacidades y aptitudes, sino de definir el comportamiento que se puede esperar de una persona razonable y diligente en esas mismas circunstancias”.<sup>332</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, en el juicio de culpabilidad “se presenta la pregunta por la relevancia de ciertas *características personales típicas*”<sup>333</sup> del autor del daño, por ejemplo se contrata a un determinado médico para realizar una operación o a un determinado abogado para asumir una defensa en juicio, cuya idoneidad profesional fue especialmente tomada en cuenta al momento de su contratación.

Respecto de este punto, el profesor Enrique Barros señala que “la tipificación judicial de deberes de cuidado atendiendo a características del agente tiende a subjetivar la responsabilidad por culpa (...). Mientras más específica sea la referencia a calidades personales típicas, más se aleja la responsabilidad del estándar general de debido cuidado. La consecuencia es que los tipos personales menos calificados o rigurosos quedarían sujetos a estándares de conducta inferiores; y que los especialmente hábiles lo estarían a criterios más exigentes. Desde este punto de vista, la culpa civil tendría una dimensión objetiva, que se expresa en el estándar general de cuidado y otra individual, que atendería a las concretas posibilidades de acción del demandado (...).”<sup>334</sup> A

---

<sup>331</sup> BARROS, Enrique. *Op Cit.* [2001] N° 34.

<sup>332</sup> BARROS, Enrique. *Op Cit.* [2006 a] N° 46

<sup>333</sup> *Ibid.* N° 47

<sup>334</sup> *Idem.*

juicio del profesor Barros, este sistema de tipificación de conductas que atiende a características personales del agente del daño, presenta el inconveniente de afectar el principio de igualdad que subyace en los ordenamientos civiles modernos; principio que impone que las debilidades e impericias deban ser soportadas, en definitiva, por sus portadores.<sup>335</sup> No obstante lo anterior, cabe señalar que la consideración de las características personales típicas deviene más relevante cuando se contrata a un sujeto en calidad de *experto*, toda vez que tratándose de dichas personas especialmente calificadas, “la confianza comprometida respecto de su conducta es correlativamente mayor”.<sup>336</sup>

Hechas las consideraciones anteriores, cabe concluir que el elemento tipicidad ha sido puesto de relieve por el profesor Rodríguez en el ámbito de la responsabilidad civil, puesto que en su opinión la responsabilidad del deudor sólo se originará como consecuencia de haber infringido un deber de conducta previamente establecido –lo que en términos del autor en comentario podríamos

---

<sup>335</sup> En este sentido –señala el profesor Barros-, se explica la tendencia de los ordenamientos civiles más refinados a limitar severamente la subjetivación del concepto de culpa, mediante la consideración de circunstancias personales típicas del agente del daño. Así, ordenamientos como el francés han llegado a excluir incluso la excusa de incapacidad, admitiendo la responsabilidad de niños y dementes. Por su parte, el sistema de *common law* ha hecho inadmisibles la excusa de incapacidad respecto de los niños. Con todo, en los mencionados sistemas el juicio de culpabilidad respecto de dichas personas tiende a relajarse, en base a la consideración de patrones de conducta que atienden a la edad o condición.

Esta tendencia a omitir la consideración de circunstancias particulares típicas del agente del daño, redundará en la consecuencia de que la persona que, en conocimiento de la enfermedad cardíaca que padece, provoca un accidente producto de un infarto que sufre mientras conduce, podría resultar responsable no obstante que la producción del daño ha ocurrido en circunstancias que escapaban del dominio de su voluntad. En este caso, la responsabilidad se fundaría en que si bien no hay control circunstancial del hecho que causa daño, hay control en la causa que genera dichos daños, es decir, la imputación de negligencia no apuntaría a la circunstancia de no haber reaccionado, cuestión que mal podría haber hecho quien padece de un paro cardíaco mientras conduce, sino que diría relación con el emprendimiento de una actividad en conocimiento de las limitaciones que se padecen para realizarla. Cuestión que en derecho penal se ha denominado *actio libera in causa*. Véase: BARROS Bourie, Enrique. *Op. Cit.* [2006 a] Nº 47

<sup>336</sup> *Ibid.* Nº 47 c)

denominar *tipo*-, ya sea en el contrato (1547 inciso final) o, a falta de estipulación expresa de las partes, en la ley (1547 inciso 1º, en relación con el artículo 44 del código civil).

#### 4.1.3 Determinación del elemento antijuridicidad en la conducta del deudor. Breves referencias al concepto de antijuridicidad en materia penal

En primer lugar, cabe señalar que la noción de antijuridicidad –al igual que ocurría con la tipicidad-, como elemento categorial del hecho ilícito ha sido un concepto mayormente desarrollado por la dogmática penal. Así, se ha definido la antijuridicidad como “*aquel disvalor de que es portador un hecho típico que contradice las normas de deber contenidas en el ordenamiento jurídico*”.<sup>337</sup> En definitiva, “la voz antijuridicidad (...) significa lo contrario al derecho y, por lo mismo, algo más que lo puramente ilícito o contrario a la ley”.<sup>338</sup> Por su parte, Roxin afirma que: “Una conducta típica es antijurídica si no hay una causa de justificación (...) que excluya la antijuridicidad”.<sup>339</sup>

Por su parte, el tratamiento de este elemento también ha sido objeto de discusiones –al menos dentro del ámbito extracontractual- por parte de la dogmática civil. Así, por ejemplo hay quienes lo tratan como un elemento independiente de la responsabilidad civil,<sup>340</sup> sin perjuicio de que otros autores han entendido este requisito comprendido dentro de la noción de culpa.<sup>341</sup>

---

<sup>337</sup> CURY, Enrique. *Op Cit.* § 22

<sup>338</sup> *Idem*

<sup>339</sup> ROXIN, Clause. *Op Cit.* § 14. I. Párrafo 1.

<sup>340</sup> En este sentido, el propio profesor Pablo Rodríguez sostiene que los elementos comunes de la responsabilidad civil son: (i) el hecho del hombre; (ii) la antijuridicidad del mismo; (iii) la imputabilidad; (iv) el daño; y, (v) la causalidad. Desde su perspectiva, el elemento antijuridicidad es “la contradicción entre una determinada conducta y el ordenamiento normativo considerado en su integridad”, la cual puede ser “formal” si contradice una norma expresa de dicho ordenamiento, o “material”, si consiste en una violación del orden público, las buenas costumbres, etc. RODRIGUEZ Grez, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999. 119 p.

Sin perjuicio de las observaciones anteriores, el profesor Pablo Rodríguez en su libro “La obligación como deber de conducta típica” ha sostenido que, en materia contractual la “acción antijurídica del deudor (...) surge de “salirse”, “excederse” o “desbordar” el tipo de conducta exigido en la ley, vale decir, no comportarse de la manera que la ley prescribe o no ejecutar los actos que cubren el grado de culpa de que responde el deudor”.<sup>342</sup>

En relación al argumento anterior, consideramos –siguiendo los argumentos del profesor Enrique Barros- que la noción de antijuridicidad no tiene justificación dogmática, ni necesidad sistemática dentro del ámbito de la responsabilidad civil, toda vez que la propia noción de culpa fija el umbral entre lo lícito y lo ilícito en materia civil. En este sentido, el ilícito contractual se configuraría por no describir el deudor, atendiendo el grado de diligencia de que responde, el deber de

---

Cabe señalar que el profesor Rodríguez, al distinguir entre antijuridicidad formal y material, recoge una distinción propia del derecho penal que se atribuye al jurista alemán Franz von Liszt. Tomando como base las consideraciones del mencionado autor, Roxin afirma que: “Una acción es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales. ROXIN, Clause. *Op Cit.* § 14, II, Parrafo 4

<sup>341</sup> En este sentido, el profesor Enrique Barros sostiene que “no hay razones prácticas ni sistemáticas para distinguir en materia civil la culpa de la antijuridicidad”, toda vez que la noción misma de culpa atiende a un comportamiento que “excede la esfera de comportamiento que el derecho reconoce como legítimo. En otros términos, en materia civil la culpa establece el umbral entre el actuar lícito y el ilícito”. En este sentido, siguiendo la argumentación del profesor Barros, toda conducta que excede de la esfera de comportamiento legítimo sería una conducta que además de ser ilícita (vale decir antijurídica), sería culpable, toda vez que importa una infracción al deber de comportamiento legítimo. Esto trae como consecuencia que “las causales de justificación en materia civil solo pueden ser construidas como excluyentes de la culpa, esto es, del ilícito. A diferencia de lo que sucede en materia penal donde las causales de justificación excluyen la antijuridicidad de la conducta. Avalando esta postura se cita un fallo de corte supremo que sostiene que la culpa “tiene un carácter normativo que la entrelaza con la antijuridicidad, ya que se incurre en ella precisamente porque se infringen deberes de cuidado impuestos por la norma, o sea, por el orden jurídico que los implanta” (12 de agosto de 1981, RDJ, Tomo LXXVIII, sec. 4ª, pág. 120). Véase: BARROS, Enrique. *Op. Cit.* [2006 a] N° 51 letra c); *Op. Cit.* [2001] N° 37

<sup>342</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op Cit.* [1992] 205 p.

conducta que previamente han definido las partes en el contrato o que, en subsidio de estipulación expresa, contempla la ley. Cuestión que coincide plenamente con la noción de culpa que atiende a un comportamiento que “excede la esfera de comportamiento que el derecho reconoce como legítimo”.<sup>343</sup> Lo anterior se manifiesta, como señala el profesor Barros, en la circunstancia de que en materia civil las causales de justificación operan en sede de culpabilidad y no en sede de antijuridicidad.<sup>344</sup>

#### 4.1.4 Normas de la legislación chilena que avalan esta doctrina.

A continuación señalaremos una serie de disposiciones, citadas por el autor en comento, que avalan la idea de que la obligación constituye un *deber de conducta típica*:

- a. El artículo 44: Dicha disposición define los distintos grados de culpa de que deberá responder el deudor, atendiendo a patrones o modelos normativos de carácter abstracto, con los cuales deberá compararse la conducta la conducta llevada a cabo en concreto por parte del deudor. Dicha norma, siguiendo la tendencia romana y, apartándose en ello del modelo francés, gradúa la culpa en tres niveles, a saber: grave o lata, leve y levísima.

---

<sup>343</sup> BARROS, Enrique. *Op. Cit.* [2006 a] N° 51 letra c)

<sup>344</sup> En definitiva, estimamos que la introducción de las categorías tipicidad y antijuridicidad, pueden introducir confusiones sistemáticas innecesarias en la responsabilidad civil. Toda vez que, tal como explicamos en el apartado 4.1.2.1 y tal como señala el propio profesor Rodríguez (en la pagina 203 de la obra comentada), aquello que el autor ha considerado como *tipicidad contractual* se confundiría con la culpabilidad y, por su parte –tal como señalamos en el apartado 4.1.3- en la responsabilidad civil, la antijuridicidad se confunde con la noción de culpa. En consecuencia, la introducción de estas dos categorías del hecho ilícito, vale decir la *tipicidad* y la *antijuridicidad*, carecen de mayor utilidad y justificación dogmática, en la esfera de la responsabilidad civil.

“Esta disposición, eje en la materia, al imponer responsabilidad al deudor por el hecho de no emplear una determinada diligencia, actividad y cuidado, inversamente, exige que el mismo se comporte de la manera *debida*”.<sup>345</sup>

- b. Artículo 1547: En directa vinculación con la disposición del artículo 44 se encuentra esta norma, que aplica la graduación de la culpa prescrita por dicha norma, atendiendo a la estructura económica del contrato, vale decir a su gratuidad u onerosidad, prescribiendo que en los contratos onerosos la regla será que se responda de culpa leve y en los gratuitos de culpa grave o levísima, dependiendo de si el contrato exclusivamente beneficia al acreedor o deudor, respectivamente. Sin perjuicio de lo anterior, el inciso final de esta disposición permite a las partes alterar la gradación anterior, en virtud de disposición contractual expresa.

En consideración a esta norma, el profesor Rodríguez concluye que: “*No hay obligación alguna en el derecho que no lleve aparejada, como la sombra al cuerpo, un determinado nivel de eficiencia (diligencia), la cual forma parte de la obligación misma*”.<sup>346</sup>

- c. Artículo 1558: Esta norma establece los perjuicios que deberán ser objeto de reparación, tratándose del cumplimiento por equivalencia, distinguiendo en ello si el deudor ha incumplido su obligación con culpa o dolo. Así, tratándose del deudor al cual sólo pueda imputarse culpa, éste solamente deberá indemnizar aquellos perjuicios que sean consecuencia directa e inmediata del incumplimiento y que además hayan sido previsibles al tiempo de contratar, en cambio tratándose del deudor doloso, éste deberá responder incluso por aquellos perjuicios que sean imprevisibles.<sup>347</sup>

---

<sup>345</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op. Cit.* [1992] 239 p.

<sup>346</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op. Cit.* [1992] 199 p.

<sup>347</sup> Respecto de este punto, cabe aclarar que:

Razonando en torno al sentido de esta disposición, el profesor Rodríguez asume que el deudor frente a la obligación tiene dos alternativas: Por una parte, su primera alternativa consiste en ejecutar la conducta debida, en cuyo caso “no existirá reproche jurídico ninguno si la prestación no se alcanza”<sup>348</sup>, siempre que el deudor acredite haber desplegado en la ejecución de la conducta debida, el grado de diligencia, actividad y cuidado que el contrato o, subsidiariamente, la ley le han impuesto. Por otra parte, la segunda opción del deudor consistirá en no desplegar la conducta debida, en cuyo caso “surge la responsabilidad y ella se expresa en un cumplimiento por equivalencia”<sup>349</sup> que deberá dejar al acreedor “en la misma posición en que habría quedado de haberse cumplido íntegra y oportunamente la obligación del deudor”.<sup>350</sup> En definitiva, “la indemnización de perjuicios es una satisfacción del acreedor por equivalencia”.<sup>351</sup>

En este sentido –señala el autor-, “entre el cumplimiento en especie y el cumplimiento por equivalencia, si bien no hay una identidad ontológica, hay una

- 
- Perjuicios directos: “Son aquellos que constituyen consecuencia necesaria del incumplimiento, en relación de causa a efecto. Si no se hubiera producido el incumplimiento, no se habrían causado los perjuicios de modo alguno (...)”.
  - Perjuicios indirectos: “Son aquellos que se producen con motivo del incumplimiento; pero su causa inmediata y directas no está en él, sino en otros hechos posteriores, ajenos al incumplimiento, aunque encadenados con éste a través de varios eslabones”. Véase: FUEYO, Fernando. *Op. Cit.* [1991] 454 p.

A su vez, los perjuicios directos se pueden subdividir en:

- Perjuicios previsibles: Son aquellos “*que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato*”. (Artículo 1558)
- Perjuicios Imprevisibles: Son aquellos que no se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato.

<sup>348</sup> RODRÍGUEZ, Pablo. *Op. Cit.* [1992] 249 p.

<sup>349</sup> *Ibid.*

<sup>350</sup> BARROS, Enrique. [s.a]. 4 p.

<sup>351</sup> *Idem*

*plena equivalencia*, en cuanto ambas situaciones reportarán para el acreedor el mismo beneficio o la misma utilidad”.<sup>352</sup>

Teniendo en cuenta la premisa anterior, es posible sostener que el artículo 1558 resulta ser una disposición reveladora de que la conducta que la ley impone al deudor y que, correlativamente, el acreedor puede exigir de aquel, “sólo alcanza a la consecución de los beneficios que se previeron o pudieron preverse al momento de celebrar el contrato”<sup>353</sup>, de manera tal que la excesiva onerosidad sobreviniente que acontece como consecuencia de sucesos imprevisibles e inimputables, no puede quedar comprendida dentro de la responsabilidad del deudor, a menos que pueda imputársele dolo –o culpa grave, a juicio de parte de la doctrina-, en cuyo caso la ley –frente a tan extrema manifestación de indiferencia por la satisfacción del interés de la contraparte- impone al deudor la obligación de reparar, inclusive, aquellos perjuicios que no se previeron ni razonablemente pudieron haberse previsto a la fecha de celebración del contrato.

En consideración a las ideas anteriormente expuestas, el autor concluye –en un argumento que, a nuestro juicio, es fundamental- que si la obligación del deudor fuera ejecutar –tal como sostiene la doctrina tradicional- bajo todo respecto la prestación convenida, aun cuando ésta se tornara excesivamente onerosa, como consecuencia de sucesos sobrevinientes, imprevistos e inimputables, se le estaría imponiendo al deudor, un deber de diligencia, cuidado o actividad que excede de aquel que el deudor debe ejecutar para cumplir con su obligación.

Esta postura queda de manifiesto en la circunstancia de que, si el deudor deja de cumplir en naturaleza, estaría obligado a hacerlo por equivalencia, en cuyo caso su responsabilidad quedaría limitada, en virtud del propio artículo 1558, sólo a aquellos perjuicios que se previeron o razonablemente pudieron haberse

---

<sup>352</sup> RODRIGUEZ, Pablo. *Op. Cit.* [1992] 249 p.

<sup>353</sup> *Ibid.* 250 p.



previsto al tiempo de celebración del contrato, a menos –claro está- que pueda imputársele dolo. De esta manera, se concluye que la ley, “atendiendo la interpretación tradicional, estaría estimulando el incumplimiento de las obligaciones”, toda vez que esta sería la única forma de limitar el cumplimiento –en este caso por equivalencia-, sólo a aquellos perjuicios que se previeron o pudieron razonablemente preverse al tiempo de celebrar el contrato; y de evitar, correlativamente, responder de una onerosidad excesiva que no se previó ni razonablemente pudo preverse.<sup>354</sup>

Estas, a nuestro juicio, son las disposiciones que constituyen el eje de la premisa fundamental de la obra en comento, esto es, que la obligación constituye un *deber de conducta* “que se contrae en función de una prestación que puede consistir en el dar, hacer o no hacer algo (...), en términos que el acreedor puede reclamar del deudor solo una cosa: *que se comporte de la manera que el contrato o, en subsidio, la ley determine*”. Sin perjuicio de otras disposiciones que el autor cita a lo largo de la obra.<sup>355</sup>

---

<sup>354</sup> Respecto de la importancia del elemento previsibilidad en materia civil contractual, el profesor Enrique Barros afirma que, ella “como límite de la responsabilidad no solo se justifica por razones éticas, sino también por razones económicas. Las partes hacen una distribución de riesgos ex-ante y la relación contractual crea un vínculo de confianza entre las partes”. En este sentido, los riesgos que las partes distribuyen son aquellos “que pueden prever y no los imprevisibles”

Además, analizada la relación contractual “desde el punto de vista del contrato como promesa”, es posible concluir que “la confianza creada lleva al acreedor a esperar que se den los acontecimientos de acuerdo con el curso lógico que se deriva del contrato”. Toda vez que “si el acreedor espera algo más del deudor, su confianza es excesiva”. Véase: BARROS, Enrique. *Op. Cit.* [s.a]. 19 p.

<sup>355</sup> RODRIGUEZ, Pablo. *Op. Cit.* [1992] 269 p.

#### 4.1.5 Análisis de esta teoría a la luz de la clasificación que distingue entre obligaciones de medios y resultados

En primer lugar, cabe señalar que esta clasificación resulta particularmente aplicable tratándose de obligaciones de hacer, toda vez que las obligaciones de dar, tradicionalmente han sido consideradas como obligaciones de resultado.

La diferencia entre ambas categorías de obligación, “radica en el diverso compromiso asumido por el deudor”<sup>356</sup> en unas u otras. Así, tratándose de obligaciones de resultado el deudor se encuentra obligado “a satisfacer un interés primario del acreedor, en cambio, en las obligaciones de medios, el deudor sólo se obliga a realizar un actuar diligente tendiente a la satisfacción de ese interés primario”.<sup>357</sup>

“En otras palabras, las obligaciones de resultado se cumplen cuando se satisface el interés primario (expectativa) del acreedor. En cambio, las obligaciones de medios se cumplen sólo cuando el deudor actúa diligentemente y, por tanto, no es necesaria la satisfacción del interés primario del acreedor”.<sup>358</sup>

Tradicionalmente esta clasificación de las obligaciones ha sido atribuida René Demogue, quien la formuló por primera vez en el año 1925, con la publicación del tomo V del *Traite des obligations en général*. En esta obra, Demogue pretende defender su tesis de estatuto unitario de responsabilidad civil, rebatiendo a la doctrina tradicional que sostenía que una de las diferencias fundamentales entre ambos estatutos de responsabilidad radicaba en la carga de la prueba de la culpa o diligencia. En este sentido, planteaba la doctrina tradicional, tratándose del

---

<sup>356</sup> GIL, Rodrigo. Obligaciones de medios y resultados. Separata 6. Material preparado para el curso de derecho de obligaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007.1 p.

<sup>357</sup> *Idem.*

<sup>358</sup> *Idem.*

estatuto de responsabilidad contractual el incumplimiento del deudor se presume culpable, en cambio, en materia extracontractual es la víctima quien debe probar la negligencia del agente del daño.

A juicio de Demogue, tal diferencia no es del todo efectiva, toda vez que en materia extracontractual la víctima no siempre se encuentra en la necesidad jurídica de acreditar la culpa del agente del daño, tal como sucede en las hipótesis de responsabilidad estricta. A su vez, en materia contractual es necesario diferenciar entre obligaciones de medios y resultado. Así, tratándose de obligaciones de medio corresponderá al acreedor acreditar que el deudor ha obrado de manera culpable, en cambio tratándose de obligaciones de resultado, la sola circunstancia de no satisfacer el interés primitivo del acreedor (esto es, de no cumplirse el resultado inicialmente convenido) hace presumir la negligencia del deudor. En este sentido, “existiría una directa relación (1) por una parte entre obligaciones de resultado en materia contractual y la responsabilidad estricta en sede extracontractual y (2) por otra parte, entre las obligaciones de medio y la responsabilidad por culpa en materia extracontractual. De esta forma, no existiría gran diferencia entre los dos tipos de responsabilidad.”<sup>359</sup>

A juicio del profesor Rodríguez, “esta clasificación tiene un objetivo meramente práctico, ya que se trata de facilitar la prueba en un tipo de obligaciones –de resultado-<sup>360</sup> (presumiéndose la culpa a favor del acreedor) y de dificultarla en el otro –de medios-<sup>361</sup> (obligando al acreedor a probar que no se ha desplegado el cuidado y diligencia comprometidos). Pero en el fondo, **no existen obligaciones de “resultado”**<sup>362</sup>, entendiéndose como tales aquellas que deben cumplirse

---

<sup>359</sup> GIL, Rodrigo. *Op Cit.* 3 – 4 p.

<sup>360</sup> Las palabras entre guiones han sido agregadas por nosotros.

<sup>361</sup> *Idem.*

<sup>362</sup> Las negritas las hemos agregado nosotros, para efecto de resaltar una frase que, a nuestro juicio, guía todo el desarrollo de la obra.

siempre, en todo evento y en cualquier caso. **Toda obligación es de “medio”**,<sup>363</sup> puesto que ella consiste (...) en un deber de conducta típica (definida y descrita en el contrato o en la ley), referida a una prestación que puede o no realizarse con el cuidado, diligencia y actividad que el deudor se comprometió a desplegar para estos efectos”.<sup>364</sup>

Respecto del criterio señalado precedentemente, debemos señalar que si bien, en principio, es admisible cuando las partes nada han pactado expresamente en el contrato, toda vez que en ese caso el propio artículo 1547 fija el grado de culpa de que responde el deudor, atendiendo a la estructura económica del contrato; no creemos que dicho criterio sea correcto cuando las partes hayan determinado expresamente la naturaleza de la obligación en el contrato. Toda vez que, tal como señala Cabanillas,<sup>365</sup> el criterio fundamental para determinar si una obligación es de medios o de resultado es la *autonomía privada*. En este sentido, las partes podrían estipular –sin ningún inconveniente- de manera expresa en el contrato que “una determinada obligación, que naturalmente debería ser considerada como una obligación de medios, deberá cumplirse como una obligación de resultado (...)”.<sup>366</sup> Cuestión que, por lo demás, expresamente reconoce el propio profesor Rodríguez en la obra comentada.<sup>367</sup> Así, por ejemplo, podría perfectamente pactarse en un contrato de prestación de servicios jurídicos, que la remuneración del abogado –profesional liberal que

---

<sup>363</sup> *Idem.*

<sup>364</sup> RODRIGUEZ, Pablo. *Op. Cit.* [1992] 103 p.

<sup>365</sup> CABANILLAS Sánchez, Antonio. “Las obligaciones de actividad y de resultado”. Edit. José María Bosch, Barcelona – España. 1993. 38 p.

<sup>366</sup> GIL, Rodrigo. *Op. Cit.* 5 – 6 p.

<sup>367</sup> En este sentido, el profesor Rodríguez señala: “Cabe preguntarse si es posible asumir una obligación que deba cumplirse siempre y en todo caso. La respuesta es afirmativa, pero con una limitante. En el cumplimiento de la obligación no puede quedar comprendido el *dolo del acreedor*, porque ello equivaldría a condonar el dolo futuro (...)”. RODRIGUEZ, Pablo. *Op. Cit.* {1992} 201 p.

tradicionalmente se ha sostenido que contrae obligaciones de medio- quede subordinada a la victoria que obtenga en un determinado pleito judicial.<sup>368</sup>

#### 4.2 Planteamiento del autor en relación al concepto de caso fortuito o fuerza mayor. Críticas al concepto tradicional

Esta noción ya ha sido analizada con mayor profundidad en el capítulo segundo. Sin embargo en el presente apartado haremos una breve referencia a la opinión que, respecto de dicho concepto, ha sustentado el profesor Rodríguez, toda vez que se trata de un concepto que resulta fundamental para la comprensión cabal de la obra comentada.

En este sentido, cabe señalar que autor reacciona contra la doctrina tradicional, la que a su juicio, ha sustentado una noción puramente objetiva del caso fortuito. Esta posición doctrinaria, al analizar los requisitos constitutivos del caso fortuito llega a la conclusión de que el elemento irresistibilidad presupone que se genere una imposibilidad absoluta de cumplir con la obligación y no meramente una mayor dificultad.<sup>369</sup> Frente a dicha postura, el profesor Rodríguez propone una concepción subjetiva del caso fortuito, puesto que a su juicio la imposibilidad que se genera con la ocurrencia de un fenómeno imprevisto al que no es posible resistir, no siempre es de carácter absoluto.

A juicio del autor, la confusión de la doctrina tradicional tiene su origen en la errada comprensión del elemento irresistibilidad, toda vez que se ha “confundido la *irresistibilidad* del caso fortuito con la *imposibilidad* de ejecutar la prestación, por

---

<sup>368</sup> En este ejemplo estaríamos en presencia de una obligación que naturalmente debería entenderse como obligación de medio, pero que las partes en virtud de estipulación contractual expresa han convenido en que deba cumplirse como de resultado.

<sup>369</sup> En este sentido se ha pronunciado la mayoría de la doctrina nacional: RAMOS PAZOS, René. *Op. Cit.* N° 304; ABELIUK, René. *Op Cit.* N° 843 III; BARROS, Enrique. *Op. Cit.* [s.a] 42 p.; MEZA BARROS, Ramón. *Op Cit.* N° 356

una parte, y la *imposibilidad absoluta* con la *inexigibilidad de otra conducta (...)*.<sup>370</sup> De esta manera, postula que la irresistibilidad debe entenderse ser entendida como una imposibilidad de atajar los efectos del suceso que constituye el caso fortuito, pero que no necesariamente dice relación con una imposibilidad física absoluta, sino que más bien se relaciona con una imposibilidad jurídica, puesto que la mayoría de los casos no generan una imposibilidad de carácter absoluto, toda vez que ellos podrían ser físicamente resistidos por el deudor, pero involucrando una conducta arriesgada que encierra peligro ya sea, para la integridad física del deudor, de su familia o de sus bienes. Así, por ejemplo, si “se produce un incendio en el inmueble en el que el deudor guarda el objeto debido. ¿Qué diligencia y actividad podrá exigírsele para resistir los efectos del siniestro? En tal caso es obvio que si el deudor se arriesga tratando de salvar la cosa adeudada, pondrá en peligro su integridad física, pero es igualmente efectivo que, en ciertos casos, sin grave peligro, puede rescatar lo debido de las llamas”.<sup>371</sup>

En ese sentido, la irresistibilidad pasa a ser una cuestión de carácter relativo que deberá analizarse caso a caso, atendiendo al grado de diligencia o deber de conducta a que se encuentra obligado el deudor en el caso concreto, con lo cual la imposibilidad de cumplir que crea el caso fortuito adquiere –a juicio del autor- un carácter marcadamente subjetivo, puesto que tratándose de un mismo suceso podría suceder que origine una imposibilidad de cumplir respecto de un deudor, pero que no haga imposible el cumplimiento respecto de otro deudor que haya asumido un mayor nivel de diligencia.<sup>372</sup>

Así, quien responde de culpa grave, no estará obligado a resistir los efectos del caso fortuito, si en ello debe emplear un grado de diligencia y cuidado que exceda de aquel que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en

---

<sup>370</sup> RODRIGUEZ, Pablo. *Op. Cit.* [1992] 219 p.

<sup>371</sup> *Ibid.* 77 p.

<sup>372</sup> *Ibid.* 218 p.

sus negocios propios. Por su parte, quien responde de culpa leve no estará obligado a resistir los efectos del caso fortuito, salvo que pueda hacerlo empleando aquel grado de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Finalmente, quien responde de culpa levísima no estará obligado a resistir los efectos del suceso imprevisto, si en ello debe imprimir un grado de actividad, cuidado y diligencia que exceda de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

Desestimar esta posición y arribar, por consiguiente, a la solución sostenida por la doctrina tradicional, esto es que el caso fortuito siempre debe generar una imposibilidad de cumplimiento de carácter absoluto, implicaría –a juicio del autor– una solución injusta, toda vez que se restringiría considerablemente la noción de caso fortuito, haciéndola aplicable sólo frente a situaciones que generen una imposibilidad absoluta de cumplimiento y, por otra parte, importaría asimilar la situación de todos los deudores, desatendiendo al grado de diligencia y cuidado que les impone el contrato o, subsidiariamente, la ley.

Con todo, la posición del profesor Rodríguez ha sido fuertemente criticada en doctrina. Así, por ejemplo, Juan Carlos Dörr hace referencia a ciertos fallos emanados de tribunales franceses e italianos que sostenían la doctrina de que el caso fortuito o fuerza mayor no sólo exoneraban de la obligación en caso que cumplimiento se tornara absolutamente imposible, sino que también en aquellos casos que el cumplimiento exigía del deudor un grado de diligencia y cuidado superior a aquel que le era exigible. Sin embargo –señala el autor–, dicha postura fue rápidamente abandonada, toda vez que confundía la noción de caso fortuito o fuerza mayor –que es un concepto objetivo– con el grado de responsabilidad del deudor en las obligaciones de medio o diligencia.<sup>373</sup>

---

<sup>373</sup> DÖRR Zegers, Juan Carlos. La teoría de la imprevisión. Curso de Actualización Jurídica. [Universidad del Desarrollo \(Chile\). Facultad de Derecho. \(2005\). 143 – 173 p](#)

#### 4.3 Críticas a las soluciones doctrinarias y de derecho comparado, en relación al problema de la excesiva onerosidad sobreviniente

En la obra comentada el autor se refiere a algunas de las soluciones que se han propuesto, tanto en doctrina como en derecho comparado, respecto del problema de la excesiva onerosidad sobreviniente.

##### 4.3.1 La revisión judicial

Respecto de esta solución, el autor se muestra contrario a aceptarla dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que de los contratos emanan derechos personales en favor de los contratantes; derechos que en conformidad al artículo 565 del código civil cabría reputar como cosas incorporales, respecto de las cuales existe una especie de propiedad, de acuerdo al artículo 583; propiedad que por lo demás se encuentra protegida por el propio texto constitucional en el artículo 19 N° 24.

En consecuencia, en caso de que un juez –amparado en la teoría de la imprevisión- pretendiera revisar un contrato en curso en desmedro del acreedor, “estaría lesionando el dominio de éste sobre dichos derechos y, por lo mismo, afectaría esta garantía constitucional”<sup>374</sup>; afectación que incluso podría ampararse vía recurso de protección.<sup>375</sup>

##### 4.3.2 La nulidad

Cierta parte de la doctrina, basada en una noción de la causa sustentada por Capitant y Josserand, ha afirmado que la nulidad se presenta como la solución

---

<sup>374</sup> RODRIGUEZ, Pablo. *Op. Cit.* (1992) 157 p.

<sup>375</sup> En este mismo sentido, se pronuncia el profesor Daniel Peñailillo en un comentario realizado a un trabajo del profesor Claudio Illanes. Véase: ILLANES, Claudio. La teoría de la imprevisión. Estudios sobre reformas al código civil y al código de comercio. Fundación Fernando Fueyo Laneri. Santiago – Chile. Editorial jurídica de Chile, 2000. 207 p.



adecuada frente al problema de la excesiva onerosidad sobreviniente en materia contractual. Esto es así, como sostiene Josserand, porque la causa “no interviene solamente en el momento de concertarse las voluntades. Su influencia se deja sentir hasta cuando el contrato ha sido puesto en completa ejecución”.<sup>376 377</sup> En este sentido, si durante la etapa de ejecución del contrato devienen sucesos imprevisibles e inimputables que tornan excesivamente onerosa la prestación de uno de los contratantes, haciendo desaparecer –aunque sea parcialmente- la causa de la obligación, sería posible solicitar la declaración de nulidad de dicho contrato, por tratarse de un contrato carente de causa.<sup>378</sup>

A juicio del profesor Rodríguez, dicha solución resulta inconsistente, toda vez que la estructura de validez de un acto jurídico debe determinarse al momento de su perfeccionamiento. Es decir, la afirmación relativa a la validez o invalidez del acto solo puede encontrarse referida al momento en que el acto jurídico nace a la vida del derecho, puesto que la nulidad de un acto no es una sanción que sobreviene

---

<sup>376</sup> JOSSERRAND, Louis. Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado. En: DÖRR, Juan Carlos. *Op. Cit.* (2005) 161 p.

<sup>377</sup> En un sentido similar, el profesor Larroumet afirma que “la causa de la obligación es una noción que preside no solamente la formación del vínculo contractual, sino también, la ejecución de las prestaciones y esto durante todo el período necesario para dicha ejecución”. LARROUMET, Christian. “Teoría general del contrato”. En: DÖRR, Juan Carlos. *Op. Cit.* (2005) 162 p.

También se pronuncia en este sentido el profesor Daniel Peñailillo. Véase: ILLANES, Claudio. *Op. Cit.* 209 - 210 p.

<sup>378</sup> Con todo, cabe señalar que el profesor Juan Carlos Dörr ha variado en su postura inicial, toda vez que en su trabajo titulado “La teoría de la imprevisión”, publicado el año 2005, afirma que “la sanción por la falta de causa durante la ejecución del contrato no lleva aparejada la nulidad”, ya que el contrato la estructura de validez del acto o contrato se configura en el momento mismo de su constitución. De esta manera, solo es susceptible de ser atacado vía nulidad aquel contrato que al momento de nacer a la vida del derecho, adolece de causa ilícita o carece por completo de causa (sin perjuicio de aquella doctrina que califica a dichos actos como inexistentes).

En consecuencia –señala Dörr-, si el contrato durante su etapa de ejecución deviene carente de causa, la consecuencia no será la nulidad, sino “su terminación o la adaptación del contrato, interpretando el contrato a la luz de la voluntad de las partes al momento de contratar las contraprestaciones equivalentes”. DÖRR, Juan Carlos. *Op. Cit.* 164 p.

al acto jurídico, sino que una sanción originaria que deriva de hechos coetáneos a la celebración del acto. De esta manera -sostiene el autor-, “carece de sentido hablar de que un contrato que nace a la vida jurídica perfectamente válido, puede devenir en un contrato nulo”.<sup>379</sup>

#### 4.3.3 La resolución

La resolución por excesiva onerosidad sobreviniente ha sido otra de las soluciones que, tanto en doctrina como en derecho comparado, se han postulado como mecanismo para reestablecer el equilibrio contractual, cuando éste ha sido quebrantado por la ocurrencia de fenómenos sobrevinientes, imprevisibles e inimputables a las partes. Así, por ejemplo, el código civil italiano (artículo 1.467) y código civil argentino, reformado por la ley N° 17.771 (nuevo artículo 1.198)<sup>380</sup> han acogido esta solución.

En este sentido, el profesor Jorge López Santa María ha señalado que la resolución del contrato por la causa antes referida, operaría de la siguiente manera: “La parte afectada por la imprevisión recurre a los tribunales, demandando la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente, pidiendo que el contrato quede sin efecto. El juez pondera las circunstancias y, en su caso, pronuncia la resolución. Pero el acreedor demandado puede enervar

---

<sup>379</sup> RODRIGUEZ, Pablo. *Op. Cit.* (1992) 304 p.

<sup>380</sup> El actual artículo 1.198 del código civil argentino, citado por el profesor López Santa María, presenta el siguiente texto: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicara a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”. Véase: LÓPEZ, Jorge. *Op. Cit.* N° 49.3

la acción, ofreciendo modificar equitativamente el contrato”.<sup>381</sup> En definitiva, se trata de una solución que propende a un arreglo amigable entre los contratantes.

A su vez, el profesor Rodríguez refiriéndose a dicha solución adoptada por ciertas legislaciones en derecho comparado, ha señalado que ella no podría tener aplicación en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, ha señalado que la resolución en nuestro derecho tiene lugar por el cumplimiento de una condición resolutoria, sea ordinaria o tácita. Tratándose de la condición resolutoria ordinaria, el autor señala que ella, en conformidad al artículo 1444, constituye un elemento accidental del acto jurídico, vale decir aquellos que las partes pueden incorporar al acto jurídico a través de cláusulas especiales, las que requieren de una estipulación expresa de las partes. En consecuencia, la necesidad de estipulación expresa, permite concluir que la excesiva onerosidad sobreviniente no puede ser considerada como una condición resolutoria ordinaria del acto o contrato.

Por su parte, la condición resolutoria tácita consiste en el evento futuro e incierto de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado en un contrato bilateral, en cuyo caso el contratante diligente, en virtud de lo prescrito por el artículo 1489, tendrá la alternativa de demandar el cumplimiento forzado o la resolución del contrato, en ambos casos más indemnización de perjuicios. En definitiva, la ley concede esta alternativa al acreedor que ha sido diligente en el cumplimiento de sus obligaciones, ya sea porque ha cumplido o porque se encuentra llano a cumplir. Respecto de esta solución el autor se pregunta: “¿Cómo podría el deudor solicitar la resolución aduciendo su propio incumplimiento como consecuencia de que su prestación se ha hecho más onerosa? (...). Podría suceder que, por vía interpretativa del contrato –artículo 1560 y siguientes del código civil- se llegara a establecer que la intención de las partes era resolver el contrato por excesiva onerosidad. En tal caso no estamos en presencia de la teoría de la imprevisión, sino de una estipulación contractual que pueden las

---

<sup>381</sup> *Idem.*

partes introducir y que prevalece por sobre las normas supletorias de su voluntad”.<sup>382</sup>

#### 4.4 Conclusiones en relación al ámbito de aplicación de la teoría de la imprevisión.

La interpretación que el autor ha sostenido en la obra comentada, tanto respecto del concepto de obligación considerada como un deber de conducta típica, como respecto del concepto de caso fortuito considerado como suceso que crea una imposibilidad jurídica de cumplimiento –y no necesariamente una imposibilidad física de carácter absoluto-, llevan al autor a concluir que la mayoría de los casos en que se produce una alteración excesiva en la onerosidad de la prestación de uno de los contratantes, producto de circunstancias imprevisibles e inimputables, podrían ser solucionados sin necesidad de recurrir a la teoría de la imprevisión, mediante una adecuada interpretación de las disposiciones que regulan la responsabilidad contractual en nuestro código civil.

De esta manera, el ámbito de aplicación de la teoría de la imprevisión se reduce substancialmente, quedando restringida como un recurso extremo “del deudor que debiendo cumplir porque la prestación puede ejecutarse desplegando la conducta debida, se exonera de ella en razón de que la prestación se ha transformado en inicua por haber aumentado exorbitantemente como consecuencia de hechos imprevistos, extraordinarios, irresistibles y que no se pudieron considerar al momento de perfeccionarse el contrato”.<sup>383</sup>

### 5. Análisis de la teoría de la imprevisión a la luz de la jurisprudencia nacional

#### 5.1 Jurisprudencia de tribunales ordinarios

---

<sup>382</sup> RODRIGUEZ Grez, Pablo. *Op. Cit.* (1992) 225 p.

<sup>383</sup> *Ibid.* 319 p.

Nuestros Tribunales Ordinarios de Justicia, escasamente se ha referido a la teoría en análisis. A continuación se presentan los siguientes fallos:

- (a) En una vieja sentencia de la Excma. Corte Suprema, del año 1925, se optó por la tesis de la voluntad como pilar del contrato, muy propia del Siglo XIX. Falló la Corte: “los tribunales carecen de facultades para derogar o dejar sin cumplimiento la ley contrato, ya por razón de equidad o bien de costumbres o reglamentos administrativos, los que son absolutamente ajenos a las estipulaciones peculiares del conjunto de derechos y obligaciones que crea el contrato por libre y espontánea voluntad de las partes. Infringe el artículo 1545 el tribunal sentenciador que no solamente ha incurrido en errores de hecho, al determinar la extensión y modalidades propias de una cláusula del pliego de condiciones del contrato sometido a su interpretación, sino que al mismo tiempo ha hecho extemporáneas y equivocadas apreciaciones jurídicas respecto de la calificación, caracteres y efectos legales de la cláusula expresada, derivando de ella decisiones que suponen el desconocimiento de la ley del contrato”.<sup>384</sup>
- (b) Sentencia de Corte de Apelaciones que acoge la opción de revisar judicialmente el contrato. Se trataba de una cláusula de estabilización: “en la cláusula de valor determinable, la obligación se determina mediante reglas o normas contenidas en la misma, las cuales entran a operar al momento del cumplimiento de la obligación. Al elegir las partes de la cláusula valor determinable dependiente del precio oficial del trigo, si aquél deja de tener vigencia legal, ello no puede significar que quede sin efecto la voluntad expresada por las partes, favoreciéndose el deudor con el pago sin reajuste alguno, ya que constituiría un abuso de Derecho prescindir del proceso de encarecimiento de la vida, debiendo el tribunal ajustar el mínimo de unidades monetarias de acuerdo al sistema que mejor interprete su voluntad al momento del respectivo pacto”.<sup>385</sup>

---

<sup>384</sup> Corte Suprema., 10 de enero de 1925, Gaceta de los Tribunales, 1925, Primer Semestre, No. 5, p. 23 (capítulos 14 y 15 p.38)

<sup>385</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de diciembre de 1984, Repertorio, T.81, sección 2ª, p. 147.

## 5.2 Jurisprudencia de tribunales arbitrales.

“La problemática de la teoría de la imprevisión presenta caracteres distintos tratándose de tribunales arbitrales de arbitradores. En efecto, debe recordarse que estos jueces resuelven los asuntos del orden temporal que les son sometidos a su conocimiento, conforme a lo que la prudencia y la equidad les indiquen. Vale decir, no están forzosamente compelidos a ajustarse estrictamente a las normas legales y decidir en conformidad rigurosa con lo que dispone la ley, lo que obviamente, no implica que resuelvan según su saber y entender, e incluso lleguen a desconocer las instituciones más fundamentales de nuestro orden jurídico, especialmente aquellas que participan de los caracteres propios del orden público (...) En cambio, los jueces árbitros de derecho están en la misma situación que los jueces del fuero ordinario, por cuanto tienen que resolver conforme el ordenamiento jurídico. En una posición con alcances distintos se encuentran los árbitros mixtos, arbitradores en la forma, y de derecho en el fondo, por la circunstancia de que al apreciar la prueba como arbitradores pueden darle, en esta importante etapa del proceso, un énfasis distinto a alguna de las pruebas producidas, que les permita abrir un camino hacia la posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión”.<sup>386</sup>

- (a) Sentencia de Carlos Urenda Zegers /Arbitro Arbitrador/ Sociedad Inversiones Mónaco Limitada y el Consejo de Administración de la misma

Se produjo un conflicto entre la Sociedad de Inversiones Mónaco Limitada y el Consejo de administración de la misma. El juicio produjo por la existencia de un saldo de precio que la Sociedad de Inversiones Mónaco Limitada adeudaba a ENAP, teniendo como causa el saldo la compra de acciones de una Compañía (NISA). La demanda se basaba en el serio menoscabo producido por la disminución en el valor de las acciones, basado en hechos calificados como

---

<sup>386</sup> ILLANES, Claudio. *La Teoría de la Imprevisión*. Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio, Editorial Jurídica, p. 199 y ss.

imprevisibles. La demandante solicitó al árbitro la modificación de las condiciones pactadas. El árbitro, en su calidad de arbitrador, sostuvo que el hecho de no existir normativa sistemática que regule los conflictos producidos por hechos imprevistos no es obstáculo para que los jueces se pronuncien sobre el conflicto. La imprevisión para el árbitro consiste en determinar si la persona obligada debe cumplir a todo evento o puede excusarse cuando la prestación se haga excesivamente onerosa. Cabe destacar el considerando XIV: *“Que la aplicación de la teoría de imprevisión en nuestro país es perfectamente compatible con teoría de las obligaciones tal cual está desarrollada en el Código Civil. En efecto, si se estima que el fundamento de la imprevisión se encuentra en la desnaturalización de la relación de equivalencia de un contrato oneroso conmutativo - como parte de la doctrina lo considera – la teoría de la imprevisión es procedente en relación en lo establecido en los artículos 1444 y 1546 del Código en relación con los artículos 1440 y 1441 del mismo. En efecto, es contrato oneroso conmutativo aquel por el cual las partes se obligan a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer, a su vez. Conforme al artículo 1444 del Código Civil, se entienden pertenecer a todo contrato las cláusulas que constituyen elemento de su naturaleza y el elemento propiamente de la naturaleza de todo contrato oneroso conmutativo, es precisamente, la equivalencia de las prestaciones. De esta manera, es indudable que el deudor afectado por sucesos extraordinarios e imprevistos tiene derecho a que su contrato se interprete a la luz de la naturaleza del mismo, en igual medida que queda obligado por las estipulaciones expresas del contrato, de donde aparece de manifiesto la aplicación bajo esta línea de argumentación, de la teoría de la imprevisión”*.

El profesor Illanes Ríos señala, en relación a esta sentencia: “Esta sentencia, librada por el juez árbitro arbitrador señor Carlos Urenda Zegers, de 13 de noviembre de 1983, presenta una doble importancia. Primero, por la persona de su autor, y en segundo lugar, porque no obstante que actuaba como árbitro arbitrador, funda su decisión en normas de derecho positivo”.<sup>387</sup>

---

<sup>387</sup> ILLANES, Claudio. *Op Cit*, p. 201.

(b) Sentencia de Claudio Illanes Ríos / Árbitro Mixto / EMOS Y Sociedad Constructora La Aguada Limitada

Se celebró un contrato de construcción a suma alzada, a fin de ejecutar las obras del colector interceptor del Zanjón de la Aguada. Las partes contratantes eran EMOS y la Sociedad Constructora La Aguada Limitada.

El litigio consistió en determinar quién debía soportar el costo de las obras de excavación y de construcción de las paredes de un ducto nuevo que rellenaba y permitía obtener las condiciones necesarias del suelo, costos que no se tenían a la vista en un primer momento.

Cabe destacar el siguiente considerando del profesor Illanes: *“Que formulada la conclusión que la teoría de la imprevisión tiene cabida en nuestro derecho a la luz de las normas de nuestro ordenamiento positivo, sin necesidad de recurrir a la reforma legislativa, cabe la segunda conclusión en orden a que es perfectamente posible que aquella se aplique en función de un contrato de construcción bajo la modalidad de “Suma alzada reajutable”. En efecto, el referido contrato, cumple con los requisitos de ser oneroso, conmutativo, bilateral y de tracto sucesivo en su ejecución”*.

La sentencia fue impugnada en la Excma. Corte Suprema, mediante recurso de queja. El considerando XIII de la sentencia pronunciada por el máximo tribunal señaló: *“Que, en consecuencia, al ordenarse el mayor pago de las obras que debieron ejecutarse, obras que resultaban necesarias y que no fueron previstas al convenirse el precio por suma alzada, no se ha incurrido por parte del árbitro en falta o abuso, toda vez que sus conclusiones son adecuadas y guardan relación con los antecedentes aportados y en especial con las pruebas periciales”*.



Don Claudio Illanes Ríos señala: “Acreditados que fueron los hechos básicos de la causa, vino todo el examen de la problemática de fondo: Si un juez árbitro, que resuelve conforme a derecho el fondo del asunto controvertido, podría o no, en mérito de la teoría de la imprevisión, ordenar el pago, en carácter de reembolso, del costo de las mayores obras ejecutadas.

La sentencia arbitral concluyó que era posible ordenar el reembolso del costo de las mayores obras ejecutadas, por estimar que la teoría de la imprevisión tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil...”<sup>388</sup>

Agrega el profesor Illanes: “Resulta evidente que una de las figuras contractuales en las que puede resultar más frecuente la presentación de la teoría de la imprevisión es en el contrato de construcción bajo la modalidad a suma alzada. Si bien es cierto que en este tipo de contrato el riesgo que asume el constructor es mayor que en otro cualquiera, como quiera que se compromete a efectuar la obra por un precio fijo, sin derecho alguno a solicitar modificación del mismo, y que es de ordinaria ocurrencia que se pacte que conoce todas las alternativas de la construcción y que, incluso, renuncia, desde luego, a toda acción de reclamo, no menos cierto que al tener el carácter de bilateral, oneroso, conmutativo y de tracto sucesivo, es posible que durante la ejecución de la obra se presenten imprevistos graves que afecten seriamente a su totalidad (...) y que el contratista solicite un precio mayor para absorber mayores costos en los que necesariamente ha debido incurrir”<sup>389</sup>

(c) Juan Carlos Döerr Zegers / Árbitro de Derecho / E.M. DE M.B. S.A. (XXX) CON E.E. DEL N.G. S.A. (ZZZ)

---

<sup>388</sup> ILLANES, Claudio. *Op Cit*, p. 202 y ss. p.

<sup>389</sup> *Ibid*. p. 203 y ss.

XXX presentó demanda contra ZZZ, requiriendo la declaración de resolución del Contrato de Suministro de Energía suscrito entre ambas, con indemnización de perjuicios, producto del incumplimiento de la demandada de su obligación de reajustar el precio de la energía suministrada, en conformidad a la Cláusula Undécima del Contrato. Subsidiariamente solicitó la condena al cumplimiento fiel de la obligación más la correspondiente indemnización moratoria.

Se señaló en la sentencia que: “Es efectivo que todo contrato, como acuerdo de voluntades, es ley entre los contratantes y, en consecuencia, no puede ser modificado sino por mutuo consentimiento de los contratantes. Este principio de la intangibilidad de los contratos, que alcanza tanto al legislador como al juez, es un principio elemental de la contratación al cual este sentenciador adhiere en plenitud.

Sin embargo, el contrato es una institución jurídica que excede el marco de lo literal. El contrato es un acuerdo de voluntades y lo escrito o literal no necesariamente representa todo el contenido de ese acuerdo de voluntades; o dicho de otra forma, lo contratado o convenido no necesariamente es lo que las partes plasmaron en el texto escrito.

No es extraño que, tratándose de contratos de larga duración se hagan presente o surjan situaciones que, no previstas en un inicio por las partes, pueden tener influencia en el contrato y se hará necesario, entonces, determinar cómo esas nuevas circunstancias deben ser tratadas al interior del desenvolvimiento del contrato; o cómo esas circunstancias alteran o no el alcance del contrato según originalmente se previó. Para ello, será necesario interpretar el contrato para concluir fijando su verdadero sentido y alcance, lo que puede requerir, incluso, integrar el contrato creando la norma que —ajustada a la verdadera intención de las partes— llene la laguna que separa los hechos previstos por las partes y el desenvolvimiento real de las circunstancias dentro de las cuales el contrato se desarrolla en el tiempo”.<sup>390</sup> (el subrayado es nuestro).

---

<sup>390</sup> Sentencias arbitrales, Tomo I y II, 1994-2000. [www.camsantiago.cl](http://www.camsantiago.cl)

Es particular la forma de encarar el problema, debido a que ya en el primer visto se señala que el objeto de la litis es determinar el sentido y alcance de la Cláusula Undécima del Contrato suscrito por la demandante y la demandada (con fecha 31 de marzo de 1994). De tal manera, la cuestión litigiosa se enmarca dentro de un problema de interpretación.

La citada cláusula del contrato señalaba que el precio del suministro de la energía –igualmente establecido en el contrato- debía reajustarse mes a mes conforme la variación experimentada por los factores siguientes: (1) En el período comprendido hasta el 30 de septiembre de 1995, precio del fuel oil no. 6 y el índice de precios del consumidor de los Estados Unidos de América (CPI); y (2) en el período comprendido entre el 1 de octubre de 1995 en adelante, el precio del carbón, del petróleo y del fuel oil no. 6. ¿De dónde surge el conflicto? ZZZ utilizó en determinados períodos de tiempo el combustible llamado “petcoke”,<sup>391</sup> a raíz de lo cual XXX estima que tiene derecho a beneficiarse, por medio de la baja del precio, debido al menor costo de tal combustible, siendo lo anterior rechazado por ZZZ por no estar el “petcoke” incluido en la fórmula de ajuste.<sup>392</sup>

---

<sup>391</sup> El petcoke es el producto que queda luego de refinar el petróleo. Contiene altas cantidades de azufre y metales pesados, como el níquel y el vanadio. Puede ser, como en el caso en comento, utilizado como combustible.

Su nivel tóxico y de pureza, depende de los mismos factores del petróleo del cual se extrae. Una tonelada de petcoke puede costar US\$ 1 ó US\$ 40 según sea la calidad del petróleo de que se trate.

El coke de petróleo o petcoke, es un tipo de combustible bituminoso que bajo condiciones normales es químicamente estable y no reactivo, pero su combustión genera óxidos de carbono y azufre. El petcoke al ser quemado con carbón, resulta una excelente alternativa para las plantas de generación eléctrica, principalmente porque permite reducir los costos entre un 30% y un 45%.

El pet coke tiene un alto valor calorífico, un bajo contenido de productos volátiles y generalmente, tiene contenidos de azufre y nitrógeno más elevados que los combustibles tradicionales.

El gran problema de este combustible es el impacto que genera a nivel ambiental. [www.ecomelipilla.cl/petcoke.htm](http://www.ecomelipilla.cl/petcoke.htm)

<sup>392</sup> En el punto (4) de los hechos establecidos, se señala que ZZZ utilizó “petcoke” mezclado con carbón en los períodos y con las siguientes concentraciones:

A continuación, el punto (5) señala *Que el precio del “petcoke” es sustancialmente inferior al carbón mineral, hecho afirmado por la demandante, no contradicho por la demandada y que aparece confirmado por el informe de perito que rola a fojas 243 de autos.*

Por otra parte, el considerando tercero señala que la argumentación central de XXX para sostener y fundamentar su demanda, es que la intención clara de los contratantes al establecer la Cláusula de reajuste, fue la de incluir en la fórmula, los combustibles utilizados por ZZZ o los que utilizaría en la generación de energía eléctrica. La intención de las partes, se encontraría confirmada, por las siguientes circunstancias:

a- La diferenciación que hace la Cláusula Undécima entre los combustibles que integran la fórmula de reajuste en el período anterior y posterior al inicio de operaciones de la Central M. I de ZZZ, considerando en el primero sólo el fuel oil N° 6, combustible utilizado en la Casa de Fuerza N° 2— y, en el segundo, además, el carbón y el petróleo diesel —a ser utilizados en la Central M. I— y siempre sobre la base de los precios informados por ZZZ según los contratos con sus proveedores;

b- La circunstancia de que fue ZZZ, quien propuso los combustibles a utilizar en la fórmula;

c- La circunstancia de que ZZZ se obligó por la disposición del párrafo final de la Cláusula Undécima a hacer sus mejores esfuerzos para obtener los menores precios posibles en la adquisición de sus combustibles; y

- 
- a) En el período comprendido entre el 13 de junio de 1998 y el 14 de octubre del mismo año: mezcla de 20% de petcoke y 80% de carbón; y
  - b) En el período comprendido entre el 15 de octubre de 1998 y el 17 de marzo de 1999: mezcla de 40% de petcoke y 60% de carbón.

d- La aplicación práctica que las partes hicieron del Contrato, expresada por la determinación de ZZZ de no traspasar a los clientes el mayor precio de un carbón especial utilizado para prueba en la primera etapa de funcionamiento de la Central M.

El considerando IV señala que ZZZ controvierte lo señalado por XXX, argumentando que:

- i. Conforme lo dispone el artículo 1.560 del Código Civil, sólo es posible al intérprete prescindir del tenor literal de una cláusula contractual cuando una voluntad o intención contraria se manifiesta en forma clara, lo que implica que, en alguna forma, ha de existir un grado de oscuridad o contradicción en el Contrato que dé paso a una solución por medio de la labor de interpretación. Sostiene que nada hay de oscuro ni contradictorio en el Contrato de la especie.
- ii. La Cláusula Undécima, según sus argumentos, con toda claridad y precisión determina los factores objetivos que hay que considerar en la fórmula de reajuste entre los que se encuentra el fuel oil N° 6, el petróleo diesel y el carbón, lo que excluye toda posibilidad de que un juez árbitro, a pretexto de interpretar el contrato, lo modifique agregando a la fórmula de reajuste un factor —el petcoke— no considerado por las partes;
- iii. Carece de sentido sostener que la voluntad o intención de las partes fue la de considerar en la fórmula de reajuste el costo de los combustibles utilizados por ZZZ en la generación, si se tiene en cuenta que, dada la forma y lógica de funcionamiento del sistema eléctrico en Chile, la interconexión de los distintos generadores en el Sistema Interconectado del Norte Grande, hace que no necesariamente la energía vendida a XXX sea energía generada por ZZZ, sino por quien, en cada instante, sea “despachado” en orden ascendente a sus costos marginales. Esto tal como es señalado por los profesores Eduardo

Rodríguez y Hugo Rosende, en la Cátedra de Derecho Eléctrico impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, atiende a que los electrones no pueden etiquetarse.

- iv. Que el “petcoke” es un combustible que de manera alguna puede asimilarse al carbón porque tiene un origen y características diferentes;
- v. Por cuanto los combustibles incluidos en la fórmula de indexación no corresponden a los utilizados por ZZZ, toda vez que en la Central M. I sólo se utilizaba el carbón, mas no el petróleo diesel ni el fuel oil N° 6, y, por último; y
- vi. Que por la aplicación de práctica que las partes han dado al Contrato, se excluye la posibilidad de que XXX pueda demandar lo que demanda, toda vez que pagó las facturas correspondientes al período en que se utilizó el petcoke sin reclamar de ellas.

Tomando en consideración las posturas antes señaladas, el árbitro señala que debe comenzar estableciendo si es posible o no interpretar la Cláusula Undécima del Contrato, señalando que desde el punto de vista semántico, es clara, precisa y no envuelve contradicciones en sí misma ni tampoco con el resto del contrato.

ZZZ se opuso al planteamiento de XXX, sosteniendo que la intención de las partes se encontraba desvinculada de los costos de ZZZ, conviniéndose como elementos y factores del reajuste, ciertos combustibles, estando excluidos los no contemplados en la fórmula ya reseñada.

Según los datos entregados por el CDEC SING, la vinculación que existe entre la fórmula de reajuste y los combustibles utilizados por ZZZ en la generación, aparece como evidente, dada la repercusión que tienen las “materias primas” o fuentes de generación en las centrales termoeléctricas, como ocurre en el sistema interconectado mencionado. Por ello, la sentencia señala en el considerando VII: *Esta estrecha vinculación entre el combustible utilizado en la generación y las*

*fórmulas de reajuste de precios, constituye un elemento importante a considerar en la interpretación de la cláusula Undécima del Contrato.*

Es por ello que a continuación, y sobre el entendido que los contratos sirven como un sistema de asignación de costos y riesgos, el árbitro señala que ha de determinarse la base económica del contrato en procura de determinar cuál fue la real intención de los contratantes. *En el Contrato, en concepto del sentenciador, aparece clara su base económica y la forma cómo las partes se distribuyeron y asignaron los riesgos: Por una parte, ZZZ se aseguraba un cliente de alto consumo por un largo período a un precio libremente convenido y, en consecuencia, que le era beneficioso. Los contratos a largo plazo en la generación eléctrica son de la mayor importancia por la necesidad de asegurar el retorno necesario frente a la importante inversión realizada. Al mismo tiempo, al acordar la fórmula de reajuste del precio convenido, puso el riesgo del aumento del precio de los combustibles que utiliza en la generación —el factor de mayor incidencia en el costo de generación— de cargo de XXX.*

*Por su parte, XXX se aseguró por largo plazo la energía necesaria para sus operaciones mineras —evitando, así, realizar inversiones cuantiosas en proveerse de energía propia y administrar el negocio de generación— a precios libremente convenidos y, consecuentemente, convenientes. Además, si bien aceptó asumir el riesgo del aumento del precio de los combustibles carbón, petróleo y fuel oil N° 6, resultaría beneficiado con bajas en el precio de los mismos.*

*Resulta de lo anterior que la cláusula de reajuste es una disposición perfectamente equilibrada que denota con claridad una intención común de las partes: ninguna de las partes obtendría un beneficio adicional producto de la variación de los precios de los combustibles señalados. Si los precios subían y, en consecuencia, subían los costos de la generación de la energía, ZZZ resultaba compensada con un alza en el precio del Contrato; si los precios bajaban y, consecuentemente bajaban los costos de la generación, XXX, como contrapartida, se beneficiaba con una baja en el precio. Esto aparece como una clara manifestación de voluntad o como intención*

*de las partes, lo que se ve confirmado por la obligación asumida por ZZZ de hacer sus mejores esfuerzos para obtener el menor precio posible en la adquisición de sus combustibles, como expresa el párrafo final de la Cláusula Undécima.*

*Carecería de todo sentido que ZZZ hubiera estado dispuesta a aceptar una fórmula de reajuste que implicara para ella el riesgo de verse ante la necesidad de bajar el precio del Contrato por haber bajado el precio de combustibles que no incidían en sus costos.*

Tal como se señaló más arriba, el sentenciador en ningún caso desconoce el principio de la intangibilidad de los contratos, sino todo lo contrario, lo reconoce como un principio elemental de la contratación.

Sin perjuicio de lo anterior, el contrato excede de las palabras que se escriben en él. Tratándose de contratos de larga duración muchas veces será posible que surjan situaciones que la letra del contrato no contempla y que repercuten en el contrato. Ahí surge el problema de determinar cómo esas circunstancias han de ser tratadas al interior del desenvolvimiento del contrato. Además de lo anterior, se deberá determinar la forma en que dichas circunstancias alteran el alcance del negocio tal como originariamente se previó. *Para ello, será necesario interpretar el contrato para concluir fijando su verdadero sentido y alcance, lo que puede requerir, incluso, integrar el contrato creando la norma que —ajustada a la verdadera intención de las partes— llene la laguna que separa los hechos previstos por las partes y el desenvolvimiento real de las circunstancias dentro de las cuales el contrato se desarrolla en el tiempo.*

Teniendo en cuenta el principio de la buena fe -como un principio informador de la contratación en su globalidad y especialmente en relación a la interpretación- el sentenciador arguye que no es posible establecer la mera literalidad, aislada de la voluntad común de las partes, como criterio de interpretación, tanto en la variante subjetiva (tal como se establece en Chile, en el artículo 1560 del Código Civil), como en la objetiva.



Con lo anterior, dado que la voluntad común de los contratantes fue que el precio se ajustara conforme a la variación del valor de los combustibles empleados por ZZZ en la generación eléctrica y que, no puede oponerse a esta voluntad el hecho de no encontrarse un combustible determinado –como ocurre con el petcoke- en la fórmula de reajuste, resulta necesario determinar si dicha intención real alcanza a todos los combustibles que pudieran utilizarse o sólo a algunos determinados.

*En concepto del sentenciador, en procura de fijar la extensión o alcance de la voluntad de las partes en este extremo, no es concebible que la voluntad de las partes, en cuanto a que los precios se ajustaran conforme a las variaciones de precios de los combustibles utilizados por ZZZ, pueda extenderse a otros combustibles que, a la época del Contrato, fueran de utilización razonablemente previsible, ni a aquellos combustibles que, siendo de un uso razonablemente no previsible, requirieran para su utilización nuevas tecnologías, distintas a las utilizadas...*

*Lo primero, por cuanto, si al momento de suscribir el Contrato las partes hubieran previsto el uso posible de determinado combustible, habrían debido incluirlo en la fórmula de indexación y, al no hacerlo, debe presumirse su intención de excluirlo.*

*Lo segundo, por cuanto el Contrato, para su segundo período de vigencia, consideró la entrada en funcionamiento de la Central en cuestión a carbón, lo que excluye que haya podido existir la voluntad de incluir entre los combustibles aquel o aquellos que, para su utilización, se hubiera requerido de ZZZ inversiones en nuevas tecnologías, como modificaciones sustanciales en su Central M. I o en otras Centrales Generadoras. Si se pretendiera que la voluntad de las partes alcanzaba a tales combustibles, podría romperse el equilibrio contractual y la consideración de esas nuevas inversiones y tecnologías harían que esta litis no se circunscribiera a un problema de ajuste de precio de la energía, sino a la modificación del precio mismo del Contrato tanto en su componente de potencia,*

*como de energía, que sería o no posible según las circunstancias del caso, todo lo cual excede el marco de esta causa.*

*Como consecuencia de lo anterior, corresponde analizar si el “petcoke” —cuya utilización por ZZZ ha originado las dificultades surgidas entre las partes— se encuentra o no entre aquellos combustibles cuya utilización era previsible al tiempo del Contrato y cuya utilización requiere de inversión de consideración en nueva tecnología.*

Luego de analizar el petcoke, en relación al carbón, concluye el árbitro, por una parte, que ambos productos requieren de una misma tecnología y, por otra, basados en que el aumento del consumo del petcoke (en la generación de energía eléctrica) es posterior a 1995, que el uso de dicha fuente de energía no fue prevista por las partes, por el mismo hecho de su escaso conocimiento en el ámbito de las generadoras eléctricas.

Sumando todo lo anterior, el sentenciador declara que *el petcoke no puede excluirse del concepto de “combustible utilizado por ZZZ” para los efectos del reajuste del precio de energía vendida a XXX.*

En relación a la posibilidad de fijar un precio incluyendo la variante del petcoke, ZZZ señala que ello no es posible debido a que no existe valor inicial respecto del cual calcular la variación, por lo que, fijar un precio sería derechamente entrar a modificar el contrato.

El sentenciador señala frente a lo anterior que, lo que en la fórmula importa no es el dato del valor de determinada cantidad de carbón expresada en toneladas, sino que el valor de la unidad de calor que con valor se logra. Así lo que cabe hacer es comparar el valor de la unidad de calor en cada uno de los casos.

Por las consideraciones señaladas el árbitro concluye que XXX tiene derecho a beneficiarse del menor costo del petcoke utilizado por ZZZ en mezcla con el

carbón, toda vez que ZZZ no ha participado a XXX del menor precio de la energía vendida utilizando este material menos costoso.

Sin perjuicio de lo anterior, el árbitro no accedió a la petición principal de resolver el contrato. Plantea que ha existido una discusión en torno a la opción de resolver el contrato por incumplimientos que no resultan trascendentales, estableciendo y señalando las doctrinas al respecto.

*En la especie, el incumplimiento se origina de una distinta interpretación que las partes contratantes dan a una cláusula accidental del Contrato que hacía plausible la negativa de ZZZ a traspasar a XXX la economía en los costos que le originó la utilización del petcoke; diferencia interpretativa que las partes sometieron al conocimiento de un árbitro de conformidad con la cláusula compromisoria que convinieron. Se rompería el equilibrio entre las partes ligadas por un Contrato de larga duración si, por el incumplimiento de una obligación accidental —que adquirirá certeza en virtud del fallo— se sancionara a una de ellas con la resolución del contrato si es que tal incumplimiento puede corregirse sin daño al otro contratante, por la vía de imponer la obligación de dar cumplimiento íntegro cubriendo los perjuicios causados; tanto más si se tiene presente que los contratos se hacen para ser cumplidos y no para ser resueltos, fin propio de todo contrato que no puede ser ignorado por el sentenciador.*

*Las consideraciones anteriores, que llevarán al árbitro a negar lugar a la resolución solicitada, hace innecesario referirse a las argumentaciones de la demandada en cuanto a que la demanda de autos dio inicio a un juicio declarativo y no de condena.*

Descartada la solicitud principal, se acogió la subsidiaria, condenando a ZZZ a pagar a XXX lo correspondiente al menor precio en que no participó XXX.<sup>393</sup>

---

<sup>393</sup> Cabe destacar que en el fallo extraído de la página de la CAM, se señala en nota, textualmente: “Esta sentencia fue objeto de recurso de casación en la forma interpuesto para ante un tribunal de segunda instancia (sic) compuesto por los árbitros señores Adolfo Bañados

(d) Luis Simón Figueroa del Río / Árbitro Arbitrador / XX con ZZ S.A.<sup>394</sup>

XX demandó a ZZ S.A. a fin de obtener el pago de una pena compensatoria pactada en un contrato de promesa de compraventa, con los correspondientes intereses y reajustes.

Ambas partes se obligaron a firmar la compraventa de un bien raíz de propiedad del demandante en un determinado plazo. Se estableció además que, para el caso que una de las partes no concurriera a firmar la escritura, la parte negligente debía cancelar la suma de \$1.500.000, por concepto de pena compensatoria.

ZZ no concurrió a suscribir la escritura pública en la época señalada. Contestó la demanda señalando que el motivo del contrato en cuestión era tener un terminal de buses en el sector donde se encuentra emplazado el bien raíz. Señaló además que el contrato se celebró en el entendido que el folio (recorrido MB 73) seguiría perteneciendo a ZZ, cuestión que no se mantuvo. Además señaló que existen otros dos hechos imprevistos: (a) El fallecimiento de don R.A. representante legal de TR1 (compradora eventual del folio) y (b) que el SEREMI de Transporte canceló el folio. La demandada declara que no pretende excusarse de lo ocurrido, pero que los antecedentes expuestos deben tenerse en consideración para resolver la litis. Que lo esencial es que la transferencia de la variante MB 73 condicionó el hecho de no firmar la escritura porque sin ese recorrido no tenía sentido comprar el terreno, lo que dice haberle explicado al demandante. También agregó, que el interesado en el terreno era su ex socio, hoy difunto R.A.

La demandada alegó la aplicación de la teoría de la imprevisión, porque no se pudo prever al momento del contrato la transferencia inconclusa y el fallecimiento de una persona.

---

C., Claudio Illanes R. y Raúl Varela M. El tribunal de segunda instancia (sic) confirmó la sentencia del árbitro Sr. Döerr.

Frente a esto, la demandante argumenta que la teoría de la imprevisión no podría recibir aplicación en este caso porque la transferencia de la concesión de vía fue realizada por voluntad de la deudora, siéndole inoponible a la demandante. Agrega además que se llevó a efecto cuando ZZ estaba ya en mora de cumplir la pena compensatoria. Sumando argumentos, señaló que las decisiones del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones son hechos ajenos a lo pactado y que en el contrato no se estipuló ninguna condición (ni resolutoria ni suspensiva). Para finalizar, señala que el fallecimiento del señor R.A. no exime a una sociedad anónima del cumplimiento de sus obligaciones derivadas de un contrato válidamente celebrado. Esta situación se produce luego del vencimiento del plazo para suscribir el contrato.

En suma, según la demandante, ninguno de los hechos en que se excusa la demandada reúne los requisitos exigidos por la ley, la doctrina y la jurisprudencia para aplicar la doctrina de la teoría de la imprevisión.

El árbitro señaló textualmente en el considerando Cuarto: *Que la venta de una concesión de vías de servicio de transporte alegada como hecho imprevisto fue un acto voluntario ejecutado por la misma demandada, y por consiguiente no es un acontecimiento que no pudiera evitar; que además ese acto se realizó con posterioridad al vencimiento del plazo fijado para suscribir la compraventa.*

Asimismo excluyó la posibilidad de considerar la muerte del socio como un hecho imprevisto y sea que la muerte de éste se haya producido antes o después, la sociedad no deja de estar obligada a dar cumplimiento a los contratos.

En consideración a lo anterior el juez árbitro condeno a la demanda al pago de la pena compensatoria de \$1.500.000.

### 5.3 Corte de Apelaciones de Santiago y Teoría de la Imprevisión, un caso comentado recientemente<sup>395</sup>

“La sentencia que comentamos está llamada, sin dudas de clase alguna, a erigirse en un hito o referente fundamental a la hora de analizar la evolución de nuestra jurisprudencia en materia de imprevisión. Y es que antes de dicho fallo, únicamente algunas sentencias arbitrales se habían pronunciado en términos de acoger, total o parcialmente, los postulados de dicha teoría

Admitiendo, para los efectos de este análisis, que esta no se halle consagrada en nuestro sistema jurídico en tanto “teoría” y con todos u cada uno de los requisitos que la doctrina exige para estimarla procedente, ni que se encuentre establecida con los caracteres con los cuales se consulta en otros ordenamientos jurídicos, pensamos que los problemas que aquella procura resolver pueden ser analizados a la luz de los *principios generales del derecho* y las normas que gobiernan la *exégesis contractual*”.

El autor citado plantea una serie de opciones, basadas, según su estimación en consideraciones puramente jurídicas. Algunas de ellas son:

Aplicabilidad directa de los principios generales del derecho: Sin la existencia de una norma general que regule la *imprevisión*, debemos afirmar la existencia de un vacío legal en la materia. De esta manera, y acudiendo al mandato que realiza el artículo 24 del Código Civil debemos echar mano al *espíritu general de la legislación y a la equidad natural*.

“Sin perjuicio de existir un orden formal de las reglas de interpretación que recoge nuestro Código Civil, la experiencia nos demuestra que aquellas situadas al final de

---

<sup>395</sup> Guillermo Larraín Vial con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana. Corte de Apelaciones de Santiago 14 de Noviembre de 2006. Ver ALCALDE, Enrique. En Revista Chilena de Derecho, vol. 34 no. 2, pp. 361-372. 2007. Decidimos apartarlo del punto 5.1, atendida la fecha de la resolución judicial

su enumeración, esto es, el “espíritu general de la legislación” –que por nuestra parte asimilamos a los “principios generales del derecho”– y la “equidad natural”, en los hechos son las primeras que considera el juez al momento de interpretar la ley. En efecto, resulta a nuestro juicio impensable imaginar que al representarse –y por ende interpretar– el Derecho aplicable a un caso, el tribunal relegará a un plano secundario los criterios de unidad y fundamentación del ordenamiento jurídico en que se halla inmerso, así como las exigencias que se derivan de su función primordial e indelegable de hacer justicia.

Las circunstancias anotadas nos permiten afirmar, basados exclusivamente en los datos que aporta el funcionamiento real y práctico de la actividad judicial, que el carácter subsidiario que se le pretende atribuir a los principios generales del derecho únicamente se restringe –como por lo demás se infiere del propio tenor literal del artículo 24 de nuestro Código– a las hipótesis en que existe un vacío o laguna legal, en cuyo caso resulta imperativo fallar conforme al “principio constitucional de inexcusabilidad”. Empero, ello no importa de manera alguna que, en los restantes casos, los tribunales deban prescindir del espíritu de la legislación, ni menos de la equidad, la cual, en definitiva, identificándose con lo justo del caso concreto, constituye preocupación esencial de toda jurisdicción.

En el sentido que se viene exponiendo, nuestros tribunales ordinarios de justicia no han dudado en reconocer aplicabilidad directa a los “principios generales” a fin de resolver contiendas concretas sometidas a su conocimiento” (p.363).

Teniendo en consideración las anteriores aseveraciones, el autor analiza los Principios Generales de Derecho involucrados en la materia:

**- Intangibilidad del contrato:**

Pese a la claridad y posicionamiento del artículo 1545 Código Civil, el autor plantea la posibilidad de preguntarse si este principio impide estimar terminada una relación contractual por el hecho de haber sobrevenido circunstancias imprevisibles que

tornan el cumplimiento de la prestación excesivamente oneroso. “(...) la pregunta es pertinente ya que bajo una superficial mirada podría estimarse que el tenor literal del artículo 1545 impide arribar a tal conclusión. Sin embargo, ha de recordarse que la letra de la ley sólo adquiere plenitud de sentido dentro del discurso en el que se integra el precepto aislado. (...) Y es que en el ámbito jurídico ninguna disposición aislada, ningún precepto por sí solo, tiene plenitud de significado” (p. 365)

Siguiendo la tesis del Profesor Pablo Rodríguez, referida a la *obligación como deber de conducta* típica, el autor plantea que (...) “el principio del “*pacta sunt servanda*” no es una regla rígida que encasille al deudor y lo ate a una prestación, por cuanto la obligación vincula al deudor a un deber de conducta, a un cierto comportamiento, debidamente tipificado o descrito en la ley. Es por eso, también, que la fuerza obligatoria del contrato no impone la ejecución de una prestación, ya que se satisface con el despliegue de una conducta típica debida”. (p.366)

A fin de darle fuerza a estos argumentos y relacionándolo con el fallo en cuestión, el autor cita alguno de los considerandos del fallo: DÉCIMO: Que para el efecto señalado, cabe recordar el artículo 1558 del Código Civil, norma que dispone que si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. De esta manera, siendo inseparables los conceptos de cumplimiento con prestación de lo que se debe, por una parte, y por la otra, perjuicios con incumplimiento, es dable concluir que solo habrá incumplimiento cuando no se realiza la prestación estipulada a la fecha del contrato y no habrá incumplimiento porque no habrá obligación, cuando no se ejecuta cualquiera otra prestación que deba realizarse por encima de lo previsto, y por ende acordado, en la fecha antes señalada. DÉCIMO PRIMERO: Que, además, se refuerza el razonamiento anterior con lo que dispone el artículo 1547 del Código Civil que en su parte pertinente establece que “El deudor” es responsable de la leve (culpa), en los contratos que se hacen para beneficio recíproco. Si se relacionan ambas normas, es decir artículo 1558 y 1547 del Código Civil, es fácil concluir que en el caso de autos fue el día 2 de agosto de 1996 el momento, en que junto con nacer el contrato, las partes del mismo supieron con exactitud el alcance de sus



prestaciones y el grado de responsabilidad que asumían para el evento de su incumplimiento o dicho de otra manera, supieron qué “diligencia” se necesitará para el cumplimiento de la obligación. Tratándose en la especie de un acto jurídico bilateral que reporta beneficio para ambas partes, era el cuidado de un buen padre de familia el que debían emplear estas y, como resulta evidente, ese comportamiento es el único que se les puede exigir”

Como corolario del desarrollo anterior el autor se manifiesta adverso a la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, debido que al acogerse, todos los deudores serían asimilados en el nivel de diligencia exigida, siendo inoperantes los artículos 44 y 1547 de nuestro Código Civil.

#### **- Interdicción del enriquecimiento injusto**

“En lo que toca a nuestro propio ordenamiento jurídico, no parece existir dudas en orden a que la represión del enriquecimiento sin causa legítima o “adecuada” constituye un *principio general de derecho*”. De ello dan cuenta las numerosas disposiciones del Código claramente inspiradas en él, así como los distintos fallos de nuestros tribunales ordinarios que se fundamentan en aquellas” (p.369)

Si el deudor estaba obligado, en virtud del contrato, a obrar con una diligencia determinada y se le exige una actuación con un nivel de diligencia mayor, se estaría produciendo un enriquecimiento injusto, toda vez que no existiría causa para exigirse ese mayor nivel de actividad al obligado.

Así lo establece el fallo analizado en su considerando XVII: “DÉCIMO SÉPTIMO: Que, así planteadas las cosas, el exigirle a CONSTRUCTORA CONCRETA S.A. asumir los mayores gastos que implicaron la obra, es someterla a realizar una prestación no prevista, es decir, “no debida” que se encuentra fuera de la relación contractual vigente desde 1997, lo que le ha significado una cuantiosa pérdida, a diferencia del SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANIZACIÓN DE LA REGIÓN METROPOLITANA, que se ha visto enriquecida injustamente, situación que deberá

ser revisada mediante la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, procedimiento que no implica tocar en un ápice el contrato existente entre las partes sino que tan solo precisar y afirmar su existencia, pero restableciendo su real sentido y alcance”.

**- *Abuso del derecho o del interés jurídicamente protegido***

Haciendo un breve análisis de la expresión y considerándola tautológica, el autor señala que en ausencia de un interés jurídicamente protegido, no existe derecho subjetivo. Es decir, el límite para ejercer un derecho se encuentra precisamente en la realización del interés que el ordenamiento busca proteger.

Así lo establece el fallo analizado en su considerando XVI: “DÉCIMO SEXTO: Que, no pudiendo calificarse jurídicamente el contrato celebrado entre las partes sino como oneroso y conmutativo, la equivalencia en las prestaciones resulta fundamental por cuanto dicha característica es un elemento de la naturaleza de ese tipo de contrato, esto es, según lo dispone el artículo 1.444 del Código Civil, “aquellas cosas que no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial”. De manera que, al alterarse la equivalencia en las prestaciones, se lesiona el contrato mismo, situación que permite consecuentemente su revisión”.

Pese a todas las consideraciones anteriores, el autor termina concluyendo: “Sin duda el aspecto que presenta mayor novedad en la sentencia, se vincula con la tesis que entiende la obligación como un “deber de conducta típica referido a una prestación”. Se sigue de ello que la imposibilidad de cumplir que crea un caso fortuito es subjetiva, porque depende de la diligencia o deber de conducta de que responde el deudor. De esta manera, puede un mismo caso fortuito poner al deudor en la imposibilidad de cumplir en algunos casos; y a otro deudor en situación de cumplir, no obstante tratarse, objetivamente, del mismo hecho imprevisto e irresistible. Lo anterior, en definitiva, porque la “imposibilidad” a que se refiere la ley depende no solo del hecho mismo, sino, primordialmente, de la diligencia, cuidado,

actividad y eficiencia que la ley exige al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

No obstante, pensamos que la aplicación de dichos razonamientos debió llevar a los sentenciadores a concluir lo innecesario de aplicar la teoría de la imprevisión. En efecto, prácticamente la totalidad de los problemas e inconvenientes que se pretende solucionar con aquella pueden ser abordados mediante esta forma de conceptualizar la obligación, ratificando así la vigencia del principio de la intangibilidad del contrato del cual suele predicarse una permanente tensión con los postulados de este instituto” (ps. 371 y 372)

#### 5.4 Jurisprudencia administrativa

A continuación pasamos a desarrollar y comentar una serie de dictámenes que han sido pronunciados por nuestra jurisprudencia administrativa.

##### a) DICTAMEN 036724N08 de 6 de agosto de 2008

La empresa SACYR CHILE S.A. solicitó a la Contraloría General de la República con el fin de que se reconozca su derecho a ser compensada por la Dirección de Vialidad, en atención al mayor costo en que ha debido incurrir en la ejecución de las obras “Reposición Ruta 0-50”, Sector Cabrero-Agua de la Gloria, Tramo Tomeco-Copiulemu, entre KM 23,400 y KM 60,250, Provincias de Bío Bío y Concepción, Octava Región. Lo anterior, es fundamentado por el incremento inusual, imprevisible y desproporcionado que el precio del combustible experimentó en el período de ejecución de las obras, impactando económica y financieramente y sin haber podido ser recogido en la fórmula de reajuste polinómico prevista en el contrato, situación que reclaman ajena a su voluntad y que rompe el equilibrio de la ecuación económica del negocio.

La empresa recurrente señala que antes de la presentación de su oferta presupuestó los costos de la obra a ejecutar según la cantidad y nivel de

producción, estableciendo en forma clara que al interior del esquema de precios unitarios, el combustible representaba un costo directo esencial de carácter variable en relación al tipo y número de máquinas a usar, a la potencia de sus motores y a las condiciones locales del trabajo, determinando su valor en función al precio que éste tenía al momento de presentar su oferta y a la evolución histórica que éste había sufrido, por lo que el alza que había experimentado el precio del crudo durante la ejecución de las obras a razón de un 62,55% respecto del que éste tenía al mes de origen de aplicación de la fórmula de reajuste –noviembre de 2003- no sólo resulta imprevisible sino que desproporcionada, causándole perjuicios valorados en \$244.475.845,88.

Sacyr Chile S.A. funda su petición en la procedencia de la “Teoría de la Imprevisión”, señalando que el contrato de construcción de obra es conmutativo, de ejecución diferida y participa tanto de las características del contrato administrativo como del civil o privado y que como tal se encuentra sujeto a una serie de principios que lo rigen, como el principio administrativo del “riesgo y ventura del constructor en la ejecución de las obras contratadas” y el civil “pacta sunt servanda”, que si bien implica la intangibilidad del contrato, acepta algunos matices.

La Dirección General de Obras Públicas, manifiesta que la recurrente busca alterar el sistema de reajuste, modificando algunas condiciones respecto a las originarias, lo que significa desconocer los principios de la sujeción estricta a las bases de licitación, la igualdad de los proponentes, la buena fe y el principio de que el reclamante no puede aprovecharse de su propia negligencia. Agrega que el pliego de condiciones establecía que el petróleo tendría una incidencia del 7,58% en el total del presupuesto, siendo aceptado por todas las empresas postulantes, quedando por ello a sus cargos, la proyección del alza del combustible.

Sumado a lo anterior la citada Dirección señala que el artículo 102 del decreto No. 15, de 1992, del Ministerio de Obras Públicas, que rigió la contratación en el caso, prescribe que “el valor convenido para la suma alzada o para los precios unitarios de las obras contratadas se considerará invariable. Sin embargo, estos contratos

podrán estar afectos al sistema de reajuste que se estipule en las bases administrativas”. A lo anterior, se agregan las siguientes razones:

- a- El principio de la inmutabilidad establecido en el artículo 1545 del Código Civil;
- b- Considerando la actuación de un órgano público, el principio de la juridicidad que establece la obligación de actuar dentro de la competencia y sin tener más atribuciones que las expresamente conferidas por el ordenamiento jurídico;
- c- Principio de estricta sujeción a las bases, no pudiendo modificarse los pliegos de condiciones una vez recibidas las ofertas, dando un trato de igualdad a los oferentes.

*En relación a la teoría de la imprevisión, aludida por 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.*

Teniendo en cuenta los argumentos anteriores, la Contraloría General de la República no admite la solicitud formulada por la empresa recurrente.

- b) DICTAMEN 010624N06 de 6 de marzo de 2006

La Empresa Lonquén Construcciones Limitada, solicita un pronunciamiento de la Contraloría respecto de la situación que le afecta en relación a la discrepancia mantenida con el Parque Metropolitano de Santiago, respecto del pago por obras adicionales que habría realizado en el transcurso de la ejecución de la obra

“Construcción Aula Multiuso para la Unidad Educativa del Parque Metropolitano de Santiago”

La empresa informó que la estructura original de la obra no era la esperada según el proyecto original que había efectuado el propio Servicio, lo que sólo se pudo constatar cuando comenzó el proceso de demolición, derivando en aumentos de costos por obras adicionales.

El Servicio señaló que las obras estimadas como aumentos son de responsabilidad, cargo y costo de la recurrente.

La Contraloría General de la República estimó que las circunstancias sobrevinientes relativas a la estructura de la obra primitiva constituyen fuerza mayor, por lo que no corresponde que la empresa concesionaria asuma los mayores costos demandados, procediendo que el Servicio pague a la recurrente los mayores valores en que debió incurrir para cumplir con lo pactado.

*En efecto, si bien en el precio del contrato se incluyen todos los gastos que irroque su cumplimiento, sean directos, indirectos o a causa de él, ello se entiende en el marco del desarrollo normal y previsible de su ejecución, valor que eventualmente podría sufrir variaciones de concurrir situaciones de fuerza mayor, como ha sucedido en la especie, en que se constató que la estructura era de albañilería reforzada y no de hormigón armado como se indicó, sin que fuese posible al contratista prever tal situación en base a los antecedentes que le entregó el Servicio, toda vez que sólo pudo percatarse de la misma una vez que inició los trabajos de demolición.*

Por lo anterior, la Contraloría General de la República concluyó que la recurrente tiene el derecho a ser remunerada por la ejecución de los trabajos aludidos.

c) DICTAMEN 035996N05 de 2 de agosto de 2005

El Alcalde de la Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda, solicitó un pronunciamiento sobre la procedencia de que esa Municipalidad, vise la modificación del precio del contrato de prestación de servicios para la protección de accesos y resguardos de recintos municipales, relación que se tiene con una empresa particular. La solicitud se basa, teniendo en consideración el mayor costo producido por la reducción de la jornada ordinaria laboral a 45 horas semanales, introducida por la ley 19.759.

La empresa de seguridad ha propuesto al Municipio reajustar el precio del contrato, debido al mayor costo generado por la modificación legal, cuestión no prevista al momento de su suscripción. Se basan en el aumento por la contratación de más personal y el aumento de las horas extraordinarias imponibles a fin de cumplir con los turnos correspondientes y no afectar las remuneraciones de los trabajadores.

Al igual que la Dirección Jurídica de la Municipalidad mencionada, la Contraloría General estimó que la modificación al precio del contrato no vulnera las bases del mismo, por estar sustentada en una situación de fuerza mayor, como lo es la antedicha modificación legal.

*En efecto, la jurisprudencia administrativa sustentada por esta Contraloría General ha reconocido que se configura una causal de fuerza mayor, en el caso de dictarse, durante la vigencia de un contrato, leyes o actos de autoridad que establezcan nuevas exigencias que hagan variar las condiciones inicialmente convenidas, al introducir nuevos elementos no contemplados en el ordenamiento jurídico vigente al momento de la celebración del contrato, que es lo que precisamente ha acontecido en la situación de la especie. (Aplica criterio contenido en los Dictámenes N°s. 41.409, de 1994 y 35.989, de 2001, entre otros).*

*En el derecho chileno, el acto de autoridad que impone o prohíbe a las personas una conducta, prestación u obligación determinada, no contemplada anteriormente en el ordenamiento jurídico vigente, se asimila a la figura del caso fortuito y de la fuerza mayor, prevista en el derecho común en el artículo 45 del Código Civil, el cual prevé justamente como evento de esta especie el acto de autoridad; precepto*

*que se encuentra ubicado en el título preliminar de ese texto, el cual regula una materia propia del derecho público. La regla general es que el acto de autoridad sea de responsabilidad del Estado, a menos que el contratista haya tomado en forma expresa sobre sí tal riesgo, que no es el caso de la especie, toda vez que de los antecedentes tenidos a la vista se desprende que no existió una cláusula expresa en la cual la empresa contratista se hiciera cargo de la fuerza mayor, por lo que no cabe entender que deba asumirla.*

Haciéndose cargo del principio de igualdad de los licitantes, la Contraloría desestima su violación, puesto que por tratarse de un hecho imprevisto, a cualquier contratante habría debido aplicársele el mismo tratamiento, que persigue mantener el equilibrio económico de las partes.

Tomando en cuenta los argumentos anteriores, la Contraloría señala que la Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda puede autorizar la modificación del contrato de prestación de servicios de vigilancia de que se trata, aceptando el reajuste de su valor original.

d) DICTAMEN 010917NO5 de fecha 3 de marzo de 2005

*La Sociedad Segal Limitada, solicita la revisión de los términos del contrato “Levantamiento Aerofotogramétrico Valles de Lluta, Azapa, Vitor y Camarones”, por cuanto: la Contraloría General de la República señaló: Cabe precisar que, en términos generales, en una suma alzada, el contratista ha de entregar los trabajos concluidos a cambio de un precio alzado, asumiendo la mayor o menor onerosidad que pueda significar para él la obtención de ese resultado; lo único relevante es el resultado final –la entrega dentro de plazo de las labores finalizadas-, abstracción hecha de la actividad desplegada por el empresario para llegar a él o del costo que le haya supuesto obtener el mismo.*

*Correspondía, pues, en este caso, que el consultor adoptara las providencias y resguardos necesarios para proteger sus intereses. Si no lo hizo así en forma*



*oportuna, no puede después pretender obtener un beneficio económico derivado de su propio descuido.*

Se desestimó la solicitud, toda vez que el suceso no era imprevisto: el cálculo entregado se indicó en calidad de meramente referencial.

e) DICTAMEN 031163N05 de fecha 5 de julio de 2005

Se solicitó reconsideración del Oficio No. 231, de 2005, de la Contraloría Regional del Maule, que desestimó el reclamo hecho en relación al cobro de mayores cantidades de obras que habría ejecutado y que no le fueron canceladas en el Contrato denominado “Construcción de Edificio para la Implementación de la Reforma Judicial en Talca”.

El reclamante señaló que el aludido pronunciamiento no estima que se proveyeron 5.616 metros cúbicos de relleno estabilizado provenientes de la planta de áridos de la zona, ni tampoco la circunstancia de que al no servir el material acopiado de acuerdo a los ensayos técnicos tuvo que eliminarlos con transporte al botadero. Asimismo señala que no se le pagaron 5000 metros cuadrados adicionales de estuco, el cambio de material para revestir marquesinas y pilares en paneles de aluminio, los socialzados que se eliminaron del proyecto y el mayor costo que debió soportar a consecuencia de la implementación del seguro de cesantía establecido en la ley 19.728, para cuyos efectos alega la teoría de la imprevisión. Por último, reclamó el pago de aquellas reparaciones que tuvo que realizar con ocasión de observaciones formuladas por la Administración con posterioridad a la recepción provisoria de la obra, las cuales corresponderían, según su opinión, a cambios posteriores del proyecto original.

Se señaló por la Contraloría General de la República que el artículo 4 n°27 del Decreto 75 de 2004, prescribe que la propuesta a suma alzada es una oferta a precio fijo, en que las cubicaciones de las obras se entienden inamovibles salvo aquellas partidas especificadas en las bases de la licitación en que su cubicación

se establezca a serie de precios unitarios, y cuyo valor total corresponda a las partidas fijas y a la de precios unitarios, si las hubiere. El artículo 74, por lo demás, señala que en las propuestas a suma alzada las cantidades de obras deben ser determinadas por el proponente, teniendo sólo valor ilustrativo las cantidades de obras que entregue la Dirección al convocar a la licitación.

*Como puede advertirse, en este tipo de contratos corresponde al contratista indicar la cantidad efectiva de las obras a ejecutar, siendo improcedente que con posterioridad alegue una cubicación mayor a la de su propia evaluación, máxime si se considera que es de la naturaleza de este tipo de convenciones que el particular asuma el riesgo de realizar un volumen de trabajo mayor que el previsto inicialmente, salvo que expresamente en las bases de la propuesta se haya estipulado la revisión de las cubicaciones de ciertas obras.*

*Sin embargo, se ha sostenido por la reiterada jurisprudencia de esta Entidad Fiscalizadora, que en los contratos a suma alzada procede pagar los mayores trabajos distintos de los presupuestados, provenientes de aumentos de obras u obras extraordinarias que fueren indispensables para dar cumplimiento al contrato cuando ellos deriven de un cambio de proyecto que no pudo tener en cuenta el contratista al momento de presentar su oferta (Dictámenes No. 12.820, de 1986, y 42.821, de 1994).*

Las mayores obras que reclamadas por el recurrente por concepto de transporte a botadero y mayor relleno con material estabilizado en la zona de edificación corresponden a faenas que los documentos del contrato contemplan, cuya dimensión era previsible si se atendía a las cotas y medidas del terreno a excavar y a la pérdida del material de acopio destinado a ser reutilizado, de modo que no puede estimarse que la mayor cantidad de material transportado o adquirido para el relleno, constituya una obra adicional, debido a que la empresa se obligó a entregar los resultados de dichas actividades, asumiendo la mayor o menor onerosidad que tuviera la obtención de dicho objetivo.

En relación al mayor costo reclamado por el material de relleno, se señaló que, por ser una labor de exclusiva responsabilidad de la empresa, ésta debía asumir el costo producido por el mayor volumen requerido.

En lo que respecta al estuco de los muros interiores, pese a tratarse de una superficie mayor que lo estipulado, no procede el pago de las mayores obras, ya que consta de planos gráficos que dichas obras no fueron imprevistas.

Respecto del pago que se reclama por el mayor costo soportado al tener que financiar parte del seguro de cesantía establecido en la ley 19.728, la Contraloría General de la República señaló que, conforme lo dispone el artículo 102 inciso primero del Reglamento de concesiones de Obras Públicas, *el valor convenido para la suma alzada o para los precios unitarios de las obras contratadas se considerará invariable*, razón por la cual, el mayor costo que para el contratista implicó el pago del porcentaje en que concurrió al seguro de cesantía de sus trabajadores no constituye un motivo que fundamente la alteración de los precios convenidos en el contrato.

Por lo demás, señala el organismo Fiscalizador que *no procede invocar la teoría de la imprevisión, por cuanto la implementación de la aludida institución era una circunstancia conocida por todos los concursantes a la época de la presentación de las propuestas.*

En relación al reclamo por el pago de aquellas reparaciones que tuvo que realizar con ocasión de observaciones formuladas por la Administración con posterioridad a la recepción provisoria de la obra, se señaló que *se debe reembolsar al contratista los costos directos involucrados en la realización de aquellas obras que no se referían a circunstancias que le eran imputables, puesto que no hacerlo conllevaría un enriquecimiento sin causa a su favor que no se ajusta a la normativa ni principios que rigen este tipo de convenciones.*

Teniendo presente los dictámenes anteriores, podemos observar que la Contraloría General de la República acepta la posibilidad de modificar los contratos, cuando

aparecen hechos imprevisibles para las partes (sumados a los demás requisitos). Sin embargo, lo anterior no nos podría llevar a afirmar que se está acogiendo la opción de modificarlos en base al argumento de la teoría de la imprevisión, en todos los casos. Observamos en una serie de dictámenes un acercamiento al argumento del enriquecimiento sin causa como base para acoger la modificación. Está demás señalar la relación entre ambas instituciones, por haber sido tratada líneas más arriba.

## **CONCLUSIONES GENERALES**

El año 1933 el Profesor Lorenzo De la Maza publicó su memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, denominada *La Teoría de la Imprevisión. (En relación con el Derecho Civil Chileno)*. A partir de la publicación de dicho trabajo, el tema de la imprevisión comenzó a ganar cada vez más relevancia en el derecho civil chileno, dando lugar a la publicación de innumerables artículos y ensayos en relación al tema.

Con todo, desde la publicación de la comentada obra del profesor De la Maza -y sin perjuicio de ser objeto de un somero análisis en cada uno de los tratados de obligaciones publicados en nuestro país-, no se ha presentado un trabajo que analice de manera sistemática y exhaustiva el estado actual de la doctrina nacional y comparada en la materia.

Desde esta perspectiva, el presente trabajo pretende realizar un recorrido por el estado actual de la doctrina, tanto nacional como comparada, en materia de imprevisión. Sin perjuicio de ello, hemos procurado adicionalmente esbozar algunas conclusiones generales en torno al tema, a efectos de plasmar sintéticamente nuestra postura y contribuir al desarrollo dogmático en la materia.

### **1. El contrato como mecanismo de distribución de riesgos. Función esencial de las partes en la negociación contractual: ponderar debidamente los riesgos**

En el Capítulo I del presente trabajo destacamos que el contrato, en cuanto producto de la voluntad de los contratantes, genera un marco regulatorio de intereses que las partes no pueden –en principio- vulnerar bajo ningún respecto.

Asimismo, dejamos en claro que todo contrato que contiene prestaciones que no son de ejecución instantánea, envuelve un elemento implícito de riesgo contractual. Como bien señala Enrique Barros, “[c]uando está de por medio el tiempo, un contrato que

pudo ser concebido como conmutativo, adquiere inevitablemente caracteres de aleatorio”.<sup>396</sup>

De esta manera, es preciso que las partes en la regulación de sus intereses contractuales sean tan claras y exhaustivas como sea necesario, por cuanto al obligarse a ejecutar prestaciones en un horizonte temporal más o menos definido, están implícitamente asumiendo un riesgo de que las circunstancias –dentro de un rango más o menos delimitado de sucesos razonables- puedan variar. En efecto, es deber de las partes determinar a través del contrato qué riesgos están dispuestos a asumir y qué riesgos, en cambio, no están bajo sus expectativas contractuales.

Sólo a través de esa regulación exhaustiva de las partes, el contrato cobra su real valor como mecanismo de distribución de riesgos *ex ante*. Más aún, mediante la determinación de los riesgos que las partes están dispuestos a asumir, se “[d]efine, en el fondo, el valor de las prestaciones (asumir un riesgo tiene un valor)”.<sup>397</sup> De esta manera, -en principio- resulta injusto juzgar la situación contractual *ex post* y modificar el contrato después de acaecido un determinado suceso, pues en tal circunstancia, las partes dejarían de asumir realmente un riesgo, quedando cubiertas prácticamente a todo evento.

Es preciso señalar que además de una regulación exhaustiva y de una distribución adecuada de riesgos mediante la determinación del valor de las prestaciones, existen mecanismos convencionales destinados a enfrentar la ocurrencia de fenómenos sobrevinientes e imprevistos al tiempo de contratar. En particular, haremos una breve referencia a dos de estos mecanismos: (i) La cláusula *hardship*; y (ii) La estipulación de la cláusula de arbitraje.

---

<sup>396</sup> BARROS. *Op Cit.* [s.a.] p 72.

<sup>397</sup> *Ibid.* p 74.

### 1.1 La cláusula *hardship*

La cláusula de *hardship* (infortunio, adversidad, injusticia), o de adaptación del contrato, permite que éste sea objeto de revisión cuando sobrevienen circunstancias que afectan a su ecuación económica, esto es, cuando se trastorna "la relación de valor entre las prestaciones [que] forma parte del contenido económico del contrato".<sup>398</sup>

Mediante la estipulación de esta cláusula los contratantes *a priori* dejan de manifiesto su conciencia respecto de que las circunstancias pueden variar durante la ejecución del contrato. En efecto, mediante dicha cláusula se "[p]ermite a cualquiera de las partes exigir una adaptación del contrato, si se produce un cambio en las circunstancias que las llevaron a vincularse, de modo que este cambio le ocasione un rigor (*hardship*) injusto a quien reclama la revisión convencional. Está destinada a provocar la renegociación del contrato, en virtud de la alteración de las circunstancias".<sup>399</sup>

En definitiva, mediante esta cláusula las partes solucionarán conflictos de intereses, sea por sí mismas, o bien recurriendo a un tercero imparcial, que puedan surgir por la ocurrencia de sucesos sobrevinientes e imprevistos al tiempo de contratar.

### 1.2 La cláusula de arbitraje

Dentro de las bases de la jurisdicción que ordenan e informan nuestro derecho procesal orgánico, nos encontramos con la gratuidad. Esta implica que las partes no tendrán que remunerar al juez a la hora de que plantearle una solución a un conflicto de relevancia jurídica.

Como toda base o principio, la gratuidad encuentra en el arbitraje una excepción permitida (dentro del marco de la licitud).

---

<sup>398</sup> ARECHEDERRA, Aranzadi. *La Equivalencia de las Prestaciones en el Derecho Contractual*. Madrid, España. 1978, pág. 52.

<sup>399</sup> LOPEZ. *Op Cit.* N° 50.1

Nuestro sistema procesal orgánico dota a los árbitros el carácter de jueces, tal como se puede desprender de los artículos 5 y 222 del Código Orgánico de Tribunales. A partir de este último, el mencionado Código regula el arbitraje, en cuanto a las materias en que necesariamente se debe acudir a éste, las materias en las que está prohibido solucionarlo en dicha sede, así como los tipos de árbitro a los cuales pueden optar las partes.

El transcurso tiempo, tal como lo señaláramos más arriba tiene un valor para las partes de un contrato. Dicho valor muchas veces juega un rol fundamental para que se plantee el problema de la imprevisión, toda vez que se produce en contratos en los cuales el álea está determinado por las proyecciones futuras. Pero aun más. El factor tiempo, además es considerado por las partes a la hora de prever un conflicto futuro en un contrato.

Teniendo a la vista la tardanza y lentitud de los tribunales ordinarios, las partes pueden prever mediante un compromiso o una cláusula compromisoria, abstraer del conocimiento de los tribunales ordinarios un determinado asunto, buscando una pronta solución a los problemas que surjan del contrato, debiendo remunerar al árbitro designado con miras de ahorrar ese valioso tiempo de estancamiento del conflicto.

A la hora de escoger, tienen tres opciones que permite el legislador: un árbitro de derecho (falla y procede conforme a derecho); un árbitro mixto (falla conforme a derecho pero procede como arbitrador); o un árbitro arbitrador (falla conforme a lo que su prudencia y equidad le dictaren y procede conforme a lo que las partes le señalen o en subsidio, conforme a las normas mínimas del procedimiento consagradas en el artículo 637 Código de Procedimiento Civil).

Vemos en la designación de este último tipo de árbitros, una de las vías más expeditas para solucionar el conflicto de la imprevisión, por la forma señalada en cuanto a su fallo y a su proceder.



“La problemática de la teoría de la imprevisión presenta caracteres distintos tratándose de tribunales arbitrales de arbitradores. En efecto, debe recordarse que estos jueces resuelven los asuntos del orden temporal que les son sometidos a su conocimiento, conforme a lo que la prudencia y la equidad les indiquen. Vale decir, no están forzosamente compelidos a ajustarse estrictamente a las normas legales y decidir en conformidad rigurosa con lo que dispone la ley, lo que obviamente, no implica que resuelvan según su saber y entender, e incluso lleguen a desconocer las instituciones más fundamentales de nuestro orden jurídico, especialmente aquellas que participan de los caracteres propios del orden público (...) En cambio, los jueces árbitros de derecho están en la misma situación que los jueces del fuero ordinario, por cuanto tienen que resolver conforme el ordenamiento jurídico. En una posición con alcances distintos se encuentran los árbitros mixtos, arbitradores en la forma, y de derecho en el fondo, por la circunstancia de que al apreciar la prueba como arbitradores pueden darle, en esta importante etapa del proceso, un énfasis distinto a alguna de las pruebas producidas, que les permita abrir un camino hacia la posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión”.<sup>400</sup>

## **2. Una solución práctica para que el deudor se cubra de los riesgos: El contrato de seguro**

Como señalamos precedentemente, todo contrato que implica una ejecución de prestaciones en el tiempo tiene un elemento implícito de aleatoriedad. De esta manera, un mecanismo idóneo para distribuir los riesgos asumidos por las partes en este tipo de contratos es la contratación de seguros, por parte del deudor.

En efecto, mediante la contratación de seguros el deudor adquiere un resguardo frente a la ocurrencia de sucesos imprevistos que pueden radicarse aleatoriamente en su patrimonio, elevando de manera sustancial el costo de su prestación. En este sentido, el deudor podría contratar seguros de cobertura por variación de tipo de cambio en transacciones que se realicen o prestaciones que se valoren en moneda extranjera;

---

<sup>400</sup> ILLANES Ríos, Claudio. *Op. cit.*, p. 199 y ss.

seguros que se apliquen una vez acaecidas alzas de precio de determinados productos por sobre cierto límite, etc.

### **3. El silencio contractual y la carencia de resguardos del deudor frente al imprevisto. Determinación de las hipótesis que justifican una revisión del contrato: una cuestión valorativa**

La tarea analítica más ardua en materia de imprevisión surge, precisamente, cuando las partes no contemplan ningún mecanismo de readaptación del contrato o cuando el deudor carece de mecanismos de resguardo frente a los sucesos imprevistos que alteran substancialmente la economía del contrato. En tal caso, lo fundamental es dilucidar los criterios de valoración para determinar qué tipo de circunstancias sobrevinientes se encuentran dentro del ámbito de riesgo propio del contrato –y que los contratantes previeron o razonablemente debieron prever al tiempo de contratar- y, por el contrario, qué tipo de sucesos escapan a ese rango más o menos delimitado de eventos sobrevinientes y que, por tanto, los contratantes no están legítimamente obligados a tolerar durante el tiempo que se extiende la ejecución del contrato.

Al respecto, nuestra opinión es que no existe un catálogo previamente delineado de sucesos o circunstancias sobrevinientes que permitan solicitar una revisión (o la solución legislativa que se adopte) del contrato. En efecto, estimamos que dicha tarea consiste más bien en una labor de valoración judicial y no propiamente en una labor de aplicación de criterios exactos.

Siendo una tarea esencialmente valorativa, la labor judicial debiera centrarse fundamentalmente en el análisis normativo del elemento previsibilidad, vale decir, en determinar qué sucesos debieron razonablemente ser previstos por los contratantes (atendida su previsibilidad *ex ante*) y qué sucesos son más bien exorbitantes, por cuanto los contratantes no contaron ni debían contar con su ocurrencia. En tal análisis será preciso tener en cuenta que no todas las circunstancias no previstas en el contrato son necesariamente imprevistas, dado que si bien la prolongación de un

contrato en el tiempo lleva consigo un indubitado elemento de incertidumbre, el futuro – bajo ciertas circunstancias y, hasta cierto punto- es posible de prever.<sup>401</sup>

Centrando el análisis en la previsibilidad, como elemento determinante para calificar un suceso sobreviniente como exorbitante, pensamos que es útil acudir a teorías que si bien se han postulado en otros ámbitos de la dogmática civil, resultan fundamentales para nuestro análisis, en cuanto clarifican conceptualmente el elemento “previsibilidad”. En particular, haremos referencia a una doctrina que penetró primeramente en el ámbito penal –gracias al aporte del fisiólogo Von Kries-, y luego en el ámbito civil – gracias al aporte de Larenz,<sup>402</sup> fundamentalmente-, esto es, la doctrina de la causa adecuada; corriente analítica orientada al estudio de la relación de causalidad, que busca introducir y “[a]plicar principios estadísticos y de probabilidad matemática al estudio de las relaciones humanas y particularmente del derecho”.<sup>403</sup>

En términos sintéticos, esta teoría busca delimitar el ámbito de perjuicios indemnizables que derivan de la comisión de un hecho ilícito. En tal sentido, se busca circunscribir la indemnización de perjuicios a aquellos daños que el hecho culpable es apropiado para producir, bajo un curso ordinario y no extravagante de acontecimientos. A contrario sensu, la doctrina de la causa adecuada “[e]stabece las condiciones negativas para excluir la responsabilidad cuando los acontecimientos se desencadenan en un curso causal anormal o extraordinario, ajeno al impuesto por el hecho negligente”.<sup>404</sup> A juicio de Larenz, se trata de una imputación objetiva de las

---

<sup>401</sup> BARROS. *Op Cit.* [s.a.] p 73.

<sup>402</sup> Larenz justifica el surgimiento de la teoría de la causa adecuada frente al fracaso del concepto de causa natural en la delimitación del ámbito de perjuicios indemnizables. En efecto, señala que “[l]a relación de causa y efecto no se limita a los miembros inmediatos de una cadena causal, sino que continúa a través de un número ilimitado de miembros intermedios”. Frente a ello, establece que dicha extensión no puede ser ilimitada en el ámbito de la responsabilidad civil, constatando –acto seguido- que “[e]l concepto natural de causa no contiene ciertamente dicha limitación de las consecuencias, tal como lo exige la idea de responsabilidad. De ahí que hayan fracasado todos los intentos para derivar esa limitación del mismo concepto causal.” LARENZ. *Op Cit.* [1958 – 1959]. t I. p 198

<sup>403</sup> BARROS. *Op Cit.* [2006 a]. p. 395

<sup>404</sup> *Ibid.* [2006 a]. p. 396

consecuencias producidas y no de una imputación objetiva a título de culpa. En este sentido, “[l]a sentencia que declara adecuado un efecto al hecho base de la responsabilidad y por ello declara que el agente ha de responder de él, no contiene reproche alguno de culpa”.<sup>405</sup>

Ahora bien, a efectos de nuestro análisis, consideramos relevante referirnos a un elemento en particular de esta teoría, cual es, la figura del “[o]bservador informado”<sup>406</sup> que debe juzgar *ex post* cuáles daños no pertenecen al desarrollo normal de los acontecimientos”.<sup>407</sup> La función de este observador hipotético, bajo la doctrina de la causa adecuada, es determinar *ex post*, esto es, una vez que se ha materializado el daño, qué consecuencias –de acuerdo a criterios empíricos, fundamentalmente estadísticos- obedecen a un curso normal de acontecimientos y, por tanto, pueden ser atribuidos normativamente a la conducta del agente del daño y, por el contrario, qué eventos deben excluirse de la responsabilidad del agente, por cuanto resultan extraordinarias o inverosímiles (Lo que Larenz denomina el *pronóstico objetivo ulterior*).<sup>408</sup> Desde esta perspectiva, “[p]ara dar por establecida la causalidad adecuada basta que, miradas las cosas hacia atrás, se haya podido contar con la posibilidad de que el daño llegara a ocurrir”.<sup>409</sup>

De esta manera, pensamos que la función valorativa del juez –en la determinación de la imprevisibilidad de un suceso- debiera estar guiada por la figura del observador

---

<sup>405</sup> LARENZ. *Op Cit.* [1958 – 1959]. t I. p 201

<sup>406</sup> Dejamos en claro que la referencia a esta doctrina se efectúa con el sólo propósito de recurrir a la figura del “observador *ex post* informado” y obtener algunos elementos en torno al concepto de previsibilidad. En definitiva, es claro que conceptualmente esta doctrina se aplica en un ámbito diverso al de la teoría de la imprevisión, esto es, en el ámbito de la *responsabilidad civil*, a efectos de excluir del ámbito de la responsabilidad ciertos daños que puedan ser tenidos como extraordinarios.

<sup>407</sup> BARROS [2006 a]. p. 400

<sup>408</sup> LARENZ. *Op Cit.* [1958 – 1959]. t I. p 201

<sup>409</sup> BARROS [2006 a]. p. 400

informado que *ex post* califica la previsibilidad de un determinado suceso, en base a un curso regular y ordinario de circunstancias. Con todo, es preciso tener en cuenta que los contratantes pueden asumir ciertos riesgos en el contrato, en cuyo caso observador *ex post* deberá delimitar el ámbito de riesgo asumido por las partes, a efectos de determinar qué sucesos escapan de ese ámbito de riesgo y, por tanto, atendido un curso normal de acontecimientos, las partes no debieron haber previsto contractualmente.

Adicionalmente, es preciso señalar que existen determinados ámbitos de contratación particularmente complejos, en los cuales el grado de conocimiento del observador *ex post* resulta fundamental, a efectos de establecer si el acontecimiento sobreviniente pertenece a aquel grupo de sucesos con que las partes debieron contar al tiempo de contratar. Al respecto, Larenz señala que la observación debe ser efectuada de acuerdo a “[l]a experiencia *media* de un juzgador u observador perspicaz (...)”, sin perjuicio de que en ciertos ámbitos de contratación, particularmente complejos, “[p]ueda asumirse la perspectiva de un *observador óptimo*, como ha tendido a aceptar la jurisprudencia alemana (...)”.<sup>410</sup> En tal sentido, estimamos que en aquellos casos particularmente complejos, la prueba pericial (de expertos en el ámbito que el suceso imprevisto incida) debiera jugar un rol esencial en la determinación de la previsibilidad de un suceso. Al respecto, cabe señalar que de acuerdo al artículo 411 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, el juez puede oír informes de peritos “[s]obre todos aquellos puntos de hecho para cuya apreciación se necesiten conocimientos especiales de alguna ciencia o arte”. Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que de acuerdo al artículo 425 del mismo cuerpo legal, el juez apreciará la fuerza probatoria de las pericias conforme a las reglas de la sana crítica, con lo cual se otorga al juez un ámbito de acción valorativa más amplio que le permite considerar aspectos empíricos en su análisis de previsibilidad.<sup>411</sup>

---

<sup>410</sup> BARROS [2006 a]. Nota N° 94

<sup>411</sup> Debemos tener presente que en Chile, ha existido un problema terminológico en relación a la sana crítica, sin perjuicio de las remisiones hechas en algunos cuerpos legales (como ocurre en el Código del Trabajo, en la ley de tribunales de familia 19.968, entre otras). Este problema se plantea porque muchas veces existen conceptos y formas de valoración de la prueba que deslindan con la sana crítica, como las llamadas valoraciones libres o en conciencia. Quizá por

En conclusión, requerido por uno de los contratantes -frente a un suceso sobreviniente que altera substancialmente la economía del contrato-, el juez debiera situarse en la posición de un observador externo que *ex post* determina qué sucesos obedecen a un curso normal de acontecimientos y, por tanto, debieron haber sido previstos por las partes y, por el contrario, qué sucesos escapan al curso normal de acontecimientos y, por tanto, cabe calificar como exorbitantes, dando lugar a una revisión del contrato.

#### **4. Mecanismos de defensa del acreedor frente a una eventual modificación de los términos del contrato: Recurso de protección**

Como señalábamos en el numeral anterior, requerido por una de las partes frente a la ocurrencia de un suceso sobreviniente que altera substancialmente la economía del contrato, el juez situado en la posición del observador informado *ex post* podría llegar a establecer que dicho suceso escapa del ámbito de previsibilidad de las partes y, en consecuencia, proceder a modificar los términos del contrato, a efectos de corregir la excesiva onerosidad sobreviniente. Asimismo, el propio legislador frente a sucesos extraordinarios (i.e. desastres naturales) podría dictar leyes que modifiquen los contratos en curso, tal como se señalara más arriba.

Dado lo anterior, hemos decidido hacer una breve reflexión final en torno al recurso de protección como mecanismo de defensa del acreedor frente a modificaciones contractuales por vía de autoridad, sin perjuicio de que el tema de las defensas del acreedor excede de las pretensiones del presente trabajo.<sup>412</sup> El análisis de la procedencia del recurso de protección frente a modificaciones contractuales por vía de autoridad se funda en el análisis sistemático de una serie de disposiciones.

---

lo mismo, es que el artículo 297 del Código Procesal Penal no quiso señalar que la prueba se iba a apreciar conforme al estándar de la sana crítica, sino que señaló que la valoración iba a ser libre, pero respetando los límites que impone la sana crítica, esto es, los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia.

<sup>412</sup> Así por ejemplo, frente a una modificación contractual por vía legislativa podría analizarse la factibilidad de promover una acción de inaplicabilidad o una cuestión de inconstitucionalidad, a la luz de la reforma constitucional introducida por la ley N° 20.050 de 26 de agosto del 2005.

En efecto, el artículo 565 del Código Civil dispone que “[l]os bienes consisten en cosas corporales o incorporales”. Asimismo, señala que las cosas “[c]orporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro”; mientras las “[i]ncorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas”.

Por su parte, el artículo 576 del mismo cuerpo legal dispone que “[l]as cosas incorporales son derechos reales o personales”. Finalmente, el artículo 583 del Código Civil, luego de definir la propiedad en el artículo precedente, señala que “[s]obre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad”.

A partir de una interpretación sistemática de las disposiciones citadas precedentemente, nuestra doctrina mayoritaria ha sostenido que sobre los derechos personales emanados de contratos, en cuanto cosas incorporales, existe una especie de propiedad en los términos del artículo 583 del Código Civil.<sup>413</sup>

Las normas señaladas precedentemente se han interpretado en armonía con el artículo 19 N° 24 de nuestra Constitución, disposición que garantiza a todas las personas “[e]l derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”.

De esta manera, fundada en el conjunto de normas citadas precedentemente, nuestra jurisprudencia constitucional fue elaborando el siguiente razonamiento: “[l]a Constitución ampara la inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción alguna;

---

<sup>413</sup> En este sentido: LOPEZ. *Op Cit.* N° 47.1. p 281.

Adicionalmente, sosteniendo esta misma postura: STREETER, Jorge. “La propiedad de Cosas Incorporales en la Jurisprudencia”. En Jornadas de Derecho Civil, realizadas en Jahuel, año 1989, sin editar, p 3. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Vol II, tomo VI. Ed. Jurídica. 1979, p. 327. Citados en: JANA, Andrés y MARÍN, Juan Carlos. Recurso de protección y contratos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1996. p 20.

dentro de éstas se encuentra la especie de propiedad que recae sobre las cosas incorporales. Los derechos personales son cosas incorporales, A su vez, los contratos son fuente de derechos personales. Luego, los derechos personales y consecuentemente los contratos se encuentran amparados por la garantía del derecho de propiedad (...).<sup>414</sup>

Ahora bien, es preciso establecer que no todo acto que se traduce en la insatisfacción de la pretensión del acreedor implica una afectación de esa especie propiedad que existe sobre los derechos personales o de crédito. En efecto, es preciso preliminarmente dejar en claro la doble perspectiva o dimensión del derecho personal, a efectos de determinar si el recurso de protección constituye una defensa idónea del acreedor frente a actos de autoridad que modifiquen los contratos en curso.

Al respecto, Jana y Marín –en su excelente y precedentemente citada obra, Recurso de Protección y Contratos- siguiendo al jurista francés Ginossar, señalan que en el derecho personal o de crédito es posible distinguir dos dimensiones. Por un lado, la relación obligatoria, esto es, una dimensión esencialmente relativa, en virtud de la cual el acreedor puede exigir el cumplimiento de la prestación sólo respecto de cierta y determinada persona. Por otro lado, la propiedad sobre dicho crédito, esto es, una dimensión absoluta, en virtud de la cual el derecho de crédito se vincula al patrimonio de un determinado sujeto (i.e. nadie puede desconocer el derecho que tiene un acreedor a exigir el cumplimiento de una prestación contractual respecto de su deudor).<sup>415</sup> En el mismo sentido, Larroumet señala que “[j]urídica y económicamente hablando, no es posible identificar la especie de propiedad que se tiene sobre un crédito con la prestación a que éste da derecho”.<sup>416</sup>

---

<sup>414</sup> La tesis de GINOSSAR es extraída del libro *“Droit réel, propriété et créance, élaboration d’un Systeme rationnel des droit patrimoniaux”*. En: JANA, Andrés y MARÍN, Juan Carlos. *Op Cit.* p 21.

<sup>415</sup> JANA, Andrés y MARÍN, Juan Carlos. *Op Cit.* p 33

<sup>416</sup> *Ibid.* p 35



A partir de esta doble dimensión del derecho de crédito, los citados autores concluyen que el derecho de propiedad sobre cosas incorporales que garantiza la Constitución, protege la dimensión real-absoluta y no la personal-relativa del derecho de crédito, quedando esta última sujeta a las reglas que rigen el ámbito de la responsabilidad contractual.

De esta manera, los autores concluyen que las nociones de cumplimiento o incumplimiento contractual debieran circunscribirse en la dimensión personal-relativa del derecho de crédito, en armonía con la naturaleza interna del derecho personal. Por tanto, frente a un incumplimiento contractual no sería conceptualmente correcto invocar la garantía del derecho de propiedad sobre cosas incorporales –y, consecuentemente, el recurso de protección- como mecanismo de defensa.<sup>417</sup>

Por el contrario, frente a un acto de autoridad (i.e. modificación legal o resolución judicial)<sup>418</sup> que modifica los contratos en curso, los autores concluyen que en tales

---

<sup>417</sup> En casos de incumplimiento contractual, los fallos de protección tienen un sustento procesal más que sustantivo. En efecto, pareciera que en aquellos casos que el recurso de protección fue acogido por un incumplimiento contractual, la razón de fondo de las Cortes fue la carencia de una acción de tramitación sumaria en materia contractual, más que la vulneración del derecho de propiedad sobre el crédito. En mayor profundidad, véase: JANA, Andrés y MARÍN, Juan Carlos. *Op Cit.*

<sup>418</sup> En relación a la procedencia del recurso de protección contra resoluciones judiciales, se ha concluido y realizado una diferenciación entre los conceptos de admisibilidad y procedencia del Recurso de Protección frente a resoluciones judiciales, donde generalmente se admite el recurso/acción, mientras que su procedencia sólo se acoge en casos excepcionales, esto es, cuando existe denegación de justicia o bien cuando el recurso/acción constituye el único medio que permita reparar el agravio causado, tomando en cuenta el principio de protección o trascendencia que informa la nulidad procesal.

Asimismo, queda sentado como criterio, el hecho de declarar inadmisibile el recurso/acción cuando una de las partes lo deduce respecto de un proceso ya iniciado y en que se recurre a esta vía extraordinaria como un mecanismo o medio de impugnación de una resolución judicial que resulta adversa a los intereses de la parte recurrente (así por ejemplo en el fallo “Muñoz Silvia”, Corte de Apelaciones San Miguel, 23 de agosto del 2000, rol n°172-2000,)

Otro criterio que se ha establecido en esta materia, es la admisibilidad del recurso/acción respecto de resoluciones judiciales que afectan derechos de terceros que no han sido partes en el juicio (así por ejemplo en el fallo “Marcelo Caillaux Laiz y Héctor Hugo Osorio Hernández”, rol n° 22.269, con fecha 28 de enero de 1994),

casos “[a]l alterar la autoridad el contenido del derecho o negar su existencia, resulta evidente que el bien interferido es la titularidad (especie de propiedad) del mismo derecho. De este modo, entonces, podemos concluir que en estos casos, por encontrarse afectada la titularidad del derecho personal, la utilización de la garantía constitucional de la propiedad sobre las cosas incorporales ha sido correctamente aplicada desde un punto de vista técnico-jurídico”.<sup>419</sup>

En consecuencia, cualquiera sean las conclusiones que adoptemos para aceptar la procedencia de la teoría de la imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico, nos topamos con un escollo insalvable en materia constitucional. En efecto, si mediante un acto de autoridad se modifican las prestaciones convenidas por las partes en un contrato –sea para atenuar su excesiva onerosidad o por otra causa-, el acreedor podrá acudir a la garantía constitucional de propiedad sobre cosas incorporales y recurrir al recurso de protección como mecanismo idóneo de defensa, a efectos de que la Corte de Apelaciones respectiva adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar su debida protección.

---

En este sentido, ver *Recurso de protección y resoluciones jurisdiccionales*, CAM Santiago

<sup>419</sup> JANA, Andrés y MARÍN, Juan Carlos. *Op Cit.* p 44

## BIBLIOGRAFÍA

- 1) ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. Tomo I y II, 4ª edición actualizada. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- 2) ALCALDE, Enrique. En Revista Chilena de Derecho, vol. 34 no. 2, 2007
- 3) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Tratado de las obligaciones. Volumen I y II. Segunda edición ampliada y actualizada por Antonio Vodanovic. Santiago. Editorial jurídica de Chile. 2004.
- 4) ARECHEDERRA, Aranzadi. *La Equivalencia de las Prestaciones en el Derecho Contractual*. Madrid, España. 1978.
- 5) BANFI DEL RÍO, Cristián. Notas sobre la excesiva onerosidad sobreviniente en derecho privado comparado. Revista Chilena de Derecho Privado. (6): 2006.
- 6) BANFI DEL RÍO, Cristián. La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis, 2003.
- 7) BARROS BOURIE, Enrique. Incumplimiento de la obligación contractual. Apuntes de cátedra, Universidad de Chile. [s.a]
- 8) BARROS, Enrique. El Mandato. Apuntes de clases de la alumna Daniela Accatino, Universidad de Chile, curso de Derecho Civil III. 1992.
- 9) BARROS BOURIE, Enrique. Curso de responsabilidad extracontractual. Apuntes de cátedra. Texto preparado con la participación de los ayudantes Eduardo Ugarte D. y Alejandro Vécari V. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Año 2001.
- 10) BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, [2006 a].

- 11) BARROS BOURIE, Enrique. La diferencia entre “*estar obligado*” y “*ser responsable*” en el derecho de los contratos. En: Estudios de derecho civil II. IV Jornadas Chilenas de Derecho Civil, Olmué (Chile), 3 a 5 de agosto de 2006. Edit. Lexis Nexis. [2006 b]
- 12) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. Las obligaciones de actividad y de resultado. Edit. José María Bosch, Barcelona – España. 1993.
- 13) CARDINI, Eugenio. Lesión Sobreviniente o la teoría de imprevisión: actualización de la doctrina, jurisprudencia y legislación nacional y extranjera. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo-Perrot. 1959.
- 14) CHIRONI, Giampietro. La culpa en el derecho civil moderno. Culpa extracontractual. Traducida de la segunda edición italiana por C. Bernaldo de Quirós. Madrid, España. Ediciones Hijos de Reus. 1906.
- 15) CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho civil Chileno y Comparado, De las Obligaciones. Santiago, Chile. Volumen II. No. 1248.
- 16) COUTASSE, Alberto e ITURRA, Fernando. El caso fortuito ante el derecho civil. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1958
- 17) CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal, parte general, Tomo I, 2ª Ed. Actualizada. Santiago. Editorial jurídica de Chile, 1991.
- 18) DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo. La Teoría de la Imprevisión (en relación con el derecho civil chileno), Tesis (para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales), Santiago, Chile. Universidad de Chile. 1993.
- 19) DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Madrid, España. Editorial Civitas. 1996.

- 20)** DÖRR ZEGERS, Juan Carlos. La teoría de la imprevisión. Curso de Actualización Jurídica. Universidad del Desarrollo (Chile). Facultad de Derecho. 2005. 143 – 173 p.
- 21)** ESPERT Sainz, Vincent. La Frustración del fin del Contrato. Editorial Tecnos. 1968, Madrid, España
- 22)** FARNSWORTH, Edward Allan. Contracts. Fourth Edition. New York, Estados Unidos. Aspen Publishers. 2004.
- 23)** FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. El patrimonio. 3ª edición. Santiago, Chile. Editorial jurídica. 2008.
- 24)** FLUME, Werner. El Negocio Jurídico. Parte general del derecho civil. Tomo II. 4ª ed., no modificada. Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid – España. Edit. Fundación cultural del notariado, 1998.
- 25)** FRIED, Charles. La obligación contractual. El contrato como promesa. Traducción de Pablo Ruiz Tagle, con colaboración de Rodrigo Correa. Santiago, Chile. Editorial jurídica. 1996.
- 26)** FUEYO LANERI, Fernando. Algo sobre la teoría de la imprevisión. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LI, Santiago, Chile. 1954.
- 27)** FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil. De las obligaciones. Tomo IV, Volumen I y II. Santiago. 1958
- 28)** FUEYO LANERI, Fernando. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. 2ª Ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- 29)** GIL LJUBETIC, Rodrigo. Obligaciones de medios y resultados. Separata 6. Material preparado para el curso de derecho de obligaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007.

- 30)** GIORGI, Jorge. Teoría de las obligaciones en el derecho moderno. Volumen II. Madrid, España. Ediciones Hijos de Reus. 1928.
- 31)** ILLANES, Claudio. La teoría de la imprevisión. Estudios sobre reformas al código civil y al código de comercio. Fundación Fernando Fueyo Laneri. Santiago – Chile. Editorial jurídica de Chile. 2000.
- 32)** JANA, Andrés y MARÍN, Juan Carlos. Recurso de protección y contratos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1996.
- 33)** JIMÉNEZ, William. *La Teoría de la Imprevisión, ¿Regla o principio general de Derecho?* Bogotá, Colombia.
- 34)** LARRAÍN, Hernán. *Teoría General de las Obligaciones*. Santiago, Chile. Lexis Nexis. Colección Estudiantil. 2003.
- 35)** LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez. Madrid – España. Editorial revista de derecho privado, 1956.
- 36)** LARENZ, Karl. Derecho de las obligaciones, tomo I. Madrid – España. Editorial revista de derecho privado, 1958 – 1959.
- 37)** LARROUMET, Christian. Teoría general del contrato. Volumen I y II. Traducción de Jorge Guerrero R. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial Temis S.A. 1999.
- 38)** LEON, Avelino. El objeto en los actos jurídicos. Santiago, Chile. Editorial jurídica de Chile. 1958.
- 39)** LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los contratos parte general. Santiago de Chile. Editorial Jurídica. 2005. Tomos I y II.

- 40)** MAZEAUD, Henry y Léon. TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Tomo II, Volumen II. 5ª ed. Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Buenos Aires. Ediciones jurídicas Europa-América, 1963.
- 41)** MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Traducción de F. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Europa America. 1986.
- 42)** MEZA BARROS, Ramón. Manual de derecho civil. De las obligaciones. 9ª Ed. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- 43)** MEZA BARROS, Ramón. Manual de derecho civil. De las Fuentes de las Obligaciones, tomo 1, Nº 9, 3ª ed. Edit. Jurídica de Chile
- 44)** MOMBORG URIBE, Rodrigo. Modificación contractual por cambio sobreviniente de circunstancias. Su regulación en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y en los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo. (10): julio 2004.
- 45)** PARADA G., César; MERINO S., Francisco; SCHMIDT H., CLAUDIA; y DOYHARCABAL C., Solange. Revista temas de derecho, Universidad Gabriela Mistral, 1990, No.1, Santiago Chile. "Proyecto de Ley sobre Revisión Judicial de los Contratos por Excesiva Onerosidad Surviniente".
- 46)** PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (La lesión y la imprevisión). Revista de Derecho Universidad de Concepción, (208)

- 47)** PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Las obligaciones. Teoría general y clasificación. La resolución por incumplimiento. Santiago, Chile. Editorial jurídica. 2003.
- 48)** PERILLO M, Joseph. Calamari and Perillo on Contracts, fifth Edition. Hornbook series. Thomson West. 2007.
- 49)** PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado práctico de derecho civil francés. Tomo VII, Las obligaciones (segunda parte). Traducción de Mario Díaz Cruz con colaboración de Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana, Cuba. Edición cultural S.A. 1945.
- 50)** PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado elemental de derecho civil. Las obligaciones. Tomo IV. Traducción de José Cajica. 4ª ed. México. Filiberto Cárdenas Uribe editor y distribuidor. 2003.
- 51)** POTHIER, Robert. Tratado de las obligaciones. Buenos Aires. Editorial Atalaya. 1947.
- 52)** PUIG PEÑA, Federico. Compendio de derecho civil español. Tomo III, Obligaciones y Contratos, Volumen I. Barcelona, España. Ediciones Nauta S.A. 1966.
- 53)** PUIG PEÑA, Federico. Compendio de derecho civil español. 3ª edición. Madrid, España. Ediciones Pirámide S.A., 1976. Volúmenes III y IV.
- 54)** RAMOS PAZOS, René. De las obligaciones. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- 55)** RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de derecho civil, según el tratado de Planiol. Tomo IV, Las obligaciones, (1ª parte), Volumen I. Buenos Aires. Edición La Ley. 1963.



- 56)** RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. La obligación como deber de conducta típica (La teoría de la imprevisión en Chile). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1992 (Santiago de Chile: Salesianos).
- 57)** RODRIGUEZ GREZ, Pablo. Responsabilidad Extracontractual, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- 58)** ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, Tomo II. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. 1ª edición en Civitas, 1997. Madrid – España.
- 59)** Sentencias arbitrales, Tomo I y II, 1994-2000. [www.camsantiago.cl](http://www.camsantiago.cl)
- 60)** SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Introducción al derecho. Santiago, Chile. Editorial jurídica. 2007.
- 61)** SOTO NIETO, Francisco. El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación. Barcelona, España. Ediciones Nauta S.A. 1965.
- 62)** STITCHKIN, David. El Mandato Civil. 5ª Ed. actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez. Santiago, Chile. Edit. Jurídica. 2008.
- 63)** TREITEL, G. H. Frustration and Force Majeure. London, England. Sweet & Maxwell. 1994.
- 64)** URREJOLA, Bárbara. *Teoría de la Imprevisión*. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile. 2003.
- 65)** VON TUHR, Andreas. Tratado de las obligaciones. Tomo I y II. Traducido del alemán por W. Rogers. Madrid, España. Editorial Reus, S.A. 1934.

