



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

**DOS PERSPECTIVAS DE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS: DESDE LA
TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y DESDE LA DOCTRINA CHILENA Y
COMPARADA.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

JOSEFA ASTORQUIZA CÉSPED

Profesor guía: Enrique Barros Bourie

Santiago, Chile

2019

Índice

Resumen	4
Introducción	5
I. La revisión judicial de los contratos por cambio sobreviniente de las circunstancias: historia y fundamentos.	8
a. Breve reseña histórica.....	8
b. La revisión judicial y la teoría clásica del contrato	10
i. Autonomía privada, fuerza obligatoria de los contratos y revisión judicial de estos	10
ii. Replanteamiento: el contrato como promesa y su revisión judicial.....	12
II. La doctrina de la imprevisión: un panorama general de los problemas que la doctrina ha identificado en Chile	15
a. Principales problemas en Chile	15
i. ¿Existe algún supuesto en el que se justifique la revisión de los contratos mediante una intervención judicial?	15
ii. La adopción de la teoría en Chile, ¿necesita ser expresa?, ¿es aconsejable que así lo sea?	18
iii. Requisitos que debieren exigirse para aplicar la teoría	23
iv. Efectos y aplicación de la doctrina de la imprevisión.....	26
III. La revisión judicial de los contratos por excesiva onerosidad sobreviniente en el derecho comparado y en los principales instrumentos de soft law	32
a. Derecho francés	32
i. El contraste entre la Corte de Casación y el Consejo de Estado	32
ii. La crítica doctrinaria y la nueva interpretación de la Corte de Casación	34
iii. La acogida legislativa de la teoría de la imprevisión.....	35
iv. Relación y comparación con la situación chilena actual.....	36

b. Derecho alemán	37
i. Primera interpretación: Imposibilidad económica	37
ii. Segunda interpretación: cambio en la base del contrato.....	38
iii. Codificación de la doctrina de la imprevisión	40
iv. Comparación con la situación chilena actual	41
c. Derecho inglés	42
i. La doctrina de la <i>frustration</i>	43
ii. Primera interpretación: voluntad implícita.	44
iii. Segunda interpretación: que la prestación resulte fundamentalmente diferente a la pactada.	45
iv. Relación con la situación chilena y otros ordenamientos del derecho continental	48
d. Instrumentos de <i>soft law</i> : los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y los Principios UNIDROIT	49
i. El cambio de circunstancias en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos	50
ii. El <i>hardship</i> en los Principios UNIDROIT	53
iii. Relación entre los instrumentos de <i>soft law</i> y los ordenamientos comparados ya analizados.....	55
Conclusiones	57
Bibliografía.....	63

Resumen

La presente tesis ha sido realizada en el marco del taller de memoria “Formación del contrato, perspectivas actuales”, impartido por el profesor Enrique Barros Bourie. El principal objetivo del trabajo es analizar la revisión judicial de los contratos por circunstancias sobrevinientes imprevistas desde distintas perspectivas: analizando su evolución histórica, entregándole fundamentos desde la teoría general del contrato, dando un panorama de su estado actual en Chile y haciendo un análisis comparativo con el modelo francés, inglés, alemán e instrumentos de *soft law*.

Palabras clave

Teoría de la imprevisión – revisión judicial de los contratos - autonomía privada – circunstancias sobrevinientes

Introducción

Uno de los principios básicos del derecho de contratos es el del *pacta sunt servanda* o de su fuerza obligatoria, es decir, los pactos obligan. Esta máxima se encuentra consagrada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, siendo una de las bases de la teoría clásica del contrato y de la codificación, implicando en este contexto que “*las promesas contractuales deben ser honradas bajo cualquier circunstancia*”¹. Con este principio se ha solido entender que no existe la posibilidad de una revisión judicial del contrato que vaya más allá de un control de los vicios del consentimiento y de la licitud de la causa y el objeto. Es decir, “*una vez que se establece que la formación del contrato no ha sido afectada por estas clases de vicios, las partes están obligadas por su acuerdo*”². La concepción clásica de este principio y la adoptada por la teoría general del contrato, por lo tanto, excluyen la posibilidad de revisión del contrato, pues éstos deben cumplirse en todo escenario.

Este principio estaría consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1545 del Código Civil. La interpretación que tradicionalmente se le ha dado a esta norma se refleja nítidamente en la sentencia de la Corte Suprema de 10 de enero de 1925, esta sostuvo que “*los tribunales carecen de facultades para derogar o dejar sin cumplimiento la ley del contrato, ya sea por razón de equidad o bien de costumbres o reglamentos administrativos*”³. Nuestro máximo tribunal ha vuelto a sostener este criterio en fallos más recientes. Así, por ejemplo, se falla en el mismo sentido en la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2009, a la que se hará referencia en el cuerpo del presente trabajo⁴. De esta forma, es la opinión hoy imperante que los tribunales no tienen la facultad de intervenir o revisar el contrato en ninguna circunstancia.

El cuestionamiento a la concepción absoluta de este principio, así entendido, no surge en las circunstancias regulares de ejecución de los contratos, sino en situaciones que resultan ser manifiestamente injustas de acuerdo con la ordenación de intereses que

¹ ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Juta and Company Ltd, 1990, pp. 576 y 577. Traducción propia.

² *Ibidem*, p. 577.

³ CS, 10.1.1925, G. de los T., N°5, 1925, p.23.

⁴ Capítulo II

hace el contrato. Es en este contexto que nace la pregunta sobre qué pasa si las circunstancias cambian durante la ejecución del contrato. Aquí nos preguntaremos por la posible revisión judicial de los contratos: ¿es absoluto el principio del *pacta sunt servanda*? Otra pregunta que podemos formular a este respecto tiene que ver con la interpretación que la doctrina clásica y la jurisprudencia nacional le han dado al artículo que consagra este principio: ¿se excluye realmente la revisión judicial de los contratos?, ¿o mediante una reinterpretación, podemos entender que ésta tiene cabida en nuestro ordenamiento? Y en este último caso, ¿es una excepción al principio sólo en ciertos casos o podría entenderse incluso como un reforzamiento del mismo?

El problema que plantea una posible revisión judicial de los contratos se ha tratado en Chile bajo el nombre de “doctrina de la imprevisión”, la que fue definida tempranamente en Chile por Lorenzo de la Maza como “*la doctrina jurídica que sostiene que el juez puede intervenir a petición de cualquiera de las partes, en la ejecución de la obligación, con el objeto de atenuar sus efectos, cuando, a consecuencia de acontecimientos imprevisibles para las partes al momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen perturbaciones graves con relación a una categoría de contratantes, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, y siempre que aquel llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas*”⁵. Un concepto más conciso es entregado por Daniel Peñailillo, quien define la imprevisión como “*una causal de modificación y aún de extinción de las obligaciones que se produce cuando, pendiente la prestación, su valor es notablemente alterado por un hecho normalmente imprevisible al tiempo de contraerse*”⁶.

El presente trabajo se enfrentará a este problema principalmente desde las siguientes perspectivas: (I) La historia y los fundamentos que se le han atribuido a la revisión judicial de los contratos. En este capítulo, en primer lugar, haremos una reseña histórica de cómo se ha entendido la revisión de los contratos en la tradición

⁵ 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.

⁶ PEÑAILILLO, Daniel, La revisión judicial de las obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión), Concepción, Revista de Derecho, N°208, julio-diciembre 2000, p.221.

continental. Luego, nos preguntaremos por los fundamentos que se le han entregado al principio del *pacta sunt servanda* en la teoría general del contrato y cómo ellos se relacionan con la posibilidad de revisión judicial de los contratos. (II) Cómo ha enfrentado específicamente la doctrina chilena el problema de la revisión de los contratos. Para esto identificamos los principales problemas que ella ha tratado: si se justifica su aceptación en algún caso, si debe ser regulada expresamente o no, sus requisitos y su forma de aplicación. (III) El tratamiento que el derecho comparado y los instrumentos de *soft law* le han dado a la materia. En este capítulo se analizará el desarrollo y el estado actual del problema de la imprevisión en ordenamientos comparados considerados modelos, contrastándolos entre ellos y con la situación chilena actual. Así, se revisará el proceso francés, el alemán y el inglés. También se analizarán dos instrumentos de *soft law* que la han acogido de forma expresa: los Principios Europeos del Derecho de Contratos y los Principios UNIDROIT. Finalmente, se hará un recuento de las principales conclusiones a las que se habrá llegado a lo largo del trabajo y una relación entre ellas.

I. La revisión judicial de los contratos por cambio sobreviniente de las circunstancias: historia y fundamentos.

a. Breve reseña histórica

El Derecho Romano clásico no contemplaba ninguna fórmula general que permitiera la revisión judicial de los contratos. Es recién con los canonistas que se comienza a desarrollar una respuesta al problema de las circunstancias sobrevinientes imprevistas. Así, se consideraba que *“mientras era incorrecto romper las promesas, era legítimo cuando las circunstancias cambiaban lo suficiente”*⁷. El primer desarrollo de este postulado puede encontrarse en el Decreto de Graciano, donde se hace referencia a un ejemplo con el que San Agustín propone que una promesa no debe cumplirse por el cambio de circunstancias que ha sobrevenido, siguiendo a Cicerón. La glosa del mismo decreto entiende que las promesas se entienden sujetas a la condición de que las circunstancias se mantengan. En este mismo sentido se pronuncia Tomás de Aquino, quien postula que *“para que uno esté obligado a cumplir lo prometido se requiere el que ninguna circunstancia haya cambiado. De no ser así, ni se fue mentiroso al prometer, por haberlo hecho sinceramente, y en el supuesto de que se mantendrían las debidas condiciones, ni tampoco se es infiel por no cumplir lo prometido si las condiciones no son las mismas”*⁸.

La vinculación de estos postulados con el derecho civil es desarrollada por Baldus de Ubaldis, quien sujeta la obligatoriedad de todas las promesas a la mantención de las circunstancias en las que se contrató⁹. En este contexto nace la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual un contrato *“obliga siempre y cuando: las circunstancias permanezcan iguales a como se encontraban al tiempo de conclusión del contrato”*¹⁰.

Tomás de Aquino entrega la justificación de esta condición de cumplimiento de las promesas basándose en la teoría de la equidad aristotélica. Aquino postula que en la aplicación de la ley siempre pueden darse circunstancias que el legislador no

⁷ GORDLEY, James, Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances, The American Journal of Comparative Law, Vol. 52, No. 3 (Summer, 2004), p. 525.

⁸ DE AQUINO, Tomás, Suma Teológica, Biblioteca de Autores Cristianos, 1988, parte II-II(b), c.110, a.4.

⁹ *Ibidem*, p. 526.

¹⁰ ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 579. Traducción propia.

consideró al pensarla¹¹. Lo mismo sucedería con el contrato. Si el contrato es una ley que uno mismo elige para gobernarse, éste no puede valer en circunstancias en las que el promitente no haya tenido intención de obligarse¹².

La cláusula *rebus sic stantibus*, y su justificación entregada por Aquino, fue ganando terreno desde su punto de partida con San Agustín, pasando por los escolásticos tardíos y los juristas del derecho natural. Fue ampliando su aplicación y pasando a entenderse implícitamente incorporada a los contratos por quienes aún la defendían en el siglo XIX¹³.

Sin embargo, la posibilidad de una revisión judicial del contrato y su incorporación mediante la idea de la cláusula *rebus sic stantibus* se abandona completamente en el siglo XIX. Ésta “[se] había visto desprestigiada por causa de su excesivo uso por parte de los Tribunales de Justicia, lo que se tradujo en la afectación de la estabilidad de los contratos. A lo anterior se unía la profunda desconfianza que los revolucionarios tenían hacia el Poder Judicial”¹⁴. Por estas razones es que la revisión judicial no es incorporada como una fórmula general en las codificaciones del siglo XIX y, en particular, no se considera en el Code Civil, la mayor influencia para nuestro Código.

Esta idea se ve reforzada por la teoría general del contrato, que inspira la codificación decimonónica, que considera como uno de sus principios fundamentales la fuerza obligatoria del contrato o *pacta sunt servanda* y ve su fundamento en la autonomía privada, ideas que generalmente se han entendido como un impedimento a la posibilidad de acoger la revisión judicial de los contratos¹⁵.

¹¹ *Ibidem*, c. 88, a. 10 y c.89, a.9.

¹² GORDLEY, *op. cit.*, p. 526

¹³ GORDLEY, *op. cit.*, p.526

¹⁴ RESTREPO, José María Rivera. Historia y fundamentos de la cláusula *rebus sic stantibus* (Teoría de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española, *Ars Boni et Aequi*, 2016, vol. 11, no 1, p. 34.

¹⁵ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, Los contratos parte general, T.1, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 271 y ss.

b. La revisión judicial y la teoría clásica del contrato

i. Autonomía privada, fuerza obligatoria de los contratos y revisión judicial de estos

El derecho civil, como veíamos anteriormente, toma desde sus inicios como una de sus bases el principio de la fuerza obligatoria de los contratos o *pacta sunt servanda*, principio que es también fundamental para la teoría general del contrato. Los autores clásicos han entendido que este principio tiene como fundamento la autonomía privada en sentido kantiano, definida como “*la propiedad de la voluntad de ser una ley para sí misma*”¹⁶. Una reinterpretación contemporánea de la autonomía privada es ofrecida por Charles Fried, quien la entiende como “*el principio según el cual las personas pueden imponerse a sí mismas obligaciones donde nada existía con anterioridad*”¹⁷.

Este autor constata que el acto de promesa conlleva un compromiso a una actuación futura y se pregunta cómo podemos hacer esto y por qué resultamos obligados mediante la promesa. La promesa, tal como el lenguaje, es una convención social. Es una herramienta a la que todos le atribuimos un uso similar y que nos permite cumplir una necesidad: “*para ser lo más libre posible, de modo que mi voluntad tenga el mayor rango de acción compatible con igual voluntad de los demás, es necesario que exista una manera en la que pueda comprometerme. Es esencial que pueda convertir en no opcional un curso de acción que en caso contrario lo habría sido*”¹⁸. Es decir, para cumplir algunos fines, los individuos deben contar con una herramienta que les permita coartar su libertad futura, obligándose a un curso de acción determinado. Esto no colisiona con la autonomía privada, sino que la reafirma, pues estas restricciones se establecen como herramienta para lograr un fin en el futuro, lo que nos permite ampliar nuestra libertad individual.

Fried a su vez funda la obligación de mantener una promesa no en una obligación externa, sino en una obligación de carácter moral y consistente con el respeto de la

¹⁶ KANT, Immanuel, Tr. GARCÍA MORENTE, Manuel, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Edición digital basada en la sexta edición, 1980.

¹⁷ FRIED, Charles, Tr. RUIZ-TAGLE, Pablo y CORREA, Rodrigo, La obligación contractual: el contrato como promesa, 1996, p.12.

¹⁸ *Ibidem*, p.26.

autonomía individual y de la confianza. Así, *“un individuo está moralmente obligado a mantener su promesa porque ha invocado intencionalmente una convención cuya función es dar fundamentos —morales— para que otro tenga la expectativa de que será cumplida”*¹⁹.

Aun entendiendo de qué manera la teoría general del contrato fundamenta la fuerza obligatoria de los contratos en la autonomía privada, surge la pregunta acerca de cómo puedo asegurar que en el futuro querré hacer aquello a lo que me estoy obligando en el presente. Para Fried esto se relaciona con la idea que tenemos de persona, pues si pensamos en un ser racional y coherente, cualquier idea que excluya la posibilidad de determinar la actuación futura debe ser desechada: *“el respeto a los demás como seres libres y racionales exige tomar en serio su capacidad para determinar sus propios valores”*²⁰, identificándose estos valores con lo que entendemos por “bien”, idea que, en el contexto del contrato, es la promesa que hace cada parte de su actuación futura.

En conclusión, se ha interpretado que la fuerza obligatoria de los contratos tiene su fundamento en la idea de autonomía privada. Ésta tiene que ver con la capacidad del individuo de gobernarse a sí mismo, un poder para obligarse. Los seres humanos han desarrollado una herramienta que permite concretar la autonomía privada en este sentido: la promesa. Ésta implica dos cuestiones fundamentales: la persona es libre de contratar y de obligarse en los términos que ella determine (salvo en casos de objeto o causa ilícita) y, a su vez, lleva amarrada la idea de que quien promete obliga su actuación futura, lo que se fundamenta en una idea moral y en una concepción racional del ser humano. El contrato vendría a ser la forma jurídica de la promesa.

Esta combinación entre fuerza obligatoria de los contratos y autonomía privada se ha entendido como excluyente de la posibilidad de revisión de los contratos y es precisamente esta la posición que ha tomado la teoría general del contrato en su versión clásica.

¹⁹ *Ibidem*, p.30.

²⁰ *Ibidem*, p.36.

ii. Replanteamiento: el contrato como promesa y su revisión judicial.

Estando de acuerdo con el planteamiento de que la fuerza obligatoria de los contratos y de las promesas en general deriva de la autonomía privada, Charles Fried va más allá y se diferencia de la teoría clásica del contrato. Al identificar que hay situaciones que quedan fuera del acuerdo de voluntades, estima que nunca hubo voluntad de integrarlas al contrato, por lo que no podemos entenderlas comprendidas en él²¹.

Es en base a esta constatación que se hace necesario distinguir entre aquello que está comprendido dentro de la fuerza obligatoria de los contratos y aquello que no. Así, “*la fuerza obligatoria de un contrato no puede extenderse más allá del acuerdo de voluntades de las partes*”²². El problema es qué pasa con aquello que no se encuentra comprendido en este acuerdo de voluntades: ¿cómo se resuelve un problema que se suscita en este espacio?, ¿“*qué significa dar efecto a ‘la voluntad de las partes’ en un caso donde éstas no tuvieron una voluntad convergente con el asunto*”²³?

Fried constata que la respuesta que ha dado la teoría clásica a estos casos ha sido la negación de cualquier posibilidad de librar al deudor del cumplimiento de su obligación. Así, “*la versión estricta o literal siempre ejecuta forzosamente (enforce) o ratifica alguna distribución del riesgo*”²⁴. Es decir, frente a acontecimientos imprevisibles que hacen que una de las prestaciones se vuelva excesivamente onerosa para una de las partes, la teoría clásica ha considerado que la solución debe entenderse desde el contrato, ejecutándolo forzosamente o viendo en él incorporada una distribución de todos los riesgos. Para justificar esta solución se suele decir que las pérdidas deben permanecer ahí donde se producen, es decir, si se concreta un riesgo imprevisible relativo a la prestación de una de las partes, es ella quien debe cargar con sus consecuencias, aun cuando esto no haya sido previsto así por ninguna de las partes al momento de la celebración del contrato.

²¹ FRIED, Charles, Tr. RUIZ-TAGLE, Pablo y CORREA, Rodrigo (1996), *op. cit.*, p.36

²² ACCATINO, Daniela, La “teoría clásica del contrato” y la discusión sobre su adaptación judicial, *Revista Chilena de derecho*, Vol. 42, n°1, enero-abril 2015, p. 39.

²³ FRIED, Charles, *op. cit.*, p.95.

²⁴ *Ibidem*, p.96.

Esta actitud se justifica, según Fried, por la posibilidad de que las partes saquen provecho incorporando riesgos no previstos o excluyendo los que sí estaban incorporados al contrato. Pero esto no da cuenta de que existen casos en los que efectivamente se materializa un riesgo que nunca se incorporó al contrato.

Esta actitud hermética de la teoría clásica del contrato se ha mostrado ciega ante lo que realmente pasa en estas situaciones: en aquellos casos en los que se materializa un riesgo que las partes nunca tuvieron la voluntad de incorporar al contrato y que, aún más, nunca se lo representaron, “*cualquier solución del problema necesariamente la impone un tribunal [...] y cualquier solución del accidente es un tipo de juicio, un tipo de intervención*”²⁵. Esta es una consecuencia lógica: si la situación no está incorporada al contrato, cualquier solución se encuentra fuera de él y representa una intervención externa. Así, lo que se muestra como una solución de los casos “difíciles” desde el mismo contrato, ejecutando forzosamente la obligación o viendo en él alguna distribución de riesgos, es en realidad también una intervención externa, puesto que son situaciones que no se encuentran cubiertas por el acuerdo de voluntades alcanzado por las partes.

Fried postula que este intento desesperado de entender que el contrato contempla todas las posibles situaciones que pueden darse en su ejecución es una analogía errada entre la teoría voluntarista del contrato y la teoría imperativa del derecho, que excluye la posibilidad de que existan lagunas en el derecho, pues son llenadas con los principios del derecho. La analogía lleva a entender que todas las lagunas en los contratos deben ser llenadas con el contrato mismo, con los principios que lo rigen. Sin embargo, el autor constata que la necesidad de llenar las lagunas en la teoría imperativa del derecho no encuentra un equivalente en la teoría general del contrato: este no tiene por qué contemplar todas las situaciones que se puedan dar en su cumplimiento. El problema es precisamente cómo llenamos las lagunas que, inevitablemente, tiene el contrato.

Fried postula que “*cuando las relaciones entre las personas no están cubiertas por el ropaje del contrato, no están por ello desnudas, tienen lugar bajo el manto general del*

²⁵ FRIED, Charles, *op. cit.*, p.97.

*derecho*²⁶. Es decir, cuando la solución no la podemos encontrar en el contrato mismo, existen normas y principios de derecho que pueden llenar esas lagunas. El autor propone que cuando esta solución no la podemos encontrar ni en el principio de la responsabilidad extracontractual de compensar el daño causado, ni en el de restituir los beneficios conferidos, podemos recurrir al principio del compartir “[con] el fin de dividir con justicia las pérdidas en el caso de un accidente contractual”²⁷. Esta concepción no amenaza la autonomía privada, pues solo se aplicaría en aquellos casos que quedan fuera del contrato, dándole una solución a un problema que debe ser resuelto mediante recursos externos al mismo. Nada obsta a que las partes puedan en el mismo contrato controlar la extensión de su relación y distribuir los riesgos.

En conclusión, aun desde una mirada voluntarista del contrato, que postula que la fuerza obligatoria de los contratos deriva de la autonomía privada, podemos entender que sí hay situaciones en las que se justifica e incluso se hace necesaria una intervención judicial del mismo. Esto nace de la constatación de que el contrato no siempre incorpora todas las posibles situaciones que pueden darse en su ejecución. Por eso, la solución a ellas tampoco podemos entenderla formalmente desde la promesa, haciéndola ejecutar forzosamente o entendiendo que en todos los casos existe una distribución de riesgos. Esto representaría una extensión del contrato que las partes nunca consintieron, siendo contrario al principio de la autonomía privada. En estas situaciones, cualquier solución implica una intervención externa. Para Fried, estos casos deben resolverse sobre la base del principio del compartir. Creo que esta solución debe concretizarse, pero sí explicita una necesidad: no podemos seguir simplemente situando los riesgos ahí donde caen. Qué solución concreta demos a esta necesidad, es un problema que será materia de otro capítulo de este trabajo.

²⁶ FRIED, Charles, *op. cit.*, p.103.

²⁷ *Ibidem*, p.107.

II. La doctrina de la imprevisión: un panorama general de los problemas que la doctrina ha identificado en Chile

a. Principales problemas en Chile

En nuestro ordenamiento positivo no existe una norma que consagre explícitamente la doctrina de la imprevisión. En este escenario, nuestra doctrina ha identificado varias interrogantes. La primera pregunta es (i) si hay algún supuesto en el que se justificaría la revisión judicial de los contratos. Una vez contestada ésta, surge la duda sobre (ii) si nuestro ordenamiento jurídico actual permite una aplicación de la doctrina de la imprevisión o si es necesaria una modificación del Código Civil que la contemple de manera expresa. Por último, surgen las preguntas por (iii) los requisitos que debiesen exigirse para aplicar la teoría y por (iv) las características de sus efectos y aplicación.

Este tema aún no ha sido ampliamente tratado por nuestra doctrina. Por lo mismo, en el siguiente estudio me remitiré a aquellos autores que sí han profundizado en la doctrina de la imprevisión en Chile.

i. ¿Existe algún supuesto en el que se justifique la revisión de los contratos mediante una intervención judicial?

Esta pregunta será analizada, en primer lugar, según quién podría revisar el contrato. Así, una posibilidad es que las mismas partes establezcan dentro de su contrato una cláusula que resuelva qué sucederá si, antes de o durante su ejecución, ocurre un hecho imprevisto al momento de celebrar el contrato que torna extremadamente onerosa una de las prestaciones pendientes. En este supuesto, “*los interesados incluyen modalidades en forma de cláusulas accidentales del contrato, llamadas en la doctrina ‘cláusulas de estabilización’ o de ‘revisión’*”. *Mediante ellas el contrato se revisa y el equilibrio de las prestaciones se restablece*²⁸. Estas cláusulas no presentan mayores problemas en cuanto a su admisibilidad, ya que son las mismas partes quienes establecen su procedencia y los mecanismos de ajuste que, de tener efecto,

²⁸ FUEYO LANERI, Fernando, Algo sobre la teoría de la imprevisión. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1964, vol. 51.

solo aplicarán la “ley del contrato”, siendo una reafirmación del artículo 1545 de nuestro Código.

Por otro lado, si no son las partes quienes lo acuerdan, surge la pregunta por una posible intervención judicial. En este contexto se encuentra la pregunta central de este trabajo, que dice relación con la posibilidad de entregarle de manera permanente a los tribunales la facultad de revisar los contratos en ciertas circunstancias. Aquí tiene cabida la ya mencionada doctrina de la imprevisión, cuya aplicación ha resultado polémica en nuestro ordenamiento. Existe la opinión, por una parte, de que en ninguna circunstancia el juez puede revisar el contrato, que se basa en la idea de que los contratos deben respetarse porque *“de algún modo para eso sirven los contratos, para ‘domesticar’ los eventos de un futuro incierto. Si tuvieran que estar adaptándose a las circunstancias que son siempre cambiantes, nadie contrataría”*²⁹. Es decir, se entiende que las partes al momento de celebrar un contrato reparten los riesgos que puede conllevar su ejecución y así lo asumen. Como *todos* los riesgos se encontrarían contemplados en el contrato, el acaecimiento de uno de ellos que haga extremadamente onerosa una prestación no puede ser una excusa para su incumplimiento.

La postura opuesta plantea que, si bien el contrato permite distribuir riesgos, ¿son acaso todos esos riesgos distribuibles y, por lo tanto, asumibles en su celebración?, *“¿cómo podrían asumir el riesgo de un acontecimiento imprevisible si por definición para ello debieron habérselo representado?”*³⁰. Es decir, si un riesgo es irrepresentable al celebrarse el contrato, este no puede considerarse incorporado a él. Optando por el argumento lógico de esta posición cabe preguntarse si aun así existe un fundamento para atribuirle siempre los resultados de la concreción de un riesgo imprevisible al deudor de la prestación o si, por el contrario, hay un fundamento para justificar la revisión del contrato en ciertas circunstancias. Es en este contexto que la doctrina chilena ha apoyado la adopción de la doctrina de la imprevisión por distintas razones.

²⁹ CORRAL, Hernán, en MARTÍN, Sofía, Teoría de la Imprevisión: entre el equilibrio perdido y la ley del contrato, El mercurio legal, 2013.

³⁰ MOMBORG, Rodrigo, Teoría de la Imprevisión: La necesidad de su regulación legal en Chile, Santiago, Revista Chilena de Derecho Privado, N°15, 2010, p.54.

Coincido con Peñailillo, quien simplifica la multiplicidad de argumentos y proponer que debe adoptarse porque *“la doctrina de la imprevisión es equitativa; o más substancialmente es una herramienta que contribuye a obtener soluciones equitativas”*³¹, de este modo se vincula con conceptos jurídicos que tenemos como fundamentales, en especial con la buena fe y la equidad. Ésta justifica, una vez cumplidos los requisitos fijados para la aplicación de la teoría, la readecuación del contrato; negarse a ella *“importa contravenir a la buena fe con la que se deben contraer y ejecutar los contratos”*³².

Lo anterior, podemos relacionarlo con lo propuesto en el capítulo I, en el que se planteaba la misma interrogante en relación con la distribución que las partes pueden hacer de los riesgos en el contrato y qué pasa con aquél que no incorporan al mismo. Se concluyó en dicho capítulo, a partir de las ideas de Fried, que aquello que no forma parte del contrato no puede solucionarse desde el mismo, por lo que no corresponde exigir la ejecución forzada, ni extraer artificialmente una distribución de riesgos de las cláusulas existentes. Nuestra doctrina, sin embargo, no se ha detenido a analizar la relación existente entre la teoría general del contrato, la fuerza obligatoria de estos y la doctrina de la imprevisión, salvo alguna excepción³³.

En conclusión, me inclino por aceptar que existen casos en los que se justifica la intervención judicial de los contratos. Asumiendo que en el contrato se asumen riesgos, debemos excluir los que no son representables al momento de su celebración, más aún cuando causan que una prestación resulte exorbitantemente onerosa. Por eso, la pregunta realmente no es si se justifica una revisión del contrato, sino si existen fundamentos en éste para que el deudor cargue con todas las consecuencias que deriven de los riesgos que no se entendían incorporados al mismo, por la sola razón de haber afectado su prestación. La mayor parte de nuestra doctrina ha contestado que, por razones de equidad y aplicando el principio de la buena fe, la respuesta es no, por lo que sí hay casos en los que se justifica una intervención externa. Aun estando de acuerdo con estos planteamientos, creo que la necesidad de adoptar la

³¹ PEÑAILILLO, *op. cit.*, p.222.

³² PEÑAILILLO, *op. cit.*, p. 222.

³³ ACCATINO (2015), *op. cit.*

doctrina de la imprevisión es más notoria cuando buscamos tener una mirada coherente de lo que es el contrato, y no una exorbitante que entienda que éste incorpora todas las situaciones posibles.

ii. La adopción de la teoría en Chile, ¿necesita ser expresa?, ¿es aconsejable que así lo sea?

Habiendo optado por la conveniencia de adoptar la doctrina de la imprevisión en nuestro país, debemos preguntarnos cuán necesaria y conveniente es la adopción de ella mediante una norma expresa. Este tema ha sido debatido en nuestra doctrina, diferenciándose principalmente dos posturas. La primera de ellas postula que es necesaria su regulación legal en Chile, por distintos motivos. La segunda postura plantea que la teoría sí se puede acoger en nuestro sistema sin un texto legal que lo autorice de manera expresa.

Dentro de quienes plantean la necesidad de su regulación expresa nos encontramos con Lorenzo de la Maza, René Abeliuk y Rodrigo Momberg. Aun cuando estos autores coinciden en la idea general de que debe regularse de manera expresa, estos difieren en los argumentos que lo hacen necesario. Por su parte, Lorenzo de la Maza, estando de acuerdo con la adopción de la doctrina de la imprevisión, postula que *“en nuestra legislación positiva vigente, no existe a nuestro juicio, ninguna disposición que permita de un modo expreso y franco la aplicación de la teoría que estudiamos. Si se quiere invocar con este objeto una ley permanente, es menester recurrir a interpretaciones poco aceptables”*³⁴. Esta idea se apoya en el impedimento que, desde su perspectiva, genera el artículo 1545 del Código Civil. En este mismo sentido, René Abeliuk explica que *“es por ahí donde no puede penetrar la imprevisión, porque se estrella irremediablemente la institución; fundamentalmente es el artículo 1545 el que la excluye, pues el contrato no puede ser dejado sin efecto, y con menos razón aún modificado, si no es por voluntad de las partes, o por las causales legales”*³⁵.

³⁴ DE LA MAZA, *op. cit.*

³⁵ ABELIUK, René, De las Obligaciones, T. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 763

Por otra parte, Rodrigo Momberg postula que el artículo 1545 del Código Civil no es necesariamente un obstáculo a la aplicación de la teoría en nuestro país. Apoya esta idea en que muchos de los ordenamientos jurídicos que ya la han adoptado cuentan con una norma similar. Este autor basa la necesidad de regular expresamente la doctrina de la imprevisión en Chile en la seguridad jurídica que sólo puede entregar una norma positiva. En este sentido, hace un análisis de las diferencias de interpretación y alcance que se le han atribuido a la teoría en nuestra doctrina y jurisprudencia, concluyendo que estas *“demuestran de forma clara la necesidad de un texto expreso que se haga cargo de determinar, de manera definitiva, la procedencia de la imprevisión en nuestro ordenamiento, junto con establecer su naturaleza jurídica, campo de aplicación, requisitos y efectos”*³⁶.

La segunda postura, que ya nombramos, propone que sí es posible la aplicación de la doctrina de la imprevisión en el estado actual de nuestro ordenamiento, es decir, sin una reforma expresa. Entre los autores que apoyan esta idea encontramos a Claudio Illanes y Juan Carlos Dörr.

Juan Carlos Dörr considera que *“la doctrina de la imprevisión no sólo es compatible con nuestro Código Civil, sino que coherente con sus disposiciones básicas en materia contractual. En otras palabras, la doctrina de la imprevisión en su formulación moderna no necesita para su aplicación en Chile el que se consagre de forma expresa en el Código Civil, porque los jueces pueden aplicarla interpretando adecuadamente las normas pertinentes”*³⁷. Dentro de las normas pertinentes que el autor señala, propone que una adecuada interpretación de las normas que regulan la causa, la buena fe, los contratos bilaterales conmutativos y la integración por equidad; permitirían la adopción de la teoría. Estando de acuerdo con los planteamientos de Juan Carlos Dörr, Claudio Illanes postula que no solo resulta innecesaria la adopción expresa de la doctrina de la imprevisión, sino también inconveniente. En este sentido el autor señala que *“un precepto legal que así lo contemple abriría un amplio horizonte de cuestionamiento,*

³⁶ MOMBERG (2010b), *op. cit.*, p.61.

³⁷ DÖRR, Juan Carlos, Notas acerca de la Teoría de la Imprevisión, Revista Chilena de Derecho, Vol. 12, No. 2 (Mayo - Agosto 1985), p. 264.

*afectando seriamente la seriedad y certeza de las relaciones contractuales*³⁸, apoyándose en la aplicación que ha tenido la norma argentina que regula esta materia.

Según Juan Carlos Dörr y Claudio Illanes, quien sigue al primero en esta materia, la doctrina de la imprevisión sería consistente con nuestro ordenamiento actual si éste se interpreta de la manera adecuada. Los autores identifican cuatro posibles interpretaciones con las que una hipótesis de imprevisión puede ser acogida en la actualidad. En primer lugar, postulan que un correcto entendimiento de la causa y del artículo 1467³⁹ que la consagra puede dar cabida a la doctrina de la imprevisión. Así, considerando que la causa es el fin perseguido por las partes en el contrato, y que ésta debe mantenerse durante el cumplimiento, si una circunstancia imprevisible hace que desaparezca aquel fin entregado por las partes al contrato concurriendo los otros requisitos necesarios para la aplicación de la doctrina de la imprevisión, el contrato puede resultar nulo por falta de causa.^{40 41}

En segundo lugar, los autores plantean que un correcto entendimiento de las normas sobre los contratos de carácter bilateral, oneroso y conmutativo, y una interpretación armónica de los artículos 1440⁴², 1441⁴³ y 1444⁴⁴, dan cabida a la doctrina de la imprevisión en nuestro sistema, considerando que es un elemento de la esencia de los contratos de estas características el que se busque la utilidad de ambas partes y que las prestaciones se miren como equivalentes. Si, junto a esto, se toma en cuenta el

³⁸ ILLANES, Claudio. La teoría de la imprevisión. Estudios sobre reformas al código civil y al código de comercio Fundación Fernando Fueyo Laneri, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2000.

³⁹ Art. 1467. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ DÖRR, *op. cit.*, p. 266.

⁴² Art. 1440. 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.

⁴³ Art. 1441. 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.

⁴⁴ Art. 1444. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

artículo 1546, que establece que los contratos “*obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación*”, “*adquieren así características de hechos relevantes para el contrato aquellos sucesos futuros, extraordinarios e imprevisibles que hacen perder al contrato su base objetiva, ya sea porque se destruyó absolutamente la relación de equivalencia que exige su esencia y, por supuesto, su naturaleza de contrato conmutativo, o porque se frustró el fin del contrato, transformándolo en una convención carente totalmente de sentido*”⁴⁵. Así, un correcto entendimiento de lo que significa que un contrato sea de naturaleza bilateral, onerosa y conmutativa, y de que estas características se entienden incorporadas a las obligaciones contractuales, permite la incorporación de supuestos de imprevisión. Frente a esto, la parte afectada podría “*recurrir al amparo jurisdiccional para poner remedio a la situación en que se encuentra por la destrucción de la relación de equivalencia en el contrato o su pérdida de sentido. Y el juez, interpretando la ley, más que recurriendo a la equidad, deberá adoptar las medidas necesarias para restituir el equilibrio roto en las contraprestaciones de dicho contrato*”⁴⁶.

Una tercera forma de incorporar hipótesis de imprevisión a nuestro ordenamiento jurídico actual es, según los autores, el principio de buena fe consagrado en el artículo 1546⁴⁷, que estiman como un sinónimo de rectitud y honradez. De esta manera, “*incide la buena fe en la ejecución de una obligación contractual cuando de ella puede derivar un grave daño, injustificado, al deudor en beneficio de un acreedor por acaecer circunstancias extraordinarias e imprevisibles para ambas partes al momento de la celebración*”⁴⁸.

Un último recurso que se encuentra en nuestro ordenamiento actual y que permitiría la aplicación de la doctrina de la imprevisión, según Dörr e Illanes, es la integración por equidad. De estimarse que las circunstancias imprevistas no se encuentran

⁴⁵ p. 267.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Art. 1546. 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.

⁴⁸ DÖRR, *op. cit.*, p. 269.

contempladas por los tres recursos vistos anteriormente, se produciría una laguna. El juez, al resolver en ausencia de una ley, se encuentra frente a una laguna y debe resolver en base a la equidad. Esta equidad de la que hablan los autores no se trataría de un criterio subjetivo, sino que sería una equidad constituida, la que “*es la reflejada por la doctrina del derecho y por los textos legales. Ante la ausencia de doctrina o textos legales nacionales, serán la doctrina y textos legales extranjeros los representativos de un criterio objetivo y constituido de equidad*”⁴⁹. La integración por equidad estaría basada en el artículo 170 n°5 del Código de Procedimiento Civil⁵⁰ y en el artículo 24 del Código Civil⁵¹.

En este contexto es importante mencionar algunos argumentos que ha sostenido nuestra jurisprudencia. Podemos identificar al menos dos sentencias relevantes de nuestros tribunales superiores en las que se ha hablado de la doctrina de la imprevisión: en primer lugar, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 14 de noviembre de 2006 y, en segundo lugar, el fallo de la Corte Suprema con fecha 9 de septiembre de 2009. El primero de ellos pareció abrir la posibilidad de aplicar la doctrina de la imprevisión en Chile, sin una modificación expresa. En este sentido la Corte de Apelaciones planteó, al referirse al artículo 1545 del Código Civil, que “*de esta manera, y de la simple lectura del artículo transcrito, pareciere emanar en forma definitiva, la inmutabilidad absoluta del contrato, criterio que esta Corte reconoce como un principio de certeza y seguridad jurídica, sin embargo, estima que el análisis del tema discutido en autos no puede abortarse de inmediato, pues la Doctrina de la imprevisión no es, en ningún caso, un peligro para tal principio, es decir, no es incompatible con la denominada ‘ley del contrato’, por el contrario, se puede afirmar que ésta se ve reforzada por cuanto da la posibilidad a los contratantes de conservar inalterada la situación jurídica que asumieron al vincularse*”⁵². Este es el primer fallo

⁴⁹ DÖRR, *op. cit.*, p. 270.

⁵⁰ Art. 170. Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán:

5°. La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo

⁵¹ Art. 24. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

⁵² Corte de Santiago, 14.11.2006, Rol 6812-2001, Considerando 8°

de nuestros tribunales superiores que plantea la posibilidad de aplicar la doctrina de la imprevisión en Chile, haciéndose cargo de una de sus mayores críticas: no es necesariamente contraria al artículo 1545, sino que incluso lo refuerza.

Sin embargo, un fallo posterior de la Corte Suprema, con fecha 9 de septiembre de 2009, acogió el argumento contrario, interpretando que el artículo 1545 de nuestro Código Civil sí representa un obstáculo para la adopción de la doctrina de la imprevisión. Así, al referirse a la posible adopción de la doctrina de la imprevisión en Chile considera que *“fundamentalmente es el art. 1545 del Código Civil el que la excluye, pues el contrato no puede ser dejado sin efecto, y con menos razón aun modificado, si no es por la voluntad de las partes”*⁵³. Con esto, la Corte Suprema vuelve a la interpretación tradicional del artículo en comento.

En conclusión, y tomando en cuenta la postura que ha tenido nuestro más alto tribunal, la opción de regular expresamente la doctrina de la imprevisión en Chile parece ser la adecuada. Así, concuerdo con Rodrigo Momberg cuando postula que *“con el rechazo expreso de la Corte Suprema a la doctrina de la imprevisión en cuanto tal, queda claro que el recurso a principios generales del Derecho o a la interpretación sistemática de la normativa vigente, no es suficiente para justificar en sede judicial su aplicación”*⁵⁴. Además, y como también lo plantea este autor, la opción por regular expresamente la doctrina de la imprevisión, además de tener un fin práctico (su aplicación por parte de los tribunales), cumple con reafirmar la seguridad jurídica. Para esto me remito a lo expuesto anteriormente, es decir, que solo así podemos saber y prever a qué nos referimos con la doctrina de la imprevisión y cuál es su naturaleza, requisitos y efectos.

iii. Requisitos que debieren exigirse para aplicar la teoría

Los requisitos que nuestra doctrina ha entendido como necesarios para hacer aplicable la doctrina de la imprevisión a un supuesto particular, tal como sintetiza Jorge López Santa María, son los siguientes:

⁵³ CS, 9.9.2009, Rol 2651-2008, Considerando 10°.

⁵⁴ MOMBERG (2010b), *op. cit.*, p.42.

a) que se trate de un contrato de ejecución diferida o de tracto sucesivo, cuyo cumplimiento se encuentre pendiente;

b) que el contrato tenga carácter de oneroso conmutativo;

c) que acaezca o sobrevenga un suceso independiente de la voluntad de las partes, imprevisible al instante de la formación del consentimiento, y

d) que dicho suceso dificulte de manera considerable el cumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes no haciéndolo imposible, pues entonces existiría caso fortuito o fuerza mayor y se configuraría un modo de extinción de las obligaciones, pero transformándolo en exorbitantemente más dispendioso⁵⁵.

Siendo estos los requisitos que la mayoría de la doctrina nacional ha establecido como necesarios para la aplicación de la teoría, es conveniente aclarar algunos de ellos. Para esto, y siguiendo a Daniel Peñailillo, hay que precisar qué entendemos por imprevisible y exorbitantemente más oneroso para una de las partes. La imprevisibilidad del hecho es básicamente que las partes, a la hora de celebrar el contrato, no puedan razonablemente advertir la ocurrencia futura del hecho.

Esta imprevisibilidad del hecho la podemos entender desde una perspectiva objetiva o subjetiva. La primera normalmente nos llevaría a pensar en un sujeto promedio y en si éste hubiese previsto el acontecimiento en caso de celebrar un contrato como el celebrado. La imprevisibilidad desde una perspectiva subjetiva exige fijarnos en el sujeto en particular que es parte de la relación contractual en cuestión y en si éste era capaz de prever o no la situación de que se trata. Además, existe una tercera posibilidad, que no toma como referencia un sujeto promedio del total de individuos de una sociedad, sino un sujeto promedio sectorizado a partir del contexto en el que se encuentra la parte en cuestión. En este sentido, “[hay] más probabilidades de encontrar una situación equitativa con modelos sectorizados, conforme a las características más destacables o influyentes de los sujetos (como su nivel educacional y su actividad), sobre todo en relación al negocio celebrado”⁵⁶. Esto se basa en que “con frecuencia

⁵⁵ LOPEZ SANTA MARÍA, *op. cit.*, pp. 306 y 307.

⁵⁶ PEÑAILILLO, *op. cit.*, p. 224.

*llegan a estrados sujetos que están muy alejados del promedio de la ciudadanía y a los cuales la confrontación con ese promedio arroja una solución muy irreal*⁵⁷, por lo que, al tomar un sujeto promedio el resultado resulta distorsionado. En este contexto es necesario dejarle al juez la calificación de la imprevisibilidad en el caso concreto, pues solo éste puede contrastar un sujeto en particular con su modelo adecuado.

En este mismo sentido debe calificarse la onerosidad exorbitante que resulta del hecho imprevisible, es decir, es el juez quien tiene que determinar si este requisito se cumple o no. Para esto, se debe tener como base que el cambio sea “considerable” y que produzca un resultado “exorbitante”, situación que sí debe ser justificada pero no en base a un criterio *a priori*, sino que en el análisis del caso en específico.

Por otro lado, cabe preguntarnos sobre el primer requisito nombrado: que se trate de un contrato de ejecución diferida o de tracto sucesivo, estando pendiente el cumplimiento de la prestación. Existen quienes han cuestionado su necesidad; así, Peñailillo señala que *“no se ve obstáculo para aplicarla (la doctrina de la imprevisión) 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”*⁵⁸. Sin embargo, esta posibilidad no justifica un cambio en cuanto a la exigibilidad de este requisito, puesto que se sitúa en el supuesto de que una prestación que fue concebida inicialmente para ser ejecutada de manera instantánea no pudo serlo, por lo que finalmente sí terminó siendo ejecutada de manera diferida. Aun así, creo que debemos la necesidad de que la ejecución deba ser diferida o de tracto sucesivo más que como un requisito, como una constatación de que sólo en estos casos puede aplicarse la teoría en la práctica. Puesto que en los contratos de ejecución instantánea en los que las prestaciones sí se ejecutan al momento de celebrar el contrato no hay un tiempo intermedio entre la celebración y la ejecución que haga posible el acaecimiento de un hecho imprevisible.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 231.

Un último requisito aparece en el tratamiento comparado de la materia —aunque no así en el tratamiento que le ha dado nuestra doctrina. Éste consiste en que la parte cuya prestación ha devenido excesivamente onerosa por una causa sobreviniente no haya asumido ese riesgo en la celebración del contrato. Este requisito resulta esencial a la luz de la justificación de la doctrina de la imprevisión que se esbozó en el capítulo I: aquello que el contrato no incorpora no puede ser resuelto por el mismo contrato. Por lo que, si se concreta un riesgo que no se contempló en el contrato, la distribución de éste en cualquier caso es una solución externa. Por eso se hace necesaria una intervención judicial, porque el contrato no puede dar una respuesta a esta situación. Sin embargo, si el contrato sí distribuye el riesgo que se concreta, la respuesta está dada por el mismo contrato y no debe buscarse afuera de éste, no debe haber revisión judicial.

En conclusión, en la opinión de este trabajo, resulta necesario incorporar a los planteamientos de nuestra doctrina este requisito de aplicación, que resulta ser el más esencial, ya que es aquél que justifica la institución a la luz del mismo contrato: la circunstancia imprevisible que hace que una prestación devenga excesivamente onerosa no puede formar parte de los riesgos asumidos por la parte afectada.

iv. Efectos y aplicación de la doctrina de la imprevisión

Los efectos que se le han atribuido a la doctrina de la imprevisión son fundamentalmente tres: el deber de renegociar de las partes, la revisión judicial del contrato y su terminación. Sin embargo, no todos los ordenamientos ni tendencias doctrinarias que acogen la doctrina de la imprevisión reconocen estos tres efectos simultáneamente. El tratamiento particular de los efectos de cada sistema de derecho comparado será analizado en el capítulo III.

El deber de renegociación presenta dos problemas fundamentales para nuestro ordenamiento: si tiene o no cabida en nuestra legislación actual y cuál debe ser su contenido, preguntas que surgen en el supuesto de que las partes no hayan incorporado una cláusula expresa de renegociación, en cuyo caso el contenido de la renegociación se remitirá a ella, asunto que excede los propósitos de este trabajo. Este

problema ha sido desarrollado en nuestra doctrina prácticamente de manera única por Rodrigo Momberg, a quien nos remitiremos, considerando que el propósito de este capítulo es hacer un diagnóstico del estado actual de la doctrina chilena en esta materia.

La primera pregunta ha sido contestada afirmativamente por el autor, basándose en la buena fe contractual. Así, considerando que la buena fe cuenta actualmente con una aplicación amplia en todo el iter contractual, ésta exigiría a los contratantes “*un comportamiento recíproco basado en la lealtad, la honestidad y la consideración de los intereses de la contraparte*”⁵⁹. Basándose en estas ideas se podría extraer la existencia de un deber de renegociación en un supuesto de hecho que cumpla con los requisitos de aplicación de la imprevisión, ya que sería contrario a la buena fe y al deber de cooperación que una de las partes se niegue a la readecuación y exija la ejecución del contrato en sus términos literales. El mismo autor sostiene que hay una justificación legal expresa y específica del deber de renegociar en nuestro sistema jurídico: la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías Internacionales, la que se encuentra ratificada por nuestro país⁶⁰. La Convención de Viena no incorpora la imprevisión en su regulación y, en este contexto, el autor plantea que este vacío debe ser integrado por instrumentos de derecho uniforme, por el amplio reconocimiento que tienen. Así, y aun cuando reconoce que los principios en los que se basan ambos instrumentos no son los mismos, propone que el vacío existente en materia de imprevisión debe integrarse por los Principios UNIDROIT, los que sí acogen la revisión en caso de circunstancias sobrevinientes o *hardship*. Esta decisión se basa en las ventajas que presentaría esta integración: “*[l]a Convención adolece de las deficiencias propias de su naturaleza jurídica: al ser una convención internacional, es el producto de compromisos ineludibles y su actualización es extremadamente difícil. La única forma de evitar que la Convención se transforme en un instrumento estático y obsoleto es por medio de la incorporación de instituciones modernas, pero al mismo*

⁵⁹ MOMBERG, Rodrigo, La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente, Revista Chilena de Derecho, Vol. 37, No. 1 (Enero - Abril 2010), p. 56.

⁶⁰ MOMBERG, Rodrigo, Compraventa internacional de mercaderías: El deber de renegociación en caso de excesiva onerosidad sobrevinida, Revista Chilena de Derecho Privado, n°18, 2012, pp. 95-119

*tiempo fundadas en doctrina y jurisprudencia*⁶¹. Es decir, el autor reconoce que ambos instrumentos se basan en principios distintos y aun así plantea la integración de la Convención con los Principios UNIDROIT por ser esta una solución que presenta ventajas y resulta ser más “moderna”.

Considerando que Momberg es prácticamente el único que se ha referido a la existencia de un deber de renegociación en casos de imprevisión en el estado actual de nuestro ordenamiento, y que los argumentos en los que se basa parecen plausibles, haciendo extensible el deber de buena fe a esta área, la opinión de este trabajo se ve inclinada a aceptar la existencia de un deber de renegociación. Sin embargo, la existencia de un deber específico de renegociar acogido según el autor en la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías Internacionales parece ser una interpretación un tanto forzada y tendenciosa de la misma.

Por su parte, el problema del contenido del deber de renegociación puede subdividirse en otros tres problemas, que Momberg identifica de la siguiente manera: (i) el deber de renegociar de buena fe, (ii) la suerte del contrato durante el período de renegociación y (iii) el deber (o no) de aceptar la propuesta de la contraparte. En cuanto a la primera interrogante, se extraen algunos deberes específicos del deber general de buena fe que integra todo el iter contractual, tales como *“que las propuestas y contrapropuestas deben ser serias, razonables y coherentes, proveyendo la información necesaria para el entendimiento de la parte contraria [...], que conduzcan las negociaciones con flexibilidad y tomando en consideración no solo sus intereses, sino los de su contraparte, evitando por tanto las dilaciones injustificadas como el término intempestivo de las negociaciones”*⁶².

De aceptarse la existencia de un deber de renegociar, debe analizarse qué pasa con el contrato en el tiempo intermedio. Podría pensarse que constituye una regla general que el contrato debe seguir ejecutándose, a menos que las partes acuerden lo contrario. Sin embargo, esta no es una idea absoluta y dependerá del modelo que se adopte. En Chile, quien se ha pronunciado en el tema es también Rodrigo Momberg,

⁶¹ *Ibidem*, p. 115.

⁶² MOMBERG (2010a), *op. cit.*, p.58

quien postula una alternativa a lo anterior: establecer un cumplimiento mínimo. El autor postula que quien propone la renegociación debe incorporar en ella un “cumplimiento mínimo del contrato” que sea razonable e incorpore los intereses de ambas partes. En el caso de que la renegociación sea ordenada por el tribunal, será éste quien deba determinar las condiciones de ejecución del contrato en este tiempo intermedio⁶³.

El punto más discutido en cuanto al contenido del deber de renegociar dice relación con la actitud que debe adoptar la contraparte ante la propuesta presentada por la parte afectada. De ser una propuesta razonable, ¿tiene ésta un deber de aceptarla? Hay quienes dicen que el deber de renegociar solo implica eso, renegociar, no el deber de aceptar una propuesta, aun cuando ésta sea razonable. La principal expositora de esta tendencia ha sido la Corte de Casación francesa (*infra* III.a.). Por otro lado, algunos autores proponen que sí existe un deber de aceptar una propuesta razonable. Sin embargo, estos se basan en el supuesto de que las partes hayan acordado una cláusula de renegociación en el contrato.⁶⁴

En este punto, creo que la discusión fundamental no es si existe tal deber o no. Debemos analizar la negativa a aceptar una propuesta a la luz del mismo principio que justifica el deber inicial de renegociar: el principio de buena fe contractual. Así, si la contraparte rechaza de mala fe una propuesta razonable, se puede dar lugar a otros remedios, tales como la indemnización de perjuicios o la resolución del contrato. En cambio, si se encuentra de buena fe al rechazar una propuesta de renegociación, se puede dar paso a las consecuencias propiamente judiciales de la doctrina de la imprevisión, por lo que no se excluye definitivamente en esta etapa la readecuación del contrato⁶⁵.

Un segundo efecto que puede tener la aplicación de la doctrina de la imprevisión, es la revisión por parte del juez. Esta se puede definir como “*la modificación [por parte del juez] de la obligación de una o de ambas partes [...] con el objetivo de restablecer el equilibrio cuando ha sido severamente alterado por un cambio imprevisible de las*

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ MOMBERG (2010a), *op. cit.*, p. 59.

⁶⁵ MOMBERG, Rodrigo, The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts: comparative perspectives, Tesis Doctoral, Utrecht University, 2011, p.230 y 231. Traducción propia

*circunstancias*⁶⁶. El propósito de esta modificación no es la transformación completa del contrato, sino el reajuste de la obligación sólo en aquello en que ésta se hace excesivamente onerosa⁶⁷. Relacionando este punto con el capítulo anterior, podemos decir que, ya que se concretó un riesgo no asumido por alguna de las partes en el contrato, éste debe ser soportado por ambas partes.

El tercer efecto que puede provocar el cambio de circunstancias es la terminación del contrato. La doctrina nacional no se ha pronunciado mayormente acerca de esta consecuencia. Aun así, debe considerarse como una última opción, principalmente por dos razones: si el interés de las partes en el contrato aún puede realizarse, parece justificado privilegiar que el contrato prospere, y pueden presentarse problemas relacionados con terceras partes involucradas⁶⁸.

Concluyendo, en cuanto a los efectos de la doctrina de la imprevisión, creo que se justifica calificadamente la existencia de los tres remedios. Sin embargo, cada uno presenta una oportunidad ideal y una extensión delimitada. Creo que debe existir, como primera etapa, un deber de renegociar para las partes. Considerando que las partes son quienes mejor conocen sus intereses y posibilidades, éstas son quienes están en mejor posición para modificar el contrato. En un segundo lugar, sólo al fallar la renegociación se hace necesaria una intervención externa, hecha por el juez. Esta intervención debería buscar, en primer lugar, la preservación del contrato, ajustándolo, antes que su terminación, si así lo sugieren los intereses de las partes y sus posibilidades, así como los posibles terceros involucrados. En último lugar debiese existir la posibilidad de terminación del contrato, en circunstancias en las que se hace imposible cumplir con sus fines.

Teniendo claros los posibles efectos de la doctrina de la imprevisión, debemos preguntarnos por las características que debe presentar la aplicación de estos efectos. Así, creo que hay un punto que resulta necesario aclarar: su carácter excepcional. Es necesario concebir la posible aplicación de la doctrina de la imprevisión como una

⁶⁶ MOMBERG (2011), *op. cit.*, pp. 238 y 239. Traducción propia

⁶⁷ MOMBERG, Rodrigo, La reformulación del rol del juez en los instrumentos contemporáneos de derecho contractual, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 21, n°2, 2014, p. 298.

⁶⁸ MOMBERG (2011), *op. cit.*

excepción al principio general de la fuerza obligatoria de los contratos (en lo que dice relación a sus efectos y no a su fundamento). Más allá de que la excepcionalidad se justifique en los fundamentos para la aplicación general del principio *pacta sunt servanda*, se justifica por las consecuencias prácticas que éste genera: las partes pueden prever el normal desenvolvimiento del contrato que están celebrando, lo que entrega seguridad e incentivos a las partes y al tráfico comercial en general. Que tenga carácter excepcional “*implica una serie de consecuencias ampliamente conocidas: su interpretación será restrictiva, no se presumirá y, por tanto, deberá ser alegada por la parte interesada, sobre la que recae consecuentemente el peso de la prueba*”⁶⁹.

⁶⁹ MOMBERG (2010b), *op. cit.*, p.53.

III. La revisión judicial de los contratos por excesiva onerosidad sobreviniente en el derecho comparado y en los principales instrumentos de soft law

Habiendo revisado la justificación de la doctrina de la imprevisión a la luz de la teoría del contrato y los principales problemas que la doctrina ha identificado en Chile, resulta útil hacer un tratamiento comparado de la materia. Así, se analizará cómo tratan algunos ordenamientos extranjeros e instrumentos de *soft law* la excesiva onerosidad sobreviniente, para lo que se tomará como referencia principalmente el derecho francés, el alemán y el inglés. Estos sistemas fueron elegidos porque representan las tres grandes respuestas a la pregunta planteada y, a la vez, son sistemas que usualmente se utilizan en Chile como referentes en estudios comparados. Se analizará brevemente cómo se ha dado la evolución del tratamiento de las circunstancias sobrevinientes en cada uno de dichos sistemas, así como el estado actual de la regulación normativa y de la discusión doctrinaria en dichos contextos.

También, será analizado el tratamiento dado en esta materia por los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (en adelante PECL) y los principios UNIDROIT.

a. Derecho francés

Para analizar el tratamiento de la revisión judicial de los contratos por circunstancias sobrevinientes en el derecho francés de manera breve y ordenada, se tratarán cuatro puntos separadamente: (i) el contraste entre la solución de la Corte de Casación y la del Consejo de Estado al problema en cuestión, (ii) la crítica doctrinaria a esta solución y la nueva interpretación de la Corte de Casación; y (iii) la acogida legislativa de la teoría. Finalmente se realizará (iv) una comparación con la situación chilena, ya descrita en el capítulo II.

i. El contraste entre la Corte de Casación y el Consejo de Estado

En Francia, antes de la reforma del derecho de las obligaciones del año 2016, podíamos identificar un comportamiento absolutamente opuesto entre la Corte de Casación y el Consejo de Estado frente al cambio sobreviniente de las circunstancias que torna excesivamente onerosa una prestación o *théorie de l'imprévision*. Es decir,

el tratamiento de la situación en los contratos privados (Corte de Casación) y en los contratos administrativos (Consejo de Estado) ha sido opuesto.

Así, en Francia no existía una norma que aceptara de manera general la revisión de los contratos por excesiva onerosidad causada por circunstancias sobrevinientes. Junto a esto, la Corte de Casación se mostraba reacia a aceptar la aplicación de la teoría de la imprevisión, argumentando en base al entonces artículo 1134 del Code Civil, el que consagraba el principio de la fuerza obligatoria de los contratos⁷⁰. En este sentido, se ha tomado como paradigma del comportamiento de la Corte de Casación la sentencia pronunciada en el caso Canal de Craponne. En ésta, la Corte se niega a revisar los términos de un contrato en el que el precio por el uso de las aguas del canal, después de tres siglos, resultaba irrisorio. El razonamiento de la Corte fue que *“bajo ninguna circunstancia los tribunales pueden tomar en cuenta, aun cuando la decisión parezca ser justa, el tiempo transcurrido y el cambio de circunstancias para sustituir por nuevos términos aquellos que fueron aceptados libremente por las partes”*⁷¹. En paralelo a esta situación, en Francia se dictaron diversas regulaciones que hacían frente al cambio de circunstancias en casos específicos. Es decir, en este período abundaron estas “leyes de emergencia”.

En contraste, el Consejo de Estado sí ha admitido, desde principios del siglo XX, la aplicación de la teoría de la imprevisión en los contratos administrativos frente a circunstancias sobrevinientes que tornen excesivamente onerosa una de las prestaciones. La aplicación de la teoría en estos contratos se justificó tempranamente en el principio de continuidad de los servicios públicos, lo que hacía parecer razonable la distinción entre contratos administrativos y privados. Luego, se incorporó una nueva justificación: un supuesto derecho de la parte privada que contrata con un ente administrativo a esperar un cierto equilibrio.

Este contraste entre las decisiones civiles y las administrativas fue cuestionado al considerarse que el criterio de diferenciación entre ambos tipos de contratos resulta

⁷⁰ El artículo 1134 del Código francés, previo a la reforma del derecho de las obligaciones, consagraba el principio de la fuerza obligatoria de los contratos en los siguientes términos: “Art. 1134 Los pactos legalmente formados tienen fuerza de ley para las partes”

⁷¹ BEALE, Hugh, Cases, materials and text on contract law, Hart, 2010, p.1131. Traducción propia.

inexacto: el interés que incorpora el contrato difícilmente resulta ser puramente público o puramente privado. Teniendo esto en cuenta es que surgieron críticas relacionadas con lo injustificada que es la distinción y que su aplicación muchas veces resulta ser incoherente⁷².

ii. La crítica doctrinaria y la nueva interpretación de la Corte de Casación

La doctrina francesa moderna reaccionó ante este panorama mostrando una tendencia mayoritaria a aceptar la revisión o terminación de los contratos ante los supuestos de hechos que hacen aplicable la teoría de la imprevisión. Así, autores como Ghestin y Mazeaud, entre otros, representan la posición de la doctrina francesa en este período.

Ghestin postulaba la idea de que era “*necesario reconocer algunas excepciones al principio absoluto de pacta sunt seranda porque la eficiencia social del contrato exige la posibilidad de revisión o terminación del acuerdo en casos restringidos*”⁷³. Para fundamentar esta acogida, se argumentó en base al párrafo tercero del artículo 1134, que establece que los contratos deben ser ejecutados de buena fe.

Aun cuando la doctrina se mostraba tendiente a la acogida de la teoría de la imprevisión, la Corte de Casación seguía demostrando un comportamiento reacio. Sin embargo, esta tendencia comenzó a verse atenuada con la proposición de un deber de renegociación que existiría entre las partes ante situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente, el que daría derecho a una indemnización de perjuicios ante la negativa a renegociar. Así, “[*el*] principio de buena fe y el deber de lealtad que se deben las partes dan lugar al deber de la parte aventajada de renegociar el contrato a requerimiento de la parte afectada por el cambio de circunstancias. El fundamento legal está dado principalmente por el inciso tercero del artículo 1134 del Code Civil, que impone el deber de buena fe en la ejecución de los contratos, y el artículo 1135 del mismo Código, que señala que los contratos no obligan solamente a lo expresamente estipulado, sino también a todo aquello que según la equidad pueda atribuírsele según su naturaleza”⁷⁴. Con respecto a la aceptación de los otros posibles

⁷² MOMBERG (2011), *op. cit.*, p.52.

⁷³ MOMBERG (2011), *op. cit.*, p.52.

⁷⁴ MOMBERG (2010a), *op. cit.*, p. 51.

efectos de la excesiva onerosidad sobreviniente, la Corte mantuvo su posición inicial en cuanto a la posibilidad de que los tribunales revisen o den por terminado un contrato ante tales circunstancias, negándose a ella.

iii. La acogida legislativa de la teoría de la imprevisión.

En la discusión sobre la reforma al derecho de las obligaciones y de los contratos en Francia se consideró el problema de la imprevisión. Así, tanto el *Avant-project Catala*, el proyecto *Terré* y el del Ministerio de Justicia francés consideraron la interrogante, dándole distintas respuestas. Finalmente, la reforma incorporó un precepto que reconoce expresamente la teoría de la imprevisión en los siguientes términos:

Artículo 1195. – Si un cambio de circunstancias, imprevisible al momento de la conclusión del contrato, torna la prestación excesivamente onerosa para una parte que no ha aceptado el riesgo de ese cambio, esa parte puede solicitar a la otra parte la renegociación del contrato. La primera parte debe continuar ejecutando su obligación durante la renegociación.

En el caso de que la contraparte se rehúse a la renegociación o que ésta falle, las partes pueden acordar la terminación del contrato desde la fecha y con las condiciones que ellos determinen o, de común acuerdo, solicitarle al tribunal que lo adapte. Ante la ausencia de un acuerdo en un tiempo razonable, la Corte puede, ante la solicitud de una parte, revisar el contrato o ponerle fin, desde la fecha y sujeto a las condiciones que ella determine⁷⁵.

De esta norma podemos desprender tanto los requisitos para la aplicación de la teoría de la imprevisión, como sus efectos. En cuanto a sus requisitos, se exige un cambio de circunstancias, imprevisible al momento de la celebración del contrato, que vuelva excesivamente onerosa la prestación para una de las partes que no haya asumido ese riesgo al momento de contratar.

En cuanto a sus efectos, la norma francesa incorpora los tres mecanismos analizados: la renegociación, revisión y resolución del contrato.

⁷⁵ Traducción propia.

iv. Relación y comparación con la situación chilena actual

Resulta especialmente importante analizar la evolución de este problema en Francia, al ser el modelo por excelencia que ha seguido nuestro derecho civil. Así, nuestro Código Civil se basa principalmente en el Código de Napoleón, teniendo varios preceptos casi idénticos, y también compartimos una base similar en lo que respecta a la teoría general del contrato. Además, nuestras discusiones doctrinales en este campo se han basado muchas veces en las discusiones que se han dado en ese país. Es por esto que considero que es esencial comenzar por comparar la evolución que ha tenido la discusión en nuestro país con el tratamiento que ha recibido en Francia.

En primer lugar, podemos identificar un paralelismo entre el caso del Canal de Craponne y la sentencia de nuestra Corte Suprema de 10 de enero de 1925, ya comentada. En ambos casos, el más alto tribunal de cada país negó la facultad de los tribunales de revisar los contratos, basándose en la fuerza obligatoria de éstos, contemplada respectivamente en el artículo 1545 del Código Civil chileno y en el artículo 1134 del Code Civil francés. El razonamiento en ambos casos es similar: basándose en el principio de que el contrato es ley para las partes, los tribunales no pueden revisar sus términos bajo ninguna circunstancia.

En segundo lugar, resulta interesante notar que en ambos ordenamientos se ha dado la discusión acerca de si es conveniente regular la teoría expresamente o no. Mientras en Francia la doctrina aceptaba de manera prácticamente pacífica la idea de acoger la teoría de la imprevisión, basándose en que los contratos deben ser ejecutados de buena fe (artículo 1134 párrafo tercero), en Chile ocurre algo similar. La mayoría de los autores nacionales que han tratado el tema coinciden en que es necesario acoger la revisión judicial de los contratos y, al dar su fundamento normativo, han dado las mismas razones que los autores franceses. Así, se han basado en nuestro artículo 1546, que establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe. Sin embargo, en ambos sistemas la doctrina ha contrastado con la evolución jurisprudencial en este punto: los tribunales civiles de ambos sistemas se han negado a aceptar la revisión judicial de los contratos sin una norma expresa. Frente a este panorama, en el capítulo anterior se concluyó que era necesaria una regulación legal expresa en este sentido.

A esta misma conclusión se llegó en Francia, lo que tuvo como resultado el nuevo artículo 1195 del Code Civil francés.

En el capítulo anterior, al ver los requisitos que la doctrina chilena exigía para la aplicación de la teoría de la imprevisión, vimos que había un requisito esencial que faltaba: que las partes no hubiesen atribuido el riesgo de que se trata en el contrato mismo. Este requisito sí se incorpora expresamente en la reglamentación francesa de la materia.

En cuanto a los efectos de la teoría de la imprevisión, la normativa francesa da la posibilidad a la parte afectada de solicitar, en primer lugar, una renegociación del contrato. Sólo en el caso de que esta falle o que la contraparte se niegue, las partes, de común acuerdo, pueden convenir la terminación del contrato o solicitarle al tribunal que lo adapte. Si no se logra un acuerdo en un plazo razonable, una parte puede solicitarle al juez que revise el contrato o que ordene su terminación. Por lo tanto, la normativa francesa incorpora los tres posibles efectos que pueden atribuirse a la teoría de la imprevisión de una forma similar a la que se consideró como ideal en el capítulo anterior.

b. Derecho alemán

En un principio la codificación alemana no incorporaba ningún mecanismo que le permitiera al juez exigir una renegociación o revisar el contrato. Sin embargo, con el tiempo la jurisprudencia fue acogiendo una forma de revisión judicial, basándose en dos interpretaciones: (i) la de la imposibilidad económica y (ii) la del cambio de la base del contrato. Luego de muchos años de aplicación jurisprudencial de esta última interpretación, (iii) se acoge legislativamente y pasa a formar parte del BGB. Se analizarán todos estos puntos de manera separada y, finalmente, (iv) se comparará este proceso con el chileno.

i. Primera interpretación: Imposibilidad económica

En un principio, al igual que en el Código chileno y en el francés, el BGB no incorporaba la cláusula *rebus sic stantibus* ni otro mecanismo que permitiera la revisión judicial de los contratos ante el cambio imprevisto de las circunstancias. Así, los tribunales

alemanes se negaban sistemáticamente a interferir en el contrato, con la única excepción de aquellos casos de imposibilidad física o legal. Como ya se explicó en el capítulo I, esta resistencia se fundamentaba principalmente en la fuerza obligatoria de los contratos y en la autonomía privada⁷⁶.

Sin embargo, esta situación se vio forzada a cambiar debido a las consecuencias que se derivaron de la Primera Guerra Mundial en Alemania, principalmente en materia económica. En este contexto, el más alto tribunal de la época, el *Reichsgericht*, comenzó a dar una interpretación más amplia del que era entonces el artículo 275 del BGB, relativo a la imposibilidad de la prestación. Así, se amplió la interpretación dada hasta ese entonces de imposibilidad, surgiendo el concepto de imposibilidad económica, la que aplicaba en aquellos casos en los que la prestación se volvía irrazonable o excesivamente onerosa a causa de un hecho imprevisible al momento de celebración del contrato⁷⁷.

La ventaja de esta interpretación es que es el primer mecanismo que permite dar una solución a aquellos cambios imprevisibles de las circunstancias que no hicieran de la prestación una físicamente imposible, lo que resultaba necesario en el contexto de hiperinflación y crisis económica que se vivía en Alemania. Sin embargo, ésta tenía una desventaja: al definirse como una hipótesis de imposibilidad, el contrato se terminaba, siempre. Es decir, como se incorporaban los casos de imprevisión a aquellos supuestos de imposibilidad, la única consecuencia aplicable era la prevista para ésta última: el término del contrato.

ii. Segunda interpretación: cambio en la base del contrato

La incorporación del concepto de imposibilidad económica cumplió una función necesaria, sin embargo, resultó ser un mecanismo insuficiente. Considerando que la única consecuencia que traía aparejada era la terminación del contrato, existía la

⁷⁶ AUBREY, Michael, Frustration Reconsidered: Some Comparative Aspects, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 12, n°4, October 1963, pp. 1177. Traducción propia.

⁷⁷ RÖSLER, Hannes, Hardship in German codified private law: in comparative perspective to English, French and international contract law, *European Review of Private Law*, Kluwer Law International BV, 2007, p.487 y 488. Traducción propia.

necesidad de incorporar un mecanismo propio para los supuestos de imprevisión que contenga, a su vez, remedios propios para estos casos. Es así que nace la doctrina de la desaparición de la base del contrato, también llamada cambio fundamental de las circunstancias o *Geschäftsgrundlage*.

Las circunstancias que componen la base del contrato se definen como “*percepciones compartidas como evidentes por ambas partes al tiempo de celebración del contrato, o percepciones de una parte, discernibles y no objetables por la otra, de la existencia, presente o futura, de ciertas circunstancias que forman la base de su voluntad para contratar*”⁷⁸. Entonces, esta teoría resulta aplicable cuando se produce un cambio fundamental en aquellas circunstancias que forman la base del contrato, que convierte la prestación en una completamente diferente a aquella contemplada por las partes en el mismo⁷⁹.

Esta nueva interpretación; también traía nuevas posibilidades ante los supuestos de cambio fundamental de las circunstancias. Así, se contemplan entre sus consecuencias no solo la posible terminación del contrato, sino que también, y preferentemente, la revisión judicial del mismo.

El fundamento normativo de esta interpretación se encuentra en la buena fe en la ejecución de los contratos. Es así como los tribunales comienzan a aplicar esta doctrina basándose en el artículo 242 del BGB⁸⁰, principio que opera en dos sentidos: permite la aplicación de la doctrina y, a la vez, la limita a los casos estrictamente necesarios.

Esta teoría fue desarrollándose por los tribunales alemanes sin una norma expresa en el BGB por más de ochenta años. El Código alemán recién la incorpora en el proceso de modernización del derecho alemán de las obligaciones de comienzos del siglo XXI.

⁷⁸ RÖSLER (2007), *op. cit.*, p.488. Traducción propia.

⁷⁹ AUBREY (1963), *op. cit.*, p.1179. Traducción propia.

⁸⁰ Artículo 242 BGB. Ejecución de buena fe. El obligado tiene el deber de ejecutar la obligación de acuerdo a los requerimientos de la buena fe, tomando en cuenta la costumbre.

iii. Codificación de la doctrina de la imprevisión

Con la modernización del derecho alemán de las obligaciones del año 2002, se incorpora al BGB el párrafo 313, el que recoge el desarrollo jurisprudencial que había tenido hasta el momento la doctrina de la desaparición de la base del contrato. Así, a diferencia del proceso francés ya analizado, la codificación en Alemania solo viene a incorporar de manera explícita una institución que ya había sido desarrollada y utilizada por su jurisprudencia, de la siguiente manera:

Párrafo 313 Cambios en la base del contrato

(1) Si las circunstancias que constituyen la base del contrato han cambiado de manera significativa desde su celebración, y si las partes no hubiesen celebrado el contrato o lo hubiesen celebrado bajo condiciones distintas de haber previsto este cambio, podrá demandarse la revisión del contrato en la medida que no pueda esperarse de manera razonable que una parte mantenga el contrato sin modificarlo, tomando en consideración todas las circunstancias del caso en específico, en particular la distribución contractual o normativa del riesgo,

(2) Es equivalente al cambio de circunstancias si se descubre que son incorrectas concepciones materiales que forman parte de la base del contrato

(3) Si la revisión del contrato no es posible o no puede esperarse razonablemente que una parte la acepte, la parte desventajada puede resolver el contrato. En el caso de contratos de tracto sucesivo, el derecho a resolver el contrato se sustituye por el derecho a terminarlo.⁸¹

Los numerales 1 y 3 del párrafo recién transcrito son los que incorporan la teoría de la desaparición de la base del contrato al BGB. Así, el elemento esencial que da paso a una revisión judicial, a la resolución o a la terminación del contrato en base a este párrafo, es que el cambio de las circunstancias que se entienden como base del contrato sea tal que la prestación contractual se haya vuelto completamente diferente a la que el contrato incorporaba originalmente.

⁸¹ Traducción propia.

A su vez, la norma demuestra la preferencia que el ordenamiento alemán le otorga a la revisión del contrato por sobre la resolución o terminación de éste, pese a no contemplar expresamente la posibilidad de que el tribunal inste a las partes a renegociar.

iv. Comparación con la situación chilena actual

Resulta enriquecedor para el análisis de la doctrina de la imprevisión en Chile comparar su desarrollo con el de la teoría de la desaparición de la base del contrato en Alemania.

En primer lugar, resulta interesante contrastar cómo se ha desarrollado la teoría en cada ordenamiento. Como se vio anteriormente, al igual que en Chile, en Francia los tribunales civiles se mostraron sistemáticamente contrarios a cualquier mecanismo de revisión contractual en supuestos de imprevisión. Así, solo con la incorporación explícita de la teoría al Code Civile sus tribunales comienzan a aplicarla, aun cuando su doctrina había estado desarrollándola en forma paralela durante varios años. En Chile ocurre algo similar al período anterior a la incorporación del art. 1195 francés, nuestra doctrina ha venido desarrollando y discutiendo la doctrina de la imprevisión, mientras nuestros tribunales siguen viendo en el artículo 1545 una barrera infranqueable para su aplicación.

En cambio, en Alemania son sus tribunales los que desarrollan y aplican la teoría de la desaparición de la base del contrato. La incorporación normativa del párrafo 313 solo viene a incorporar explícitamente al sistema una doctrina que ya llevaba siendo utilizada por más de ochenta años.

En segundo lugar, se puede notar que, al igual que en la codificación francesa, la normativa alemana incorpora expresamente uno de los elementos que consideramos como esenciales en el capítulo anterior a la hora de analizar la posible aplicación de la teoría. Así, el párrafo 313 del BGB, considera especialmente importante para su aplicación el análisis de la distribución contractual del riesgo.

En tercer lugar, al analizar en el capítulo anterior los posibles efectos que se le pueden atribuir a la teoría y postular cuáles debiesen existir y en qué orden, se propuso que, en primer lugar, debiese instarse a una renegociación entre las partes. Sólo en caso de que esta falle el tribunal podría revisar el contrato y sólo si esta resulta perjudicial, resolverlo o terminarlo. En Alemania encontramos dos de estos tres remedios, los que en orden de aplicación son: la revisión y la resolución o terminación del contrato, no incorporándose explícitamente la posibilidad de que el tribunal inste a las partes a renegociar.

En último lugar, resulta interesante notar la relación que existe entre los fundamentos de la teoría alemana y los fundamentos que fueron identificados en el capítulo I como bases de la doctrina de la imprevisión. La teoría de la desaparición de la base del contrato se hace aplicable cuando por circunstancias posteriores a la celebración del contrato, la prestación cambia de tal manera que resulta ser completamente diferente a la incorporada al mismo y deseada por las partes originalmente. Así, no es el elemento de excesiva onerosidad de la prestación el que resulta esencial para la aplicación de la teoría, tal como se ha tendido a considerar en Chile y como se contempla en el Code Civil. En Alemania, en cambio, el elemento esencial se presenta cuando la ejecución de la construcción original del contrato se vuelve imposible por el cambio de circunstancias sobrevinientes, volviéndose la prestación una distinta a la querida e incorporada inicialmente. Es decir, de exigirse su ejecución, se exigiría algo distinto al contrato, encontrándonos nuevamente en la interrogante del capítulo I.

c. Derecho inglés

En el derecho inglés no encontramos el uso de una cláusula similar a la *rebus sic stantibus*. En este ordenamiento no se incorpora ningún mecanismo de revisión de los contratos en casos de imprevisión, tal como éstos han sido definidos en el presente trabajo. Sin embargo, algunos de estos casos han sido tratados bajo la doctrina de la *frustration*, la que resulta más amplia que las vistas anteriormente en los sistemas de derecho continental.

Para entender el sistema inglés y poder hacer una comparación con los ordenamientos antes vistos, se estructurará este capítulo de la siguiente manera: en primer lugar,

veremos (i) qué se entiende en general por *frustration*. En segundo lugar, se analizarán las dos interpretaciones con las cuales se han incorporado hipótesis de imprevisión a ésta, por un lado, (ii) la interpretación de una voluntad implícita y, por el otro, (iii) que la prestación resulte fundamentalmente diferente a la pactada. En último lugar (iv) se comparará y relacionará el sistema inglés con los vistos anteriormente: el chileno, el francés y el alemán.

i. La doctrina de la *frustration*

El derecho inglés de los contratos, como se esbozó en la introducción del presente capítulo, parte desde la misma regla general: los contratos deben cumplirse como se pactaron. La concepción inicial de este principio resultaba ser tan fuerte, que incluso en un momento se negaba que la imposibilidad física pudiera servir como excusa para la ejecución. Esta mirada estricta fue matizándose con el tiempo: primero se aceptó que la imposibilidad legal o física sirvieran de excusa para la ejecución de los contratos, formándose la doctrina de la *frustration*; y luego, se comenzaron a incorporar a ésta otros supuestos, aun cuando no se enmarcasen en una imposibilidad estricta.

En la actualidad, se entiende que la doctrina de la *frustration* reúne en sí todos los supuestos en que circunstancias sobrevinientes pueden liberar a las partes de sus obligaciones contractuales. Así, ésta sería aplicable cuando “*después de la celebración del contrato, ocurren eventos que hacen la ejecución del contrato imposible, ilegal o radicalmente diferente a la prevista por las partes originalmente*”⁸².

Con lo anterior, podemos identificar que existen tres supuestos que hacen aplicable la doctrina en comento: la imposibilidad física, la ilegalidad y cuando la prestación resulta fundamentalmente diferente a la prevista por las partes originalmente. La consecuencia aplicable a estos tres supuestos es la misma: el término o la resolución del contrato.

⁸² BEALE (2010), *op. cit.*, p.1135. Traducción propia.

Es en el último supuesto de aplicación que podemos identificar elementos similares a la que hemos entendido como doctrina de la imprevisión (Chile y Francia) o de pérdida de la base del contrato (Alemania).

Para fundamentar la incorporación a la doctrina de la *frustration* de aquellos supuestos que no se enmarcan en una imposibilidad estricta, los tribunales ingleses han sostenido dos interpretaciones: identificar una voluntad implícita en el contrato o afirmar que la prestación resulta fundamentalmente diferente a la pactada.

ii. Primera interpretación: voluntad implícita.

La primera herramienta que utilizan los tribunales ingleses para incorporar a la doctrina de la *frustration* aquellos supuestos de circunstancias sobrevinientes que no volvían estrictamente imposible la prestación, es la incorporación de cláusulas implícitas, basadas en la interpretación de una voluntad también implícita.

De esta manera, en *Staffordshire Area Health Authority v. South Staffordshire Water Works Co*, un caso con supuestos de hechos similares al del Canal de Craponne, en el que se fijaba un precio para el agua que debía mantenerse de ahí en adelante, el tribunal hace una interpretación de la voluntad implícita de las partes e interpreta que la cláusula “de aquí en adelante” se refería en realidad a que el contrato tenía una duración indefinida, pero que podía ser terminado después de un tiempo razonable desde el aviso⁸³.

Otro caso que sirve como ejemplo para entender el razonamiento de los tribunales ingleses es *Taylor v. Caldwell*. En este caso, en el que se quema un salón de música que había sido contratado para una serie de conciertos, el razonamiento fue el siguiente: “*en aquellos contratos en los que la ejecución depende de la existencia continuada de cierta persona o cosa, existe una condición implícita de que la imposibilidad de la ejecución que ocurre como consecuencia de que perezca la persona o la cosa debe excusar a las partes de la prestación*”⁸⁴.

⁸³ BEALE (2010), *op. cit.*, p. 1136. Traducción propia.

⁸⁴ Taylor v. Caldwell (1863) 3 B & S 826, Véase en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1863/J1.html> Traducción propia.

En conclusión, en este primer momento, los tribunales ingleses extraían una voluntad implícita de las partes y la convertían en una cláusula, también implícita. Esta primera etapa, en mi opinión, resulta necesaria para poder incorporar a la amplia doctrina de la *frustration* casos que el derecho inglés hasta ese entonces no contemplaba. Sin embargo, al basar la cláusula implícita en una construcción de una supuesta voluntad que tampoco era evidente, los resultados eran un tanto artificiales.

Por otro lado, también me parece interesante relacionar este razonamiento inglés con lo propuesto en el capítulo I acerca de la evolución y fundamento de la doctrina de la imprevisión o, en este caso, de la doctrina de la *frustration*. En primer lugar, se puede identificar una relación entre la cláusula *rebus sic stantibus* en su versión original con la primera interpretación inglesa. En ambas se incorpora una cláusula implícita que deriva de una supuesta voluntad de las partes, sin ser ninguna de estas dos ni necesarias, ni evidentes. En segundo lugar, me parece que esta interpretación inglesa cae en el mismo error que intenta enmendar la doctrina de la imprevisión: identifica una voluntad en un espacio en el que ella no existe. Por eso es relevante la segunda interpretación de los tribunales ingleses.

iii. Segunda interpretación: que la prestación resulte fundamentalmente diferente a la pactada.

La segunda interpretación comienza a gestarse en el caso *British Movietonews v. London And District Cinemas* y sigue desarrollándose en los casos derivados del cierre del Canal de Suez. Ésta postula que es aplicable la doctrina de la *frustration* a aquellos supuestos en los que, como consecuencia de circunstancias sobrevinientes, la prestación resulta fundamentalmente diferente a la pactada.

En la mayoría de los casos en los que se desarrolla y se cristaliza en abstracto la nueva idea de la *frustration*, ésta termina por no aplicarse debido a discordancias en la interpretación de qué significa que la prestación resulte fundamentalmente diferente a la pactada en el caso en concreto. Sin embargo, qué se entiende por *frustration* se mantiene uniforme y no constituye el tema en disputa. Es por esto, y considerando los

finés del presente trabajo, que se ha decidido profundizar en la construcción del nuevo entendimiento de la doctrina y no así en su aplicación a casos particulares.

La primera construcción del concepto nuevo de *frustration* la encontramos en la opinión del vizconde Simon en el caso *British Movietonews v. London And District Cinemas*, así el vizconde propone que hay *frustration* cuando “*en la consideración de los términos del contrato, a la luz de las circunstancias que existían al tiempo de su celebración, se muestra que las partes nunca acordaron estar obligadas en las circunstancias fundamentalmente diferentes que ahora se han producido de manera inesperada, el contrato deja de ser obligatorio [...] porque en su correcta interpretación él no aplica en esta situación*”⁸⁵. Así, podemos identificar que lo fundamental para la aplicación de la doctrina de la *frustration* es la correcta interpretación del contrato, que demuestra que las partes no acordaron estar obligadas en estas nuevas circunstancias.

En *Davis Contractors Ltd. v. Farham Urban District Council* se profundiza en qué debe entenderse como *frustration*. Así, Lord Ried postula que “*la frustration depende, al menos en la mayoría de los casos, no de agregar una cláusula implícita, sino de la correcta interpretación de los términos del contrato a la luz de su naturaleza y de las circunstancias relevantes que se encontraban al momento de la celebración del contrato [...]. No es necesario considerar lo que las partes pensaron o qué haría un hombre razonable en su lugar [...]. La pregunta recae en si el contrato que ellos celebraron, en su correcta interpretación, se extiende o no a las nuevas circunstancias*”⁸⁶. Por su parte, Lord Radcliffe señala que la *frustration* se presenta cuando las nuevas circunstancias en las que la prestación se ejecutaría la convierten en una radicalmente diferente a la que fue pactada en el contrato, “*no es esto lo que prometí hacer*”⁸⁷.

Esta visión termina por cristalizarse en los casos que se producen a partir del cierre del Canal de Suez. Así, en *Ocean Tramp Tankers Corporation v. Sovfracht* o “*The*

⁸⁵ *British Movietonews v. London And District Cinemas*, p.158.

Véase en http://www.iclr.co.uk/document/1890014222/casereport_72567/html Traducción propia.

⁸⁶ *Davis Contractors Ltd. v. Farham Urban District Council*, [1956] AC 696, p. 721. Traducción propia.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 729. Traducción propia.

Eugenia”, Lord Denning resume el desarrollo que la jurisprudencia había logrado en casos anteriores y define la *frustration* de la siguiente manera: “*si en la ejecución de un contrato se produce una situación fundamentalmente diferente, para la cual las partes no hicieron ninguna disposición —tanto así que sería injusto mantener a las partes obligadas en esta nueva situación— el contrato se termina*”⁸⁸.

Lo característico de la doctrina de la *frustration* en su interpretación más moderna podemos extraerlo entonces de las formulaciones citadas. Lo que resulta fundamental para identificar un caso en el que es aplicable esta doctrina es que se produzca una circunstancia que vuelva la prestación fundamentalmente diferente a la pactada en el contrato. Es decir, que se trate de una circunstancia que las partes nunca tuvieron voluntad de incorporar al contrato.

Lo anterior podemos relacionarlo con lo que se identificó en el capítulo I como el fundamento de la revisión judicial de los contratos. Lo que resulta clave es que en la construcción del contrato no siempre se consideran todas las posibles situaciones que puedan darse en su ejecución, por lo que la solución a ellas no puede entenderse siempre desde el contrato, pues esto representaría una extensión del contrato a un espacio al que las partes nunca consintieron. Lo que se postula en la segunda interpretación inglesa es similar. Que hay circunstancias en que el contrato no rige, pues su construcción demuestra que las partes no acordaron estar obligadas en estas nuevas circunstancias, cuyas consecuencias no son las que pactaron.

Es en este punto que podemos considerar que la *frustration* sí considera la distribución del riesgo contractual como un elemento esencial para su aplicación. Es decir, si consideramos que la doctrina inglesa centra su análisis en el contrato, este proceso debe considerar la distribución contractual del riesgo realizado por las partes. Si ellas han decidido distribuir el riesgo de la circunstancia sobreviniente de alguna manera, la correcta interpretación del contrato mostrará que debe cargar con la concreción del riesgo precisamente la parte que lo asumió. Si, por el contrario, las partes no han distribuido el riesgo de la circunstancia sobreviniente, en caso de concretarse ésta nos

⁸⁸ Ocean Tramp Tankers Corporation v. Sovfracht, [1964] 2 QB 226, p. 238. Traducción propia.

encontraríamos en un supuesto que queda fuera del contrato: no es lo que las partes incorporaron a él.

Lo fundamental, entonces, resulta ser la correcta interpretación del contrato, qué se encuentra incorporado a éste y qué no y, como consecuencia, qué riesgos se encuentran distribuidos en el contrato y cuáles no, cuál es la prestación que éste incorpora y cuándo ésta deviene diferente a lo pactado. Si se produce una situación que las partes incorporaron como posible en el contrato o cuyo riesgo es asumido por una de las partes en él, entonces la prestación no resulta ser fundamentalmente diferente a la pactada y el contrato debe ejecutarse. En cambio, si se produce una circunstancia que las partes nunca quisieron incorporar al contrato, por lo que nunca se distribuyó el riesgo que podría derivar de ella, y trae como consecuencia que la prestación se vuelva fundamentalmente diferente a la pactada, el contrato debe terminarse.

iv. Relación con la situación chilena y otros ordenamientos del derecho continental

Aun considerando las grandes diferencias estructurales que existen entre el sistema del *common law* y el derecho continental, resulta interesante y enriquecedor establecer una comparación y, más aún, relaciones entre éste, nuestro ordenamiento jurídico y los principales ordenamientos del derecho continental. Considerando, además, que el modelo inglés es el que expresa de mejor manera el fundamento que se le ha dado en este trabajo a la revisión judicial de los contratos, este análisis resulta necesario.

Considerando todos los modelos analizados hasta ahora, es decir, la discusión chilena, el modelo francés, el alemán y el inglés, podemos notar que en todos ellos se ha partido desde la base de una fuerza obligatoria de los contratos prácticamente absoluta, no habiendo cabida alguna para los supuestos de imprevisión. Desde esta base común, cada ordenamiento ha ido desarrollando su propio modelo y ha ido incorporando de distintas maneras las hipótesis de circunstancias sobrevinientes que vuelven excesivamente onerosa una prestación o que tornan la prestación en una fundamentalmente diferente a la pactada en el contrato. Así, con excepción de Chile,

tanto Francia, como Alemania e Inglaterra actualmente acogen de alguna forma lo que se ha identificado en el presente trabajo como imprevisión.

En segundo lugar, podemos establecer que existen, a grandes rasgos, dos fundamentos que se le han atribuido a la revisión del contrato por circunstancias sobrevinientes. Así, por un lado, hay sistemas que la fundamentan principalmente desde la excesiva onerosidad sobreviniente que afecta a una de las partes, como las discusiones que se han dado en nuestro sistema, la primera interpretación alemana basada en la imposibilidad económica y el principal requisito francés.

Por el otro lado, las interpretaciones que actualmente priman, tanto en Alemania como en Inglaterra, fundamentan sus respectivas instituciones desde el contrato mismo: cuando éste resulta ser diferente al que las partes inicialmente celebraron. Las circunstancias sobrevinientes tornarían la prestación en una fundamentalmente diferente a la pactada en el contrato. Es ésta la interpretación que mejor calza con los fundamentos que se entregaron a la revisión judicial de los contratos en el capítulo I.

En tercer lugar, es interesante hacer una comparación entre los efectos que se le asignan a la teoría en cada sistema. Mientras en Francia se consideran los tres posibles efectos, priorizándose en todo caso la renegociación, en Alemania solo se considera la revisión y la terminación del contrato, dándole prioridad a la primera. En Inglaterra, a su vez, el único efecto que trae aparejada la aplicación de la *frustration* es la terminación del contrato.

d. Instrumentos de *soft law*: los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y los Principios UNIDROIT

Desde la dictación de los códigos decimonónicos hasta la actualidad se han producido muchos cambios. Uno de ellos es la globalización, que trae como una de sus principales consecuencias la expansión del mercado internacional y de los negocios transfronterizos. En este contexto se generan situaciones y problemas que no encuentran una solución adecuada en los códigos del siglo XIX, naciendo la necesidad de establecer ciertas reglas o parámetros comunes que faciliten el comercio y la contratación internacional.

Los problemas que conlleva la situación descrita recientemente pueden solucionarse de distintas maneras, entre ellas: una codificación supranacional o una promoción de principios comunes. La primera opción resultaría ser más útil para el objetivo de uniformar el derecho, sin embargo, resulta más difícil llegar a un consenso sin pasar a llevar las tradiciones nacionales. Es por esto que el reconocimiento de principios comunes resulta muchas veces una estrategia más adecuada⁸⁹.

En la búsqueda de principios comunes de contratación se enmarca la creación de los instrumentos que se analizarán en esta parte del trabajo: Los Principios Europeos del Derecho de Contratos y los Principios UNIDROIT. Estos instrumentos son codificaciones no vinculantes que reúnen principios de derecho internacional. Aun cuando su aplicación no resulta obligatoria, constituyen un importante parámetro de comparación si tomamos en cuenta la relevancia que han alcanzado en nuestros días.

En el presente trabajo nos resulta útil su análisis pues, tanto los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (en adelante PDEC) como los Principios UNIDROIT, dan una respuesta al problema de las circunstancias sobrevinientes analizado en el presente trabajo. En primer lugar, se hará (i) una contextualización general de los PDEC para luego ahondar en su respuesta específica al problema de este trabajo. Luego, se hará el mismo ejercicio con (ii) los Principios UNIDROIT y la norma de *hardship*. Para terminar, se realizará (iii) una comparación entre éstos y los ordenamientos analizados en los capítulos anteriores.

i. El cambio de circunstancias en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos

Los PDEC nacen por la necesidad de resolver los problemas suscitados en Europa como consecuencia del aumento de los contratos transfronterizos y del comercio internacional, situación que se combina con las particularidades propias de cada uno de los derechos nacionales europeos. En este contexto, en 1980 se forma la Comisión Europea de Derecho de los Contratos, con el fin de redactar un instrumento que

⁸⁹ LARROUMET, Christian, La unificación del Derecho de las Obligaciones en Europa en De la Codificación a la Descodificación, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado II, Universidad Diego Portales, 2005, pp. 211- 221.

contuviese los Principios de Derecho de los Contratos para los países que en ese entonces pertenecían a la Comunidad Económica Europea.

El objetivo principal de los PDEC era servir como base para la posterior formación de un Código Europeo de Contratos. Además, su elaboración tenía otros objetivos, tales como la creación de un ambiente legal común, de un instrumento que sirviese como guía a los legisladores nacionales que consideraban cambiar el derecho de contratos de sus respectivos países y servir a los árbitros en la búsqueda y posterior aplicación de principios generales de derecho⁹⁰.

Los PDEC acogen expresamente lo que hemos identificado en este trabajo bajo el nombre de doctrina de la imprevisión, de la siguiente manera:

Artículo 6:111: Cambio de circunstancias

(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:

(a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.

(b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.

(c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.

(3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:

(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.

⁹⁰ LANDO, Ole, Principles of European Contract Law: An Alternative or a Precursor of European Legislation, The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, 56, 1992, p. 265 y 266. Traducción propia.

(b) O 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 juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura*⁹¹.

En primer lugar, el artículo reafirma el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, aun cuando la prestación resulte más onerosa o cuando el valor de la contraprestación disminuya. Luego, se nombran los requisitos para que, en un supuesto de excesiva onerosidad, una parte resulte facultada para solicitar la renegociación del contrato, siendo ésta obligatoria para su contraparte.

Los primeros dos requisitos dicen relación con que la circunstancia debe ser sobreviniente e imprevisible, mientras el tercero requiere que no se le pueda exigir razonablemente a la parte afectada cargar con el riesgo del cambio de circunstancias, es decir, se acoge el requisito que hemos identificado como esencial: que el riesgo no haya sido asumido en el contrato mismo por la parte afectada.

Sólo en el caso de fallar las renegociaciones puede existir una intervención externa de un tribunal, el que podrá poner término al contrato o adaptarlo, sin existir preferencia por alguna de las dos soluciones.

Los elementos que resultan interesantes de esta norma, para los fines de este trabajo, son principalmente tres. En primer lugar, podemos notar que los PDEC centran su análisis en la excesiva onerosidad sobreviniente y no en que la prestación resulte fundamentalmente diferente a la incorporada al contrato. En segundo lugar, y aun teniendo en cuenta lo anterior, incorporan el requisito que hemos identificado como clave: que el riesgo no haya sido distribuido en el contrato. En tercer lugar, muestran una preferencia por la renegociación, pudiendo haber una intervención judicial solo en

⁹¹ LANDO, Ole y BEALE, Hugh; Principles of European contract law: Parts I and II, Kluwer Law International, 2000. Traducido.

caso de que ésta falle. Entre los otros dos remedios (terminación y adaptación) no muestra ninguna preferencia.

ii. El *hardship* en los Principios UNIDROIT

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado o UNIDROIT es una organización intergubernamental independiente, que tiene entre sus objetivos la armonización, organización y coordinación del derecho privado y, en especial, del derecho comercial entre los Estados y la creación de instrumentos uniformes de derecho⁹².

Dentro de los instrumentos que el Instituto ha creado se encuentran los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. En su preámbulo se fijan los objetivos y los posibles usos para los que fue creado, entre los que se encuentran: la creación de reglas generales para los contratos comerciales internacionales, la posibilidad de que las partes acuerden su aplicación en el contrato, la posibilidad de ser utilizados como guía para interpretar o complementar los derechos nacionales y la posibilidad de aplicarse cuando las partes de un contrato acuerden regirse por la *lex mercatoria*⁹³.

El tratamiento del problema de las circunstancias sobrevinientes en los Principios UNIDROIT es tratado bajo el nombre de *hardship*, el que se ha traducido como excesiva onerosidad. Éste se encuentra normado en una sección que lleva su nombre, en los artículos que van desde el 6.2.1 hasta el 6.2.3, ambos incluidos.

El artículo 6.2.1⁹⁴ reafirma el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, siendo estos vinculantes aun cuando el contrato resulte más oneroso para una de las partes. Las situaciones de *hardship* representarían una excepción al principio y son las que se detallan en el artículo siguiente⁹⁵.

⁹² UNIDROIT's Purposes, Véase en: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview> Traducción propia.

⁹³ Preamble, UNIDROIT Principles, 2010. Traducción oficial.

⁹⁴ Artículo 6.2.1: 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". UNIDROIT Principles, 2010.

⁹⁵ Art. 6.2.1 UNIDROIT Principles, 2010. Traducción oficial.

El artículo 6.2.2 define lo que es el *hardship* de la siguiente manera:

ARTÍCULO 6.2.2

(Definición de la “excesiva onerosidad” (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;*
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;*
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y*
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja⁹⁶.*

Tomando esto en consideración, nos encontraríamos en un supuesto de *hardship* toda vez que se produzca un desequilibrio fundamental por el acaecimiento de circunstancias sobrevinientes, tanto por la excesiva onerosidad que representa la prestación para la parte afectada, como por la disminución del valor de la contraprestación.

Los requisitos necesarios para encontrarnos en uno de estos supuestos se enumeran a continuación y dicen relación con los requisitos que han sido identificados en este trabajo, como el que se trate de una circunstancia sobreviniente o que llegue a ser conocida con posterioridad a la celebración del contrato, imprevisible y que no quepa dentro de la esfera de control que tiene la parte desaventajada. En último lugar, se acoge expresamente el requisito que se ha identificado como fundamental: que el riesgo de tales eventos no haya sido asumido por la parte en desventaja.

La última norma de *hardship* de los Principios UNIDROIT describe sus efectos. Así, el artículo 6.2.3⁹⁷ entrega como primer remedio a la parte desventajada la posibilidad de

⁹⁶ Art. 6.2.2 UNIDROIT Principles 2010. Traducción oficial.

⁹⁷ ARTÍCULO 6.2.3 (Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship))

reclamar la renegociación del contrato. Ésta debe solicitarse sin demora injustificada, con indicación de las bases en las que se fundamenta y no autoriza a suspender el cumplimiento. Solo en caso de no llegarse a un acuerdo en un tiempo razonable, cualquiera de las partes puede acudir al tribunal. Éste, al identificar una situación de *hardship*, puede terminar el contrato o adaptarlo⁹⁸.

En conclusión, se requiere que en primera instancia las partes renegocien los términos del contrato y, solo en caso de que esto no dé resultados, puede existir una intervención externa del tribunal, en el que éste podrá decidir entre terminar o adaptar el contrato, sin preferencia entre estos remedios.

iii. Relación entre los instrumentos de *soft law* y los ordenamientos comparados ya analizados

Ambos instrumentos de *soft law* analizados siguen la opción que han adoptado los ordenamientos comparados considerados en los capítulos anteriores del trabajo. Es decir, acogen y regulan de una u otra manera los supuestos que se han definido como de imprevisión.

En específico, ambos instrumentos consideran la excesiva onerosidad sobreviniente como elemento central para aplicar las normas de *hardship* o de circunstancias sobrevinientes. Es decir, si seguimos con la clasificación hecha anteriormente, los principios se unirían al grupo conformado por la adopción francesa de la doctrina de la imprevisión, la primera interpretación alemana y lo que generalmente se ha entendido por nuestra doctrina.

(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.

UNIDROIT Principles, 2010. Traducción oficial.

⁹⁸ Art. 6.2.3 UNIDROIT Principles 2010. Traducción oficial.

En segundo lugar, tanto los principios UNIDROIT como los PDEC recogen el requisito que se ha establecido como esencial a lo largo del trabajo: que las partes no hayan distribuido el riesgo de aquella circunstancia en el contrato. Éste también resulta ser un requisito central para la aplicación de la imprevisión francesa, del cambio de la base del contrato alemana y de la *frustration* inglesa. En cambio, la doctrina chilena en sus definiciones o propuestas normativas, no ha incorporado el requisito del riesgo.

En cuanto a los efectos que se le atribuyen al cambio de circunstancias o *hardship*, ambos instrumentos consideran las tres consecuencias posibles: la renegociación, la terminación y la revisión del contrato. Al igual que la norma francesa, existe una preferencia por instar a las partes a renegociar, aplicándose los otros efectos solo en caso de que ésta fallare.

Conclusiones

El presente trabajo centró su análisis en la revisión judicial de los contratos. Como se vio en un principio, ésta recién comenzó a tener cabida en el derecho medieval con la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta cláusula proponía que los contratos obligan siempre y cuando las circunstancias se mantuvieran iguales a las del tiempo de la celebración del contrato. Esta idea comenzó a ser rechazada por su uso excesivo y por el entendimiento de que el principio de la fuerza obligatoria de los contratos o *pacta sunt servanda* excluiría su posible aplicación.

La teoría general del contrato en su versión clásica encontró en la autonomía privada el fundamento del principio de la fuerza obligatoria de los contratos, siendo la segunda un mecanismo necesario para hacer posible la primera. Para la teoría clásica, todo problema que se suscite en el cumplimiento del contrato debe encontrar su respuesta en su propio texto y, siempre y cuando no adolezca de un vicio del consentimiento o de objeto o causa ilícita, debe cumplirse.

Charles Fried, estando de acuerdo con la relación entre la autonomía privada y la fuerza obligatoria de los contratos, difiere del entendimiento que la teoría clásica ha tenido de ella. Así, reconoce que hay situaciones, como el caso de las circunstancias sobrevinientes imprevistas, que no quedan comprendidas en el contrato, las que, por lo mismo, no pueden encontrar su solución en él.

El problema de la revisión judicial de los contratos se ha desarrollado en Chile bajo el nombre de doctrina de la imprevisión. En el capítulo II se analizaron los principales problemas que nuestra doctrina ha identificado en su tratamiento. En primer lugar, se trató la pregunta de si existe algún supuesto en el que se justifique la revisión de los contratos. En el desarrollo de esta interrogante, se identificó que no resulta problemático si las partes incluyen expresamente en el contrato cláusulas de revisión. Por el contrario, no hay una respuesta uniforme a la pregunta sobre la posibilidad de facultar a los jueces para revisar los contratos. Por un lado, aun cuando constituye la minoría de nuestra doctrina, hay quienes postulan que bajo ninguna circunstancia puede haber una revisión judicial de los contratos, asumiendo que todas las situaciones pueden resolverse a partir de estos. En cambio, la mayoría de nuestra

doctrina se encuentra conteste en la idea de aceptar la revisión judicial de los contratos en ciertos casos, aun cuando difieren en los fundamentos en los que basan la aceptación.

La segunda interrogante que ha planteado la doctrina chilena dice relación con si es necesaria o no la adopción expresa de la doctrina de la imprevisión y si ello resulta aconsejable. Por un lado, hay quienes proponen que la doctrina de la imprevisión es perfectamente aplicable en el estado actual de nuestra legislación, así Juan Carlos Dörr y Claudio Illanes postulan que las normas de causa, buena fe, contratos conmutativos bilaterales e integración por equidad permitirían la adopción de esta teoría. Por el otro lado, hay autores que consideran que es necesaria una adopción expresa, aun cuando difieren en la justificación. Así, hay quienes lo consideran necesario porque ven en el artículo 1545 un obstáculo infranqueable, mientras otros, como Rodrigo Momberg, entienden que es necesaria por la seguridad jurídica que solo entrega una norma expresa, al fijar su naturaleza, requisitos y efectos.

El tercer punto que se ha discutido en la doctrina chilena con respecto a la doctrina de la imprevisión se relaciona con los requisitos que debiesen exigirse para su aplicación. Así, nuestra doctrina reconoce cuatro requisitos: que se trate de un contrato de ejecución diferida o de tracto sucesivo, que tenga carácter de oneroso conmutativo, que se produzca una circunstancia sobreviniente imprevisible al momento de la celebración del contrato y que con ella la prestación resulte excesivamente onerosa. Se profundizó en cada uno de los requisitos propuestos por la doctrina chilena, haciéndose notar las discordancias producidas con respecto a ellos y tomándose posición por las alternativas propuestas. Con esto, se concluyó que la imprevisibilidad debería entenderse desde la perspectiva de un sujeto sectorizado y que es necesario dejarle al juez la calificación de imprevisibilidad en el caso concreto, tal como sucede con la onerosidad exorbitante.

En este punto, se decidió incorporar un requisito que se ha desarrollado en la doctrina y legislación comparada y no así en Chile: el requisito de que la parte cuya prestación haya devenido excesivamente onerosa por una causa sobreviniente no haya asumido ese riesgo en el contrato.

La última pregunta analizada desde la doctrina chilena se refiere a los efectos de la doctrina de la imprevisión. Se identificó que se atribuyen a la doctrina de la imprevisión tres efectos: la renegociación del contrato, su revisión judicial y su terminación.

El tercer capítulo tuvo como objetivo mostrar el desarrollo y consagración normativa de la revisión judicial de los contratos en ordenamientos comparados considerados modelos y en los principales instrumentos de *soft law*, para luego establecer relaciones entre ellos y la situación chilena descrita.

En el análisis del caso francés, se analizó que la Corte de Casación se había mostrado reacia a aceptar la aplicación de la doctrina de la imprevisión con anterioridad al acogimiento legislativo de la misma. La norma expresa recién vino a formar parte del ordenamiento francés con la reforma al derecho de las obligaciones del año 2016. En el análisis de la norma incorporada al Code Civil se identificaron algunos de los elementos que habían sido desarrollados en el capítulo II. Así, la norma incorpora entre sus requisitos de aplicación que la parte afectada por la excesiva onerosidad sobreviniente no haya asumido el riesgo de ese cambio en el contrato. Entre sus efectos, reconoce los tres posibles remedios, mostrando preferencia por la renegociación. Junto con ello, se desarrolló una breve comparación con la situación chilena, estableciéndose varios puntos en común.

El desarrollo del problema de la revisión judicial en Alemania se dio por sus tribunales sin una consagración normativa en el BGB, el que recién incorpora el párrafo 313 sobre cambio en la base del contrato el año 2002. El proceso comenzó con las consecuencias de la Primera Guerra Mundial y una primera interpretación: la extensión del concepto de imposibilidad hacia una imposibilidad económica, la que consideraba como único efecto la terminación del contrato. Luego, se desarrolló una doctrina propia para el tratamiento de las circunstancias sobrevinientes: el cambio en la base del contrato, que encuentra su fundamento normativo en la buena fe. Ésta se aplica cuando la prestación se convierte en una completamente diferente a la contemplada por las partes en el contrato, como consecuencia de un cambio fundamental en las circunstancias que forman su base negocial. La norma alemana considera

expresamente la distribución contractual de riesgos y contempla sólo dos efectos: la revisión y la terminación del contrato, mostrando preferencia por la primera.

El tratamiento de la interrogante del trabajo en Inglaterra encuentra su respuesta en la doctrina de la *frustration*. Ésta incorpora todos los supuestos en los que las circunstancias sobrevinientes pueden liberar a las partes de sus obligaciones, es decir, es más amplia que los demás modelos analizados. La incorporación a la *frustration* de los supuestos que se han definido como de imprevisión en el trabajo tiene dos momentos: primero, la incorporación de cláusulas implícitas establecidas a partir de una voluntad también implícita; y segundo, el que la prestación resulte fundamentalmente diferente a la pactada. El trabajo se centró en el análisis de la segunda interpretación por dos motivos: es la actualmente aceptada en Inglaterra y es la que mejor representa los fundamentos dados en el trabajo a la revisión judicial de los contratos.

La doctrina de la *frustration*, así entendida, centra su análisis en la correcta interpretación del contenido contractual. Es decir, si la prestación se transforma de tal manera que resulta ser completamente diferente a la pactada por las partes, si se exige su ejecución se exigiría algo distinto a lo prometido en el contrato. Con esto establecimos similitudes entre el desarrollo de la *frustration* en Inglaterra y los fundamentos entregados en el capítulo I a la revisión judicial de los contratos, basados en Fried. Así, la jurisprudencia inglesa y la doctrina alemana del cambio en la base del contrato son las más cercanas a los postulados acogidos por el presente trabajo.

El trabajo finalizó con el tratamiento hecho a la revisión judicial de los contratos por los instrumentos de *soft law*. En primer lugar, el análisis del cambio de circunstancias en los PDEC demostró tres puntos relevantes: que la norma centra su aplicación en supuestos de excesiva onerosidad, que incorpora expresamente el requisito identificado como esencial, referido a la distribución del riesgo, y que considera los tres efectos posibles, mostrando preferencia por la renegociación. En segundo lugar, las normas incorporadas a los Principios UNIDROIT, bajo el nombre de *hardship*, demuestran que estos principios igualmente acogieron el requisito de que el riesgo de las circunstancias sobrevinientes no haya sido asumido por la parte en desventaja. En

cuanto a los efectos, se consideran los tres posibles remedios, habiendo una preferencia por la renegociación.

En conclusión:

1. En el presente trabajo se toma la posición tendiente a aceptar la revisión de los contratos, decisión que se basa fundamentalmente en lo postulado por Fried, lo que dice relación con la constatación de que la materialización de riesgos que no fueron distribuidos en el contrato no puede encontrar su solución en él; que la fuerza obligatoria de los contratos no puede aplicar en este espacio, pues no está cubierto por el contrato. Esta decisión se relaciona con la correcta interpretación del contenido contractual, en contraposición a un entendimiento exorbitante del mismo. Ejecutar de manera forzada un contrato en estas circunstancias o extraer una distribución de riesgos allí donde las partes nunca consintieron, representa igualmente una intervención externa y no la concreción de la voluntad de las partes.

2. Es recomendable la adopción expresa de la revisión judicial de los contratos por circunstancias sobrevinientes en nuestro ordenamiento. Esta idea se basa tanto en la negativa constante que nuestra jurisprudencia ha mostrado hacia la misma, basándose principalmente en el artículo 1545; como en la inseguridad jurídica derivada de la falta de unanimidad dentro de nuestro sistema jurídico al establecer sus requisitos y efectos.

3. Se considera necesario entender como un requisito fundamental, e incorporar a la discusión que se ha dado dentro de nuestro sistema, el que la parte cuya prestación haya devenido excesivamente onerosa por una causa sobreviniente no haya asumido ese riesgo en el contrato. Esta decisión se fundamenta en la justificación que se le entrega a la revisión de los contratos en el presente trabajo. En este sentido, si se materializa un riesgo que no ha sido incorporado al contrato, la distribución de éste en cualquier caso resulta ser una solución externa. Es por esto que se hace necesaria una intervención judicial: porque el contrato no entrega una respuesta a esta situación. Por el contrario, la parte afectada no podrá alegar la onerosidad sobreviniente si ésta es materialización de un riesgo que sí fue asumido por ella en el contrato, pues tal onerosidad estará entonces cubierta por éste.

4. En cuanto a los efectos de la aplicación de la doctrina de la imprevisión, se concluye que deben tomarse en cuenta tanto la renegociación, como la revisión judicial y la resolución del contrato, por tener distintos supuestos de aplicación. Es aconsejable dar preferencia a la renegociación del contrato por las partes, en tanto permite que quienes están en mejor posición de modificarlo y en conocimiento de sus intereses lo adecuen. En segundo lugar, de ser posible y de satisfacer los intereses de las partes, debería preferirse la adaptación del contrato. Por último, si no se puede aplicar alguna de las soluciones anteriores, debe optarse por terminar o resolver el contrato. Es decir, se consideró que es adecuado incorporar cada uno de estos remedios como efecto de la doctrina de la imprevisión, pues se adaptan a los distintos supuestos e intereses que pueden tener las partes.

5. En el análisis comparado se puede identificar que todos los sistemas tomados en cuenta incorporan actualmente la revisión judicial de los contratos, estableciendo como requisito el que no se haya distribuido el riesgo que se concreta. Sin embargo, difieren en cuanto a la justificación para adoptarla y en cuanto a sus efectos. Tanto Francia como los instrumentos de *soft law* analizados incorporan los tres efectos posibles, dándole preferencia a la renegociación. En el sistema alemán, por su parte, se contempla la revisión y la resolución del contrato. Mientras, en Inglaterra la *frustration* solo puede devenir en la resolución o terminación del contrato.

6. El reconocimiento de los supuestos que hacen aplicable la revisión judicial del contrato debe darse a partir de su interpretación como operación económica en que consintieron las partes. Es decir, el elemento esencial en esta etapa no debe centrarse en la excesiva onerosidad, sino en la correcta interpretación del contrato: qué prestación está incorporada a éste y cuál no, qué riesgos están distribuidos en él y cuáles no. Por eso, entre los modelos vistos, los que se ajustan mejor a las definiciones del trabajo son la pérdida de la base del contrato alemana y la *frustration* inglesa, entendida como que la prestación resulte fundamentalmente diferente a la pactada.

Bibliografía

ABELIUK, René, De las Obligaciones, T. II, Santiago, Editorial Jurídica, 2003.

ACCATINO, Daniela, La “teoría clásica del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial, Revista Chilena de derecho, Vol. 42, n°1, enero-abril 2015, pp. 35-56.

ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique, Corte de Apelaciones de Santiago y doctrina de la imprevisión: un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria: Guillermo Larraín Vial con Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana. Corte de Apelaciones de Santiago 14 de noviembre de 2006, Revista Chilena de derecho, Vol. 34, n°2, mayo-agosto 2007, pp.361-371.

AUBREY, Michael, Frustration Reconsidered: Some Comparative Aspects, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 12, n°4, October 1963, pp. 1165-1188

BEALE, Hugh, Cases, materials and text on contract law, Hart, 2010.

BORDA, Alejandro, Influencia de las medidas económicas del año 2002 sobre las relaciones contractuales particulares, Jurisprudencia Argentina, T.2, Buenos Aires, 2002.

CORNET, Manuel, La aplicación de la doctrina de la imprevisión y la emergencia económica, Anuario de Derecho Civil, Universidad Católica de Córdoba, T. VII, 2002.

DE AQUINO, Tomás, Suma Teológica, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1988.

DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo, La doctrina de la imprevisión, RDJ, T.XXX, primera parte, Santiago, 1933, pp. 119-158.

DÖRR, Juan Carlos, Notas acerca de la Doctrina de la imprevisión, Revista Chilena de Derecho, Vol. 12, N° 2 mayo-agosto 1985, pp. 253-270.

FRIED, Charles, Contract as promise: A theory of contractual obligation, Oxford University Press, USA, 2015.

_____. traducido por RUIZ-TAGLE y CORREA, Rodrigo, *La obligación contractual: el contrato como promesa*, 1996.

FUEYO, Fernando, Algo sobre la doctrina de la imprevisión, RDJ, T.51, primera parte, 1954, pp-757-781.

GORDLEY, James, Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances, The American Journal of Comparative Law, Vol. 52, No. 3 (Summer, 2004), pp. 513-530

ILLANES, Claudio, La doctrina de la imprevisión, en VV.AA. Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio, Santiago, Editorial Jurídica, 2000, pp.183-205.

LANDO, Ole y BEALE, Hugh; Principles of European contract law: Parts I and II, Kluwer Law International, 2000.

LANDO, Ole, Principles of European Contract Law: An Alternative or a Precursor of European Legislation, The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, 56, 1992, pp. 261-273.

LARENZ, Karl, Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, pp.197-226.

LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge, Los contratos parte general, T.I, Santiago, Editorial Jurídica, 1998.

MARTIN, Sofía, Doctrina de la imprevisión: entre el equilibrio perdido y la ley del contrato, El mercurio legal, 2013.

MOMBERG, Rodrigo, la revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente, Revista Chilena de Derecho, Vol. 37, N°. 1, enero - abril 2010a, pp. 43-72.

_____. Doctrina de la imprevisión: La necesidad de su regulación legal en Chile, Revista Chilena de Derecho Privado, n°15, 2010b, pp.29-64.

_____. The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts: comparative perspectives, Tesis Doctoral, Utrecht University, 2011.

_____. Compraventa internacional de mercaderías: El deber de renegociación en caso de excesiva onerosidad sobrevinida, Revista Chilena de Derecho Privado, n°18, 2012, pp.95-119.

_____. La reformulación del rol del juez en los instrumentos contemporáneos de derecho contractual, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 21, n°2, 2014, pp.277-304.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Interpretación económica de los contratos*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.

PEÑAILILLO, Daniel, La revisión judicial de obligaciones y contratos en reforma del Código Civil (lesión e imprevisión), *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, n°208, julio-diciembre, 2000, pp.231-237.

PIZARRO WILSON, Carlos, Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno, *Revista Chilena de Derecho*, Vol.31, n°2, 2004, pp.225-237.

RESTREPO, José María, Historia y fundamentos de la cláusula rebus sic stantibus (Doctrina de la imprevisión). Una mirada a la doctrina española, *Ars Boni et Aequi*, 2016, vol. 11, no 1, p. 31-48.

RÖSLER, Hannes, Hardship in German codified private law: in comparative perspective to English, French and international contract law, *European Review of Private Law*, Kluwer Law International BV, 2007, pp. 483-513.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Juta and Company Ltd, 1990.