Boletín N° 13.474-07

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señora Aravena, y señores Harboe y Huenchumilla, para dar reconocimiento positivo a la imprevisión en el Código Civil.

Antecedentes.

Con fecha 31 de diciembre se notificó el primer caso de Covid-19 en la ciudad de Wuhan, China. Luego de ello, este virus se ha esparcido por todo el mundo a una velocidad nunca vista, lo cual se ha traducido en más de 3.000.000 de casos de personas contagiadas y casi 230.000 fallecidos[1] donde las cifras no hacen más que aumentar de manera explosiva día a día.

Situación epidemiológica del nuestro país.

En Chile, esta nueva cepa de coronavirus arribó el pasado 3 de marzo. Como ya sucedió en otros países, la propagación comenzó lentamente y al cabo de unos días se aceleró generando una expansión exponencial de la enfermedad, pues se va multiplicando a diario sobre las cifras previas, las cuales, en Chile, según los datos aportados por el Minsal, el número de aumento de contagiados alcanza el orden de los 450 a 500 nuevos casos de confirmados.

Según el último reporte del Minsal de fecha de lunes 27 de abril, en nuestro país se contabiliza un total de 13.813 casos confirmados como positivos por COVID – 19, llegando a la lamentable suma de 198 fallecidos producto de esta enfermedad.

Crisis económica que ha traído esta pandemia.

Esta pandemia no solo ha traído consecuencias de carácter epidemiológico y sanitario en el mundo. La economía mundial se ha visto fuertemente golpeada por el COVID - 19.

El FMI así lo sostiene: “La recesión que se viene será peor que la del 2009”. El coronavirus va arrasando con todo a su paso, incluyendo las frágiles economías de Latinoamérica que deben prepararse para decaimientos casi seguros. Los

[1] https://systems.jhu.edu/research/public-health/ncov/. Según datos de la Universidad Johns Hopkins

gobiernos de la región deben pensar estrategias para sobrellevar una crisis económica que será bastante compleja y necesita de acciones concretas que puedan proteger a las empresas, la clase media, los sectores más vulnerables y el empleo.

Nuestro país no se encuentra ajeno a esta realidad, tal como lo señaló el Ministro de Hacienda “Esta crisis sanitaria va a tener consecuencias económicas importantes”, lamentando que en el camino se perderán empleos, producción y empresas, pero aprovechó de “dar una señal de optimismo porque esto es transitorio, nos va a pegar fuerte, pero de forma transitoria”, destacando la importancia de las políticas públicas para “marcar la diferencia.”[2], situación que ha sido replicada en todos los países de Latinoamérica sin excepción[3].

Frente a esto, se hacen necesarias todas las medidas económicas a fin de apoyar a las pymes, personas de más bajos ingresos, trabajadores independientes que se han visto fuertemente golpeados por esta pandemia, las restricciones que se han debido tomar a fin de evitar un aumento de los altos número de contagio que estamos viviendo en todo el territorio nacional, y además realizar reformas que permitan entregar herramientas a las personas a fin de sostener sus fuentes de trabajo y emprendimientos que han sido duramente afectados, ya sea por la pandemia, las medidas que se han debido tomar para evitar los contagios y/o el desplome de la economía.

Estructura del proyecto de ley.

Es dentro de este contexto que se hace necesario el reconocimiento positivo de la denominada “teoría de la imprevisión”, la cual ha sido admitida paulatinamente por la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y con mayor frecuencia en tribunales arbitrales, y que ya se encuentra reconocida en diversos ordenamientos comparados, como lo son Italia, Alemania, Francia y Perú[4]; y en algunos contratos internacionales en virtud de las denominadas “clausulas hardship”, las cuales se encuentran muy difundidas en el derecho

[2]https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2020/04/08/presupuesto-de-pandemia-briones-detalla-como-financiaran-segundo-paquete-de-medidas-por-covid-19.shtml

[3]https://www.cnnchile.com/coronavirus/medidas-america-latina-crisiseconomicacovid19_20200326/

[4] Urrejola, Bárbara. Teoría de la imprevisión. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2003: p. 26

internacional comercial y que regulan materias similares a la teoría de la imprevisión.

Italia

El Código Civil italiano consagra de manera expresa la revisión judicial del contrato. Bajo el concepto "excesiva onerosidad sobreviviente", los artículos 1.467 a 1.469 tratan los supuestos bajo los cuales un determinado contrato puede ser revisado en sede judicial.

De acuerdo con dichas normas, en los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación de una de las partes resulta excesivamente onerosa por ocurrir eventos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede demandar la resolución del contrato. La misma norma impide demandar la resolución si la onerosidad sobreviniente cae dentro del alcance normal del contrato. Finalmente, esta norma reconoce la facultad de la parte contra la cual se demanda la resolución de enervar la acción ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.

Alemania

De acuerdo con Rivera y Barcia (2016), el Derecho que desarrollaría de forma más detallada la cláusula rebus sic stantibus (denominación que también recibe la teoría de la imprevisión) sería el derecho alemán. Ello, por cuanto este país aplicó tempranamente la teoría de la revisión judicial del contrato, tendencia que se habría manifestado en la interpretación que se realizó al artículo 242 del Código Civil Alemán, que regula la buena fe, conforme a las tesis objetivas del contrato.

De acuerdo con esta norma, sólo una vez que el juez determina la extensión de la voluntad de las partes del negocio jurídico, puede recurrir al análisis del evento imprevisto propio de la teoría de la imprevisión. Los referidos autores agregan que el citado artículo 242 no autorizaría al juez a actuar en forma discrecional, "sino conforme a una concepción objetiva de las relaciones contractuales", que se manifestaría -citando a Larenz- en primer lugar, "como una limitación a la ampliación del deber de prestación, más allá del contexto

del contrato o de la ley y, en segundo lugar, como fuente de un ulterior deber de conducta".

Por su parte, De la Maza afirma que la mayor parte de los tribunales alemanes y la mayoría de los autores que aceptan la imprevisión, la fundarían en los artículos 112, 157 y 242 del Código Civil, que establecen "que los contratos deben ser ejecutados e interpretados como lo exige la legalidad y la confianza recíproca en armonía con los usos corrientes de los negocios"; lo mismo que en el "artículo 119 que autoriza la anulación en caso de probar una

de las partes que no se habría obligado de haber tenido conocimiento del estado de cosas existente o de haber hecho una razonable apreciación de las circunstancias".

Perú

De acuerdo con Ruiz, la normatividad sobre imprevisión en Perú se basa en el principio de la buena fe. Ello, en virtud de elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales "que se plasmaron en el Código Civil de 1936 y en la reforma de 1984". Conforme con sus disposiciones, la imprevisión se aplica a contratos de ejecución inmediata, aleatorios y unilaterales. Excluyendo la posibilidad de revisión en caso de dolo o culpa. Hay elementos de la regulación peruana que a juicio de esta autora la transforman en "una de las legislaciones más progresivas en la materia". Estos elementos serían, por un lado, la nulidad de una renuncia de la acción por excesiva onerosidad y, por otro, el establecimiento de un plazo de caducidad de la acción de tres meses después de la ocurrencia del hecho[5].

Situación en nuestro país.

Según lo señala el profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile y Doctor en Derecho de la Université Paris XII Val de Marne, Mauricio Tapia Rodríguez, la legislación nacional en materia de contratos corresponde a una adaptación del derecho civil francés. En ese sistema existió una histórica

[5] Teoría de la imprevisión. Biblioteca Nacional del Congreso. 2020.

resistencia a la imprevisión, por considerar que los jueces no podían sustituirse a las partes para reescribir o modificar un acuerdo que ellas libremente consintieron. Tal posición, fue asumida por los tribunales franceses en 1876, y la Corte Suprema chilena también la siguió desde 1925.

Continúa señalando el profesor Tapia que, en ambos sistemas la recepción de la imprevisión se fue abriendo paso lentamente a través de algunas decisiones aisladas, tanto en fallos de tribunales ordinarios como arbitrales. La explicación de esta evolución se encuentra en que, en determinadas circunstancias extraordinarias, revisar los términos acordados parece ser un imperativo de la buena fe y que ello no envuelve automáticamente, cuando se limita este

recurso a situaciones excepcionales, un debilitamiento generalizado de la fuerza obligatoria del contrato.

Dicho profesor señala que, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto lo siguiente: “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 Teoría 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. NOVENO: Que, concluido lo anterior, esto es, que La Teoría de la Imprevisión puede ser aplicada en este juicio, corresponde determinar las normas jurídicas que avalan dicha posición. En efecto, a juicio de estos sentenciadores, la interpretación armónica de los artículos 1545, 1546, 1547, 1558, 1560, 1568, más el artículo 1444, todos del Código Civil, permiten la aplicación de la citada teoría en nuestro ordenamiento jurídico[6]” La misma Corte ha fallado que “si en un contrato de esta naturaleza se produce una circunstancia grave, absolutamente imprevista e indispensable para la ejecución de la obra, es

[6] Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de noviembre de 2006, Rol N°6812-2001, C°s. 8 y 9.

factible reconocer la teoría de la imprevisión y corresponderá al juez de la causa apreciar dicho presupuesto fáctico[7]”

Señala a continuación el profesor Tapia que, lo cierto es que el derecho comparado, y en iniciativas de armonización supranacionales, se ha avanzado masivamente hacia el reconocimiento de la revisión por imprevisión. Particular importancia tiene, por los vínculos históricos mencionados, la reforma del Código Civil francés de 2016, que introdujo esta figura en el nuevo artículo 1195. Tal norma, por las proximidades entre nuestros sistemas jurídicos, puede ser un buen modelo para seguir, particularmente porque se presenta como una incorporación mesurada de la institución, que intenta equilibrar el respeto por la palabra empeñada con las exigencias de la buena fe.

Para el profesor Jorge López Santa María, la teoría de la imprevisión “estudia los supuestos bajo los cuales los jueces estarán autorizados para prescindir de la aplicación del contrato al

pie de la letra, y el estudio de las soluciones posibles al desajuste producido. Estas soluciones son fundamentalmente dos: la revisión judicial de los contratos y la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida[8]

Esta teoría ha sido latamente debatida por múltiples académicos nacionales, los cuales sostienen que efectivamente debe respetarse el principio en virtud del cual los pactos han de respetarse, como se expresa tradicionalmente en el aforismo "pacta sunt servanda”, el cual se encuentra consagrado en el artículo 1545 del Código Civil, que dispone: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales".

Sin abandonar dicho principio rector en materia de contratos, es innegable que el dinamismo de la economía y su cada vez más creciente exposición a fenómenos globales, como la actual pandemia por COVId-19, hacen que con mayor frecuencia enfrentemos cambios sustantivos en las circunstancias, que ni aún el más diligente contratante pudo razonablemente tener en vista al contratar, las que unidas a una aplicación inflexible del principio pacta sunt servanda, pueden llevar a la ruina de los contratantes, rompiendo la equivalencia de las prestaciones y la justicia intrínseca de dichos pactos.

---

[7] (Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de septiembre de 2011, Rol N°2187-2010, C°. 3).

[8] López Santa María, Jorge: “Los contratos, parte general”, Editorial Jurídica de Chile, 1998, Tomo I, pág.15.

En definitiva, lo que se busca con la incorporación positiva de esta teoría al Código de Bello es que, en casos calificados, esto es, cuando por circunstancias sobrevinientes que no pudieron ser previstas por un contratante diligente, se haya vuelto extremadamente oneroso el cumplimiento, se permita al afectado solicitar la revisión judicial de los términos del contrato o bien su resolución, a fin de preservar un justo equilibrio en las prestaciones.

Lo anterior se fundamenta en que ésta siempre ha existido como teoría a lo largo de la evolución del Derecho Civil y, especialmente, en el siglo actual y en nuestra época ha sido acogido por la jurisprudencia de la gran mayoría de los países que tienen nuestra tradición jurídica; es ampliamente aceptada por la doctrina e, incluso, ha sido incorporada a textos de diversos Códigos Civiles, como es el caso del Código italiano, suizo, portugués, noruego y argentino.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia y los códigos que han incorporado esta teoría han establecido cuáles son los requisitos esenciales para su procedencia y que podríamos resumir en los siguientes:

1. Que se trate de contratos de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido, o en los que esté pendiente el cumplimiento de alguna de las obligaciones;
2. Que, por causas sobrevinientes, que razonablemente no pudieron preverse al contratar, se altere de tal forma la equivalencia de las prestaciones que, sin llegar a constituir un obstáculo absoluto para el cumplimiento de la obligación, impongan a uno de los contratantes una excesiva onerosidad[9]

Para Víctor Vial, profesor de derecho civil de la Universidad de Chile y juez árbitro, la doctrina europea hace mucho tiempo que la tiene muy presente, ante lo cual señala “la fuerza obligatoria de los contratos” (pacta sunt servanda) es un “viejo concepto rígido”, donde las causales para no caer en incumplimiento contractual deben estar establecidas en la ley. Y la causal por excelencia es el caso fortuito o fuerza mayor.

“Pero el caso fortuito o fuerza mayor supone dos elementos. Primero, que el hecho sea imprevisto, que racionalmente no se pueda prever que ocurra; y, segundo, que el hecho sea irresistible”, dice. El problema estaría en que, al

[9] Dörr Zegers Juan. Notas acerca de la teoría de la imprevisión. Revista Chilena de derecho N°12. Pag 264.

buscar ejemplos, siempre se puede cumplir el contrato recurriendo a otras fuentes, pero que le representarían a una de las partes un costo muchísimo más alto.[10]

A pesar de lo señalado sobre la consagración del pacta sunt servanda, los principios que se encuentran recogidos por la teoría de la imprevisión se encuentran plenamente establecidos en nuestra codificación civil actual, tales como es la responsabilidad de los perjuicios en la celebración de un contrato, presente en el artículo 1.558 del CC, el cual señala que "si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento". De esto, se desprendería que sólo en

aquellos casos en que el contratante haya actuado con dolo, responderá por todos los perjuicios y a contrario sensu, en los que haya actuado de buena fe, solo responderá por los perjuicios previstos.

Además de esto, a partir de los principios de equidad y buena fe, que deben imperar en la ejecución de los contratos, se pueden extraer principios de esta teoría de la imprevisión, puesto que "pues nadie puede sostener que sea justo que el acreedor exija el cumplimiento integral del contrato si por condiciones ajenas a la voluntad del deudor a éste se le impone un sacrificio exagerado[11]". Lamentablemente la jurisprudencia ha sido vacilante en el reconocimiento de estos principios y no puede extraerse de manera clara la existencia de esta teoría de la imprevisión en nuestro ordenamiento civil, por lo que se hace necesario actualizar dicha regulación, incorporándola a fin de permitir.

Luego, el profesor Mauricio Tapia señala que, en todo caso, parece aconsejable dejar siempre a las partes, en primer lugar, la decisión de renegociar el acuerdo, adaptando sus disposiciones o incluso instando a su término, en las condiciones y plazos que estimen adecuados. La posibilidad de recurrir al juez,

---

[10]https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reportajes/2013/06/14/Teoria-de-la-imprevision-entre-el-equilibrio-perdido-y-la-ley-del-contrato.aspx

[11] Abeliuk, Rene, *"Las Obligaciones",* Tomo II, p. 757, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, 2001.

sólo cuando tal renegociación fracase, habilitando a éste para readecuar o poner fin al contrato, se presenta, así como un último recurso atribuido a la parte gravemente lesionada por el cambio de circunstancias, y al mismo tiempo también es útil como incentivo para que las partes sean razonables y se abran a rediseñar los términos del acuerdo.

Hacer presente que este proyecto de ley, entendemos solo sería aplicable a contratos suscritos con posterioridad a la pandemia, pero aun así creemos muy relevante avanzar en este sentido.

Por último, los autores del proyecto hacen especial énfasis en agradecer enormemente la colaboración y los grandes aportes de los abogados Eduardo Ugarte Díaz y Mauricio Tapia Rodríguez, ambos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Proyecto de ley.

Artículo único. - Incorpórese un nuevo artículo 1546 bis al Código Civil, en los siguientes términos:

Artículo 1546 bis: Si un cambio fundamental de circunstancias imprevisibles al tiempo de la suscripción del contrato convierte su cumplimiento en excesivamente oneroso para una de las partes, que no había aceptado ese riesgo, ésta puede solicitar a su contraparte la renegociación del contrato. Durante la renegociación, las partes continúan obligadas a cumplir sus obligaciones.

Si la renegociación no es aceptada o fracasa, las partes pueden poner término al contrato, en las condiciones y en el plazo que decidan, o solicitar de común acuerdo al juez que proceda a su adaptación. A falta de acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez podrá, a petición de una de las partes, revisar el contrato o ponerle término, en las condiciones y en el plazo que él determine.