

bienes o, incluso, la propia persona del acreedor.

La sentencia de la citada Corte, es de una opinión diversa, al citar el artículo 1.489 del *Código Civil*, señala:

“se desprende que la acción de indemnización que ha sido presentada por el demandante, es la que emana de la responsabilidad contractual –incumplimiento de un contrato – y, por tanto, debió solicitar o el cumplimiento o la resolución de dicho contrato, más la respectiva indemnización, lo que no hizo en el caso de autos, en que simplemente dedujo la acción indemnizatoria en forma independiente, sin solicitar ninguno de los derechos alternativos reseñados”.

Y a continuación cita los siguientes fallos, los cuales entiende como jurisprudencia: (C. La Serena, 18 de mayo de 1900, G. 1900, tomo I, N° 748, p. 693; C. Valparaíso, 14 de mayo de 1910, G. 1910, tomo I, N° 322, p. 580; C. Suprema, 28 de julio de 1933, G. 1933, segundo semestre, N° 5, p. 15, R., tomo 30, sec. primera, p. 495; y 16 de octubre de 1991, en rol 14.893, materia civil, en recurso de casación.).

Un moderno derecho contractual debe privilegiar el interés del acreedor, de manera tal que sea él quien escoja cuál es el remedio más apropiado para lograr la satisfacción de la pretensión tenida en cuenta a la época de celebración del contrato. Debe

renunciarse a establecer jerarquías entre las diversas acciones que se originan a partir del incumplimiento contractual. La interpretación restrictiva del artículo 1.489 en términos que impediría a la autonomía de la acción indemnizatoria debe rechazarse. Dicho precepto no expresa que la acción indemnizatoria deba necesariamente ir atada a aquella de ejecución forzada o resolutoria; lo que indica es que el acreedor, si lo prefiere, puede demandar el cumplimiento en naturaleza o la resolución y, además, también queda a su arbitrio requerir la indemnización de perjuicios. En suma, el acreedor puede hacer varias cosas. Puede demandar sólo la resolución, o nada más la ejecución forzada o cualquiera de estas dos acciones más la indemnización de perjuicios o sólo requerir esto último. Nada impide lo anterior, debiendo avanzarse en este ámbito, teniendo en cuenta privilegiar la elección del acreedor y terminar con las jerarquías entre los remedios frente al incumplimiento contractual.

EL RIESGO IMPREVISTO COMO FACTOR DE DETERMINACIÓN DE LA CONDUCTA DEBIDA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 14 DE NOVIEMBRE DE 2006, ROL 6812-2001, EN LEXISNEXIS N° 35663.

El problema del riesgo imprevisto ha sido tradicionalmente abordado por la doctrina a partir de la “Teoría de la Imprevisión”, como un mecanismo jurisdiccional que autoriza a revisar

y modificar los efectos –derechos y obligaciones– de un contrato en curso, o permitir su resolución, cuando durante su ejecución sobreviene una circunstancia totalmente imprevista e independiente de la voluntad de las partes, que sin hacer material y absolutamente imposible la ejecución de la obligación por el deudor, la dificulta en forma considerable, la vuelve exorbitantemente más onerosa, imponiendo al deudor un perjuicio apreciable y grave. En el Derecho Comparado, las legislaciones que disciplinan esta figura, contemplan el remedio de la resolución, pero sin afectar, por regla general, las prestaciones ya efectuadas. Algunas legislaciones admiten, además, la modificación de las obligaciones pactadas, ya sea instando a las partes a convenirlas, bajo amenaza de resolución o, bien, facultando al juez para adecuar el contrato a las nuevas condiciones. Así, por ejemplo, en el *Código Civil* peruano de 1984, en el holandés de 1992 y en el griego. El *Código Civil* italiano de 1942, expresa que en los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato con los efectos propios de esta institución, pero la parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato. La misma regla se contiene

en el *Código* boliviano de 1975 y en el paraguayo de 1987.

La jurisprudencia nacional, ampliamente mayoritaria, ha defendido la intangibilidad de los contratos en curso, aduciendo que los tribunales carecen de facultad para modificar o alterar los efectos de un contrato válidamente celebrado, a la luz de lo dispuesto en el artículo 1.545 del *Código Civil*. Por su parte, si bien la gran mayoría de la doctrina nacional se muestra partidaria con el planteamiento doctrinario de la imprevisión, algunos estiman que ésta no tendría asidero en el Derecho Positivo chileno, pues se estrellaría con la rigidez de la legislación nacional. Otros, en cambio, sostienen que tal teoría tiene perfecta cabida en nuestro ordenamiento jurídico, sin necesidad de modificación legal, mediante la aplicación de los principios y reglas que regulan el Derecho de los Contratos, como serían:

- a) La voluntad de las partes: la cláusula *rebus sic stantibus* sería una cláusula sobreentendida;
- b) La buena fe: la obligatoriedad del contrato cede frente al desmedro de la *bona fide*, pues es contrario a ésta hacer cumplir una convención al deudor cuando hayan variado notablemente las condiciones. Cabe hacer notar que en la mayoría de los países que no regulan esta institución con efectos permanentes, la doctrina suele configurarla a partir del deber de ejecución de buena fe. Tal es el caso de Francia, a partir

de la disposición del art. 1.134 del *Code*. Otro tanto sucede en Colombia (art. 1.603) y en Chile (art. 1.546). La jurisprudencia alemana ha extraído del art. 242 del *BGB* una amplia facultad del juez ordinario para suprimir o modificar, bajo determinados presupuestos y conforme a su buen parecer, relaciones contractuales existentes, esto es, para configurar relaciones jurídico-privadas al margen del derecho material de amparo para la revisión de contratos;

- c) la integración por equidad, el abuso del derecho y la equivalencia de las prestaciones (el contrato como equilibrio de intereses). Así, por ejemplo, Guillermo Villate, para quien el fundamento de la imprevisión está en la justicia y en la buena fe, ya que “no es justo ni moral mantener rígidas y sin variación las condiciones del contrato” (Guillermo VILLATE, “La teoría de la imprevisión en el Derecho privado”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata*, Buenos Aires, 1961, p. 193).

El profesor Lorenzo de la Maza, concluye que la imprevisión es una concepción jurídica derivada de los principios de justicia y moral que están a la base de la finalidad económica y social del contrato (Lorenzo DE LA MAZA RIVADENEIRA, “Teoría de la imprevisión”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXX, 1ª parte, Santiago, 1933, pp. 121, 161 y 162). En

sentido similar a los fundamentos anteriores, el profesor Juan Carlos Dörr ha invocado, entre otros, la noción de causa y la naturaleza del contrato oneroso, bilateral y conmutativo que implica equivalencia en las prestaciones recíprocas (, Juan Carlos DÖRR ZEGERS, “Notas Acerca de la Teoría de la Imprevisión”, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 12, N° 2, Santiago, Universidad Católica, mayo-agosto 1985). Especial mención, por la contribución que han tenido en el desarrollo dogmático y jurisprudencial de la doctrina de la imprevisión, han sido las teorías alemanas de la presuposición y de la base del negocio jurídico; y en el Derecho inglés, la doctrina del *standard* jurídico y de la frustración del contrato.

Son muy pocas las sentencias de los tribunales ordinarios de justicia que han hecho decidida aplicación de la doctrina de la imprevisión. La razón bien puede deberse a la renuencia de la magistratura de intervenir la voluntad privada o admitir la resolución en supuestos no expresamente contemplados por la ley. Pero más allá de la novedad que tiene encontrarse con un fallo de un tribunal ordinario que juzga los hechos a la luz de la doctrina de imprevisión, *el interés de la sentencia que ahora comentamos radica en centrar la mirada del riesgo imprevisto en la conducta debida, ya no como una herramienta para adecuar los efectos del contrato a las nuevas circunstancias o, bien, resolverlo, sino como una manera de precisar el exacto sentido y alcance de las obligaciones originalmente convenidas por las partes*. La aplicación práctica

de esta doctrina al caso que le tocó resolver a la Corte de Apelaciones de Santiago se vio, sin duda, facilitada por la circunstancia de haberse ya cumplido íntegramente por el deudor la prestación que –por un hecho imprevisto, a juicio del sentenciador– se tornó excesivamente onerosa.

Los hechos, en síntesis, son los siguientes: una empresa constructora se adjudicó, en licitación, la construcción de doscientas seis viviendas básicas en la comuna de Cerro Navia. Dentro de los antecedentes técnicos del proyecto, se entregó por parte del SERVIU Metropolitano, entre otros antecedentes, un informe de Mecánica de Suelos que indicaba que el estrato natural de fundación se ubicará a profundidades del orden de dos metros. Sin embargo, dicho informe no correspondía a la realidad, detectándose importantes diferencias de hasta ocho metros en algunos sectores, lo que obligó a la empresa constructora a realizar obras anexas consistentes en la colocación de taludes de protección y moldajes a los emplantillados y cimientos en contacto con el terreno, obras que no estaban contempladas en el presupuesto del contratista.

Atendido lo anterior, la empresa constructora demandó al SERVIU Metropolitano para el pago de estas obras extraordinarias, fundando, dicha acción, en la doctrina de la imprevisión y, en subsidio, en la teoría del enriquecimiento injusto. El SERVIU, contestando la demanda, solicita el rechazo de la misma, argumentando que para hacer aplicable la doctrina de la imprevisión es

menester que el hecho imprevisto no sea imputable al contratista, y que en el caso *sublite*, el contratista tenía la obligación de verificar los antecedentes proporcionados por el SERVIU, asumiendo aquel la responsabilidad de los mismos, todo ello de conformidad al artículo 27 del DS N° 29 de 1984, que es el que rige el contrato objeto de la *litis*. Agrega que el contrato de construcción celebrado entre las partes lo fue a suma alzada, por lo que es el contratista quien debe asumir íntegramente los riesgos del negocio derivados de aumentos de salario, costos de materiales, análisis del terreno, etc., pactándose expresamente que el contratista no tiene derecho a reclamar indemnizaciones al servicio, ni pedir modificaciones al contrato o el pago de obras extraordinarias. La sentencia de primer grado, teniendo por acreditados los hechos fundantes de la demanda, así como el conocimiento del Servicio acerca de la realización de estas obras anexas y la necesidad de las mismas –atendida la morfología del terreno– para evitar la amenaza de ruina de las edificaciones ahí construidas, resolvió acoger la acción ordinaria fundada en el riesgo imprevisto, dando aplicación, además, a la regla 2ª del artículo 2.003 del *Código Civil*. Frases como “rompimiento de la conmutatividad contractual”, “cumplimiento de buena fe” y “excesiva onerosidad sobreviniente” se repiten en los diversos considerandos del fallo de primera instancia.

Apelada la sentencia por el demandado, la Corte de Apelaciones de

Santiago la confirmó en todas sus partes. En efecto, luego de expresar los fundamentos por los cuales la Corte estimó que la teoría de la imprevisión no representa un peligro para el principio *pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 1.545 del *Código Civil*, el tribunal consignó que:

“...estando legalmente acreditado en autos que se produjo una alteración de la base del negocio, se está frente a un caso concreto en que resulta aplicable la doctrina llamada del riesgo imprevisible, teoría que, como ya se dijo, no constituye una excepción a la autonomía de la voluntad privada...”. (Considerando Décimo quinto).

Bajo el razonamiento décimo séptimo, la Corte sentenció que:

“...el exigirle a la CONSTRUCTORA [...] asumir los mayores gastos que implicaron la obra, es someterla a realizar una prestación no prevista, es decir, ‘no debida’ que se encuentra fuera de la relación contractual vigente desde 1997, lo que le ha significado una cuantiosa pérdida, a diferencia del SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANISMO DE LA REGIÓN METROPOLITANA, que se ha visto enriquecida injustamente, situación que deberá ser revisada mediante la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, procedimiento que no implica tocar en un

ápice el contrato existente entre las partes sino que tan solo precisar y afirmar su existencia, pero reestableciendo su real sentido y alcance”.

Como el lector podrá advertir, la aplicación de la teoría de la imprevisión al presente caso difiere, en estricta teoría, con la estructura dogmática de la institución, toda vez que ésta supone que de cumplirse el contrato exactamente en los términos pactados, se originaría una extrema onerosidad para una de las partes, y un enriquecimiento impropio a la otra. En cambio, en la situación que comentamos se dan algunas particularidades que pueden explicar la forma en que el sentenciador ha abordado el problema del riesgo imprevisto, a saber:

- a) La prestación que se tornó excesivamente onerosa para el deudor (obras anexas), por el acaecimiento de un hecho imprevisto (la morfología del terreno), fue, no obstante, ejecutada por ésta y
- b) Enseguida, el hecho de que, en el caso *sublite*, alteró la comutatividad del contrato, no es una circunstancia posterior a su celebración, que haya sobrevenido durante la ejecución del contrato, sino coetánea a ella, pero que las partes no conocieron ni previeron al momento de distribuir los riesgos del negocio.

Las circunstancias antes anotadas han permitido a la Corte asignarle, al

riesgo imprevisto, una funcionalidad diversa a la que tradicionalmente se le atribuye por la doctrina. En efecto, en doctrina, el riesgo imprevisto autoriza al sentenciador a moderar los efectos de un contrato en curso o, bien, resolverlo. Sin embargo, en la especie, como la prestación “no debida” por la constructora se había, no obstante, ejecutado por ésta, desplegando con ello una actividad mayor a la diligencia que le imponía el contrato, la manera que tenía la Corte de restablecer la conmutatividad y equilibrio contractual era imponiendo a la contraparte, que se vio impropriamente enriquecida, la obligación de pagar las obras anexas. Este razonamiento, plasmado en el considerando décimo séptimo antes citado, se ve inspirado –aunque no hay referencia expresa en el texto de la sentencia– en las ideas del profesor Pablo Rodríguez Grez, para quien la imprevisión es una institución de excepcionalísima aplicación. Para este autor, la mayoría de los casos que se juzgan a la luz del riesgo imprevisto otorgan –antes bien– al deudor una exoneración de responsabilidad por el acaecimiento de un hecho imprevisto que genera una dificultad superior al grado de diligencia y cuidado que debe desplegar para cumplir con la conducta debida (Véase Pablo RODRÍGUEZ GREZ, *La Obligación como deber de conducta típica. La teoría de la imprevisión en Chile*, Santiago, Editorial Salesiana, 1992).

En este orden de ideas, la solución que se impone en el fallo comentado no viene dada por la teoría pura de la imprevisión, sino por la aplicación de

las reglas que gobiernan la responsabilidad en la interpretación de las obligaciones asumidas, *ab initio*, por las partes, y conforme a las cuales la ejecución de la prestación (obras anexas) por el deudor importaba extremar la diligencia debida e incurrir en mayores costos que aquéllos a que le obligaba el contrato. La aplicación de la doctrina, en el sentido de que se viene sosteniendo, lleva implícita la noción de obligación como deber de conducta, pues el riesgo imprevisto, en el caso *sublite*, sirvió para determinar qué diligencia imponía al deudor el cumplimiento de la obligación y no para corregir o moderar las obligaciones originalmente pactadas.

#### BIBLIOGRAFÍA

- DE LA MAZA RVADENEIRA, Lorenzo, “Teoría de la imprevisión”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXX, 1ª parte, Santiago, 1933,
- DÖRR ZEGERS, Juan Carlos, “Notas Acerca de la Teoría de la Imprevisión”, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 12, N° 2, Santiago, Universidad Católica, mayo-agosto 1985.
- HUET, Jérôme, *Responsabilité contractuelle et responsabilité delectuelle*, Paris II, 1978.
- RÉMY Philippe, “La respnsabilité contractuelle, histoire d’un faux concept”, in *RTD civ*, 1997.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La Obligación como deber de conducta típica. La teoría de la imprevisión en Chile*, Santiago, Editorial Salesiana, 1992.

VILLATE, Guillermo, “La teoría de la imprevisión en el Derecho privado”, en *Anales de la Facultad de Ciencias*

*Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata*, Buenos Aires, 1961.