

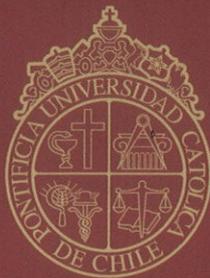


Derecho Civil III,
Obligaciones.
Aldo Molinari V.

CONTROL DE LECTURA
"Teoría de la Imprevisión" y "Obligaciones de dinero"

Noviembre
2018.

1. ALCALDE, Enrique. "Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria". En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 34 N° 2, pp. 361-372.
2. MOMBERG, Rodrigo. "Teoría de la imprevisión: La necesidad de su regulación legal en Chile". En: Revista Chilena de Derecho Privado, N° 15, pp- 29-64.
3. ABELIUK Manasevich, René. Obligaciones de dinero. Las obligaciones. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, Tomo I. Pp. 378-405.
4. GOLDENBERG Serrano, Juan Luis. La Naturaleza y justificación de los intereses del crédito. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de 8 de octubre de 2015, Rol N°27802-2014. En: Revista Ars Boni et Aequi Universidad Bernardo O'Higgins N°14, 2018. Pp. 229-249.



REVISTA CHILENA DE
DERECHO[®]

2007 • Mayo - Agosto • Vol. 34 - Nº 2
Facultad de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Chile

■ ESTUDIOS

DERECHO CIVIL
DERECHO CONSTITUCIONAL

■ COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

■ RECENSIONES

■ ENSAYOS Y CRÓNICAS

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO Y TEORÍA 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*

ENRIQUE ALCALDE RODRÍGUEZ**

RESUMEN: El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 14 de noviembre de 2006, marca un hito fundamental en la evolución de la jurisprudencia de nuestros tribunales ordinarios respecto de la imprevisión. Ello, por cuando dicha sentencia reconoce cabida en Chile a tal instituto, alterando, de este modo y sustancialmente, el criterio que desde antiguo se siguió en la materia.

Palabras clave: Imprevisión, intangibilidad del contrato, diligencia debida, enriquecimiento injusto, abuso del derecho.

ABSTRACT: The sentence of the Corte de Apelaciones in Santiago, dated november 14th, 2006, sets a landmark in the case law controlling Chilean courts about imprevision. This, because the sentence recognizes the existence in Chile of that theory, changing in this way and substantially, the long-lasting criteria followed in the matter.

Key words: Imprevisión, sanctity of contract, due diligence, unjust enrichment, abuse of rights.

COMENTARIO

La sentencia que comentamos está llamada, sin dudas de clase alguna, a erigirse en un hito o referente fundamental a la hora de analizar la evolución de nuestra jurisprudencia en materia de imprevisión. Y es que antes de dicho fallo, únicamente algunas sentencias arbitrales se habían pronunciado en términos de acoger, total o parcialmente, los postulados de dicha teoría. Esta, como es sabido, “no es una estructura encaminada a permitir que un tercero extraño al contrato –el juez– revise y modifique el acuerdo de las partes. Tal finalidad no puede buscarla ni conseguirla ni la propia ley frente a la cual los contratos son intangibles. Tal teoría pretende que el juez, en casos extraordinarios, interpretando la ley aplicable al contrato según su naturaleza y la voluntad de las partes, expresada en el contrato a la luz de su común intención, determine cuál es el efecto que sucesos extraordinarios e inculpablemente imprevisos por las partes al contratar, han de tener en el contrato. El juez, así, declarará su terminación, a falta de acuerdo de las

* Número Identificador LexisNexis: 35663.

** Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile.

partes en cuanto a su modificación, o lo completará llenando la laguna existente entre la clara intención de las partes enmarcada en la naturaleza del contrato; su tenor literal y las consecuencias de la imprevisibilidad¹. En igual predicamento Peñailillo afirma que dicha teoría es "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"².

Creemos innecesario detenernos en un análisis exhaustivo respecto de las condiciones y requisitos que deben concurrir a efectos de que tenga aplicación la referida teoría, aun cuando, al decir de Caprile, "la generalidad de la doctrina chilena responde que el derecho positivo chileno actual permite la recepción de la imprevisión"³.

En contra de la admisión de la "teoría de la imprevisión" se suele decir entre nosotros que los preceptos particulares que reconocen parte de sus supuestos y efectos [v.gr. arts. 2003 (Regla 2ª), 2180, 2227 del C° Civil] son normas de *excepción* que, por lo mismo, revelarían que nuestro legislador no la acoge de un modo general. Pensamos, en cambio, que tales preceptos pueden dar cuenta de cuál es el *espíritu general de la legislación* en la materia, cuando de contratos de tracto sucesivo o ejecución diferida se trate. Creemos que no estimarlo así sería equivalente a sostener, por ejemplo, que la "*doctrina de la apariencia*" no tiene consagración en Chile y que los artículos 1490, 1491, 1576, 1739, 2117, 2303 y 2468, entre otros, no demuestran su recepción entre nosotros sino que serían normas particularísimas y excepcionales cuyo alcance se limita a los estrechos contornos que fija el tenor literal de cada una de estas disposiciones.

Independientemente de lo dicho, a nuestro entender resulta evidente la necesidad, tanto bajo el prisma de la justicia como en razón de requerimientos estrictamente jurídicos, que se plantea en orden a regular los efectos que se siguen en el evento que concurren los presupuestos que en doctrina hacen procedente la mencionada teoría. Admitiendo, para efectos de este análisis, que esta no se halle consagrada en nuestro sistema jurídico en tanto "teoría" y con todos y cada uno de los requisitos que la doctrina exige para estimarla procedente, ni que se encuentre establecida con los caracteres con los cuales se consulta en otros ordenamientos jurídicos, pensamos que los problemas que aquella procura resolver pueden ser analizados a la luz de los *principios generales del derecho* y las normas que gobiernan la *exégesis contractual*. Todo ello, como se verá enseguida, en caso alguno implica prescindir de normas y categorías propiamente jurídicas sino que, por la inversa, supone realizar un estudio hermenéutico estrictamente apegado a nuestro ordenamiento legal.

A) APLICABILIDAD DIRECTA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Si partimos de la base que nuestro ordenamiento legal no contempla precepto alguno que, con carácter general y en forma explícita, resuelva los problemas –por cierto innegables– que suscita la denominada "imprevisión", forzoso será concluir que existe,

¹ DÖRR Z. (2005) pp. 144 y 145.

² PENAILILLO (2000a); CAPRILE (2007) pp. 142.

³ CAPRILE (2007) pp. 147. En igual sentido se pronuncia PEÑAILILLO (2000b) p. 209.

entonces, un *vacío legal* en la materia. Así las cosas, corresponderá aplicar el artículo 24 del Código Civil, conforme al llamamiento que dicha norma hace al *espíritu general de la legislación y a la equidad natural*.

Como es sabido, entre los preceptos a que debe sujetarse el juez al interpretar las leyes, y que básicamente se contienen en el Título Preliminar del Código Civil, la primera regla (artículo 19 inc. 1°) viene dada por la necesidad de determinar el "sentido" (*verus sensu*) de la ley, lo cual, como es natural, exige previamente conocerlo.

Para los efectos que aquí se analizan, baste por ahora recordar que el "sentido" de la ley dice relación con la búsqueda y determinación de su mismo fundamento objetivo, lo cual obviamente supone conocer también su propia finalidad, "espíritu" o *ratio legis*. En este plano, los *principios generales del derecho* nos permiten adentrarnos en la "intimidad" de las normas legales, de modo tal de apreciar el sentido del ordenamiento y, por vía de consecuencia, el significado de los preceptos que lo integran⁴.

Sin perjuicio de existir un orden formal de las reglas de interpretación que recoge nuestro Código Civil, la experiencia nos demuestra que aquellas situadas al final de su enumeración, esto es, el "*espíritu general de la legislación*"—que por nuestra parte asimilamos a los "principios generales del derecho"—y la "*equidad natural*", en los hechos son las primeras que considera el juez al momento de interpretar la ley. En efecto, resulta a nuestro juicio impensable imaginar que al representarse —y por ende *interpretar*— el Derecho aplicable a un caso, el tribunal relegará a un plano secundario los criterios de unidad y fundamentación del ordenamiento jurídico en que se halla inmerso, así como las exigencias que se derivan de su función primordial e indelegable de hacer justicia.

Las circunstancias anotadas nos permiten afirmar, basados exclusivamente en los datos que aporta el funcionamiento real y práctico de la actividad judicial, que el carácter *subsidiario* que se le pretende atribuir a los principios generales del derecho únicamente se restringe —como por lo demás se infiere del propio tenor literal del artículo 24 de nuestro Código— a las hipótesis en que existe un *vacío* o *laguna legal*, en cuyo caso resulta imperativo fallar conforme al "principio constitucional de inexcusabilidad". Empero, ello no importa de manera alguna que, en los restantes casos, los tribunales deban prescindir del espíritu de la legislación, ni menos de la equidad, la cual, en definitiva, identificándose con lo justo del caso concreto, constituye preocupación esencial de toda jurisdicción.

En el sentido que se viene exponiendo, nuestros tribunales ordinarios de justicia no han dudado en reconocer aplicabilidad *directa* a los "principios generales" a fin de resolver contiendas concretas sometidas a su conocimiento⁵.

En la misma línea que hemos expuesto, pero referido al sistema anglosajón, *Esser* nos dice que "el razonamiento jurídico no se realiza *oficialmente* en el plano de los principios, y se diría que los principios no son ni patrón ni objeto de la resolución judicial, *quoad auctoritatem iuris*. Pero aunque el juez "prudente" procura y sabe evitar las exposiciones y formulaciones de principios, no es menos cierto que para él y para sus

⁴ URBANO (1998) p. 148.

⁵ En este sentido puede verse ALCALDE RODRÍGUEZ (2003) pp. 146-150.

críticos los principios están siempre en el fondo del caso. Ellos son los que determinan el tratamiento dado al caso particular, aunque en lugar de "*principles*" se citen "*precedents*". Y aunque solo la masa de estos constituya oficialmente el Derecho, ocurre lo mismo que con la masa textual de nuestros códigos: "aplicables" lo son solo los textos, pero lo que decide su aplicación en derecho son los principios que existen antes y más allá de los textos; solo que el fanático del texto oculta tal estado de cosas con su intento de encontrar también los principios en el texto, "sin mirar más allá de las cuatro esquinas del Código"⁶. En lo que respecta a nuestro medio jurídico, en análogos términos se expresa Squella, quien escribe: "Es cierto, entonces: Bello dijo que el juez es esclavo de la ley. También es cierto que la mayoría de nuestros magistrados continúa repitiendo esta frase, o bien parapetándose tras ella. Pero una cosa puede ser lo que una autoridad dice que hace, y otra lo que hace realmente. Y ello no porque esa autoridad –en este caso los jueces– sea redondamente mentirosa, sino porque ninguna autoridad se hace por lo común plenamente consciente de los verdaderos motivos que guían sus decisiones"⁷.

A la luz de lo comentado, nos parece, pues, que resulta de toda evidencia que la determinación del *sentido y alcance* de una ley en especial o del ordenamiento jurídico en general reclama, de un modo indispensable, recurrir a los Principios Generales del Derecho. Son precisamente estos lo que a la postre permiten incardinar la ley dentro del sistema jurídico, dotando a sus diversas partes de la necesaria unidad y coherencia que demanda cualquiera concepción que se adopte respecto al Derecho.

B) PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO ESPECÍFICOS INVOLUCRADOS EN LA MATERIA

Una vez precisado el rol que representan los principios generales del Derecho y su aplicabilidad *directa* a los conflictos entre partes, no solo ante vacíos legales sino que frente cualquier función hermenéutica, identificaremos a continuación aquellos que estimamos involucrados de un modo especial en el fallo que comentamos.

1. Intangibilidad del contrato

La materia en examen se vincula, fundamentalmente, con el denominado principio de la "intangibilidad del contrato", que se expresa en la idea de que los pactos son obligatorios y deben cumplirse sin admitir modificación unilateral o judicial de sus términos ("*pacta sunt servanda*"). A la consagración de dicho principio entre nosotros acude con prontitud el texto del artículo 1545 del Código Civil, conforme con el cual "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales*".

⁶ ESSER (1961) p. 251. Ejemplos de lo dicho pueden también hallarse en precedentes judiciales que comenta DWORKIN (1984) p. 73 y en OLGATI (1977) p. 320. En definitiva, creemos urgente no perder de vista que "lo que busca el abogado y el juez es lo justo, la justicia implícita en toda controversia sometida al dictamen de un tribunal, y esta no se logra, necesariamente, a través de las aplicación estricta de la ley. Se logra aplicando el derecho en la amplitud y coherencia que, la más de las veces, implica encontrar esta justicia fuera de los alcances de una ley o de leyes determinadas y particulares". FUENTES (2000) p. 801.

⁷ SQUELLA (1987) pp. 254 y 255.

Empero, y no obstante la precisión del texto, cabe preguntarse si tal principio impide estimar concluida una relación contractual cuando circunstancias graves e imprevisas dificultan sustancialmente el cumplimiento de la obligación para una de las partes, o bien la tornan más gravosa en términos groseros. Y la pregunta es pertinente ya que bajo una superficial mirada podría estimarse que el tenor literal del art. 1545 impide arribar a tal conclusión. Sin embargo, ha de recordarse que la letra de la ley solo adquiere plenitud de sentido dentro del discurso en el que se integra el precepto aislado. Como la palabra por sí sola, la letra de un precepto aislado no expresa nada, del mismo modo que "la huella única, simultáneamente planteada en cien senderos, no conduce a parte alguna". Y es que en el ámbito jurídico ninguna disposición aislada, ningún precepto por sí solo, tiene plenitud de significado. Al decir de Celso, "*incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*"⁸.

Como bien apunta Díez-Picazo, "la prestación puede entenderse en dos sentidos, a) como comportamiento efectivo del deudor que se confunde con el propio cumplimiento de la obligación, y b) como plan o proyecto ideal contemplado inicialmente por las partes cuando nace la relación obligatoria y que se aspira que se haga realidad en un momento posterior. Para el jurista este plan o proyecto es el verdadero objeto de la obligación y no la cosa o el hecho sobre la que recae; plan o proyecto que en su ejecución se integra por la diligencia que, por un lado, sirve para determinar pormenorizadamente su contenido y, por otro, impone al deudor una serie de deberes accesorios que tienen por objetivo la actividad previa necesaria para promover e impulsar la prestación y la satisfacción"⁹. A este mismo respecto, Vidal hace ver que "la diligencia promotora del cumplimiento consiste en toda la actividad necesaria para que la prestación –contemplada inicialmente como un proyecto ideal– se convierta en una realidad (...) y el deudor únicamente se exonera de ella [culpa] cuando acredita el caso fortuito, que sobreentiende la prueba de un suceso o evento externo imprevisible al tiempo del contrato, inevitable e insuperable en el momento mismo de la ejecución de la prestación, todo ello apreciado según la diligencia promotora que le hubiese sido exigible al deudor"¹⁰.

Siguiendo en esta parte la opinión del profesor Rodríguez Grez, ocurre, pues, que la *obligación contractual* debe ser visualizada como un *deber de conducta típica referido a una prestación*, es decir, la obligación supone observar una conducta descrita o tipificada en la ley tanto en cuanto a su eficacia, como respecto del cuidado, actividad y diligencia que han de desplegar las partes para satisfacer el contrato. En otras palabras, toda obligación está regulada en la ley, en términos tales que se impone al deudor un cierto grado de diligencia, mediante la configuración de la responsabilidad con culpa (grave, leve o levísima), describiéndose así el comportamiento que debe observar el deudor y el grado de cuidado y eficacia que debe imprimir en el desarrollo de la conducta debida.

Es por ello –afirma el autor citado– que el deudor no contrae una obligación para satisfacerla *objetivamente*, siempre y sin excusa posible. Él solo responde si su comporta-

⁸ HERRERO DE MIÑÓN (1979) p. 1237.

⁹ Citado por VIDAL (2007) p. 45.

¹⁰ VIDAL (2007) pp. 46 y 47. El destacado es nuestro.

miento no se ajusta a la diligencia y actividad que le impone la ley o la convención. Por lo mismo, no hay obligación alguna en el Derecho que no lleve aparejada, como la sombra al cuerpo, un determinado nivel de eficiencia (diligencia), la cual forma parte de la obligación misma. Y es también por ello que no hay obligaciones objetivas —que siempre deban cumplirse y en cualquier evento— sino obligaciones *subjetivas*, esto es, referidas a una determinada responsabilidad, diligencia, actividad y cuidado del deudor.

A consecuencia de lo anterior, el deudor cumplirá el contrato si verifica la conducta debida (aunque a la postre no realice la prestación adeudada) ya que, por ejemplo, si desplegando el comportamiento a que se obligó no consigue ejecutar la prestación, quedará eximido de responsabilidad. Lo dicho es relevante, toda vez que puede no concurrir para exonerarlo de responsabilidad un caso fortuito o fuerza mayor, bastando que el deudor desarrolle la conducta debida, despliegue la actividad, diligencia, cuidado o eficiencia que la ley le exige para que se ajuste estrictamente a la ley. Todo ello, en definitiva, porque el deudor responde de la *conducta debida* y no de la prestación o "resultado" a que dicha conducta está referida.

Se sigue de lo dicho que el principio "*pacta sunt servanda*" no es una regla rígida que encasille al deudor y lo ate a una prestación, por cuanto la obligación vincula al deudor a un deber de conducta, a un cierto comportamiento, debidamente tipificado o descrito en la ley. Es por eso, también, que la fuerza obligatoria del contrato no impone la ejecución de una prestación, ya que se satisface con el despliegue de una conducta típica debida.

Como es sabido, el caso fortuito o fuerza mayor puede generar un impedimento absoluto que imposibilite al deudor cumplir la obligación contraída, en cuyo caso la misma se extinguirá por la *imposibilidad en la ejecución*. Pero puede el caso fortuito crear una imposibilidad *relativa*, en cuanto sea posible atajar, objetivamente y en ciertos casos, sus efectos impeditivos para el cumplimiento de la obligación. En esta segunda hipótesis, la obligación (y el contrato de que ella emana, si fuera el caso) puede extinguirse *si, con la diligencia, cuidado y actividad que la ley impone al deudor*, este no está en situación de evitar los efectos del caso fortuito; pero la obligación subsistirá si, atendido el grado de diligencia antedicho, el deudor está en situación de impedir los efectos del hecho imprevisto e irresistible.

En consecuencia, la *irresistibilidad* del caso fortuito existe en relación al hecho mismo (terremoto, inundación, naufragio, orden de autoridad, hecho de un tercero que escapa al control del deudor, etc.) y no en relación con la obligación que debe cumplir el deudor. Y así, también, se colige que la imposibilidad de cumplir que crea un caso fortuito es *subjetiva*, porque depende de la diligencia o deber de conducta de que responde el deudor. De este modo, puede un mismo caso fortuito poner al deudor en la imposibilidad de cumplir en algunos casos; y a otro deudor en situación de cumplir, no obstante tratarse, *objetivamente*, del mismo hecho imprevisto e irresistible.

Si relacionamos lo expuesto con el grado de diligencia o cuidado de que responde el deudor, concluiremos que aquel que responde de *culpa grave*, no está obligado a evitar los efectos de un caso fortuito, salvo que pueda hacerlo con la diligencia que las personas negligentes y de poca prudencia emplean en sus negocios propios; quien responde de *culpa leve* no está tampoco obligado a impedir los efectos del caso fortuito, salvo que

pueda hacerlo con la diligencia y cuidado que los hombres ordinariamente emplean en sus negocios; y quien responde de *culpa levísima* no tiene el deber de atajar los efectos del caso fortuito, a menos que pueda hacerlo con la diligencia y cuidado que un hombre juicioso emplea en la gestión de sus negocios importantes. La "imposibilidad" a que se refiere la ley dependerá, entonces, no solo del hecho mismo, sino, primordialmente, de la diligencia, cuidado, actividad y eficiencia que la ley exige al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

Si no se admitiera lo señalado en precedencia y se considerara, por tanto, el caso fortuito como generador de una imposibilidad *absoluta*, ello importaría *asimilar* la situación de *todos* los deudores, cualquiera que sea el grado de diligencia que les imponga la ley o de la culpa de que respondan. Paralelamente, significaría transformar la obligación en una conducta destinada a obtener una prestación sin atender a la diligencia y cuidado que el contrato o la ley imponen al deudor¹¹.

Pues bien, precisamente la sentencia de la Corte de Apelaciones que aquí comentamos da cuenta de los conceptos que se han desarrollado.

En efecto, el aludido fallo expresa, en lo que interesa, que:

"DÉCIMO: Que para el efecto señalado, cabe recordar el artículo 1558 del Código Civil, norma que dispone que si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. De esta manera, siendo inseparables los conceptos de cumplimiento con prestación de lo que se debe, por una parte, y por la otra, perjuicios con incumplimiento, es dable concluir que solo habrá incumplimiento cuando no se realiza la prestación estipulada a la fecha del contrato y no habrá incumplimiento porque no habrá obligación, cuando no se ejecuta cualquiera otra prestación que deba realizarse por encima de lo previsto, y por ende acordado, en la fecha antes señalada. DÉCIMO PRIMERO: Que, además, se refuerza el razonamiento anterior con lo que dispone el artículo 1547 del Código Civil que en su parte pertinente establece que "El deudor" es responsable de la leve (culpa), en los contratos que se hacen para beneficio recíproco. Si se relacionan ambas normas, es decir artículo 1558 y 1547 del Código Civil, es fácil concluir que en el caso de autos fue el día 2 de agosto de 1996 el momento, en que junto con nacer el contrato, las partes del mismo supieron con exactitud el alcance de sus prestaciones y el grado de responsabilidad que asumían para el evento de su incumplimiento o dicho de otra manera, supieron qué "diligencia" se necesitará para el cumplimiento de la obligación. Tratándose en la especie de un acto jurídico bilateral que reporta beneficio para ambas partes, era el cuidado de un buen padre de familia el que debían emplear

¹¹ RODRÍGUEZ (1992) pp. 199-220. En la misma línea, aunque con algunos matices ya que refiere la idea al concepto mismo de la *diligencia debida* más que a la noción de caso fortuito, VIAL DEL RÍO expresa que "Nuestro Código Civil considera dos causales de exención de responsabilidad: una en forma explícita, el caso fortuito o fuerza mayor, y otra implícita que se desprende de las disposiciones relativas a la culpa, y que consiste en que no se puede responsabilizar al deudor cuando este, para cumplir la obligación y evitar su infracción, hubiera debido emplear un grado de diligencia o cuidado superior a aquel que le impone el contrato" (el destacado es nuestro) VIAL DEL RÍO (2003) p. 225.

estas y, como resulta evidente, ese comportamiento es el único que se les puede exigir" (el subrayado y destacado son nuestros)¹².

Considerando todo lo dicho, rechazamos, entonces, aquella distinción que se postula entre "*obligación de medios*" y "*obligación de resultado*"¹³ y que de admitirse —estimando al caso fortuito como generador de una imposibilidad *absoluta*— importaría *asimilar* la situación de *todos* los deudores, cualquiera que sea el grado de diligencia que les imponga la ley o de la culpa de que respondan, lo que a todas luces nos parece un absurdo.

2. Interdicción del enriquecimiento injusto

En un intento por identificar las diversas situaciones en las cuales puede fundarse una pretensión de restitución fundada en un enriquecimiento indebido, Von Caemmerer¹⁴ distingue los siguientes grupos: (i) La pretensión de que se restituya el contenido de una prestación que no tiene razón de subsistir (*Leistungskondiktion*). Su fundamento responde a la necesidad de reconocer un correctivo a las perturbaciones que sufra el tráfico jurídico de bienes. (ii) La pretensión de que se restituya el contenido de todo aprovechamiento indebido de bienes ajenos. En este sentido, se busca el amparo contra los casos de intromisión, usurpación o violación de un derecho subjetivo (*Eingriffserwerb*). (iii) Las pretensiones dirigidas a lograr una justa distribución de cargas por medio de acciones de repetición subsiguientes a un pago de deuda ajena en todo o en parte (*Rückgriff*). (iv) Las pretensiones por razón de impensas o gastos realizados en propiedad ajena. (v) Los casos en que el enriquecimiento se produce a consecuencia de una disposición gratuita en perjuicio de quien ostenta un derecho de crédito fundado en una causa onerosa. (vi) La acción (*Versionsanspruch*) que procede en el evento que el beneficio económico de un contrato recaiga en quien no sea parte en el mismo (*actio in rem verso*).

¹² Paradójicamente, el hecho de que la sentencia analizada reconozca la obligación como un *deber de conducta típica*, debió haber llevado a concluir lo innecesario de aplicar la teoría de la imprevisión. En efecto, prácticamente la totalidad de los problemas e inconvenientes que pretende solucionar dicha teoría pueden ser abordados mediante esta forma de conceptualizar la obligación, ratificando así la vigencia del principio de la intangibilidad del contrato.

¹³ Desde que en la primera mitad del siglo XX Demogue propusiera esta clasificación, y ciertamente animados por la recepción que tuviera en la jurisprudencia francesa, han sido diversos los autores que han adherido fielmente a sus postulados. Entre ellos, algunos como los hermanos *Mazeaud*, incluso la han conceptualizado como la *summa divisio* de las obligaciones, distinguiendo al efecto entre "obligaciones de prudencia y diligencia" (*obligación de medios*) y "obligaciones determinadas" (*obligación de resultado*); propugnando también su plena aplicación en el ámbito de la responsabilidad civil *extracontractual*. (MAZEAUD *et al.* (1960) p. 21.) Para tales autores, la antedicha clasificación descansa sobre la siguiente observación: "*una vez el deudor está obligado a realizar un hecho determinado*; la obligación está concretada estrictamente; *el deudor debe lograr un resultado*. Otras veces, por el contrario, *el deudor está obligado tan solo a observar diligencia, a conducirse con prudencia para intentar obtener el resultado apetecido*" (las cursivas son del original). Conforme a lo expuesto, se entiende por *obligación de medios*, aquella en que el deudor se obliga a ejecutar una conducta prudente y diligente destinada a la obtención de un resultado, pero sin que este último constituya objeto de su obligación. En cambio, en la *obligación de resultado* el deudor se halla obligado a obtener la finalidad precisa a que se comprometió, debiendo procurarse tal resultado cualquiera que fuesen las dificultades que tengan lugar y el grado de diligencia que deba desplegar para su superación.

¹⁴ Citado por Díez-PICAZO (1998) p. 27.

No ha sido cuestión pacífica en la doctrina comparada la determinación del *fundamento* que posee la obligación de restitución que este instituto genera o, en su caso, del derecho a retener que nace para quien experimenta el correspondiente incremento en su patrimonio. Así, la opinión de los autores algunas veces se inclina por estimarlo un *principio general de derecho* y, según otros, su justificación ha de encontrarse en la *equidad*. Conforme con otras posiciones, que se esfuerzan por buscar un basamento en consideraciones menos generales, se ha pretendido fundamentar la institución en razones jurídico-técnicas, como aquellas que se apoyan en la teoría de la causa o en las *conductio* de que trató el derecho romano.

En lo que toca a nuestro propio ordenamiento jurídico, no parece existir dudas en orden a que la represión del enriquecimiento sin causa legítima o "adecuada" constituye un *principio general de derecho*. De ello dan cuenta las numerosas disposiciones del Código claramente inspiradas en él, así como los distintos fallos de nuestros tribunales ordinarios que se fundamentan en aquellas.

En casos como el comentado, cabe pues preguntarse qué sucede si el deudor cumple una obligación empeñando en ello un cuidado y diligencia que sobrepasa la impuesta en el contrato. Dicho técnicamente, qué ocurre si el deudor que responde de culpa leve, ejecuta la prestación empleando, por ejemplo, una actividad que se encuadra en la culpa levísima.

Estimamos obvio que en el caso propuesto operaría un provecho manifiesto, puesto que el acreedor recibe más de aquello a que tenía derecho de acuerdo al contrato. Más claramente, se produciría un enriquecimiento injusto, ya que lo obtenido por el acreedor no corresponde a lo que se le debía y que este podía exigir. Así, por lo demás, lo reconoce explícitamente el fallo que se comenta cuando expresa que:

"DÉCIMO SÉPTIMO: Que, así planteadas las cosas, el exigirle a CONSTRUCTORA CONCRETA S.A. asumir los mayores gastos que implicaron la obra, es someterla a realizar una prestación no prevista, es decir, "no debida" que se encuentra fuera de la relación contractual vigente desde 1997, lo que le ha significado una cuantiosa pérdida, a diferencia del SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANIZACIÓN DE LA REGIÓN METROPOLITANA, que se ha visto enriquecida injustamente, situación que deberá ser revisada mediante la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, procedimiento que no implica tocar en un ápice el contrato existente entre las partes sino que tan solo precisar y afirmar su existencia, pero restableciendo su real sentido y alcance".

3. Abuso del derecho o del interés jurídicamente protegido

No es extraño que sobre la base de un solo precepto la doctrina y jurisprudencia hayan elaborado o recogido nuevas teorías jurídicas que, al menos en cuanto tales y con la extensión y amplitud que le son propias, ciertamente eran desconocidas a la época de promulgación del Código Civil. En este sentido, la llamada teoría del abuso del derecho ha tenido acogida en la jurisprudencia nacional llevando a nuestros tribunales ha estimar que quien ejerce un derecho subjetivo dolosamente (con ánimo de causar daño a otro) o culposamente (con negligencia y sin el cuidado debido), debe responder de los perjuicios.

cios que se causen. Por nuestra parte, no creemos que sea esta la solución correcta a la luz de las disposiciones que rigen la materia.

Participando del parecer de Rodríguez Grez, pensamos que tras esta terminología se esconde una tautología. El derecho se tiene o no se tiene. En el primer caso, si el derecho se tiene, es legítimo ejercerlo, incluso lesionando al sujeto pasivo (lo que ocurre inexorablemente puesto que el sujeto pasivo o deudor siempre estará en situación de desplegar una conducta en favor del sujeto activo o pretensor). En el segundo caso, si el derecho no se tiene, se actúa al margen del mismo, invocando una facultad meramente aparente de la cual se carece. El derecho que existe no admite abusos porque se trata de una facultad reconocida por el ordenamiento normativo para la realización de ciertos intereses, disponiéndose para su realización del poder coercitivo del Estado.

Lo que se ha dado en llamar "abuso del derecho", entonces, no es más que el ejercicio *aparente* de una facultad jurídica de la cual se carece porque con ella se pretende satisfacer un interés que no está protegido en el derecho positivo, sea porque se excede el interés protegido, sea porque este se desvía. En ausencia de un interés jurídicamente protegido, no hay derecho subjetivo y todo lo obrado en su nombre es ilegítimo¹⁵. Afirmamos, en conclusión, que la llamada teoría del "abuso del derecho" debe concebirse sobre la base de que la realización del interés jurídicamente protegido es la justa medida del ejercicio del derecho¹⁶.

Tratándose de un contrato *oneroso conmutativo*, la tesis que podría fundar en el *ejercicio de una facultad contractual* una negativa a reconocer los efectos de la imprevisión, exige entonces y también, juzgar su planteamiento en relación con la doctrina

¹⁵ Según el mismo Rodríguez Grez, esta concepción ha llevado a sostener que el planteamiento original en que se sustenta la teoría del "abuso del derecho" surge como una sentida aspiración de orden ético y social. Que con ella se intenta insertar el ejercicio del derecho subjetivo en un marco en que coexisten múltiples sujetos y en que domina una concepción moral bien definida. Esta generosa intención, sin embargo, va acompañada de una pobre construcción dogmática, lo que queda en evidencia si se considera que la teoría está impregnada de conceptos extrajurídicos, llegándose al extremo de transformar el "abuso del derecho" en un principio equiparable a la buena fe, al enriquecimiento injusto, la protección de los incapaces, etc. No se ha conseguido, por consiguiente, dar al "abuso del derecho" un contenido y una raíz puramente jurídicos, ligándose a otros elementos cuya extensión ilimitada permite arribar a cualquier conclusión. La bibliografía abunda en expresiones grandilocuentes para justificar su inclusión en el bagaje jurídico. Se habla de poner término a la visión "abstracta del hombre" (como si este existiera insularmente); al "egoísmo" que encapsula al sujeto de derecho; promover la "solidaridad" que surge de la dimensión coexistencial del ser humano; de la "solidaridad social"; de la necesidad de sustituir la idea preponderantemente "patrimonialista", apoyada en el derecho de propiedad, por una óptica que revele al ser humano, a la persona, como eje central de lo jurídico; etc. Podrían llenarse varias páginas con expresiones del mismo estilo, todo lo cual demuestra que se usa y se abusa de una terminología atractiva, pero de escaso nervio jurídico. De aquí la necesidad de renovar esta doctrina y colocarla en lo que creemos es su justa dimensión. RODRÍGUEZ GREZ (1999).

¹⁶ RODRÍGUEZ (1999). Dicha opinión ha sido expresamente acogida por la jurisprudencia de nuestros tribunales, v. gr. en el fallo "*Banco Central de Chile con Banco Chile*" (Considerando N° 22), Corte de Apelaciones de Santiago 22 de septiembre de 1995. En cuanto *principio general de derecho de aplicación inmediata y directa* en nuestro ordenamiento jurídico, puede verse el fallo de la Corte de Apelaciones Presidente Pedro Aguirre Cerda, sentencia de 23 de enero de 1985, "*Romagosa Iriart en contra del Club Árabe de Tiro al Vuelo*".

del "abuso del derecho", vinculada esta con la naturaleza misma de los contratos onerosos conmutativos. En este sentido, y para continuar con la opinión del mismo autor antes citado, es menester señalar que el *ejercicio abusivo de un derecho* —que supone apartarse o violentar el *interés jurídicamente protegido*— (como ocurriría a nuestro juicio si se exige al deudor cumplir la prestación aunque ello implique desplegar un esfuerzo mayor al debido), "romperá inevitablemente la interrelación de las prestaciones, haciendo que una de ellas sea más gravosa que la otra y contraviniendo la conmutatividad natural".

Confirma las ideas anteriores, el mismo fallo que comentamos, cuando expresa:

"DÉCIMO SEXTO: Que, no pudiendo calificarse jurídicamente el contrato celebrado entre las partes sino como oneroso y conmutativo, la equivalencia en las prestaciones resulta fundamental por cuanto dicha característica es un elemento de la naturaleza de ese tipo de contrato, esto es, según lo dispone el artículo 1.444 del Código Civil, "aquellas cosas que no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial". De manera que, al alterarse la equivalencia en las prestaciones, se lesiona el contrato mismo, situación que permite consecuentemente su revisión". (el destacado es nuestro)

CONCLUSIONES

1. Aun cuando el fallo comentado no lo menciona de un modo explícito, nos parece evidente que este discurre sobre la base de que ante la ausencia de un precepto legal expreso que consagre, entre nosotros, la teoría de la imprevisión, corresponde suplir tal "vacío" mediante la aplicación directa de los *principios generales del derecho* y las normas que gobiernan la *exégesis contractual*.

2. Entre los principios jurídicos envueltos en la materia analizada se distinguen, preferentemente, la *intangibilidad del contrato*, la interdicción del *enriquecimiento injusto* y la prohibición de *abusar del interés jurídicamente protegido*.

3. Sin duda el aspecto que presenta mayor novedad en la sentencia, se vincula con la tesis que entiende la obligación como un *"deber de conducta típica referido a una prestación"*. Se sigue de ello que la imposibilidad de cumplir que crea un caso fortuito es *subjetiva*, porque depende de la diligencia o deber de conducta de que responde el deudor. De esta manera, puede un mismo caso fortuito poner al deudor en la imposibilidad de cumplir en algunos casos; y a otro deudor en situación de cumplir, no obstante tratarse, *objetivamente*, del mismo hecho imprevisible e irresistible. Lo anterior, en definitiva, porque la "imposibilidad" a que se refiere la ley depende no solo del hecho mismo, sino, primordialmente, de la diligencia, cuidado, actividad y eficiencia que la ley exige al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

4. No obstante, pensamos que la aplicación de dichos razonamientos debió llevar a los sentenciadores a concluir lo innecesario de aplicar la teoría de la imprevisión. En efecto, prácticamente la totalidad de los problemas e inconvenientes que se pretende solucionar con aquella pueden ser abordados mediante esta forma de conceptualizar la

obligación, ratificando así la vigencia del principio de la intangibilidad del contrato del cual suele predicarse una permanente tensión con los postulados de este instituto.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2003): *Los Principios Generales del Derecho* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 278 pp.
- CAPRILE B., Bruno (2007): "La Imprevisión", *Revista Actualidad Jurídica* (15): pp. 141-159.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1998): *La Doctrina del Enriquecimiento Injustificado* (Madrid, Civitas) 207 pp.
- DÖRR Z., Juan Carlos (2005): "La teoría de la Imprevisión", en: VV.AA., *Teorías del Derecho Civil moderno* (Ediciones Universidad del Desarrollo).
- DWORKIN, Ronald (1984): *Los derechos en serio* (Barcelona, Editorial Ariel S.A.) 508 pp.
- ESSER, Josef (1961): *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado* (Barcelona, Bosch) 498 pp.
- FUENTES CAMPOS, Adrián (2000): "La Vulgarización del Derecho Legislado", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27 (4): pp. 777-805.
- HERRERO DE MIÑÓN, Miguel (1979): "En Torno a la Aplicación de la Constitución", en: AAVV, *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Vol. II).
- MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon y MAZEAUD, Jean (1960): *Lecciones de Derecho Civil, Parte segunda* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, volumen I)
- OLGIATI, Francesco (1977): *El Concepto de Juridicidad en Santo Tomás de Aquino* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra) 367 pp.
- PEÑAILILLO A., Daniel (2000a), "La Revisión Judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción año LXVIII (208) pp. 209-237.
- PEÑAILILLO, Daniel (2000b), "Comentarios a la ponencia del profesor Claudio Illanes Ríos" en: VV.AA. *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio* (Santiago, Editorial Jurídica).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1992): *La Obligación como Deber de Conducta Típica* (Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile) 336 pp.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1999): *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 408 pp.
- SQUELLA, Agustín (1987): "¿Son los jueces esclavos de la Ley?", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (5): pp. 247-255.
- URBANO S., Marcelo (1998): *Derecho Civil Profundizado* (Buenos Aires, ed. Ciudad Argentina) 384 pp.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2003): *Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Chileno* (Santiago, Editorial Biblioteca Americana) 356 pp.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007): "Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista". *Revista Chilena de Derecho* vol. 34 (1), pp. 41-59.

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN: LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN LEGAL EN CHILE

IMPREVISIÓN THEORY: THE NECESSITY OF ITS STATUTORY REGULATION IN CHILE

TEORIA DA IMPREVIDÊNCIA: A NECESSIDADE DE SUA REGULAÇÃO LEGAL NO CHILE

Rodrigo Momberg Uribe*

RESUMEN

La doctrina chilena ha discutido desde antiguo la conveniencia de regular legalmente la denominada teoría de la imprevisión, también conocida como imprevisión contractual o excesiva onerosidad sobreviniente. Si bien la opinión contemporánea mayoritaria acepta su aplicación sobre la base de los textos legales vigentes, se mantiene dividida en cuanto a la conveniencia de una modificación legal que la regule expresamente. Por su parte, en un fallo reciente la Corte Suprema ha rechazado la aplicación de la referida teoría por no estar expresamente consagrada en el ordenamiento legal y ser contraria a las disposiciones del *Código Civil*. El presente trabajo plantea como hipótesis la necesidad y conveniencia de su regulación a través de un texto legal expreso. Además se analizan tres aspectos esenciales de tal regulación: el concepto de imprevisión, la naturaleza jurídica de la normativa y su campo de aplicación.

29

Palabras clave: teoría de la imprevisión, excesiva onerosidad sobreviniente, reforma del *Código Civil*.

* Abogado. LLM en European Private Law, Universidad de Utrecht. Profesor de Derecho Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Dirección postal: Campus Isla Teja, casilla 567, Valdivia, Chile. Artículo recibido, el 26 de mayo de 2010 y aceptado para su publicación el 22 de julio de 2010. Correo electrónico: rmomberg@uach.cl.

ABSTRACT

Traditionally, Chilean legal doctrine has discussed the convenience of a statutory regulation of the *imprevisión* theory or supervening excessive onerousness. Although contemporary legal doctrine accepts its application based on the existing legal texts, there is no agreement about its express statutory recognition. In a recent decision, the Supreme Court rejected the application of *imprevisión* because it is not expressly regulated and it opposes the provisions of the *Civil Code*. The paper states as a hypothesis the need and convenience of its regulation through an express statutory text. Besides, three essential features of that regulation are analyzed: the concept of *imprevisión*, the legal nature of the norms and its scope.

Keywords: Unforeseen circumstances, excessive onerousness, reform of the Chilean *Civil Code*.

RESUMO

30

A doutrina chilena discute já faz muito tempo a conveniência de regular legalmente a denominada teoria da imprevidência, também conhecida como imprevidência contratual ou excessiva onerosidade superveniente. É certo que a doutrina contemporânea indiscutivelmente aceita sua aplicação com base aos textos legais vigentes, se mantém dividida quanto à conveniência de uma modificação legal que a regule explicitamente. Por outra parte, em uma sentença recente da Corte Suprema que rejeitou a aplicação da referida teoria por não estar explicitamente consagrada na ordem legal e ser contrária às disposições do *Código Civil*. O presente trabalho mostra como hipótese a necessidade e conveniência de sua regulação através de um texto legal expresso. Além disso, analisam-se três aspectos essenciais de tal regulação: o conceito de imprevidência, a natureza da normativa e seu campo de aplicação.

Palavras chave: teoria da imprevidência, onerosidade superveniente, reforma do *Código Civil*.

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina chilena ha discutido desde antiguo la conveniencia de regular legalmente la denominada teoría de la imprevisión, también conocida como excesiva onerosidad superveniente, imprevisión contractual o sim-

plemente imprevisión; expresiones que en este trabajo se usarán indistintamente. Así, ya en el año 1933 Lorenzo de la Maza planteaba:

“dada la insuficiencia de la legislación vigente para contemplar las exigencias morales, de justicia y económico-sociales en que se apoya le teoría de la imprevisión, creemos necesario consagrarla en el derecho positivo mediante una legislación expresa y permanente que haga posible su aplicación por los tribunales”¹,

Aunque actualmente la doctrina mayoritaria tiende a aceptar su aplicación sobre la base de los textos legales vigentes, las opiniones se mantienen divididas en cuanto a la conveniencia de la introducción de un texto positivo que la regule. La hipótesis de este trabajo respalda la incorporación de una norma de carácter general que contemple la institución en comento. Asimismo, se analizan en particular ciertos tópicos que no han sido discutidos en profundidad por la doctrina nacional.

De esta manera, en el presente artículo:

- II. Se plantean las razones que aconsejan la expresa regulación legal de la imprevisión contractual;
- III. Se analizan tres aspectos esenciales de dicha normativa y que no han sido estudiados o discutidos en profundidad por la doctrina nacional: el concepto de imprevisión;
- IV. La naturaleza jurídica de las normas que la regulen y
- V. Su ámbito de aplicación.

El trabajo no incluye el análisis de los efectos de la imprevisión sobre las obligaciones de las partes, debido a que por su relevancia, el tema merece un análisis particular y detallado que excede ampliamente los límites de este artículo. Sin embargo, el autor declara su preferencia por conceder amplios poderes al juez, de modo que pueda decretar la modificación de las prestaciones o su extinción, en los términos que estime pertinentes, según las circunstancias del caso particular.²

Sólo para efectos históricos, debe recordarse que en 1991 se presentó por moción de un grupo de diputados un proyecto de ley que tenía por finalidad permitir la revisión judicial de los contratos civiles y mercantiles en caso de tornarse la obligación de una de las partes “excesivamente gra-

¹ Lorenzo DE LA MAZA, *La Teoría de la Imprevisión*, disponible, en <http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/1933/delamazal/html/index-frames.html>, visitada el 28 de octubre de 2010.

² Ello, sin perjuicio del deber de las partes de renegociar el contrato. Al efecto, véase Rodrigo MOMBORG, “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, N° 1, Santiago, 2010, pp. 43-72.

vosa de ser cumplida”³. Luego de una larga tramitación, dicho proyecto fue archivado por el Senado el año 2004. Debido a su falta de trascendencia jurídica, en este trabajo no se analiza el citado proyecto. Al efecto, sólo cabe plantear dos reflexiones: primero, su penoso destino (según el artículo 36 bis del Reglamento del Senado, corresponde el archivo de un proyecto de ley cuando no es discutido por la comisión correspondiente dentro de los dos años siguientes a su presentación) manifiesta la falta de voluntad política para conocer y regular materias jurídicas abstractas y de tipo técnico, que van más allá de temas contingentes y puntuales; y, segundo, se planteaba la regulación de la imprevisión no a través de la reforma del *Código Civil*, sino por medio de la dictación de una normativa especial, la cual no parece ser la mejor alternativa desde un punto de vista de técnica legislativa, sobre todo si se busca otorgar coherencia al Derecho de Obligaciones y contratos en general.

II. LA NECESIDAD DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA IMPREVISIÓN CONTRACTUAL

1. Consideraciones generales

32

Tal como se indicó en la introducción, la doctrina chilena no es unánime en cuanto a la necesidad y conveniencia de la inserción de un texto legal que regule expresamente la teoría de la imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, parte de los autores rechazan la idea de una modificación legal en este sentido, basándose principalmente en el peligro que ello ocasionaría para la seguridad jurídica y el principio de la fuerza obligatoria del contrato, los cuales, según esta opinión, se verían seriamente amenazados y debilitados con la existencia de un texto legal expreso que facultara al deudor recurrir a la imprevisión contractual para eximirse de responsabilidad o modificar su prestación. Se señala que la existencia de una norma legal conlleva el riesgo de una intervención generalizada de la magistratura en las relaciones contractuales privadas, fomentada por el abuso que contratantes inescrupulosos podrían hacer de la institución. Tales peligros, se agrega, serían minimizados o inexistentes si los tribunales recurren a principios generales del ordenamiento jurídico, que deban aplicar de manera excepcional y fundada al caso particular en que la imprevisión se plantee; lo que unido al principio del efecto relativo de las sentencias

³ *Boletín de la Cámara de Diputados*, N° 309-07, “Permite la revisión judicial de contratos civiles y mercantiles”.

evitaría que se debilita de manera general el principio de la fuerza obligatoria de los contratos⁴.

Sin embargo, otro sector de la doctrina se manifiesta partidario de la incorporación de una norma legal en esta materia⁵. Al efecto, ya se indicó en la introducción la opinión favorable de Lorenzo De la Maza, quien se basa principalmente en la necesidad de que el ordenamiento positivo refleje los principios de justicia y moral que deben guiar las relaciones contractuales y de los cuales se deriva el fundamento de la teoría de la imprevisión⁶.

La doctrina contemporánea ha agregado otras justificaciones. Así, se señala la necesidad de una adecuada regulación técnica que dirima definitivamente las dudas acerca de su procedencia en el Derecho chileno y permita su adecuada armonización con otras instituciones relacionadas⁷. En este sentido, se puede añadir la conveniencia que la norma se haga cargo de aquellos temas que son motivo de disputa entre los autores, tomando posición en cuanto a la naturaleza, campo de aplicación, requisitos y efectos de la institución; de manera de facilitar la tarea del juez al aplicar la norma y evitar decisiones contradictorias o inconsistentes que pueden efectivamente dañar la seguridad jurídica que se busca proteger con la no incorporación de una norma positiva. Resultaría más perjudicial para la seguridad jurídica la existencia de fallos que acojan la teoría, mientras otras decisiones (con supuestos de hecho similares) la rechacen; o de fallos que acogieran la adecuación del contrato a las circunstancias sobrevinientes mientras otras decisiones judiciales se pronunciaran por su extinción como única alternativa. El análisis que en párrafos siguientes se hace de la jurisprudencia judicial y arbitral confirma estas consideraciones.

El argumento relativo a un eventual aumento de la litigiosidad, utilizado por la doctrina contraria a su incorporación como norma legal, tampoco es plenamente convincente. Por una parte, si bien es cierto que tal aumento es susceptible de producirse en un primer momento, es justamente el papel de los tribunales establecer a través de una jurisprudencia clara y

⁴ Véanse las opiniones de Claudio ILLANES y Juan Carlos DÖRR, *Estudios sobre Reformas al Código Civil y al Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 221-231.

⁵ Así, René ABELIUK, *Las obligaciones*, 4ª ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, tomo 2, p. 763; Daniel PEÑAILILLO, “La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión)”, en *Revista de Derecho*, N° 208, Concepción, julio-diciembre 2000, pp. 209-237; Bruno CAPRILE, “La imprevisión”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Santiago, N° 15, enero 2007, pp. 141-159.

⁶ DE LA MAZA (n. 1).

⁷ Véase Daniel PEÑAILILLO, *Estudios sobre reformas al Código Civil y al Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 231-242.

uniforme los límites de la norma en cuestión, de manera de desincentivar su uso infundado o con fines meramente dilatorios. Para estos efectos, la norma debe tener carácter excepcional y de derecho estricto, además de un adecuado régimen procesal. La doctrina extranjera ha señalado en relación con este argumento, de que el hecho que las partes se representen la posibilidad de la intervención judicial del contrato puede incentivarlas a resolver sus controversias de manera extrajudicial, evitando, así, los costos e incertidumbres propias de un litigio judicial, lo que implicará que en definitiva no exista un aumento relevante en la litigiosidad⁸.

Otro argumento utilizado por la doctrina chilena, que rechaza la idea de introducir una norma legal expresa, es que los riesgos que para la fuerza obligatoria del contrato conlleva tal consagración legal, se han materializado en “todos los países que han consagrado la teoría en forma expresa y amplia, especialmente en Argentina”⁹. Sin embargo, tal argumentación no aparece sustentada en datos empíricos ni en doctrina comparada, y parece, más bien, una apreciación subjetiva de los autores basada en experiencias personales puntuales. Incluso, a renglón seguido, dicha afirmación es limitada al señalar que la adopción expresa de la teoría de la imprevisión en el *Código Civil* italiano no ha tenido tales “efectos desastrosos”¹⁰.

34 Al efecto, la experiencia comparada demuestra que la consagración legal de la imprevisión no ha llevado a un colapso del sistema jurídico en ninguno de los países que la contemplan y, al contrario, los jueces han aplicado y usado las facultades que las normas les confieren con prudencia y bajo estrictos parámetros. En este sentido, la admisión de la revisión judicial por imprevisión en otros sistemas jurídicos “no ha resultado en cataclismos contractuales ni catástrofes económicas”¹¹.

El examen de ordenamientos jurídicos extranjeros confirma lo señalado. Así, en Holanda, que contempla la figura en el artículo 6:258 de su *Código Civil (BW)* de 1992, la jurisprudencia de la Corte Suprema de dicho país ha señalado que tal artículo debe ser aplicado excepcionalmente y con debido cuidado¹². En Alemania, por otra parte, el proceso tomó el

⁸ Stewart MACAULAY, “An Empirical View of Contract”, in *Wisconsin Law Review*, N° 465, Wisconsin, 1985, pp. 465-482.

⁹ ILLANES Y DÖRR (n. 4), p. 225.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 226.

¹¹ Benedicte FAUVARQUE-COSSON, Denis MAZEAUD, “L'avant-projet Français de Reforme du Droit des Obligations et du Droit de la Prescription”, in *Uniform Law Review*, vol. 11, Rome, 2006, p. 131.

¹² Willem WIGGERS, “Dutch report”, in Ewoud HONDIUS y Hans Christoph GRIGOLEIT (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, in press.

sentido contrario, pues la introducción en el año 2002 de la doctrina del *Störung der Geschäftsgrundlage* (alteración de la base del contrato) mediante el artículo 313 del *BGB* buscó incorporar la doctrina desarrollada por la nutrida jurisprudencia alemana en esta materia, sin integrar cambios relevantes en ella¹³. En Francia, donde este argumento ha sido esgrimido por la doctrina tradicional, se ha rebatido que la experiencia demuestra justamente lo contrario, es decir, que los jueces utilizan las facultades que el legislador les confiere de manera restrictiva y bajo parámetros excepcionales, como sucedió a partir del año 1975 cuando una reforma legislativa introdujo la facultad judicial de reducir las cláusulas penales excesivas¹⁴. Finalmente, en el caso de Argentina, si bien existe una cantidad importante de fallos en la materia, es justo precisar que la mayoría de los casos se plantearon en situaciones de crisis económica aguda y generalizada, como fueron el denominado “rodrigazo” de 1975, la crisis de 1981 generada por la brusca devaluación del peso argentino en relación con el dólar y otras similares producidas en 1989 y 2001¹⁵. Sin embargo, aun en tales épocas, la jurisprudencia mantuvo criterios restrictivos para acoger la imprevisión contractual y, lo más importante, ha tenido un destacado papel en la delimitación de los criterios para su aplicación¹⁶. El correcto funcionamiento de la institución se confirma al examinar su mayoritario respaldo doctrinal y su inclusión en todos los proyectos de reforma del *Código Civil* argentino que se han redactado con posterioridad al año 1968¹⁷.

35

En apoyo a los argumentos expuestos precedentemente, la tendencia en legislación comparada es abiertamente hacia su incorporación expresa como norma general en los *Códigos Civiles*. Así, en Europa, aparte de los ya señalados casos de Italia, Holanda y Alemania, la incluyen entre otros

¹³ Véase Antonis KARAMPATZOS, “Supervening Hardship and Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law”, in *European Review of Private Law*, N° 2, Utrecht, 2005, pp. 105-134

¹⁴ Denis MAZEAUD, “Rapport Français. La révision du contrat”, in *Journées Brésiliennes*, Paris, Association Henri Capitant, Société de Législation Comparée, 2008, p. 559.

¹⁵ Manuel CORNET, “La aplicación de la teoría de la imprevisión y la emergencia económica”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 7, Córdoba, 2002, pp. 77-115.

¹⁶ Véase, Lily FLAH y Miriam SMAYEVSKY, *Teoría de la Imprevisión. Aplicación y alcances. Doctrina, jurisprudencia*, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2003, pp. 82-98.

¹⁷ Sólo a modo de referencia, véase FLAH y SMAYEVSKY (n. 16) y Jorge MOSSET ITURRASPE, *Interpretación económica de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994. Así, el *Proyecto de Código Civil de la República Argentina* de 1998 incluye una norma aún más amplia en la materia. Hay que recordar, además, que la norma actualmente vigente (artículo 1198 del *Código Civil*), introducida por la reforma del año 1968, tuvo su origen en una recomendación de la doctrina reunida en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba el año 1961.

los *Códigos Civiles* de Grecia (1946) y de Portugal (1967). En Latinoamérica la situación es similar: al citado caso argentino se suman los *Códigos Civiles* de Bolivia (1976), Perú (1984), Paraguay (1987) y Brasil (2002), además del *Código de Comercio* colombiano (1971). Incluso, jurisdicciones del *Common Law* le han dado cabida, como sucede en Inglaterra de manera restringida con la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*, y en los Estados Unidos, en términos mucho más amplios, con el *UCC*¹⁸. Asimismo, modernos instrumentos de *soft law* o legislación modelo, como los Principios UNIDROIT, los PECL y el más reciente DCFR regulan también de manera amplia y expresa la imprevisión contractual¹⁹. Esta “presión legislativa” ha hecho que en Francia (una jurisdicción tradicionalmente contraria a la aplicación de la teoría de la imprevisión en Derecho Privado), los anteproyectos y proyectos de reforma al *Código Civil* en materia de Derecho de Obligaciones y Contratos incluyan normas que regulan, en distinta medida, la institución²⁰. Lo mismo sucede en España, donde la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos*, elaborada por la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, incorpora expresamente la imprevisión contractual bajo la denominación de alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato²¹.

36 En definitiva, el trasfondo de la negativa a la regulación positiva de la imprevisión, más que una objeción de tipo filosófico o conceptual, basada en una determinada visión o teoría del contrato, parece ser la falta de

¹⁸ Artículo 2, sección 615 del *UCC*. El no vinculante pero influyente *Restatement (2nd) of Contracts* la contempla también en su párrafo 261.

¹⁹ Artículos 6.2.1 a 6.2.3 de los Principios UNIDROIT, disponibles en <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>, visitada el 13 de julio de 2009; artículo 6:111 de los PECL, Ole LANDO y Hugh BEALE, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague, Kluwer Law International, 2000; artículo III.- 1:110 del DCFR, Christian VON BAR & Eric CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Munich, Sellier, 2009.

²⁰ Artículos 1135-1 a 1135-3 del *Ante-Proyecto para la reforma de del Derecho de Obligaciones y de la Prescripción*, (conocido como *Proyecto Catalá*), disponible en http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Version_espagnole.pdf, visitada el 13 de julio de 2009; artículo 136 del Proyecto de Reforma del Derecho de Contratos (conocido como *Proyecto de la Chancellerie*) disponible en http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet_droit_des_contrats_blog8_2_.pdf, visitada el 13 de julio de 2009; y artículo 92 de la Propuesta de Reforma del Derecho de Contratos (conocido como *Proyecto Terré*), disponible en François TERRÉ, (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009.

²¹ Artículo 1213. El texto del anteproyecto está disponible en <http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?blobcol=urldescarga1&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=SuplementoInformativo&blobwhere=1161679155283&ssbinary=true>, visitada el 13 de julio de 2009.

confianza en la capacidad y criterio de los jueces en la aplicación de la eventual normativa. Juan Carlos Dörr, incluso, lo manifiesta expresamente; al referirse al caso italiano señala:

“al parecer la incorporación al Código Civil de la teoría imprevisión no ha tenido los efectos desastrosos que ha demostrado la experiencia argentina, y *mi conclusión es que eso se debe a la calidad de la judicatura*”²².

Sin embargo, ello no parece justificado (al menos en la experiencia comparada) y es contradictorio al sostener la procedencia de la imprevisión contractual con los textos actualmente vigentes. Así, tal como señala Daniel Peñailillo,

“si confiamos en que los jueces van a poder manejarla sin los textos, ¿por qué vamos a desconfiar si existen unos textos fundamentales?”²³.

A ello, cabe reiterar que el peligro de inseguridad jurídica es mayor si los jueces sólo tienen como herramientas principios generales del Derecho que, si bien son útiles al momento de fundar la institución, carecen de la especificidad necesaria para resolver los múltiples problemas o alternativas que plantea la materia, lo que, en definitiva, puede dar lugar a una jurisprudencia vacilante o contradictoria, tal como se expondrá en párrafos siguientes. Al contrario, si los jueces pueden recurrir a un texto legal expreso, que regule debidamente la materia como una excepción calificada al principio general de la fuerza obligatoria del contrato, la seguridad jurídica y la certeza para las partes se verán reforzadas, en cuanto al eventual destino de las acciones judiciales que se interpongan en esta materia.

2. *Jurisprudencia judicial*

Un examen de la tendencia jurisprudencial chilena confirma lo expuesto. Tradicionalmente, se ha sostenido que, aun cuando la Corte Suprema no había tenido ocasión de pronunciarse de manera directa sobre la aceptación o no de la teoría de la imprevisión en un caso concreto, la jurisprudencia del tribunal superior era uniforme en cuanto afirmar la precedencia absoluta del artículo 1545 del *Código Civil* como norma que establece la intangibilidad del contrato y, por tanto, la imposibilidad de que

²² ILLANES Y DÖRR (n. 4), p. 226

²³ PEÑAILILLO (n. 7), p. 242.

sus cláusulas sean revisadas por los jueces. La sentencia clásica citada era la de fecha 10 de enero de 1925, en la cual la Corte Suprema señaló:

“...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...”²⁴.

Sin embargo, la referida falta de pronunciamiento expreso del máximo tribunal era considerada una puerta abierta para la eventual aceptación de la teoría en sede judicial.

Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 11 de noviembre de 2006 pareció ser el punto de partida para la admisión de la imprevisión contractual en nuestra jurisprudencia²⁵. En su fallo, señaló que los textos legales vigentes no son un obstáculo para la aplicación de la teoría de la imprevisión, ni una amenaza para el principio de la fuerza obligatoria del contrato, pues dicha teoría:

“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”²⁶.

38

La decisión fue celebrada por parte de la doctrina como “un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria”²⁷. Sin embargo, el fallo fue también criticado, en términos que para el caso particular objeto del litigio, no se cumplían ni los supuestos ni los requisitos necesarios para la aplicación de la imprevisión, lo que podía implicar una amenaza para la legitimidad de dicha teoría como recurso subsidiario a la distribución convencional o legal de los riesgos del contrato²⁸. Quizá la principal ob-

²⁴ *RDJ*, tomo 23, Santiago, 1926, sección primera, p. 423. La referencia a otros fallos pueden consultarse en Ramón DOMÍNGUEZ, Carlos PIZARRO, Mauricio TAPIA y Sebastián RÍOS, “Rapport Chilien. La révision du contrat”, in *Journées Brésiliennes*, Paris, Association Henri Capitant, Société de Législation Comparée, 2008, pp. 513-528.

²⁵ Número identificador LexisNexis: 35663.

²⁶ Considerando octavo.

²⁷ Enrique ALCALDE RODRÍGUEZ, “Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 2, Santiago, 2007, pp. 361-372.

²⁸ Rodrigo MOMBORG, “Análisis crítico desde el derecho alemán y nacional de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que acoge la teoría de la imprevisión”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, Legal Publishing, 2008, pp. 637-658.

jección que puede hacerse al fallo es que utiliza la imprevisión contractual para ordenar el pago de prestaciones supuestamente adeudadas en virtud de un contrato ejecutado de forma íntegra por el deudor, lo que desnaturaliza la institución en un aspecto esencial: la excesiva onerosidad en el cumplimiento, que lo hace virtualmente imposible de verificar por la parte afectada, y que deriva en la exigencia de que la o las prestaciones afectadas se encuentren pendientes en su ejecución.

Sin perjuicio de tales opiniones doctrinarias, recientemente la Corte Suprema ha puesto término al vacío jurisprudencial en la materia, al señalar expresamente la improcedencia de la teoría de la imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico, al menos en materias de Derecho Privado²⁹. El caso se relaciona con una demanda de cobro de honorarios, devengados en virtud de una asesoría financiera para el diseño de un modelo de negocios y el desarrollo de la licitación pública para el emprendimiento del proyecto Borde Costero Barón, en el puerto de Valparaíso. Entre otros, la disputa se centró principalmente en el cumplimiento de la condición suspensiva que daba lugar al nacimiento de la obligación de pagar los emolumentos convenidos, esto es, la firma de los contratos correspondientes entre la empresa licitante (demandada) y el o los adjudicatarios del proceso de licitación; y en la base de cálculo para determinar el estipendio del asesor financiero (actor en la causa). En primera instancia se acogió la demanda y se ordenó pagar, por concepto de honorarios adeudados, la suma de 102.801,37 UF, sin intereses ni costas. La Corte de Apelaciones de Valparaíso revocó el fallo sólo en cuanto condenó a la demandada al pago de intereses corrientes a partir de la fecha en que ésta se constituyera en mora, una vez que la sentencia quedase ejecutoriada y la confirmó en lo demás apelado. Ante ello, la demandada recurrió de casación en la forma y en el fondo ante la Corte Suprema³⁰.

39

Entre las normas infringidas por los jueces del fondo, el actor señaló al artículo 1546 del *Código Civil*, por cuanto se habría violado el principio de la buena fe contractual consagrado en dicha norma, en lo referido al establecimiento del hecho que devengaba el honorario de éxito y a su método y bases de cálculo. Al efecto, la sentencia señala, en su considerando décimo, que el recurrente alega:

²⁹ Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2009 sobre recurso de casación en el fondo, caratulado South Andes Capital S.A. c/ Empresa Portuaria Valparaíso; rol 2651-08.

³⁰ La actora interpuso también recurso de casación en el fondo para que se modificara el fallo en lo relativo a la fecha en que se comenzaban a deber los intereses, pero el análisis de tal recurso es irrelevante para el presente estudio.

“las condiciones en que se pactó con la demandante el año 2003 eran distintas a las condiciones en que le tocó pactar con la empresa que se adjudicó el proyecto Borde Costero Barón, a saber, Plaza Valparaíso S.A., respecto de las llamadas cláusulas de salida o incluso la posibilidad de que la concesionaria no pudiera efectuar el proyecto por causas independientes de su voluntad, como, por ejemplo, la no obtención de los permisos de obras municipales, etc. La demandada pretende entonces vincular el éxito del primer contrato suscrito el año 2003, al ‘éxito’ del contrato suscrito el año 2006 con un tercero (Plaza Valparaíso S.A.). Dicha pretensión, busca su amparo en el artículo 1546 del Código Civil, dado que la obligación devino en una más onerosa”;

agregando:

“esa situación, se enmarca en lo que en doctrina se llama ‘Teoría de la Imprevisión’ o ‘doctrina de la imprevisión’ o ‘excesiva onerosidad sobreviviente’...”.

40 A continuación, la Corte hace suya la doctrina planteada por René Abe-liuk, quizá el único autor contemporáneo que rechaza la aplicación de la teoría con los textos legales vigentes, al cual cita textualmente para establecer que el artículo 1545 del *Código Civil* excluye la posibilidad de acoger dicha teoría en nuestro ordenamiento jurídico, ya que:

“el contrato no puede ser dejado sin efecto, y con menos razón aún modificado, si no es por voluntad de las partes, los jueces en materia civil no tienen otras facultades que las que se les han otorgado, y nadie les ha dado la de modificar las convenciones”.

Siguiendo al mismo autor, la Corte rechaza que la imprevisión contractual pueda fundarse en el artículo 1560 del *Código Civil* sobre la base de que el deudor no pudo haber tenido la voluntad de obligarse de manera que el cumplimiento le fuera excesivamente oneroso,

“ya que el precepto se refiere a la intención de ambos contratantes, y naturalmente la voluntad del acreedor es que se cumpla la obligación”.

Finalmente, el fallo desestima que se atente contra la buena fe contractual y se viole, por tanto, el artículo 1546 del *Código Civil* si el acreedor requiere del deudor un cumplimiento que le signifique un perjuicio exorbitante, pues

“desde luego en autos, el acreedor no ha intervenido en el imprevisto que hace más gravoso el cumplimiento, y si realmente lo hubiera hecho no necesitaría el deudor la imprevisión para defenderse”.

Por último, el *Código* explica también:

“el contrato obliga, además de lo que se expresa, a lo que le pertenece por su naturaleza, por la ley o por la costumbre; y en ninguna de ellas aparece la imprevisión”³¹.

El fallo precedente representa, pura y simplemente, un rechazo expreso de la Corte Suprema a la doctrina mayoritaria a favor del reconocimiento de la imprevisión sobre la base de los textos legales vigentes y que tradicionalmente se invocan por tal doctrina como fundamentos para acoger dicha teoría, en especial el artículo 1546 del *Código Civil*. Asimismo, en términos de precedente judicial, implica una notable pérdida de relevancia del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago antes citado, el cual difícilmente tendrá valor práctico si se quiere utilizar como antecedente para sustentar una acción o defensa basada en la imprevisión contractual, sin perjuicio que tal resolución mantenga su utilidad como objeto de estudio doctrinal.

Lo interesante y destacado de la decisión de la Corte Suprema es que, independientemente de los hechos del caso, manifiesta de manera expresa su rechazo a la procedencia de la teoría de la imprevisión en cuanto tal, con los textos legales vigentes, como doctrina jurídica aplicable al Derecho Privado chileno. Diverso hubiese sido el caso en que rechazase su aplicación en virtud de no concurrir alguno de los requisitos usualmente establecidos para que tenga lugar; pero es claro que plantea su doctrina en términos abstractos y generales, más como una declaración de principios que como algo sujeto al contexto del caso particular. En definitiva, su decisión otorga prevalencia absoluta al principio *pacta sunt servanda*, como tradicionalmente se ha entendido estaría consagrado en el artículo 1545 del *Código Civil*, norma que se convierte en la piedra de tope para la admisión de la imprevisión en el Derecho Privado chileno.

Si se entiende que la doctrina nacional está acorde en la conveniencia del reconocimiento de la imprevisión, lo planteado por el máximo tribunal chileno pudiese ser motivo suficiente para justificar una reforma legal que

³¹ Considerando décimo de la sentencia citada. Las referencias textuales del fallo son a René ABELIUK, *Las obligaciones*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 705-706. La cuarta edición (2003) de tal obra no presenta diferencias en la materia.

introduzca expresamente la institución en el ordenamiento jurídico. Con el rechazo expreso de la Corte Suprema a la teoría 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. En definitiva, a juicio del máximo tribunal, los textos legales vigentes son insuficientes (e, incluso, un obstáculo) para fundar la referida doctrina en el Derecho nacional.

3. *Jurisprudencia arbitral*

Adicionalmente, la reciente jurisprudencia arbitral entrega también antecedentes para justificar la modificación legal, en especial si tenemos en cuenta los requerimientos de la seguridad jurídica, que implica, entre otras, una razonable predictibilidad de las decisiones judiciales. Tal como se dijo con anterioridad, la falta de una regulación legal en la cual se expresen la naturaleza jurídica, requisitos y efectos de la imprevisión contractual, es lo que atenta contra una adecuada seguridad jurídica y no la situación contraria³².

42 Así se refleja en dos fallos arbitrales, en los cuales los demandantes alegaron básicamente las mismas circunstancias como fundamento para solicitar la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente³³. El hecho invocado como imprevisible y causa de la onerosidad sobreviniente, fue la denominada crisis del gas natural, que implicó cambios estructurales en el mercado eléctrico, principalmente un aumento considerable en los costos de generación de este tipo de energía, lo que envolvía pérdidas elevadas para las generadoras en el caso de contratos suscritos con anterioridad a la fecha de inicio de la crisis³⁴. En ambos juicios, el árbitro

³² A menos, por cierto, que simplemente se opte por rechazar de plano la aplicación de la teoría en cuestión a falta de texto expreso.

³³ Empresa Eléctrica Guacolda S.A. c/ Empresa Minera Mantos Blancos S.A., fallo arbitral de fecha 25 de abril 2007 (en adelante Guacolda) y Gas Atacama Generación S.A. c/ Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A. y otros, fallo arbitral de fecha 24 de enero de 2008 (en adelante Gas Atacama). La acción de resolución por excesiva onerosidad sobreviniente o imprevisión contractual fue en ambos casos interpuesta en subsidio de acciones que buscaban también la resolución o terminación del contrato sobre la base de otros fundamentos legales, como el incumplimiento del contrato por obligaciones derivadas de la buena fe o por constituirse una eximente de responsabilidad basada en que el cumplimiento implicaría un grado de diligencia superior el que se obligó al momento de contratar. Ello demuestra nuevamente que debido a la incertidumbre jurídica respecto de su aplicación, las partes sólo recurrieron a la imprevisión como segunda o tercera alternativa para fundar su pretensión.

³⁴ La crisis del gas natural puede resumirse brevemente en los siguientes hechos: Chile y Argentina suscribieron en 1995 el Protocolo de Integración Gasífera entre Chile

admite que es posible acoger la teoría de la imprevisión sin necesidad de texto legal expreso que la consagre. Sin embargo, al entrar en el análisis abstracto de su naturaleza, requisitos y efectos, se producen importantes diferencias entre ambos sentenciadores, lo que en definitiva conduce a que en sólo uno de ellos se acoja la demanda.³⁵

A modo de ejemplo, en Gas Atacama, el árbitro señala que la previsibilidad del hecho invocado como causa de la excesiva onerosidad sobrevenida (la crisis del gas natural) debe establecerse de manera objetiva, incluyendo como criterios al tipo medio de contratante, la naturaleza del contrato celebrado y los derechos y obligaciones que de él se derivan. Concluye que, considerando la naturaleza y grado técnico de las empresas involucradas,

“el acontecimiento que se invoca como imprevisible, no podía razonablemente encontrarse al margen de toda consideración o previsión por Gas Atacama” (considerando cuadragésimo primero).

Asimismo, señala que no se presenta el requisito de la excesiva onerosidad, ya que tal requerimiento no sólo la incluye para el deudor sino, también, que el contratante no afectado por la imprevisión obtenga exorbitantes beneficios con el cumplimiento de la obligación, lo cual no fue acreditado en el caso concreto (considerando cuadragésimo cuarto)³⁶.

43

y Argentina en virtud del cual se liberalizó la comercialización de gas natural entre ambos países, garantizándose la eliminación de restricciones legales, reglamentarias y administrativas a la importación, exportación y transporte de este elemento. Además, se estableció el principio de la no discriminación, en el sentido de que los requerimientos chilenos de gas natural y la demanda doméstica argentina serían tratados en igualdad de condiciones. Sin embargo, debido a circunstancias políticas y económicas internas, a partir del año 2001, en distinta medida, tales acuerdos no fueron cumplidos por Argentina, produciéndose el año 2004 una severa reducción en las exportaciones a Chile. Lo anterior significó que las empresas que utilizaban gas natural para sus procesos productivos (entre ellas, las empresas generadoras de energía eléctrica) debieran recurrir a otros combustibles (principalmente carbón, *fuel oil* o diesel), produciéndose un aumento considerable en sus costos de producción. Véase Felipe BAHAMÓNDEZ Prieto, “Fallo Gasatacama: el cambio de circunstancias en los contratos. Quo vadis?”, en Arturo FERNANDOIS y Rodrigo DELAVEAU (eds.), *Sentencias destacadas 2008*, Santiago, Libertad y Desarrollo, 2009, pp. 352-354.

³⁵ Para efectos del presente trabajo, el análisis de los fallos se centrará en algunos de los postulados doctrinales esgrimidos por los árbitros, y no en el examen de los hechos de cada caso particular, ni en la relación de tales hechos con los requisitos establecidos para la aplicación de la teoría.

³⁶ Para el establecimiento de los requisitos necesarios para la aplicación de la teoría de la imprevisión, el árbitro sigue a DE LA MAZA (n. 1).

Por otra parte, en Guacolda, califica los hechos de manera muy distinta. Así, al analizar el requisito de la imprevisibilidad de la mencionada “crisis del gas natural” señala que la demandante

“no obstante contar con una adecuada asesoría técnica adecuada y un buen conocimiento del mercado energético en general, no ha podido, lógicamente, y racionalmente, prever las profundas alteraciones que se iban a producir en dicho mercado”.

Respecto de la excesiva onerosidad, indica:

“el precio de la electricidad... ha tenido importantes alzas, todo lo cual ha desnaturalizado las relaciones contractuales convenidas por largo tiempo”,

agregando:

“el cumplimiento irrestricto del contrato... implicaría un frontal desconocimiento de una realidad muy distinta a la existente en dicha época (la de celebración del contrato), lo que se traduciría en el quiebre de un elemento esencial de un contrato bilateral y oneroso, que es el principio de la conmutatividad” (considerando II.3.52).

44

No hay referencia, como en el caso anterior, al beneficio obtenido por la contraparte con el cumplimiento excesivamente oneroso.

Además, precisa:

“la Teoría de la Imprevisión no contempla la resolución de vínculo contractual... sino que permite única y exclusivamente, efectuar las readecuaciones que se estimen necesarias a fin de mantener el principio de conmutatividad contractual”

por lo que rechaza la petición de la demandante de declarar la resolución del contrato

“teniendo en cuenta que la resolución por las circunstancias que configura la Teoría de la Imprevisión, no está considerada en nuestro sistema de derecho positivo y, por otra parte, carece de fundamentos legales explícitos” (considerando II.3.24)³⁷.

³⁷ Así, en Guacolda, el árbitro decide: “intervenir el contrato... en un alcance y sentido que resguarde al máximo la estructura general del contrato y las obligaciones y derechos

Es interesante destacar que ambos árbitros estiman que la teoría de la imprevisión cumple una función interpretativa del contrato, que tiene por finalidad que se respete la común intención de los contratantes en el cumplimiento de las obligaciones para el caso que éstas se vean afectadas por acontecimientos extraordinarios e imprevistos (considerandos cuatragésimo quinto y II.3.60 de las sentencias referidas). De esta manera, técnicamente el árbitro no modificaría el contrato aun cuando se determine la adaptación del mismo a las nuevas circunstancias, pues aquél actuaría sólo como intérprete de la voluntad de las partes, estableciendo lo que ellas hubiesen pactado de haber considerado tales condiciones.

Las contradicciones entre los fallos arbitrales referidos y las precisiones que tales decisiones contienen respecto al concepto, requisitos y efectos de la imprevisión, reflejan la necesidad de una regulación legal que dirima y aclare las incompatibilidades o vacíos doctrinales existentes en la materia. Ante la inexistencia de una normativa expresa, es legítimo que se recurra a los postulados doctrinales que resulten más convincentes para el juzgador; pero ello conlleva naturalmente el peligro de falta de seguridad jurídica a través de una jurisprudencia discordante o inconsistente.

4. *Jurisprudencia administrativa*

El establecimiento de la imprevisión a través de una norma general en el *Código Civil* no sólo sería útil para evitar las contradicciones referidas o justificar su aplicación en el ámbito del Derecho Privado sino, también, en el del Derecho Público. La doctrina nacional parece estar acorde con que la teoría de la imprevisión tiene cabida en el Derecho Administrativo chileno, donde ha sido reconocida en una serie de dictámenes por la Contraloría General de la República y, además, ha sido consagrada legislativamente en el decreto N° 900, de 31 de octubre de 1996, que fijó el texto fundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Concesiones de Obras Públicas³⁸. En general, la afirmación de que la imprevisión es reconocida y aceptada por la jurisprudencia administrativa es cierta³⁹, pero

que él mismo contiene, por cuanto se tiene plena conciencia de la necesidad de respetar lo convenido en un contrato, como expresión de la seguridad jurídica que toda relación contractual debe conferir a las partes” (considerando II.3.60).

³⁸ Véase CAPRILE (n. 5) y Baltazar MORALES, “Teoría de la imprevisión”, en *Revista de Derecho*, N° 203, Concepción, enero-junio 1998, pp. 421-427

³⁹ La imprevisión ha sido aceptada en una serie de dictámenes por la Contraloría (N° 41.409 de 2 de diciembre de 2.1994, N° 35.989 de 28 de septiembre de 2001, N° 35.996 de 2 de agosto de 2005 y N° 10.624 de 6 de marzo de 2006) sobre la base de la doctrina que plantea: “aún cuando en el ámbito del Derecho Administrativo impera el principio de que en los pactos administrativos rige el elemento de riesgo o ventura, esto es, que el

el dictamen más reciente en la materia plantea serias dudas respecto de si tal reconocimiento se mantendrá en futuros casos⁴⁰.

En la especie, la empresa encargada de ejecutar obras de reparación de la Ruta 0-50 (provincia del Biobío), recurrió a la Contraloría a fin de que se reconozca su derecho a ser compensada por la Dirección de Vialidad por el mayor costo que debió soportar con ocasión de la ejecución de tales obras. La empresa alegó que éstos fueron

“consecuencia del incremento inusual, imprevisible y desproporcionado que el precio del combustible experimentó durante el período de ejecución de las obras, cuyo impacto económico y financiero no alcanzó a ser recogido por la fórmula de reajuste polinómico prevista en el contrato, situación que ajena a su voluntad rompió el equilibrio de la ecuación económica del pacto”.

Particularmente, el precio del combustible experimentó un alza de 62,55% en relación con el que tenía al celebrarse el contrato, lo que según la empresa le produjo pérdidas por \$244.475.845,88. La recurrente, sobre la base de la jurisprudencia administrativa precedente, fundó su petición en la teoría de la imprevisión.

46

La Contraloría rechazó la petición, y lo más relevante para efectos de este trabajo, desestimó también la aplicación de la teoría de la imprevisión en términos generales:

“es necesario hacer presente que la teoría de la imprevisión, a que alude el interesado, no se encuentra contemplada en las normas legales y reglamentarias que rigen el contrato en estudio ni tampoco en el pliego de condiciones del mismo, motivo por el cual no corresponde, por vía administrativa, emitir un pronunciamiento respecto de la aplicación de la misma en este caso, lo que, desde luego, es sin perjuicio de lo que puedan resolver al respecto los Tribunales de Justicia”.

cocontratante de la Administración soporte el riesgo del cumplimiento de las obligaciones que impone la convención, tal principio no es absoluto, pues admite excepción en caso de que exista imprevisión, caso fortuito o fuerza mayor, dando derecho al obligado para que ellos sean soportados por quien hace el encargo” (Dictamen N° 10.624 de 6 de marzo de 2006). En otros dictámenes se ha rechazado la imprevisión por las circunstancias del caso particular, pero se ha reconocido su aplicabilidad a los contratos administrativos (dictámenes N° 41.183 de 15 de diciembre de 1997, N° 25.127 de 26 de mayo de 2005 y N° 31.163 de 5 de agosto de 2005). Los dictámenes se encuentran disponibles en la base de datos de la Contraloría General de la República, <http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf>, visitada el 28 de octubre de 2010.

⁴⁰ Dictamen N° 36.724 de fecha 6 de agosto de 2008, disponible en la base de datos referida en la nota precedente.

Agrega el dictamen:

“es útil recordar que en virtud del artículo 1545 del Código Civil, de las estipulaciones de los convenios válidamente celebrados por la Administración emanan derechos y obligaciones que deben ser estrictamente acatados por los contratantes...”

y que por tratarse de un contrato regido por normas de Derecho Público

“la autoridad administrativa se encuentra sujeta al principio de juridicidad contemplado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política y en el artículo 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado...”

y además al

“deber de dar cumplimiento a los principios de estricta sujeción a las bases, no pudiendo sino estarse a lo previsto en éstas ni modificar los pliegos de condiciones una vez que las ofertas hayan sido recibidas, y de igualdad de los oferentes, que les obliga a actuar de manera imparcial en relación a todos ellos”.

47

La referencia al Derecho Común en las consideraciones del dictamen precedente, permite argumentar que si la imprevisión hubiese estado expresamente reconocida en el *Código Civil*, el resultado del proceso administrativo antes referido pudo haber sido distinto. De esta manera, la consagración legal de la imprevisión serviría, asimismo, para disipar las dudas sobre su aplicación en materia de Derecho Administrativo y dar, por tanto, mayor seguridad jurídica y protección al contratante particular frente a la administración del Estado.

Finalmente, y sólo para efectos de contextualizar la posición aquí planteada, es necesario señalar que la regulación legal de la imprevisión no debe ser un ejercicio aislado, sino que debe formar parte de una reforma general a nuestro *Código Civil* en materia de obligaciones y contratos que tenga por objetivo actualizar y adecuar tal normativa, incorporando las diversas soluciones jurisprudenciales y doctrinarias que durante sus más de ciento cincuenta años de vigencia han ido modelando su articulado⁴¹. Así, sólo a

⁴¹ La experiencia comparada demuestra que la admisión de la excesiva onerosidad se ha insertado en la mayoría de los casos dentro de reformas generales de los *Códigos Civiles* o del Derecho de los Contratos (Italia 1942, Argentina 1968, Holanda 1992, Alemania 2002, Brasil 2002).

modo de ejemplo, la consagración general y expresa del principio de buena fe, la regulación de la etapa precontractual en general y de la formación del consentimiento en particular, las cláusulas abusivas, la terminación unilateral del contrato, el tratamiento orgánico de los efectos de las obligaciones, la unificación de las obligaciones civiles y comerciales son todas materias que exigen ser incorporadas o reformuladas a través de una revisión legislativa profunda del libro IV de nuestro *Código Civil*. La cuestión excede con creces los límites y objetivos de este trabajo, pero es de esencial importancia si se quiere que nuestra legislación recobre vigencia e influencia, tal como lo hizo el *Código Civil* en las primeras décadas que siguieron a su promulgación⁴².

III. EL CONCEPTO DE IMPREVISIÓN

Planteada la hipótesis de la necesidad de regulación legal de la materia en estudio, su consagración positiva requiere, en primer lugar, una adecuada definición de lo que se entiende por imprevisión. La doctrina chilena en general ha conceptualizado la imprevisión desde el punto de vista de la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación del deudor que es afectado por los acontecimientos extraordinarios. Así, Lorenzo De la Maza alude a que la obligación se haga más difícil u onerosa, y René Abeliuk la define como:

48

“la facultad del deudor de solicitar la resolución o revisión del contrato de ejecución postergada cuando un imprevisto ajeno a la voluntad de las partes ha transformado su obligación en exageradamente onerosa”⁴³.

Desde una perspectiva más general, Daniel Peñailillo señala que es:

“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”⁴⁴.

⁴² Para un análisis más detallado de las distintas opiniones respecto de la conveniencia de la reforma del *Código Civil*, véase Alejandro GUZMÁN BRITO (editor científico), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, LexisNexis, 2007.

⁴³ DE LA MAZA (n. 1); ABELIUK (n. 5), p. 756. En el mismo sentido, Juan Carlos DÖRR, “Notas acerca de la teoría de la imprevisión”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. V, N° 12, Santiago, 1985, p. 253, quien se refiere a la situación en que: “la prestación debida, sin que se torne imposible absolutamente, se transforme en excesiva e injustamente onerosa para una de las partes”.

⁴⁴ PEÑAILILLO (n. 5), p. 221.

La conceptualización tradicional tiene su origen en la distinción que se efectúa entre la imprevisión y el caso fortuito, en relación con las consecuencias que los acontecimientos imprevisibles tienen sobre la obligación del deudor: en el primer caso, el cumplimiento de la obligación se torna excesivamente oneroso o dificultoso; mientras que en el segundo el cumplimiento se vuelve imposible. Sin embargo, el concepto ha evolucionado en el sentido de que actualmente la excesiva onerosidad en el cumplimiento de la obligación del deudor es sólo una de las facetas de la doctrina de la imprevisión, ya que también puede configurarse desde el punto de vista del acreedor, en el caso de que el valor o la utilidad de la prestación que tiene derecho a exigir haya disminuido de manera significativa. En esta situación, la prestación del deudor es perfectamente posible de cumplir en los términos estipulados y no se ha tornado enormemente gravosa, pero tal cumplimiento ha perdido de modo completo su razón de ser para el acreedor, que, a su vez, se mantiene obligado a ejecutar la contraprestación. Es evidente que en este último caso sólo puede presentarse respecto de contratos bilaterales, y es conocido en Derecho Comparado como *frustration of purpose*, frustración del fin del contrato o, simplemente, frustración del contrato.

De acuerdo con lo anterior, para efectos de sistematización, pueden distinguirse las siguientes situaciones:

- a) El cumplimiento de la obligación ha devenido en excesivamente oneroso, esto es, los costos de la ejecución de la prestación han aumentado de manera considerable en comparación a los previstos a la fecha de celebración del contrato. Ésta es la situación que siempre se incluye en el concepto de imprevisión y el afectado por ella es el deudor (puede tratarse, por tanto, de un contrato bilateral, unilateral o, incluso, un acto jurídico unilateral que genere obligaciones);
- b) La contraprestación se ha desvalorizado ostensiblemente, ya sea porque la moneda en la cual se ha fijado el precio ha perdido valor adquisitivo (el afectado es el vendedor, que recibirá un precio que efectivamente no representa el valor de los bienes al momento del pago) o porque el precio de mercado del bien, objeto del contrato, ha disminuido considerablemente (el afectado será el comprador, ya que al momento de cumplirse el contrato está pagando un precio mayor, en términos relativos, al valor que los bienes tienen en el mercado). En ambos casos, el afectado por la imprevisión es el acreedor, quien como se dijo (pues se trata de un contrato bilateral) se mantiene, a su vez, obligado a cumplir su propia prestación;
- c) El cumplimiento de la contraprestación ya no satisface el fin previsto por las partes al momento de contratar, es decir, la ejecución

del contrato en sí ha perdido sentido para el acreedor. Al igual que en el caso anterior, el afectado es el acreedor, que se mantiene obligado a cumplir su propia prestación a cambio de una que ya no le reporta ningún beneficio. Así, por ejemplo, sucedería en el caso de un importador que ya no puede comercializar los bienes adquiridos en el extranjero por una prohibición administrativa posterior a la celebración del contrato, o de quien ha arrendado un departamento con vista privilegiada para presenciar una ceremonia que posteriormente es cancelada⁴⁵.

En el caso de contratos bilaterales onerosos conmutativos, las tres situaciones descritas presentan la característica común de que se produce un desequilibrio grave y sobreviniente entre las prestaciones recíprocas, terminándose, entonces, la equivalencia entre ellas. Esta pérdida de conmutatividad justifica la inclusión de las situaciones referidas como supuestos de imprevisión. Desde este punto de vista, teóricamente se puede sostener que los tres casos son de onerosidad excesiva, ya que una de las prestaciones ha adquirido un valor desmesurado (aun cuando en términos nominales ello no sea así) en relación con la otra. Hay, entonces, una excesiva onerosidad (aunque ello no signifique aumento de costos o de dificultad en la ejecución) para quien debe cumplir su prestación a cambio de una que ha disminuido notablemente su valor o que ya no le reporta beneficio alguno. La buena fe en el cumplimiento también se ve afectada: se exige ejecutar una obligación a sabiendas que ello conlleva perjuicios importantes a la contraparte o, bien, a cambio de una prestación respecto de la cual ésta ha perdido legítimamente todo interés.

La falta de la distinción entre las situaciones antes descritas ha derivado en importantes discusiones doctrinales y contradicciones jurisprudenciales en países como Italia y Argentina, donde las normas respectivas sólo se refieren a la onerosidad excesiva como causal de aplicación. Sin embargo, la mayoría de la doctrina de tales países y, en definitiva, también la jurisprudencia, ha aceptado incluir las hipótesis de desvalorización de la contraprestación dentro de la normativa legal sobre imprevisión. Incluso, para los casos en que la ejecución del contrato ha perdido todo sentido o interés para el acreedor, la jurisprudencia italiana ha desarrollado la denominada teoría de la *presupposizione*, basada en los planteamientos alemanes del supuesto o presuposición contractual y de la desaparición de la base del negocio, de Windscheid y Oertmann, principalmente, en virtud de la cual, el contrato puede ser dejado sin efecto cuando el fundamento del negocio o el presupuesto común compartido por ambas partes, en cuya

⁴⁵ El último ejemplo, tomado de los denominados *coronation cases* llevó al desarrollo en el *Common Law* inglés de la doctrina denominada *frustration of purpose*.

existencia y mantención se ha basado el consentimiento, deja de existir por una causa externa a ellas⁴⁶.

Por el contrario, las codificaciones modernas, como la holandesa y la alemana, se refieren en general a un cambio sobreviniente de circunstancias que, de haber sido previsto por los contratantes, hubiese tenido como consecuencia que no hubiesen celebrado el contrato o lo hubiesen hecho en términos sustancialmente diferentes. El supuesto contemplado en tales normas es lo bastante amplio para incluir en ellas todas las situaciones antes descritas.

De esta manera, metodológicamente y para efectos de mayor claridad al momento de su utilización práctica, es preferible que una eventual normativa sobre la imprevisión contemple de forma expresa la distinción entre la excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación y la disminución significativa del valor de aquélla que se recibe (el que debe entenderse que incluye, a su vez, los supuestos de desvalorización propiamente tal y de pérdida de interés del acreedor en el cumplimiento), contemplando ambas situaciones como hipótesis de aplicación de la teoría de la imprevisión.

Así lo hacen tanto los PECL, el DCFR como los Principios UNIDROIT. De este modo, al definir *hardship* o excesiva onerosidad, los Principios UNIDROIT señalan en su artículo 6.2.2:

“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”.

Los términos de la norma son reproducidos con escasas variaciones en los artículos 6:111 de los PECL y III.- 1:110 del DCFR. Los comentarios oficiales a los Principios UNIDROIT agregan dos consideraciones con las cuales se concuerda plenamente: la disminución de valor debe ser susceptible de una evaluación objetiva, no bastando la mera apreciación subjetiva del acreedor en cuanto al valor o utilidad de la contraprestación. Y, además, en el caso de que se alegue la pérdida de interés o la frustración del fin del contrato para el acreedor, tal finalidad o propósito debe haber sido conocido, o no pudo menos que haber sido conocido, en virtud de las circunstancias específicas, por la contraparte⁴⁷.

⁴⁶ Rossana PENNAZIO, “La presupposizione tra sopravvenienza ed equilibrio contrattuale”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 60, N° 2, Milano, 2006, pp. 673-692.

⁴⁷ Principios UNIDROIT, comentario 3.b al artículo 6.2.2

Por último, cabe hacer referencia a una situación que se ha denominado *imprevisión inversa*, cual es el caso en que el acontecimiento imprevisible provoca un notable enriquecimiento a una de las partes. En la doctrina chilena, la situación es planteada por Daniel Peñailillo, quien la ilustra mediante dos ejemplos: en el primero, el hecho sobreviniente encarece el valor de adquisición de la cosa objeto del contrato y en el segundo, se produce una disminución del valor de dicha prestación. Concluye el autor que en estas situaciones la doctrina de la *imprevisión* debe ser aplicada, con lo cual se concuerda⁴⁸. Sin embargo, se estima que los ejemplos planteados sólo representan casos cubiertos por la hipótesis de *excesiva onerosidad* (el primero) y por la *disminución del valor de la contraprestación* (el segundo), tal como fueron analizados precedentemente. Como se indicó, ellos deben quedar regidos por una eventual normativa legal.

Para ilustrar una situación de *imprevisión inversa* según el concepto entregado por Daniel Peñailillo, parece mejor plantear otro ejemplo: celebrado un contrato de promesa de compraventa sobre un inmueble, acontecimientos sobrevinientes e imprevisibles para las partes hacen que el valor comercial del bien raíz aumente de forma ostensible en relación con el precio que las partes establecieron en la promesa. En esta situación, el promitente comprador podrá obtener en el futuro un precio sustancialmente superior al establecido originalmente, produciéndose para él un beneficio importante. Respecto del promitente vendedor, su prestación no ha devenido en más onerosa (no hay aumento de costos en el cumplimiento) ni tampoco el dinero que recibe por el inmueble ha perdido valor adquisitivo. Sólo en términos relativos, el vendedor ha “dejado de ganar” la diferencia de precio que hubiese obtenido al vender el bien en las condiciones de mercado posteriores a la celebración del contrato original.

La situación recién planteada no justifica la aplicación de la *imprevisión*. Es evidente que en los contratos bilaterales, el enriquecimiento de una de las partes puede significar (al menos en términos relativos) el empobrecimiento de la otra, pero tal circunstancia, aun cuando implique una variación sustancial, no puede dar lugar siempre al ejercicio de esta teoría. Salvo el desequilibrio entre las contraprestaciones, no parecen adecuados para este caso los demás fundamentos que justifican su aplicación, en especial la protección de la buena fe en el cumplimiento del contrato. Al no existir un detrimento material cierto para el deudor (la pérdida de beneficios es sólo hipotética), ni tampoco significarle el cumplimiento un esfuerzo desmedido en cuanto a lo originalmente pactado, o recibir una contraprestación que no le es conveniente, la utilización de la *imprevisión* no se justifica⁴⁹.

⁴⁸ PEÑAILILLO (n. 5), pp. 228-230.

⁴⁹ Podría pensarse que el caso en que el precio de los bienes objeto del contrato haya disminuido ostensiblemente, sería similar al planteado. Pero la diferencia en el perjuicio

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMATIVA QUE REGULE LA IMPREVISIÓN

Efectuada la definición de la imprevisión contractual, el paso siguiente es analizar la naturaleza jurídica que su regulación debería poseer. En concreto, su carácter de regla de excepción y si debe tratarse de una norma imperativa y, por lo tanto, irrenunciable o, bien, sólo dispositiva, esto es, que las partes puedan excluir de su relación particular.

1. *Carácter excepcional*

En primer lugar, no es discutido que la normativa que regule la imprevisión contractual debe constituir una excepción al principio general de la fuerza obligatoria del contrato. Es conveniente que tal principio se mantenga de manera expresa y como la regla general, pero no absoluta. Que la normativa sobre imprevisión tenga naturaleza 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 cual recae consecuentemente el peso de la prueba. Lo anterior, empero, no debe significar que la imprevisión se torne inaplicable en la práctica, por lo que los tribunales deberán buscar el justo equilibrio entre la prevalencia del principio general (la fuerza obligatoria del contrato) y la aplicación de la excepción (imprevisión) a un caso concreto.

La totalidad de los ordenamientos jurídicos que contemplan normas expresas sobre la imprevisión, la consagran como excepción al principio general de la fuerza obligatoria del contrato o *pacta sunt servanda*. Sólo a modo de ejemplo, los *Códigos* italiano y argentino establecen normas muy similares a nuestro artículo 1545, otorgando fuerza de ley al contrato entre las partes, lo cual no fue obstáculo para que reconocieran también formalmente a la excesiva onerosidad sobreviniente como causal excepcional de extinción o modificación de los contratos⁵⁰.

cierto que sufre el comprador en ese caso, se aprecia si pensamos en la situación en que tal comprador sea un comerciante, que a su vez revenderá los bienes adquiridos. En ese caso, el comprador sufre un perjuicio real importante (la diferencia entre el precio que pagó por los bienes y lo que recibirá a cambio de ellos en posteriores transacciones).

⁵⁰ El artículo 1372 del *Código Civil* italiano dispone: “El contrato tiene fuerza de ley entre las partes. No puede ser dejado sin efecto sino por mutuo consentimiento o por causas autorizadas por la ley”, y el artículo 1197 del *Código Civil* argentino establece: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

2. *Carácter imperativo e irrenunciable*

En cuanto a si debe tratarse de una norma imperativa o dispositiva, parece preferible que se establezca expresamente su carácter de irrenunciable por las partes. Así, desde un punto de vista práctico, permitir la renuncia a invocar la imprevisión contractual transformaría tal estipulación en una cláusula de estilo, que haría ilusoria su aplicación en el hecho.

Asimismo, se puede agregar que, siendo la buena fe uno de sus principales fundamentos, ello la hace participar del carácter indisponible que tiene tal principio y los deberes que de él se derivan para los contratantes. Parece contradictorio establecer, por una parte, que los éstos no pueden sustraerse de la obligación de actuar de buena fe y, por otra, que esta exclusión es posible respecto de los deberes específicos de conducta que son consecuencia de tal obligación. Lo anterior implicaría vaciar de contenido al principio general de buena fe y restarle toda aplicación práctica.

Existe también un argumento lógico que hace que una renuncia amplia a invocar la imprevisión contractual no pueda tener efectos absolutos. Cuando las partes renuncian en términos generales a apelar a la teoría de imprevisión, ello equivale a decir que asumen los riesgos (y, por tanto, la responsabilidad) derivados de todo acontecimiento tanto previsible como imprevisible que afecte la ejecución de prestación. Pero, ¿cómo podrían asumir el riesgo de un acontecimiento imprevisible si por definición para ello debieron habérselo representado? Si se asume un riesgo o, lo que es lo mismo, si se renuncia a los efectos que un determinado evento ha de tener en el cumplimiento de la obligación, ello necesariamente implica la representación de ese riesgo por la parte que lo asume (o renuncia). De esta manera, no es posible renunciar a invocar la imprevisión ni asumir la responsabilidad por hechos imprevisibles *en términos generales o absolutos*, sino sólo respecto de hechos o acontecimientos precisos y determinados. En otras palabras, la renuncia general a la imprevisión (o lo que es lo mismo, la asunción de todos los riesgos que puedan afectar el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes), no surte efectos respecto de aquellos eventos que con posterioridad a ella se demuestren imprevisibles, ya que las partes, por lógica consecuencia (no puede desistirse de algo cuya existencia se ignora) no pudieron incluirlos en su dimisión o aceptación de riesgos⁵¹.

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, existe un argumento que puede esgrimirse en contra de la irrenunciabilidad de la imprevisión

⁵¹ Cfr. MOSSET ITURRASPE (n. 17), p. 295, quien señala que no es susceptible de ser asumido un riesgo que no pudo conocerse o anticiparse y que sostener lo contrario, equivale a admitir la ficción que se puede preveer lo imprevisible.

y del cual vale la pena hacerse cargo. Dicho argumento se basa en la posibilidad de que tienen las partes de asumir el caso fortuito. Al efecto, nuestra doctrina señala que sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, el carácter dispositivo del artículo 1547 del *Código Civil* –que establece los grados de culpa de los cuales responde el deudor– y lo dispuesto en el artículo 1673 del mismo *Código* –que hace responsable al deudor de la pérdida de la cosa debida “si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito”– la asunción del caso fortuito es una cláusula perfectamente lícita que agrava la responsabilidad del deudor⁵². La única limitación a esta estipulación sería la condonación del dolo futuro, ya sea que provenga de alguna de las partes o de la actuación de un tercero⁵³. Esta restricción, por cierto, no se circunscribe sólo a las cláusulas sobre asunción del caso fortuito, sino que es aplicable a toda disposición convencional, incluyendo las de renuncia a invocar la imprevisión.

Basado en lo anterior, es sustentable la tesis que plantea que si el deudor puede, de manera legítima, asumir la responsabilidad por el cumplimiento en caso que éste se torne imposible por un evento que obste de forma absoluta a ello, con mayor razón puede asumir la responsabilidad de una ejecución que se torna *sólo* en exceso onerosa o dificultosa (pero no imposible). Sin embargo, es sensato estimar aplicable a la renuncia al caso fortuito las mismas limitaciones señaladas al tratar aquélla general a invocar la imprevisión contractual: es lógicamente imposible asumir lo imprevisible, de manera que cuando el deudor asume el caso fortuito, debe entenderse que se refiere a aquellos eventos que razonablemente pueden preverse y anticiparse⁵⁴. Por otra parte, un análisis cuidadoso del principal texto (art. 1673 del *Código Civil*) esgrimido para sustentar la licitud de la asunción del caso fortuito del deudor, lleva a la conclusión de que el legislador quiso restringir tal supuesto a un caso particular de extinción de las obligaciones de dar, cual es, la pérdida de la cosa debida. No existe en el *Código* una norma general que permita al deudor constituirse en responsable de todo caso fortuito, lo cual parece razonable en virtud de los argumentos expuestos para sustentar la naturaleza imperativa de las normas que regulan la imprevisión. De esta manera, aun estimándose procedente la renuncia al caso fortuito (o su asunción), ello sólo tendría

⁵² ABELIUK (n. 5), p. 750.

⁵³ Véase Fabián ELORRIAGA DE BONIS, “Las dos hipótesis de objeto ilícito contenidas en el artículo 1465 del *Código Civil*”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12, Santiago, julio 2009, pp. 135-166. En el caso que la actuación dolosa provenga de una de las partes, técnicamente no hay caso fortuito.

⁵⁴ Alejandro BORDA, “Influencia de las medidas económicas del año 2002 sobre las relaciones contractuales entre particulares”, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 2, Buenos Aires, 10 de abril de 2002, p. 3.

valor absoluto para los casos de pérdida de la especie o cuerpo cierto que se debe; pero no cabe hacerlo extensivo a otro tipo de prestaciones.

En este sentido, la doctrina comparada ha sostenido que la exclusión general y absoluta del caso fortuito como causal de exención de responsabilidad del deudor sería nula porque se opone al principio de buena fe que debe regir durante todo el íter contractual⁵⁵. Asimismo, se afirma que las cláusulas de fuerza mayor están siempre sujetas a los límites de la libertad contractual, de manera que no pueden ser manifiestamente irrazonables de acuerdo con los parámetros de la buena fe y la equidad, que deben primar en la interpretación de la cláusula y del contrato en general, dentro del contexto en el cual fue celebrado⁵⁶. Así, una cláusula que pusiera todos los riesgos del contrato a cargo de una sola de las partes, podría ser considerada manifiestamente irrazonable y contraria a la buena fe.

Al respecto, es interesante destacar la versión revisada de los PECL propuesta por la Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique y la Société de Législation Comparée, que incluye expresamente una norma que limita la libertad de las partes respecto de las cláusulas de distribución de riesgos. El artículo 7:102 de la propuesta establece:

56

“una cláusula que coloca la mayor parte de los riesgos de un cambio de circunstancias sobre una de las partes es válida sólo cuando no acarrea consecuencias irrazonables para dicha parte”.

El fundamento de la norma propuesta es justamente evitar que las partes puedan eludir, mediante cláusulas contractuales, la reglamentación establecida para los casos de imprevisión⁵⁷.

Por otra parte, tal como se señaló, la asunción anticipada de los riesgos derivados de acontecimientos determinados de forma expresa, es perfectamente válida y no merece objeciones. En este caso, se trata de un hecho particular que las partes previeron y respecto del cual se estableció

⁵⁵ Catherine KESSEDJIAN, “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”, in *International Review of Law and Economics*, N° 25, New York, 2005, p. 426, refiriéndose al caso francés.

⁵⁶ Peter J.M. DECLERCO, “Modern Analysis of the Legal Effect of force Majeure Clauses in Situations of Commercial Impracticability”, in *Journal of Law and Commerce*, N° 15, Pittsburgh, 1995-1996, p. 231. El autor funda su argumentación en la sección 1-102(3) del *UCC*, que establece que sus normas son dispositivas, excepto en lo relativo a las obligaciones de buena fe, diligencia, razonabilidad y cuidado, respecto de las cuales las partes pueden establecer los parámetros para su cumplimiento siempre que éstos no sean manifiestamente irrazonables.

⁵⁷ Véase Bénédicte FAUVARQUE-COSSON and Denis MAZEAUD (eds.), *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Models Rules*, München, Sellier, 2008.

convencionalmente una distribución de los riesgos que pudieran derivarse de su acaecimiento. Sin embargo, debe exigirse que dicha asunción sea efectuada de manera explícita por el deudor, sin perjuicio de la división de riesgos que se derive inequívocamente de la naturaleza del contrato de que se trate o de las circunstancias del caso particular. Además, la interpretación de tales cláusulas debe ser estricta, sin buscar extender de modo analógico su alcance a hechos no incluidos manifiestamente en ellas. Asimismo, el que las partes incorporen un determinado evento no implica de manera necesaria que *todas* las consecuencias del acontecimiento extraordinario se encuentren comprendidas en la asunción de riesgos. Así, si bien las partes pueden haberse vislumbrado la ocurrencia del evento en general (por ejemplo, una guerra, la inflación) y aceptado los riesgos derivados de tales eventos, tal asunción no puede llevarse más allá de lo que razonablemente pudieron representarse en cuanto a sus consecuencias e intensidad, según las circunstancias del caso particular. En otras palabras, el examen de previsibilidad debe aplicarse no sólo respecto del hecho en sí mismo sino, también, de sus efectos o magnitud. Así, por ejemplo, una guerra puede adquirir proporciones o prolongarse mucho más de lo esperado, o un cambio imprevisto de política económica puede transformar un proceso inflacionario normal en una hiperinflación⁵⁸. La norma contenida en el DCFR adopta expresamente esta tendencia,

57

pues exige como uno de los requisitos para que proceda la imprevisión el que el deudor no haya previsto ni haya podido razonablemente haber previsto, la posibilidad o magnitud (*scale*) del cambio de circunstancias (artículo III.- 1:110). Es decir, aun cuando la modificación de los acontecimientos haya sido susceptible de ser anticipada por la parte afectada, si la intensidad de la misma escapa a parámetros de previsibilidad razonables y se cumplen los demás requisitos exigidos, el deudor está facultado para solicitar la revisión del contrato.

Por último, nada impide que la parte afectada por la excesiva onerosidad renuncie con posterioridad a su acaecimiento a invocar la teoría de la imprevisión. En este caso, la dimisión puede ser expresa o tácita. El caso más típico de renuncia tácita será el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Esta situación está relacionada (y puede confundirse) con el requisito mismo de la excesiva onerosidad, ya que es lógico concluir que si el deudor cumplió con su obligación y no alegó en su oportunidad la doctrina de la imprevisión, en definitiva, la prestación no había devenido en exceso onerosa, en los términos requeridos para que la imprevisión resulte aplicable.

⁵⁸ La jurisprudencia italiana ha acogido la imprevisión en estos casos, véase Rodolfo SACCO e Giorgio DE NOVA, *Il Contratto*, Torino, UTET, 2004, pp. 996 y 997.

En Derecho Comparado, la legislación holandesa e italiana, así como los Principios UNIDROIT y los PECL, establecen el derecho a invocar la imprevisión contractual como irrenunciable para las partes. En Argentina la materia es discutida en doctrina y jurisprudencia, la cual, en todo caso, ha fallado que tales cláusulas deben interpretarse restringidamente⁵⁹.

En cuanto a la legislación vigente en Chile, al menos en materia de Derecho del Consumo, puede sostenerse que la renuncia anticipada del consumidor a alegar la imprevisión se considera como una cláusula abusiva que no produce efecto alguno en caso de contratos de adhesión, por estar comprendida en la letra g) del artículo 16 de la ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, ya que tal renuncia causa “en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato” y es contraria a las exigencias de la buena fe. En efecto, si se establece que el consumidor no puede alegar la revisión o terminación del contrato cuando circunstancias sobrevinientes e imprevisibles hacen que su prestación se torne excesivamente onerosa, el equilibrio económico del contrato –ya precario cuando se trata de relaciones de consumo– se ve por completo distorsionado y se produce, entonces, la situación de desequilibrio a que hace referencia la norma⁶⁰.

V. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA

Tradicionalmente, la doctrina de la imprevisión se ha circunscrito a los contratos bilaterales onerosos conmutativos con obligaciones de ejecución duradera (continuada o a tractos) pendientes⁶¹. Las razones para esta delimitación pueden reducirse a dos: gran parte de la fundamentación teórica de la imprevisión está basada en la mantención de la equivalencia de las contraprestaciones (lo que implica restringir su alcance a los contratos bilaterales onerosos conmutativos); a lo cual se une la argumentación que plantea que el hecho de extenderse la ejecución del contrato en el tiempo es un factor que impide a las partes representarse con exactitud las contingencias a que puede estar sometida su relación (lo que supone restringir la doctrina a los contratos de ejecución duradera).

⁵⁹ Véase CORNET (n. 15), quien agrega que la renuncia no es posible en los contratos de consumo ya que se trataría de una cláusula abusiva (artículo 32 de la ley N° 24.240).

⁶⁰ Hay que recordar que parte importante de la doctrina entiende que en el caso de contratos bilaterales onerosos conmutativos (los únicos en los cuales se puede hablar de equilibrio entre las contraprestaciones), el equilibrio que constituye el sinalagma del contrato no debe estar presente únicamente al momento de la celebración del contrato, sino que debe mantenerse durante su ejecución.

⁶¹ PEÑAILLO (n. 5), p. 230; CAPRILE (n. 5), p. 154.

Sin embargo, la doctrina e, incluso, las codificaciones modernas han extendido el ámbito de aplicación de la imprevisión más allá de los tipos de contratos señalados precedentemente. Así, los *Códigos Civiles* italiano y argentino incluyen de manera expresa a los contratos unilaterales onerosos (arts. 1468 y 1198, respectivamente). Por su parte, en los *Códigos* holandés y alemán la excesiva onerosidad está regulada en la parte general del Derecho de los Contratos y los artículos que la contemplan no hacen referencia a ningún tipo contractual en particular⁶². Lo mismo sucede en instrumentos de codificación internacional como los Principios UNIDROIT y los PECL.

Así, no se ve razón para excluir a los contratos unilaterales, ya sean onerosos o gratuitos. Parece de toda lógica proteger al deudor gratuito (que no recibe nada a cambio de su prestación), tanto como al oneroso (beneficiado por la prestación recíproca)⁶³. A modo de ejemplo, el *Código Civil* francés contiene reglas específicas que facultan al beneficiario de una liberalidad gravada con una carga para pedir la revisión de tales cargas en caso de imprevisión⁶⁴. Respecto de los contratos aleatorios, su propia naturaleza implica que en su mayoría se excluyan del ámbito de aplicación de la teoría, ya que en ellos las partes han asumido el riesgo propio de la contingencia incierta de ganancia o pérdida (artículo 1441 del *Código Civil*). Sin embargo, la regla no es absoluta, pues tal como lo señala el artículo 1198 del *Código Civil* argentino podrá admitirse la imprevisión “cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato”⁶⁵. Asimismo, en Francia la legislación especial admite la revisión de la prima fijada en contratos de seguro, en casos de agravación o disminución de los riesgos que se tuvieron en cuenta al momento de fijarla⁶⁶. Una regla similar contienen los artículos 1897 y 1898 del *Código Civil* italiano.

59

De la misma manera, si bien por naturaleza la imprevisión se relaciona con contratos cuyas obligaciones se ejecutan continuamente o a tractos durante un espacio prolongado de tiempo, no hay argumento lógico para excluir a aquéllos de ejecución instantánea en que el cumplimiento de la

⁶² Artículos 6:258 del *Código Civil* holandés y 313 del *BGB*.

⁶³ PEÑAILILLO (n. 5), p. 230.

⁶⁴ Artículos 900-2 a 900-8.

⁶⁵ Al efecto, el *Código Civil* italiano los excluye expresamente (artículo 1469). En Francia, Marcel Planiol, Georges Ripert y René Demogue se manifiestan en contra de la aplicación de la teoría a los contratos aleatorios, véase Jacques GHESTIN et Marc BILLIAU, *Le prix dans les contrats de longue durée*, París, LGDJ, 1990, p. 111. El autor agrega que la imprevisión quedará siempre excluida en casos de contratos puramente especulativos, como las transacciones bursátiles.

⁶⁶ Artículo 113-4 del *Código de los Seguros* (*Code des assurances*).

prestación se ha diferido. Independientemente de los términos establecidos de modo formal en el contrato, lo relevante en esta materia es que la ejecución del contrato se prolongue lo suficiente para que el equilibrio de las contraprestaciones, el cumplimiento de la obligación (en caso de contratos unilaterales) o el fin perseguido por las partes con el contrato sea alterado de manera significativa por las circunstancias imprevistas⁶⁷. En definitiva,

“no se ve obstáculo para aplicarla también a las obligaciones de ejecución instantánea, siempre que el cumplimiento esté pendiente por causa no imputable al deudor y entretanto sobreviene un acontecimiento extraordinario imprevisible que torna excesivamente gravosa la obligación”⁶⁸.

En cuanto a la extensión del ámbito de aplicación de la imprevisión a obligaciones que tengan su origen en fuentes distintas al contrato, se ha señalado que no hay razón para excluirlas y se propone, por tanto, su uso en todo tipo de obligación “cualquiera sea su fuente y cualquiera sea su forma de ejecución, sólo que han de estar pendientes sin culpa del deudor”⁶⁹. Al menos en el caso de obligaciones derivadas de actos jurídicos unilaterales, esta afirmación puede considerarse correcta. En Italia, por ejemplo, se ha aceptado la aplicación de la doctrina de la excesiva onerosidad a ofertas irrevocables sujetas a un plazo, cuando antes de su aceptación circunstancias extraordinarias e imprevisibles han transformado los términos de la oferta de tal manera que, en caso de aceptación, el cumplimiento del contrato sería excesivamente gravoso para el promitente⁷⁰. En el mismo sentido, la norma contenida en el DCFR señala expresamente que es aplicable tanto a obligaciones derivadas del contrato como a actos jurídicos unilaterales.

Sin embargo, para el caso de obligaciones derivadas de la ley o de hechos ilícitos la situación es menos clara. Así, el fundamento de la protección de la buena fe se diluye respecto del responsable de un delito o cuasidelito, situación en la cual tampoco puede recurrirse al equilibrio entre las prestaciones y, al contrario, la víctima tiene derecho a la reparación integral del daño, independiente que tal reparación pueda considerarse excesivamente onerosa para el agente. Por otra parte, si se trata de proteger a la víctima,

⁶⁷ GHESTIN ET BILLIAU (n. 65), p. 9.

⁶⁸ PEÑAILLO (n. 5), p. 231.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Denis-M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle. Etude de droit français, belge, allemand, italien, suisse et néerlandais*, Bruxelles, Centre Interuniversitaire de Droit Comparé, 1986, p. 416.

la reajustabilidad de la indemnización hasta la fecha de su pago efectivo es mecanismo suficiente. Lo mismo puede decirse de las obligaciones cuya fuente es la ley, que, incluso, en algunos casos, como respecto de la obligación de alimentos, establece mecanismos especiales de ajuste de las prestaciones ante cambios sobrevinientes de circunstancias⁷¹.

En resumen, se estima que el ámbito de aplicación de la teoría debe ampliarse más allá de lo que tradicionalmente se ha entendido –contratos bilaterales onerosos conmutativos y de ejecución duradera–, incluyendo a todas las obligaciones cuya fuente sea el contrato o la manifestación de voluntad unilateral del deudor, pero sin incorporar obligaciones derivadas de otras fuentes capaces de generar obligaciones.

VI. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha pretendido demostrar la necesidad y conveniencia de regular expresamente la denominada teoría de la imprevisión a través de la introducción de una norma general en el *Código Civil*. Sin perjuicio de los demás argumentos señalados, el fundamento esencial para tal afirmación (paradójicamente el mismo que se utiliza por quienes sostienen la doctrina contraria) es la seguridad jurídica, reflejada en una adecuada predictibilidad de las decisiones judiciales, que permita a las partes tener una certeza mayor en cuanto al eventual destino y alcance de las acciones que se interpongan en la materia. El análisis de la jurisprudencia judicial, arbitral y administrativa demuestra 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.

Particularmente, además, se han analizado aspectos esenciales de tal regulación: el concepto mismo de imprevisión, sosteniéndose la necesidad de ampliarlo a supuestos de desvalorización significativa de la contraprestación y de frustración del fin del contrato; la naturaleza jurídica de la normativa, la cual debe tener un carácter excepcional e irrenunciable para

⁷¹ A modo de ejemplo, véase el inciso primero del artículo 332 del *Código Civil*. Debe admitirse que en el caso de obligaciones derivadas de la ley, una aplicación estricta del principio nominalista puede significar serios problemas de desvalorización de la prestación para el acreedor. Así sucedió, por ejemplo, en Guzmán c/ Ferrocarriles del Estado, donde la Corte Suprema confirmó un fallo de segunda instancia que rechazó la revisión judicial del monto de una pensión que se había desvalorizado en un 99,4% en relación a la fecha en que fue conferida. (*RDJ.*, tomo 60, Santiago, 1960, sección primera, p. 407). Sin embargo, hoy esa situación parece no presentarse, ya que la mayoría de las obligaciones de origen legal contemplan mecanismos de reajustabilidad.

las partes; y el ámbito de aplicación de la misma, que debe extenderse no sólo a los contratos onerosos conmutativos con obligaciones de ejecución duradera pendientes, sino a todo tipo de contratos y actos jurídicos unilaterales susceptibles de generar obligaciones, siempre y cuando el cumplimiento de la prestación se encuentre pendiente.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK, René, *Las obligaciones*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

ABELIUK, René, *Las obligaciones*, 4ª ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, tomo 2.

ALCALDE Rodríguez, Enrique; “Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Un hito fundamental en la evolución de nuestra justicia ordinaria”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 2, Santiago, 2007.

Anteproyecto para la reforma de del Derecho de Obligaciones y de la Prescripción (Avant-projet Catala) disponible en http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Version_espagnole.pdf.

62

BAHAMÓNDEZ Prieto, Felipe, “Fallo Gasatacama: el cambio de circunstancias en los contratos. Quo vadis?”, en Arturo FERNANDOIS y Rodrigo DELAVEAU (eds.), *Sentencias destacadas 2008*, Santiago, Libertad y Desarrollo, 2009.

Base de datos de la Contraloría General de la República, <http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf>.

BORDA, Alejandro, “Influencia de las medidas económicas del año 2002 sobre las relaciones contractuales entre particulares”, *Jurisprudencia Argentina*, tomo 2, Buenos Aires, 10 de abril de 2002.

CAPRILE, Bruno, “La imprevisión”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Santiago, N° 15, enero 2007.

CORNET, Manuel, “La aplicación de la teoría de la imprevisión y la emergencia económica”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 7, Córdoba, 2002.

DECLERCQ, Peter J.M., “Modern Analysis of the Legal Effect of force Majeure Clauses in Situations of Commercial Impracticability”, in *Journal of Law and Commerce*, N° 15, Pittsburgh, 1995-1996.

DE LA MAZA, Lorenzo, *La Teoría de la Imprevisión*, disponible, en http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/1933/delamaza_1/html/index-frames.html.

DOMÍNGUEZ, Ramón, Carlos PIZARRO, Mauricio TAPIA y Sebastián RÍOS, “Rapport Chilien. La révision du contrat”, en *Journées Brésiliennes*, Paris, Association Henri Capitant, Société de Législation Comparée, 2008.

DÖRR, Juan Carlos, “Notas acerca de la teoría de la imprevisión”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. v. N° 12, Santiago, 1985.

- DÖRR, Juan Carlos, *Estudios sobre Reformas al Código Civil y al Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, “Las dos hipótesis de objeto ilícito contenidas en el artículo 1465 del *Código Civil*”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12, Santiago, julio 2009.
- FAUVARQUE-COSSON, Benedicte; Denis MAZEAUD, “L’avant-projet Français de Réforme du Droit des Obligations et du Droit de la Prescription”, in *Uniform Law Review*, N° 11, Rome, 2006.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte and Denis MAZEAUD (eds.), *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Models Rules*, Munich, Sellier, 2008.
- FLAH, Lily y Miriam SMAYEVSKY, *Teoría de la Imprevisión. Aplicación y alcances. Doctrina, jurisprudencia*, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2003.
- GHESTIN, Jacques et Marc BILLIAU, *Le prix dans les contrats de longue durée*, Paris, LGDJ, 1990.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, LexisNexis, 2007.
- ILLANES, Claudio y Juan Carlos DÖRR, *Estudios sobre Reformas al Código Civil y al Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- ILLANES, Claudio, *Estudios sobre Reformas al Código Civil y al Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- KARAMPATZOS, Antonis, “Supervening Hardship and Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law”, in *European Review of Private Law*, N° 2, Utrecht, 2005.
- KESSEDJIAN, Catherine, “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”, in *International Review of Law and Economics*, N° 25, New York, 2005.
- LANDO, Ole and Hugh BEALE, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague, Kluwer Law International, 2000.
- MACAULAY, Stewart, “An Empirical View of Contract”, in *Wisconsin Law Review*, N° 465, Wisconsin, 1985.
- MAZEAUD, Denis, “Rapport Français. La révision du contrat”, in *Journées Brésiliennes*, Paris, Association Henri Capitant, Société de Législation Comparée, 2008.
- MOMBERG, Rodrigo “Análisis crítico desde el derecho alemán y nacional de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que acoge la teoría de la imprevisión”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, Legal Publishing, 2008.
- MOMBERG, Rodrigo, “La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37 N° 1, Santiago, 2010.
- MORALES, Baltazar, “Teoría de la imprevisión”, en *Revista de Derecho*, N° 203, Concepción, enero-junio 1998.

- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Interpretación económica de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.
- PENNAZIO, Rossana, “La presupposizione tra sopravvenienza ed equilibrio contrattuale”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 60, N° 2, Milano, 2006.
- PEÑAILILLO, Daniel, “La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil (la lesión y la imprevisión)”, en *Revista de Derecho*, N° 208, Concepción, julio–diciembre 2000.
- PEÑAILILLO, Daniel, *Estudios sobre reformas al Código Civil y al Código de Comercio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- PHILIPPE, Denis-M., *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle. Etude de droit français, belge, allemand, italien, suisse et néerlandais*, Bruxelles, Centre Interuniversitaire de Droit Comparé, 1986.
- Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, disponibles en <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>
- Projet de réforme du droit des contrats (Projet de la Chancellerie) disponible en http://www.dimitri-houtcieff.fr/files/projet_droit_des_contrats_blog8_2_.pdf.
- Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos, disponible en <http://www.mjjusticia.es/cs/Satellite?blobcol=urldescarga1&blobheader=application%2Fpdf&blobkey=id&blobtable=SuplementoInformativo&blobwhere=1161679155283&sbinary=true>.
- SACCO, Rodolfo y Giorgio de NOVA, *Il Contratto*, Torino, UTET, 2004.
- TERRÉ, François, (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009.
- VON BAR, Christian & Eric CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Munich, Sellier, 2009.
- WIGGERS, Willem, “Dutch report”, in Ewoud HONDIUS y Hans Christoph GRIGOLEIT (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, in press.

la posibilidad de pérdida sin culpa, como lo veremos precisamente a propósito del cumplimiento imposible (N° 1.195). Adelantemos eso sí que la jurisprudencia en general ha resistido esta última posibilidad.

Párrafo 3°

Obligaciones monetarias

355. *Las obligaciones de dinero.* De más parece destacar la importancia y frecuencia de las obligaciones expresadas en una suma de dinero.

Es una obligación genérica,⁴⁶⁹ fungible por excelencia, y de amplio poder de liberación, ya que sirve para la adquisición de toda clase de objetos y servicios. Normalmente, las obligaciones de los principales contratos recaen en sumas de dinero: pagar el precio de la compraventa, las rentas de arriendo, los capitales recibidos en mutuo; los impuestos y contribuciones, la indemnización por los hechos ilícitos, etc., también recaen en dinero.

Esta enorme importancia y su propio carácter imponen a las obligaciones de dinero peculiaridades muy propias en los siguientes aspectos, principalmente:

1°. En cuanto a su cumplimiento, como lo veremos en los números siguientes;

2°. En el caso de incumplimiento, ya que siempre podrá obtenerse su pago en la forma estipulada, pues si el deudor no lo efectúa, se le embargan y rematan bienes suficientes y con su producto se paga al acreedor (N° 801), y porque la indemnización por la mora se traduce en el pago de intereses (N° 898);

3°. Porque normalmente van acompañadas de este último accesorio: los intereses, de que hablaremos en el párrafo que a éste sigue:

4°. Porque al ser imposible el cumplimiento de las demás obligaciones en la forma convenida, ellas se convierten también en una obligación de dinero: el pago de la indemnización de perjuicios (N° 852), etc.

356. *Cumplimiento de las obligaciones de dinero. El principio nominalista.* Las legislaciones en general imponen el principio nominalista en el pago de las obligaciones de dinero, esto es, ellas se cumplen entregando al acreedor la misma suma debida, cualesquiera que sean las variaciones que haya experimentado en el intertanto se debía el dinero, el valor

⁴⁶⁹ Por excepción no será genérica una obligación de dinero, cuando éste se individualice por su ubicación, como por ejemplo, el legado de las monedas de oro depositadas en tal parte.

intrínseco de éste, si lo tiene, o su poder adquisitivo. El Estado impone una moneda de curso legal y pagando con ella el deudor se libera de su obligación.

Sin embargo, el mundo vivió hasta hace poco un proceso inflacionario más o menos agudo según los países. Ello ha obligado a alterar este principio, y son muchas las legislaciones que establecen o permiten algún sistema de reajuste de las obligaciones de dinero a fin de evitar el perjuicio del acreedor, ya que entre el período en que se contrae la obligación y aquel en que se cumple, la suma debida pierde gran parte de su poder adquisitivo, no obstante lo cual aquél no puede pedir más por ella.

Nuestra legislación aceptaba también indudablemente el principio nominalista.⁴⁷⁰ Su más clara expresión se encontraba dentro del Código, no en el pago, sino en el mutuo, en el Art. 2199, que fue derogado por el D.L. 455 del año 1974, al que luego nos referiremos. Decía el precepto: “si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato”.

No obstante la derogación de la disposición transcrita, la regla general sigue siendo el principio nominalista, esto es, la deuda se paga por su valor. Ello deriva de las normas del pago del propio Código, de la ley que establece el signo monetario, que actualmente es el Decreto Ley N° 1.123, de 30 de julio de 1975, publicado en el Diario Oficial de 4 de agosto de 1975 (que reemplazó el E° por el peso), y en cuya virtud al acreedor no se le puede obligar a aceptar monedas que no sean de curso legal en el país ni cheques u otros documentos, y de la misma legislación sobre reajustes. Si ellos no se estipulan, por regla general la ley no los presume.

Podríamos decir como conclusión que la situación actual se sintetiza en tres instancias:

1°. El principio nominalista sigue siendo la regla general en materia de obligaciones;

2°. Se aplica algún sistema de reajuste cuando la ley, la convención o la resolución judicial así lo establecen. En materia de indemnización extracontractual la regla general es la reajustabilidad para otorgar una indemnización integral como lo exige la ley (N° 302, N° 4°), y

3°. Hay una serie de situaciones no resueltas, algunas de las cuales veremos en los números siguientes, y numerosos conflictos, ya que se trata de una materia en plena formación todavía. Ellos deben resolverse de acuerdo a lo señalado, esto es, teniendo presente que el principio nominalista es la regla general, pero también hay una notoria tendencia

⁴⁷⁰ Por vía de ejemplo, RDJ, T. 60, sec. 1ª, pág. 407.



a extender por razones de equidad la aplicación de la reajustabilidad.⁴⁷¹ Hoy por disposición constitucional (Art. 19, N° 24) toda expropiación se debe pagar al contado.

356 bis. *Reajustabilidad de las obligaciones.* Nuestro país tiene una larga tradición inflacionaria de más de un siglo. Nada de raro también que tenga una conflictiva historia respecto de los sistemas de reajustabilidad, con numerosas leyes y encontradas interpretaciones. Ello se ha hecho especialmente álgido en períodos de agudización del proceso inflacionario, como han sido los años 1954 y 1955, pero muy fundamentalmente en el período 1972-1977.

En situaciones inflacionarias, sobre todo muy agudas, los acreedores buscan protecciones contra el previsible perjuicio que sufrirán por aplicación de la teoría nominalista a la época del pago, a fin de recibir lo que realmente se les debe. Estas estipulaciones adoptan las formas más variadas, y su validez se ha discutido no sólo en nuestro país, sino en el extranjero.

En Francia e Italia, en las épocas álgidas de inflación de la postguerra, se sostuvo en general la invalidez de estas convenciones, por considerárselas atentatorias contra el orden público económico, y las leyes que establecen el curso forzoso y liberatorio de los billetes de banco y de la moneda oficial.

Entre nosotros el problema se ha planteado en numerosas oportunidades y ha girado en torno a las leyes que sucesivamente se han ido dictando al ritmo de las crisis monetarias.⁴⁷² En este último tiempo hay que distinguir dos etapas bien definidas: la de la vigencia de la Ley 13.305

⁴⁷¹ Un fallo publicado en la RDJ, T. 72, sec. 1ª, pág. 49, no aplicó el principio nominalista en una promesa, por falta de texto expreso que manifestamente dispusiera que el pago debía hacerse en igual número de monedas.

Otro de la misma RDJ, T. 71, sec. 1ª, pág. 157, ordenó reajustar la indemnización de una expropiación, para que ella fuera íntegra y completa. Igual en F. del M., N° 215, 1976, pág. 240.

Aplicó la reajustabilidad en un caso de fraude aduanero un fallo de la misma RDJ, T. 70, sec. 4ª, pág. 39.

Sin embargo, el derecho no es estático y tiene que reflejar los fenómenos que ocurren en el lugar en que se aplica. Es así como en los últimos años al impulso de las teorías económicas comúnmente denominadas como monetaristas, es un hecho mundial que la inflación ya no tiene las características que alcanzó cuando entre nosotros se fue aceptando el principio de la reajustabilidad de las obligaciones, con la consecuente aparición de monedas de cuenta, como la UF.

Por ello es que el problema ha perdido trascendencia, y ya se escuchan voces para la eliminación de esta última.

⁴⁷² Sobre la jurisprudencia dictada en relación con las leyes que antes regían la materia, véase Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, tomo VI, págs. 27 y sgtes., 3ª edición, 1997. Véanse también los Arts. 113 y 114 del Código de Comercio.

de 6 de abril de 1959, y sus posteriores modificaciones, especialmente a raíz de la crisis cambiaria del año 1961.⁴⁷³

La otra es la legislación dictada en estos últimos años y que introduce un sistema más o menos general y reglamenta la reajustabilidad desde el D.L. 455, de 13 de mayo de 1974 (publicado en el Diario Oficial de 25 del mismo mes), modificado por los D.L. 910, de 1º de marzo de 1975, y 1.533, de 29 de julio de 1976, y reemplazado por las Leyes N°s 18.010 de 27 de junio de 1981, modificada por la Ley N° 18.840, de 10 de octubre de 1989, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, N° 19.528, de 4 de noviembre de 1997, y N° 19.951 de 26 de junio de 2004.

Nuestros tribunales han sostenido siempre el carácter de orden público de las leyes monetarias, pero sólo para imponer su vigencia *in actum*, aun a las convenciones otorgadas antes de su dictación,⁴⁷⁴ pero, en cambio, han reconocido en general la validez de las estipulaciones de las partes para alterar el principio nominalista.⁴⁷⁵ Y es lógico que así sea, con la sola salvedad de las limitaciones que las propias leyes monetarias impongan, por el principio de la autonomía de la voluntad, y porque el Art. 1569 ordena que “el pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación”.

Estas estipulaciones revisten principalmente los siguientes caracteres:

- 1º. Cláusula oro, moneda de oro y valor oro;
- 2º. Cláusula en moneda extranjera o valor de ellas;
- 3º. Cláusula de pago en mercaderías o valor de ellas, y
- 4º. Cláusulas de reajuste, según índices, u otro valor, que analizaremos en los números siguientes.

357. I. *Cláusula oro, moneda de oro y valor oro.* En la cláusula oro o moneda de oro se estipula que la obligación se pagará en moneda de oro determinada, como por ejemplo con 100 monedas de oro chilenas de \$ 100, o argentinas, etc. En la cláusula valor oro no se estipula el pago en oro o moneda de oro, sino que en moneda de curso legal, pero calculada la suma de ésta en relación con cierto peso del oro, expresado en gramos, o en relación con el valor de determinadas monedas de oro; por ejemplo, se conviene que la deuda se pagará en pesos moneda nacional, según el valor que a la fecha del pago tengan tantas monedas chilenas de oro de \$ 100.

⁴⁷³ Véase al respecto la primera edición de esta obra. Véase también en la nota 471 de este primer tomo, al final, la posibilidad de que venga una tercera etapa en que se dé por superada la inflación, y se elimine la reajustabilidad de las obligaciones por inflación.

⁴⁷⁴ G.T. 1901, T. 2º, N° 2.364, pág. 567, y RDJ, Ts. 46, sec. 1ª, pág. 917; 60, sec. 1ª, pág. 288, y sec. 2ª, pág. 169; 61, sec. 1ª, pág. 288, y 63, sec. 1ª, pág. 429.

⁴⁷⁵ Véase especialmente RDJ, T. 48, sec. 1ª, pág. 142.



Muchas discusiones que existieron sobre la materia⁴⁷⁶ fueron zanjadas por la Ley N° 15.192, de 8 de mayo de 1963, que calificó de operaciones de cambio internacional las transferencias de oro en cualquiera de sus formas (Art. 1°), sometió su comercio al control del Banco Central de Chile (Art. 2°) y sancionó penalmente en su Art. 3° a las personas que infringieran las disposiciones de éste relativas a operaciones internacionales.

Esta disposición fue derogada por el Decreto Ley N° 1.540, de 23 de agosto de 1976, publicado en el Diario Oficial de 9 de septiembre de 1976 (Art. 1°, letra a).

En consecuencia, rige hoy en día la más amplia libertad para la comercialización del oro y monedas de oro, razón por la cual nos parece no haber inconveniente alguno para estipular la cláusula oro o monedas de oro. Sin embargo, tienen poco interés porque el mismo o parecido objeto se obtiene con la cláusula moneda extranjera, que está plena y claramente reglamentada por la ley, como lo veremos a continuación.

358. II. *Cláusula moneda extranjera y valor moneda extranjera.* Por la primera se conviene que la obligación se pagará en la moneda extranjera que se expresa, pero referida a la de curso legal, y no a la de oro, como tantos dólares, libras esterlinas, etc., y han ido reemplazando a las cláusulas oro a medida que dejó de circular la moneda de este metal. En la cláusula valor moneda extranjera se estipula que la obligación se pagará en moneda nacional, pero calculada según la paridad que ella tenga con la moneda extranjera que se expresa, como por ejemplo, se pagará en pesos chilenos por el equivalente de tantos dólares de Estados Unidos de Norteamérica, etcétera.

La Ley N° 13.305 ya citada estableció una amplia libertad para la estipulación de este tipo de cláusulas, modificando el C.O.T. (Art. 116, inc. final) y C.P.C. (Arts. 500, inc. final y 511, inc. 2°) para hacerlas efectivas en juicio. La crisis cambiaria de 1961 sorprendió a muchos particulares con deudas expresadas en esta forma, que sólo se vinieron a resolver con la dictación de la Ley N° 14.949, de 11 de octubre de 1962.

Ella distinguía entre las obligaciones estipuladas en moneda extranjera pagaderas en el país y en el extranjero. Estas últimas eran perfectamente válidas y debían cumplirse al tenor de lo estipulado, con la salvedad de que si el Banco Central no las había autorizado previamente, no podía ser obligado a proporcionar las divisas necesarias para su cancelación.

⁴⁷⁶ Véanse Rep., T. V, pág. 17, y la bibliografía citada en la nota 2 del mismo Rep., T. IV, 2ª edición, pág. 64.

Las pagaderas en Chile también eran válidas,⁴⁷⁷ pero se pagaban, tanto las contraídas antes como después de la ley, por su equivalente en moneda nacional, según el tipo de cambio libre bancario que rigiera a la fecha del pago, esto es, todas ellas se equiparaban a la cláusula valor moneda extranjera (Arts. 5º de la Ley N° 14.949 y 8º del Reglamento). Se exceptuaban los contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a habitación o locales comerciales cuando el arrendatario tenía ingresos en moneda extranjera, los de trabajo, seguro y transporte desde o hacia el exterior, y en general las obligaciones en el extranjero.

La ley además en sus Arts. 10 y siguientes reglamentaba la forma de cobrar en juicio estas deudas, y especialmente la manera de efectuar la conversión a moneda nacional.⁴⁷⁸

Conviene hacer presente que bajo la vigencia de esta legislación existían en el país dos tipos de cambio, ambos teóricamente libres, pero en la práctica fijados por el Banco Central: el bancario y el de corredores, este último más alto. La ley se remitía obviamente al primero, pero se discutió si las partes podían estipular lo contrario, o sea, la liquidación de la deuda por el equivalente al cambio de corredores.⁴⁷⁹

Finalmente, la ley no se puso en la situación de las cláusulas valor moneda extranjera, pero no existiendo otra cotización legal que las señaladas, y por la analogía de la situación, era evidente que debía aplicarse la misma solución aunque ella no estuviera de acuerdo con la verdadera relación en el mercado (negro, obviamente) entre la moneda chilena y la que se había tomado como padrón.

Así funcionó por largos períodos la práctica entre nosotros de estipular obligaciones por el equivalente del dólar moneda legal de EE.UU. de Norteamérica, que además era objeto de fijación por tablas diarias, de manera que el reajuste operaba día por día.

Ello perdió vigencia al fijarse el dólar a razón de \$ 39 fijos, y entró a funcionar mucho más el sistema de reajustes según la UF, sobre todo a partir de la Ley N° 18.010 ya citada.

En todo caso esta ley en su Título II reglamenta “las obligaciones en moneda extranjera o expresadas en moneda extranjera”.

El Art. 20 distingue dos tipos de obligaciones en moneda extranjera:

⁴⁷⁷ RDJ, T. 65, sec. 1ª, pág. 180. Véase en la nota 474 de este primer tomo, fallos en relación con la vigencia *in actum* de la ley, aun en juicios entablados antes de su dictación.

⁴⁷⁸ Véase en RDJ, Ts. 60, sec. 1ª, pág. 288, con comentario de Alejandro Silva Bascuñán, y 63, sec. 1ª, pág. 429, fallos totalmente contradictorios sobre la forma en que concurren estos créditos en el caso de una quiebra.

Un fallo publicado en la RDJ, T. 86, sec. 2ª, pág. 74, declaró que por la quiebra queda fijada la cantidad a pagar en pesos, moneda nacional.

⁴⁷⁹ F. del M., N° 189, agosto de 1974, pág. 138.



1°. Las que se han pactado en moneda extranjera en virtud de autorización de la ley o del Banco Central de Chile. En tal caso, el acreedor podrá exigir su cumplimiento en la moneda estipulada o ejercer los derechos que emanan para el deudor de la respectiva autorización;

2°. En los demás casos, las obligaciones expresadas en moneda extranjera serán solucionadas por su equivalente en moneda nacional según el tipo de cambio vendedor del día del pago. Tratándose de obligaciones vencidas, se aplicará el tipo de cambio del día del vencimiento si fuere superior al del día de pago. Para establecer el tipo de cambio vendedor que corresponda se estará al que certifique un banco de la plaza.

Para los efectos del cobro judicial y cumplimiento de los Arts. 116 y 120 del C.O.T. citados, bastará un certificado otorgado por un banco de la plaza al día de la presentación de la demanda, o a cualquiera de los 10 días precedentes.

El Art. 22 de la Ley N° 18.010 da una serie de normas para el juicio ejecutivo en que se persiga el pago de obligaciones en moneda extranjera.

Por último, el Art. 24 prohíbe toda otra forma de reajuste en las obligaciones expresadas en moneda extranjera, “que la que llevan implícita”. Dicho en castellano, que el que podría emanar de las fluctuaciones de la moneda extranjera. Debe tenerse cuidado en este punto, porque es común estipular además el reajuste que corresponda a la inflación del país cuya moneda se está usando como referencia. Esta estipulación estaría prohibida por este precepto.

Creemos que en todo caso la ley solucionó el problema de las cláusulas valor moneda extranjera que estaban confusas en la Ley N° 13.305: ellas se pagarán por el equivalente en moneda nacional.

Posteriormente persistieron varios tipos de cotización, especialmente para el dólar, moneda de EE.UU.: “intercambiarlo”, “informal” y “acuerdo”. Los bancos certificaban el primero para los efectos judiciales, pero no hubo inconveniente en pactar otra equivalencia. Hoy en día la cotización de la moneda extranjera tiene muy poca diferencia entre el dólar “intercambiarlo”, “informal”, “acuerdo” y “observado”. Obviamente el que informan los bancos es el primero.

359. III. *Cláusulas en mercadería y valor mercadería.* Por las complicaciones antes señaladas que solían tener las cláusulas relacionadas con el oro o las monedas extranjeras, se hicieron usuales algunas de las siguientes estipulaciones, que ahora no son muy comunes dadas las ventajas de las convenciones por el equivalente en dólares, o las sujetas a un sistema de reajuste, como las que veremos en el número que sigue.

1°. Obligaciones que habitualmente se estipulan pagaderas en dinero se conviene que se paguen en mercaderías, como por ejemplo, tantos quintales de trigo, muy frecuentes especialmente en los arriendos rústicos. No hay discusión posible sobre su validez,⁴⁸⁰ salvo en cuanto infrinjan específicas prohibiciones legales, como la congelación de arriendos, cuando ella existe, y

2°. Las mismas obligaciones se establecen pagaderas en pesos moneda nacional, pero en relación con el valor de alguna mercadería, por ejemplo, según el precio a la época del pago de tantos quintales de trigo, situación que es en todo similar a los sistemas de reajustes que veremos a continuación, salvo que referidos a una mercadería.

359 bis. IV. *Cláusulas expresadas en valores sujetos a reajustes.* Es el sistema que más ha alcanzado difusión entre nosotros, y recogido por numerosas leyes. Se trata de una verdadera moneda de cuenta que se va modificando de acuerdo a algún sistema fijado por la ley, y que considera las variaciones del poder adquisitivo del dinero.

El primer sistema adoptado fue el de sueldo vital contemplado por la Ley 7.295, de 22 de octubre de 1942, pero que perdió toda trascendencia en el año 1971 cuando dejó de reajustarse conforme al mecanismo señalado por dicha ley. Algunas multas legales en todo caso, hasta hace poco, aún se reajustaban por este sistema. El ingreso mínimo para los trabajadores es actualmente el mecanismo que reemplaza al sueldo vital (Art. 8° de la Ley 18.018, de 14 de agosto de 1981). Se reglamenta en el Art. 40 del D.L. 97, de 22 de octubre de 1973, publicado en el Diario Oficial de 24 de octubre de 1973, y sus modificaciones.

Se hizo habitual entonces irse al sistema de reajustes que teóricamente mide más de cerca el deterioro de la moneda: el Índice de Precios al Consumidor que elabora el Instituto Nacional de Estadísticas. En la práctica él mismo reveló tener tres inconvenientes: uno, la desconfianza general en cuanto a su fidedignidad; dos, el hecho de que se manifiesta mensual y no diariamente, lo que tiene especial gravedad en épocas de alta inflación como las que vivió Chile, y tres, que se viene a conocer con cierta tardanza, de manera que si se liquida una obligación de mediados de mes, no se sabe el Índice que rige.⁴⁸¹ Frente a este inconveniente, solieron utilizarse otros índices, como el de la Cámara Chilena de la Construcción para el costo de la construcción, el de las llamadas cuotas “Corvi”, establecidas en el D.F.L. N° 2 del año 1959 (Plan Habitacional)

⁴⁸⁰ RDJ, T. 60, sec. 1ª, pág. 133.

⁴⁸¹ El D.L. 455, hoy derogado, solucionó ambos problemas refiriéndose al Índice de Precios al Consumidor último conocido, y al promedio diario. La unidad tributaria a que se refiere el texto trabaja con un desfase de dos meses, con el mismo objeto.



y reglamentadas en el Decreto Supremo N° 121 del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial de 19 de octubre de 1967: eran las cuotas de ahorro para la vivienda, con un valor provisional mensual (en lo que aventajan al sueldo vital y al mínimo que tienen períodos más largos para su reajuste), y uno definitivo, fijado por el Servicio de Vivienda y Urbanismo (antes Corporación de Servicios Habitacionales). Estos últimos se usaron bastante en las compraventas y promesas de propiedades.

En materia tributaria, el principio es que toda deuda de impuestos es reajutable (Arts. 53 y 57 del Código Tributario). Rige para estos efectos una moneda especial de cuenta que es la “unidad tributaria”, que es “la cantidad de dinero cuyo monto, determinado por ley y permanentemente adecuado, sirve como medida o como punto de referencia tributario”. La unidad tributaria anual es “la vigente en el último mes del año comercial respectivo, multiplicada por 12 o por el número de meses que comprenda el citado año comercial” (Art. 8° N° 10 del C. Tributario).

“La manera de calcular la unidad tributaria está fijada en el Art. 4° transitorio del Código Tributario: ella se reajusta “mensualmente de acuerdo con el porcentaje de variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor en el segundo mes que anteceda al correspondiente a la actualización de dicha unidad”.

Bajo esta situación se discutía entre nosotros la validez de las cláusulas de reajustes según cualquiera de los índices señalados (más el de la unidad de fomento a que luego nos referiremos). Pero existía prácticamente un consenso en aceptar su validez, por tres razones fundamentales: a) La libertad contractual; b) La aceptación por ley de algunos sistemas de reajustes, como el de reajuste por la equivalencia en moneda extranjera; y c) El establecimiento por ley de sistemas de reajustes, por ejemplo, el ya señalado de la unidad tributaria, de la competencia de los tribunales, de multas, etc.⁴⁸²

Esta era la situación vigente al producirse la “explosión inflacionaria” del año 1972 en adelante. Ello originó la dictación del Decreto Ley N° 455, a que ya nos hemos referido, modificado por los D.L. N°s 910, 1.533 y 1.638.

Esta legislación (bastante deficiente desde un punto de vista técnico) introdujo una distinción fundamental entre las “operaciones de crédito de dinero” y las demás obligaciones monetarias, y entre las primeras, una subdistinción entre las de corto plazo y las de plazo mediano y largo.

El D.L. 455 y sus modificaciones ha sido reemplazado por la citada Ley 18.010 –modificada por la Ley 18.840, de 1989; la Ley 19.528, de 9 de noviembre de 1997, y la Ley N° 19.951, de 26 de junio de 2004–,

⁴⁸² Véase la primera edición de esta obra, N° 359, pág. 238.

a la que ya nos referimos al hablar de las obligaciones expresadas en moneda extranjera. Esta ley técnicamente es muy superior al D.L. 455 y mantiene la distinción entre operaciones de crédito de dinero y demás obligaciones de dinero.

Digamos de todos modos que todos estos sistemas de indexación están siendo criticados porque introducen una gran rigidez a la inflación, y si benefician al acreedor pueden perjudicar fuertemente al deudor. Actualmente la crítica ha derivado a la supresión de estos índices, dados los bajos índices de inflación, o a hacerlos aplicables solamente si la inflación en el período respectivo excede un límite estimado normal.

En consecuencia, actualmente existen las siguientes situaciones en las obligaciones de dinero:

1°. Las operaciones de crédito de dinero;

2°. Las demás obligaciones de dinero. Entre éstas hay que distinguir:

A. Los saldos de precios de compraventa de bienes muebles e inmuebles a las que se aplican ciertas normas de las operaciones de crédito de dinero;

B. Aquellas que no tienen ningún régimen especial;

C. Aquellas que tienen reglamentación especial de la ley que las somete a alguna forma de reajuste, como vimos respecto de las deudas tributarias.

Con excepción de esta última, que no requiere mayor comentario, examinaremos en los números siguientes estas situaciones.

359 ter. A. *Operaciones de crédito de dinero*. “Son operaciones de crédito de dinero aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención” (Art. 1°, inc. 1°, Ley 18.010).⁴⁸³

Se considera también de este tipo de operaciones el descuento de documentos representativos de dinero, sea que lleve o no envuelta la responsabilidad del cedente. Por ejemplo, es operación de crédito de dinero obviamente el descuento de una letra de cambio o pagaré u otro instrumento negociable.

En todo caso, se excluyen de la Ley 18.010 las operaciones de crédito de dinero correspondientes a contratos aleatorios, arbitrajes de monedas a futuro, préstamo marítimo o avío minero.

Se asimilan al dinero para estos efectos los documentos representativos de dinero pagaderos a la vista, a un plazo contado desde la vista o a un plazo determinado, verbigracia, un cheque.

⁴⁸³ Sobre operaciones de crédito, véase F.M., N° 248, pág. 173.



Las operaciones de crédito de dinero pueden ser reajustables o no. Los reajustes deben estipularse, ya que la ley no los presume. Por eso decíamos que la regla general continúa siendo la no reajustabilidad, y aunque muy facilitada y frecuente, la excepción, la aplicación del reajuste.⁴⁸⁴

La Ley 18.010 en su texto primitivo consagraba un sistema basado exclusivamente en la unidad de fomento (UF, en el lenguaje común), salvo que el Banco Central hubiere autorizado otro sistema (Arts. 3º, 4º y 5º de la Ley 18.010).

La unidad de fomento fue establecida por la legislación que creó los bancos de fomento (Leyes N°s 16.253, de 19 de mayo de 1965, y 17.318, de 1º de agosto de 1970, Decreto Supremo de Hacienda N° 40, de 2 de enero de 1967). Su gran ventaja respecto a otros sistemas de reajuste es su fijación diaria. Su inconveniente, especialmente en época de agudización inflacionaria, deriva de lo mismo, ya que los ingresos de los deudores no necesariamente tienen la misma indexación.

Su fijación, en virtud del D.L. N° 455 y sus modificaciones, del D.L. 3.345 de 1980 y de la propia Ley 18.010 en su Art. 4º, correspondía a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la que debía determinar su valor diario reajustándolo de acuerdo a la variación que haya experimentado el IPC determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas durante el mes calendario anterior al de su determinación. Dicho valor se fijaba por la Superintendencia mediante una publicación en el Diario Oficial, entre el día 10 del mes en que se fijaba y el día 9 del mes siguiente.

Todo esto fue modificado por el Art. 2º de la citada Ley 18.040 de 1989, Orgánica del Banco Central de Chile, que modificó el Art. 3º de la Ley 18.010 y derogó sus Arts. 4º y 5º.

En esta virtud, ahora hay que distinguir entre operaciones de crédito en moneda nacional en que interviene una empresa bancaria, sociedad financiera o cooperativa de ahorro y crédito, y aquellas en que no intervienen estas instituciones.

En estas últimas las partes pueden convenir el sistema de reajuste que estimen conveniente, lo que ahora es una confirmación plena de la validez de las cláusulas de reajuste.

Para las instituciones señaladas, el sistema de reajuste tiene que estar autorizado por el Banco Central de Chile, y la estipulación de un sistema no autorizado, se tiene por no escrita (Art. 35, N° 9 de la Ley 18.840, Orgánica del Banco Central).

⁴⁸⁴ Se ha fallado, eso sí, que es improcedente una demanda en UF: RDJ, T. 88, sec. 2ª, pág. 39. El fallo parece, dicho así, muy discutible, porque la UF es fácilmente convertible en pesos, moneda nacional.

En virtud de esta facultad del Banco Central, éste, de acuerdo al Compendio de Normas Financieras de ese Banco, Capítulo II, B 3 “Sistemas de reajustabilidad autorizados por el Banco Central”, fija y publica la unidad de fomento en el Diario Oficial, reemplazando así a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Además de la UF se publica el Índice de Valor Promedio (IVP), que pretendió ser un sustituto de la UF, sin mayor difusión.

Si las partes pactan alguno de los sistemas de reajustes autorizados por el Banco Central (como es la UF), y éste se derogare o modificare, los contratos vigentes continuarán rigiéndose por el sistema convenido, salvo que las partes acuerden sustituirlo por otro.⁴⁸⁵

El Código, en el mutuo, determina que si no se hubiere fijado plazo para el pago, no podrá exigirse antes de los 10 días subsiguientes a la entrega (Art. 2200). En cambio, en las operaciones de crédito de dinero no puede exigirse el pago, sino una vez transcurridos esos 10 días, salvo en los documentos y obligaciones a la vista o que de cualquier otra manera expresan ser pagaderos a su presentación (Art. 13 de la Ley 18.010). La diferencia está en que en el mutuo puede estipularse un plazo inferior, no así en las operaciones de crédito de dinero.

Una norma de interés y que hace excepción a las reglas generales de las obligaciones es la del Art. 10, que da facultad al deudor para anticipar el pago aun contra la voluntad del acreedor (Nº 471).

La Ley Nº 19.528 agregó un inciso final al Art. 6º de la Ley Nº 18.010, haciendo aplicables a las operaciones de crédito de dinero que efectúen los bancos algunas disposiciones de la Ley Nº 19.496, de Protección de los Derechos de los Consumidores (Acápito Nº 2). Estas normas son el inciso 1º del Art. 17, que exige que los contratos de adhesión deberán estar escritos de modo legible y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico, y que las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor. Y la letra c) del Art. 37, que se refiere a la obligación de informar “el monto de cualquier pago adicional que fuere procedente cobrar”.

El Art. 1º transitorio de la Ley Nº 18.010 (modificado por la Ley 18.022, de 19 de agosto de 1981) dispone que las obligaciones contraídas antes de la vigencia de la Ley 18.010 se rigen por la legislación vigente hasta entonces, pero a partir del 1º de enero de 1983, las deudas reajustables según el I.P.C. pasan a serlo por unidad de fomento. Las modificaciones de la Ley Nº 19.528, a que nos referimos, no se aplican

⁴⁸⁵ Se ha fallado, eso sí, que es improcedente una demanda en UF: RDJ, T. 88, sec. 2ª, pág. 39. El fallo parece, dicho así, muy discutible, porque la UF es fácilmente convertible en pesos, moneda nacional.



a las obligaciones contraídas antes de su entrada en vigencia, hasta su extinción (Art. 3° transitorio).

359 quáter. B. *Saldos de precios de compraventa*. El Art. 26 de la Ley 18.010 coloca ciertas deudas de dinero en una situación intermedia entre las operaciones de crédito de dinero y las operaciones monetarias que no tienen reglamentación especial.

Por su frecuencia, a los saldos de precios de compraventa de bienes muebles o inmuebles se les aplican tres normas de la misma Ley 18.010, dos de ellas sobre intereses, y que veremos en el Párrafo 4° de esta sección, y la otra, la del Art. 10, esto es, la facultad del deudor de pagar anticipadamente aun en contra de la voluntad del acreedor (N° 471).

En todo lo demás, estas obligaciones monetarias siguen las reglas generales.

359 quinquies. C. *Demás obligaciones monetarias*. El Art. 1°, inc. 2° del D.L. 455 disponía que todas las operaciones de crédito no incluidas en el inciso anterior se registrarían por las disposiciones legales que les sean aplicables. La Ley 18.010 no contiene una norma semejante, pero de todas maneras la conclusión es la misma.

Por regla general, ellas no están sujetas a reajustes, porque no hay norma legal que los haga operar, y ellos no se presumen. Se exceptúan los casos en que la ley impone el reajuste (deudas tributarias, verbigracia) o ellas están expresadas en unidades de valor (multas, por ejemplo, de tantas UF, pensiones alimenticias de tantos ingresos mínimos, etc.), y, según hemos visto, las indemnizaciones de perjuicios extracontractuales.

Al mismo tiempo, al no operar las disposiciones de la ley 18.010, y sobre todo después de la reforma a ésta por la ley 18.040, no cabe duda de que las partes pueden estipular cualquier sistema de reajuste, con la única limitación, tratándose de deudas expresadas en moneda extranjera, que ellas no pueden quedar sujetas a otro sistema de reajuste que el que provenga de dicha moneda, según vimos.

El Art. 25 de la Ley 18.010 contiene una disposición que es aplicable a toda obligación de dinero, ya sea una operación de crédito de dinero, un saldo de precio de compraventa de bienes muebles o inmuebles, o cualquier otra obligación de dinero. Lo confirma su ubicación en el Título III de la ley (“Otras disposiciones”); su referencia genérica: “en los juicios de cobro de cualquier obligación de dinero reajutable”, como por último, la solución que daba “el pago se hará liquidándose el crédito a esa fecha por el valor que tenga el capital reajustado según el índice pactado o la Unidad de Fomento, según corresponda”. Sabemos que en las operaciones de crédito de dinero no había otro

reajuste posible que el de la UF, de manera que cuando la ley se refiere al índice pactado, obviamente está considerando las demás obligaciones de dinero. El inc. 2º agrega que en estos casos en el juicio ejecutivo no se requiere evaluación previa.

En materia de letras de cambio y pagarés la Ley 18.092, de 14 de enero de 1982, introduce normas de gran interés: de acuerdo al Art. 13 N° 2º puede establecerse en la letra la cláusula de ser reajutable la cantidad librada, que se expresará mediante la palabra “reajutable u otra igualmente inequívoca”. Según el Art. 14, “en las letras con cláusula de reajuste, la cantidad librada se ajustará conforme a las reglas que el documento señale. No indicándose sistema de reajuste, se aplicará el de las operaciones de crédito de dinero vigente a la época de la emisión de la letra. La indicación de sistemas prohibidos por la ley, se tendrá por no escrita”.

Los tribunales aplican con bastante liberalidad la reajustabilidad de obligaciones que no sean créditos de dinero, como ser, de jubilaciones atrasadas⁴⁸⁶ y honorarios de peritos a contar de la fecha de la sentencia.⁴⁸⁷

Párrafo 4º

Los intereses

360. *Concepto. Evolución de la legislación chilena.* Los intereses constituyen un accesorio de la deuda que normalmente acompaña a las obligaciones de dinero. Generalmente a su vez se deben en dinero, pero ni lo uno ni lo otro impide que otras cosas fungibles devenguen intereses, y que éstos a su vez se estipulen no en dinero, sino también en otra cosa fungible (Art. 2205). Tratándose de operaciones de crédito de dinero regidas por la Ley 18.010 no pueden estipularse intereses, sino en dinero (Art. 11, inc. 1º).

Los intereses son, pues, la renta que produce un capital. El dinero por su gran empleabilidad normalmente produce una utilidad; la mínima utilidad o beneficio que puede otorgar un capital son sus intereses. Sin embargo, no toda obligación de dinero los genera; sólo ocurre así cuando las partes lo han convenido o la ley los establece, y por regla general no se presumen.

Esta norma se invirtió tratándose de las operaciones de crédito de dinero. En ellas, dice el Art. 12 de la Ley N° 18.010, la gratuidad no se

⁴⁸⁶ F.M. N° 407, sent. 9ª, pág. 718.

⁴⁸⁷ F.M. N° 380, sent. 4ª, pág. 385, y N° 381, sent. 2ª, pág. 440.



presume, y salvo disposición de la ley o pacto en contrario (pacto que además, de acuerdo al Art. 14, debe constar por escrito, y sin esta circunstancia será ineficaz en juicio), ellas devengan intereses corrientes, calculados sobre el capital o sobre capital reajustado, en su caso.

Dada la importancia de la materia, ella ha tenido una marcada evolución en nuestra legislación. Pueden distinguirse tres etapas:

1°. La sola vigencia del Código Civil, que no elaboró una teoría general de los intereses, sino que se refiere a ellos en disposiciones dispersas,⁴⁸⁸ pero principalmente en el mutuo, a propósito del incumplimiento de las obligaciones de dinero (Art. 1559) y en la cláusula penal enorme (Art. 1554, inc. 3°).

El Código distinguía tres tipos de intereses, según veremos más adelante: legal, que era por regla general del 6% anual (inc. 2° del Art. 2207, derogado por la Ley 18.010); interés corriente, al que se refiere en numerosos preceptos y que es el que habitualmente se cobra en los negocios de una plaza determinada,⁴⁸⁹ y convencional, que es el que fijan las partes de común acuerdo;

2°. El período de vigencia de la Ley N° 4.694, de 27 de noviembre de 1929, llamada de Represión de la Usura, con sus modificaciones.

Éstas consistieron fundamentalmente en la Ley 11.234, de 9 de septiembre de 1953, y Ley N° 16.464, de 25 de abril de 1966, y el Decreto Ley N° 125, de 14 de noviembre de 1973.

Esta ley comenzó aplicándose sólo a los contratos de mutuos de dinero o de depósito de los mismos, regulando el monto de los intereses convencionales, para luego extenderse a todas las operaciones de crédito.

3°. El tercer período es el actual, marcado por el D.L. 455 y sus modificaciones (D.L. 910, D.L. 1.533), reemplazado actualmente por la citada Ley 18.010, modificada por las Leyes N°s 18.840, 19.528 y 19.551.

Como hemos dicho, esta ley introduce la noción de operaciones de crédito de dinero y los mecanismos de reajustabilidad ya estudiados. Veremos en los números siguientes lo que se refiere a los intereses, advirtiendo de antemano que esta ley ha dejado varios vacíos y problemas de difícil solución.

361. *Características de los intereses.* Los intereses constituyen un fruto civil, y pueden encontrarse pendientes, mientras se deben, y percibidos,

⁴⁸⁸ Fueyo, ob. cit., T. 1°, pág. 165, señala que suman alrededor de 100. Sobre la evolución de los intereses en nuestro Código véase Somarriva, *Evolución del Código Civil chileno*, ob. cit., N°s 390 y sigtes., págs. 522 y sigtes.

⁴⁸⁹ Manuel Somarriva Undurraga, *Evolución del Código Civil chileno*, Santiago, 1955. Nascimento, N° 392, pág. 523.

una vez que se cobran (Art. 647). Se devengan día por día, de acuerdo al Art. 790.⁴⁹⁰

Lo mismo señala el inc. 2º del Art. 11 de la Ley 18.010, y agrega en su inc. 3º: “para los efectos de esta ley, los plazos de meses son de 30 días y los de años, de 360 días”.

Los intereses constituyen siempre una obligación accesoria a la del capital que los produce. De ahí que de acuerdo al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, los intereses se encuentran unidos a la obligación que los genera, de manera que por regla general nacen con ella, aunque tampoco hay inconveniente para que se estipulen posteriormente, y se extinguen con el crédito principal, ya sea por pago, compensación o cualquier otro modo de extinguir las obligaciones. El pago o extinción del capital hace suponer el de los intereses y por ello el Art. 1595, inc. 2º dispone: “si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados”. Lo mismo dispone el Art. 17 de la Ley 18.010, cuyo Art. 18 agrega que “el recibo por los intereses correspondientes a tres períodos consecutivos de pago hace presumir que los anteriores han sido cubiertos”.

Igualmente, como el acreedor tiene el derecho a recibir el pago total, no puede ser obligado a recibir el capital sin sus intereses (Art. 1591).⁴⁹¹

Por la misma característica accesoria los intereses se traspasan con el crédito a que acceden, en caso de sucesión por causa de muerte, subrogación o cesión de créditos. Pero no en la novación, a menos que se les reserve expresamente (Nº 1.114), porque ella extingue la obligación primitiva.

Finalmente, por el mismo carácter señalado, las cauciones del crédito principal también cubren sus respectivos intereses.

362. *Clasificación de los intereses.* Los intereses admiten diversas clasificaciones:

1º. En cuanto a su fuente, estipulados por las partes o fijados por la ley;

2º. Según la forma en que se fija su tasa, en legales, corrientes y convencionales, y

3º. Según la causa por la cual se deben, por el uso y penales.

363. I. *En cuanto a su origen: estipulados y fijados por la ley.* Ya decíamos que los intereses por regla general no se presumen; tienen que ser convenidos por las partes o estar establecidos por la ley, o como

⁴⁹⁰ Véase Gatica, ob. cit., Nº 141, pág. 206.

⁴⁹¹ Por su carácter accesorio, los intereses deben pagarse junto con el capital: G.T. de 1869, Nº 1.620, pág. 715.



dijo la Corte Suprema en uno de sus fallos, deben tener una fuente jurídica que les dé origen.⁴⁹² La denominación de estos distintos tipos de intereses debe hacerse con cuidado para no confundirlos con los que se enumeran a continuación.

Existen numerosos casos en que la ley es la fuente de intereses. Ya citamos el Art. 12 de la Ley 18.010, que los presume para las operaciones de crédito de dinero. El Art. 1559 los establece como indemnización por la mora en las obligaciones de dinero (N° 898). El Art. 80 de la Ley 18.092 los establece desde el vencimiento de una letra de cambio.⁴⁹³ En el Código Civil establecen casos de intereses los Arts. 406, 410, 424, 797, 2156, 2158, 2287, 2300, 2370, etcétera.

Lo normal será, sin embargo, que los intereses sean estipulados por las partes, en cuyo caso no tienen otra limitación, según veremos, que el tope que la ley impone en cuanto a su tasa. En lo demás, las partes pueden fijar fechas y formas de pago, etc.⁴⁹⁴

364. II. *Intereses legales, corrientes y convencionales.* Esta clasificación atiende a la forma en que se determina la tasa del interés.

En el interés legal, la tasa la fija directamente la ley. El inc. 2° del Art. 2207 lo establecía por regla general en un 6%, cifra que por la inflación se había hecho muy baja. Por ello fue suprimida por el Art. 28 de la Ley 18.010, que derogó la disposición.

En su reemplazo el Art. 19 de la Ley 18.010 dispone: “se aplicará el interés corriente en todos los casos en que las leyes u otras disposiciones se refieran al interés legal o al máximo bancario”.

Destacamos la expresión “en todos los casos”, porque la disposición está técnicamente mal ubicada. En efecto, cierra el Título 1° de la ley, que se refiere a las “operaciones de crédito de dinero”, lo que haría presumir que como las demás disposiciones del Título, sólo rige para dichas operaciones. Pero al haberse derogado el inc. 2° del Art. 2207 el interés legal quedaría sin definición, y la expresión destacada confirma la idea que imperfectamente el legislador quiso establecer una disposición de carácter general, que debió haber ubicado en el Título III (“Otras disposiciones”), que sí son generales.

El interés legal es la regla general en nuestra legislación. En efecto, dice el inc. 1° (hoy único) del citado Art. 2207: “Si se estipulan en general intereses sin determinar la cuota, se entenderán los intereses

⁴⁹² F.M. N° 384, sent. 8ª, pág. 684.

⁴⁹³ Reemplazó al Art. 737 del Código de Comercio.

⁴⁹⁴ Véase Gatica, ob. cit., N° 150, pág. 214.

legales”. De manera que siempre que la ley o las partes señalen intereses sin fijar su tasa, se deben aplicar los legales.⁴⁹⁵

La norma es del mutuo, pero a falta de otras en el Código sobre los intereses en general, hay acuerdo en aplicarlas en todos los casos.

Dada la asimilación del interés legal al corriente, la clasificación entre los dos ha perdido bastante importancia. En todo caso, hay ocasiones en que la ley especial fija otras tasas, como ocurre, por ejemplo, respecto de las deudas tributarias, que están sujetas a un interés penal del uno y medio por ciento por cada mes o fracción de mes, en el caso de mora en el pago de todo o parte de impuestos o contribuciones adeudadas, interés que además se calcula sobre los valores reajustados (inc. 3º del Art. 53 del Código Tributario).

De ahí que la aplicación que ha estado experimentando el interés corriente es que tiene lugar a falta de un interés fijado por ley en los casos citados, y de los intereses convencionales. Por ello los tribunales lo aplican constantemente, y, por ejemplo, se ha resuelto que en el caso de mora en la obligación de rendir cuenta se devengan intereses corrientes.⁴⁹⁶

El interés corriente, como su nombre lo dice, es el que se cobra habitualmente en los negocios de una plaza determinada.⁴⁹⁷ El Código y otras leyes se refieren a ellos en numerosas disposiciones, como el Art. 434, para el saldo que resulte en contra del tutor; en el Art. 2156, para el mandatario por los dineros del mandante que haya utilizado en beneficio propio; en el Art. 80 de la Ley 18.092, de 14 de enero de 1982, respecto a la letra de cambio vencida (reemplazando al Art. 707 del C. Co., que lo establecía para la letra protestada), etcétera.

Pero el Código no definió los intereses corrientes, lo que daba origen a grandes dificultades para establecerlo, obligando al que los cobraba a una prueba de suyo difícil. La Ley 4.694, de 27 de noviembre de 1929, comúnmente denominada de Represión de la Usura, en su Art. 1º, inc. 2º, según la redacción que le dio la Ley 16.466, de 29 de abril de 1966, dispuso que el interés corriente sería fijado por el Banco Central de Chile, por publicación en el Diario Oficial.⁴⁹⁸

⁴⁹⁵ RDJ, Ts. 27, sec. 1ª, pág. 724, y 32, sec. 1ª, pág. 200; G.T., de 1909, T. 2, sent. 855, pág. 261.

⁴⁹⁶ Sentencia del 31 de octubre de 2006: L. & S. N° 4, pág. 113.

⁴⁹⁷ Manuel Somarriva Undurraga, *Evolución del Código Civil Chileno*, Santiago, 1955, Nascimento, N° 392, pág. 523.

⁴⁹⁸ La ley había dado esta facultad primitivamente a la Superintendencia de Bancos, que debía publicar en las primeras quincenas de enero y julio de cada año el término medio del interés corriente bancario. La modificación, fuera de traspasar la función al Banco Central, eliminó esta referencia al interés corriente bancario, de modo que lo que publicaba dicho organismo era para todos los efectos el interés corriente, como ya se había entendido aun antes de la aclaración de la Ley 16.466.



El Decreto Ley N° 455 derogó, como hemos dicho, la Ley de Represión de la Usura, y en su Art. 5°, letra d), definió el interés corriente como “aquel que se cobra habitualmente en el mercado nacional, por personas distintas de las empresas bancarias”. A falta de prueba se consideraba como interés corriente el máximo bancario, un nuevo tipo de interés que establecía dicho D.L. y que no le sobrevivió.

El Art. 28 de la Ley 18.010 derogó a su turno el D.L. 455, y ahora hay que distinguir:

a) Tratándose de operaciones de crédito de dinero, el Art. 6° de la Ley N° 18.010, modificado por el Art. 3° de la Ley N° 19.528, de 4 de noviembre de 1997, define el interés corriente como “el interés promedio cobrado por los bancos y las sociedades financieras establecidas en Chile en las operaciones que realicen en el país”. Corresponde a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras determinar dicho interés corriente, pudiendo distinguir entre operaciones en moneda nacional, reajustables o no reajustables, en una o más monedas extranjeras o expresadas en dichas monedas o reajustables según el valor de ellas, como asimismo, por el monto de los créditos, no pudiendo establecerse más de dos límites para este efecto, o según los plazos a que se hayan pactado tales operaciones.

El inciso 2° del Art. 6° dispone:

“Los promedios se establecerán en relación con las operaciones efectuadas cada mes calendario y las tasas resultantes se publicarán en el Diario Oficial durante la primera quincena del mes siguiente, para tener vigencia hasta el día anterior a la próxima publicación”.

O sea, la situación de la antigua Ley de Represión de la Usura se ha mantenido con algunas variantes, principalmente que el interés corriente se fija ahora mensualmente y cambia según el tipo de operación de crédito, esto es, no es uno mismo y uniforme;

b) Pero además la ley dejó nuevamente sin solución el problema del interés corriente en los demás casos que no sean operaciones de crédito de dinero, tal como existía en el primitivo Código.

Al respecto cabe sostener dos soluciones posibles: una que en estos casos hay que probar en juicio cuál es el interés corriente. La otra, aplicar por analogía el interés corriente que fija la Superintendencia, que si bien está en el Título I de la ley, que sólo se refiere a las operaciones de crédito de dinero, como hemos sostenido que el Art. 19 (que dice que se aplicará el interés corriente cuando la ley se refiera al legal o máximo bancario) es de aplicación general, podría decirse lo mismo respecto al Art. 6° que los fija. Así, por otra parte, se está operando en la práctica.

Finalmente, el interés convencional es el que fijan las partes de común acuerdo, y está sujeto a limitaciones que estudiaremos en los

números subsiguientes, tras señalar la clasificación de los intereses en por el uso y penales.

365. III. *Intereses por el uso y penales.* La designación no es del todo acertada, pero se quiere significar con ella que los primeros se devengan durante la vigencia del crédito, y los penales o moratorios por la mora del deudor en pagar una obligación de dinero.⁴⁹⁹

Unos y otros pueden tener su origen en la ley o en la voluntad de las partes. Los intereses moratorios los fija la ley en el caso del Art. 1559, que señala los que deben pagarse en caso de mora de una obligación de dinero (Nº 899), y en el ya citado Art. 53 del Código Tributario por las deudas tributarias. Los fijan las partes por medio de la cláusula penal, y así es frecuente en una compraventa que se diga: el saldo de precio devengará un interés del 15% anual y un 18% también anual en caso de mora. El 15% es el interés por el uso y el 18% es una indemnización de perjuicios si no se paga oportunamente el saldo de precio adeudado (Nº 906).

366. *Limitación del interés convencional.* Casi todas las legislaciones establecen limitación en la estipulación de las tasas de interés, a fin de evitar los abusos de los acreedores y reprimir la usura. Se reconoce que el deudor, por el apuro de dinero en que se encuentra, suele verse constreñido a aceptar lo que el acreedor exija en el momento de otorgar el crédito.

Y como ese peligro es mayor en el mutuo que en otros contratos, de ahí que nuestro Código en él estableciera la limitación de los intereses. Dice el Art. 2206: “el interés convencional no tiene más límites que los que fueron designados por ley especial; salvo que no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido el interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente”. Y el inc. 3º del Art. 1544 se refiere a los intereses penales pactados en el mutuo, que se rebajaban si exceden al máximo que la ley permite estipular, a este máximo.

O sea, que el solo Código hace una distinción fundamental siempre referida al mutuo, entre el interés por el uso y el penal. Ambos están sujetos al mismo límite: 50% por encima del corriente, pero la sanción es diferente: en los primeros, en caso de exceso, se rebajan al corriente, y en la cláusula penal al máximo que la ley permite estipular. Esta diferenciación se justifica habitualmente diciendo que el deudor

⁴⁹⁹ Gatica llama a los intereses convencionales, o sea, fijados por las partes por el uso, voluntarios lucrativos, y penales a los moratorios, y a los establecidos por la ley, retributivos y moratorios. Ob. cit., págs. 216 y sigtes.



puede librarse por su propia voluntad de pagar intereses penales, pero no de los otros. Le basta para lo primero con cumplir oportunamente la obligación.⁵⁰⁰

Se ha discutido también si estas normas referidas por el legislador al mutuo se aplican a todo tipo de interés o no, predominando la interpretación extensiva por la razón ya apuntada de que el Código reglamentó todo lo relacionado con los intereses a propósito del mutuo, aunque no faltan opiniones de que por su carácter restrictivo y sancionatorio no pueden extenderse a otros contratos.

La Ley 4.694 del año 1929, sobre todo con la modificación de la Ley 11.234, de 9 de septiembre de 1953, dejó prácticamente sin aplicación al Código.⁵⁰¹ La primera extendió el mismo concepto del Art. 2206 al mutuo de dinero y depósito irregular, pero la segunda lo amplió a las “operaciones de crédito que puedan ejecutar las personas naturales o jurídicas”, concepto que no definió y que se entendió en sentido amplio,⁵⁰² y además rebajó el interés máximo que se puede estipular al interés corriente más un 20% en vez del 50% del Código y de la primitiva Ley 4.694.

Prácticamente las disposiciones del Código habían quedado sin aplicación hasta que el D.L. 455 de 1974 derogó las normas citadas, definió las operaciones de crédito de dinero, y en sus Arts. 17 y 20 (distinguiendo entre las de corto plazo y las de mediano y largo plazo) fijó nuevamente el interés convencional máximo en un 50% más sobre el corriente.

Finalmente, en esta evolución de la legislación, la Ley 18.010, de 27 de junio de 1981, deroga el D.L. 455 y dispone en su Art. 6º, inc. final: “No puede estipularse un interés que exceda en más de un 50% al corriente que rija al momento de la convención, ya sea que se pacte tasa fija o variable. Este límite de interés se denomina interés máximo convencional”. El Art. 7º, modificado por la Ley 19.528, de 4 de noviembre de 1997, contempla un caso en que es posible modificar el interés convencional máximo, y el Art. 5º, por la redacción que le dio la misma ley citada, establece casos en que no se aplica límite de

⁵⁰⁰ Alessandri, ob. cit., pág. 114.

⁵⁰¹ Para un mayor detalle véase la primera edición de esta obra, y Somarriva, *Evolución*, N° 393, pág. 526.

⁵⁰² Somarriva, *Evolución*, N° 393, pág. 526, consideraba operación de crédito “toda convención en virtud de la cual se da una prestación de presente contra una prestación de futuro”. Con este significado, según se entenderá, quedaba comprendida toda estipulación de intereses, como por ejemplo, por un saldo de precio de una compraventa, y de ahí que el Código había quedado de hecho sin aplicación. No ocurre lo mismo con el D.L. 455 y la Ley 18.010, que se refieren sólo a las operaciones de crédito de dinero, y las definieron.

interés en las operaciones de crédito de dinero y que se refieren, en general, a operaciones con el exterior o del Banco Central de Chile con las instituciones financieras o en que el deudor sea un banco o una sociedad financiera.

En consecuencia, se aplique el Art. 2206 del Código o el 6° de la Ley 18.010, el interés máximo que se puede estipular es ahora igual al corriente más un 50%, o sea, por ejemplo, si éste es del 20%, el máximo convencional es del 30%. Las únicas diferencias provienen de la duda ya señalada sobre cuál es el interés corriente en el Código, y las diferencias que la Ley 18.010 hace según la naturaleza del crédito y en la sanción, según lo veremos en el número subsiguiente, para el caso de pactarse intereses superiores a los legales.

Ahora bien, el interés corriente que se considera para calcular el máximo que la ley permite estipular es el vigente al tiempo del contrato, no del pago. El Art. 2206 se refiere textualmente al “que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención”, y el Art. 6°, inciso final de la Ley 18.010, menciona “al corriente que rija al momento de la convención”. Éste es también el criterio de nuestros tribunales respecto de una cláusula muy frecuente: que el deudor pague los intereses máximos que la ley permite convenir.⁵⁰³

Se exceptúan de las normas señaladas en cuanto a los intereses que se permite estipular a las instituciones y a los contratos que se rigen por disposiciones o leyes especiales. Éstas suelen facultar a organismos el cobro de intereses mayores a los normales, como veíamos recién en los Arts. 5° y 7° de la Ley 18.010, para las operaciones que efectúe el Banco Central con las instituciones financieras y otras que mencionan dichos preceptos. Hay contratos que también hacen excepción a la limitación, como ocurría con el préstamo a la gruesa (antiguo Art. 1184 del C. Co.), y todavía sucede en materias tributarias.

La aplicación de la Ley 18.010 tiene también gran importancia por dos capítulos: la ampliación del concepto de intereses y la sanción en caso de estipulación de intereses superiores a los máximos que la ley permite.

367. A. *Concepto de intereses en la Ley 18.010.* La Ley 4.649 del año 1929 tuvo por objeto reprimir la usura, y es sabido que quienes se dedican a ella usan toda clase de subterfugios para eludir la prohibición legal; de ahí la extensión que hemos visto a toda clase de contratos y hoy a toda clase de operaciones de crédito de dinero, a fin de precaver la simulación, y de ahí también que el Art. 3° de la Ley 4.649 amplió el concepto de interés a una serie de anexos al contrato que no tienen tal

⁵⁰³ RDJ, T. 46, sec. 2ª, pág. 97. En igual sentido, Gatica, ob. cit., N° 177, pág. 238.



carácter: se consideró interés los que en forma directa se estipulaban como tales, y “cualesquiera comisión, honorarios, costas, y en general toda prestación estipulada que tienda a aumentar la cantidad que debe pagar el deudor”, exceptuadas las costas judiciales.

Los Arts. 4º y 4º bis del D.L. N° 455 de 1974 (este último introducido por el D.L. 1.533 de 1976) mantuvieron más o menos la misma concepción, pero considerando el problema del reajuste, que obviamente no era interés mientras se fijara de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor.

El Art. 2º de la Ley 18.010 mantiene el mismo criterio. Al respecto distingue entre operaciones de crédito de dinero (que por disposición del Art. 26 incluye las obligaciones monetarias constituidas por saldos de precio de compraventa de bienes muebles o inmuebles) reajustables y no reajustables.

En estas últimas es interés “toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor, a cualquier título por sobre el capital”, excluidas las costas personales y procesales.

En las reajustables, el concepto es el mismo: “toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor por sobre el capital reajustado”. O sea, sólo el reajuste y calculado conforme a la propia ley, no se considera interés.

En consecuencia, cualquier suma adicional a los intereses que deba pagar el deudor se suma a los intereses convenidos y si con ello se excede el límite legal, tienen lugar las sanciones que veremos en el número siguiente. Así lo ha aplicado también la jurisprudencia bajo la vigencia de la Ley N° 4.694, en un caso en que por el pago anticipado de los intereses deducidos del capital dado en mutuo se declaró que ellos debían calcularse sobre lo efectivamente recibido por el deudor,⁵⁰⁴ y en otro en que se había gravado a éste con el impuesto a la renta sobre los intereses, que por ley es de cargo del acreedor.⁵⁰⁵

En la Ley de la Renta, Decreto Ley N° 824 del año 1974, también se considera interés para gravarlo con el impuesto de primera categoría lo que el acreedor reciba por encima del capital reajustado (Arts. 20, N° 2º y 41 bis).

En las demás obligaciones monetarias que no están regidas por la Ley 18.010 el concepto de interés es el normal y restringido, salvo que la propia ley disponga lo contrario, como ocurre con la Ley del Consumidor.⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ RDJ, T. 44, sec. 1ª, pág. 234.

⁵⁰⁵ RDJ, T. 44, sec. 1ª, pág. 334.

⁵⁰⁶ El Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) mantiene una larga discusión al respecto. En un juicio colectivo de la Ley del Consumidor contra tarjetas de crédito

El legislador, sin embargo, ha seguido preocupado del tema e intervinó, pero no como lo había hecho anteriormente por la vía de ampliar el concepto de intereses, sino legislando directamente a través de la Ley N° 19.659, de 27 de diciembre de 1999, en los gastos de cobranza, y sólo en relación con la Ley de Protección del Consumidor N° 19.496, de 7 de marzo de 1997, a la cual nos hemos referido en el N° 77 bis, a propósito de los contratos de adhesión. Por esta razón los trataremos al hablar de los gastos del pago en el N° 619.

Esta ley contiene además una norma, que, como toda la legislación protectora, adolece de problemas de redacción. Dice su Art. 38: “Los intereses se aplicarán solamente sobre los saldos insolutos del crédito concedido y los pagos no podrán ser exigidos por adelantado, salvo acuerdo en contrario”.

Leído textualmente, el precepto resulta casi ininteligible, ya que es obvio que los intereses sólo afectan a lo que se debe, y que los pagos sólo se pueden exigir a los respectivos vencimientos, ¿querrá decir que no procede, en este caso, la caducidad convencional del plazo?

Sostiene Hernán Menanteau⁵⁰⁷ que lo que la norma excluye es que se cobren intereses sobre el llamado “pie, como se denomina la suma de dinero pagada al contado, y sobre el saldo se calcula el interés”. Cree igualmente, con un antecedente histórico que cita, que la disposición impide el anatocismo. Pero la verdad es que esto último es bien poco claro y que la norma, en general, debe mejorarse en su redacción.

La verdad es que el problema en un régimen de libertad de precios, en que la tasa del interés máximo que se puede estipular es uno de los pocos que está fijado, se traslada del tema de los cobros al deudor, a un duro conflicto entre los organismos fiscalizadores y las tarjetas de créditos de las casas comerciales. Después de las precisiones reglamentarias establecidas en la Ley del Consumidor se ha llegado a un detalle minucioso, en que el último reducto de discusión son los gastos de otorgamiento del crédito, como son los notariales, etc.

En mi opinión, aquí están chocando, como es común en el derecho, dos ámbitos distintos. Uno, es que el crédito no llega o se encarece hasta dejarlo al margen de los sectores más modestos de la sociedad, si no hay un nivel de seguridad de pago, como es verificación de domici-

de casas comerciales llegó a avenimientos, sin resolver el tema. La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras también se preocupa del asunto en su Circular sobre las tarjetas de crédito de fecha 28 de abril de 2006.

⁵⁰⁷ Ob. cit., pág. 51.



lio y bienes, y el otro es el posible abuso de disfrazar de gastos con tal objeto los mayores intereses. Si se exagera la fiscalización, se priva del crédito a dichos sectores, y si no se hace, se engaña al público, porque finalmente el precio del crédito no es igual al precio al contado al público, como dice la propaganda. La C.A. de Santiago, en sentencia de 8 de noviembre de 2005, dijo que no procede de acuerdo a la Ley N° 18.010, Art. 2°, el cobro de los gastos del crédito.⁵⁰⁸

368. B. *Sanción en caso de estipularse intereses excesivos.* Como decíamos en el N° 366, en el Código se distingue entre el interés por el uso y el penal: en el primero, los intereses excesivos se rebajan al corriente (Art. 2206), y en el segundo, al máximo permitido por la ley (Art. 1544).

El Art. 2° de la Ley 4.694 estableció una sanción más drástica: el interés convenido se rebajaba al legal, y agregaba “este derecho es irrenunciable y será nula toda estipulación en contrario”.⁵⁰⁹

Derogada la Ley 4.694 por el D.L. 455 de 1974, el Art. 6° de éste más o menos reprodujo la disposición: los intereses excesivos se rebajaban al interés legal. Pero como este D.L. sólo se aplicaba a las operaciones de crédito de dinero, en todos los demás casos volvieron a regir plenamente las normas del Código Civil.

El Art. 8° de la Ley N° 18.010 dispone:

“Se tendrá por no escrito todo pacto de intereses que exceda el máximo convencional, y en tal caso, los intereses se reducirán al interés corriente que rija al momento de la convención.

En todo caso, cuando corresponda devolver intereses en virtud de lo dispuesto en esta ley, las cantidades percibidas en exceso deberán reajustarse en la forma señalada en el artículo 3°, inciso primero”.

De acuerdo al Art. 26, esta disposición se aplica a las obligaciones de dinero constituidas por saldos de precio de compraventa de bienes muebles o raíces, y también a los intereses que cobren los proveedores a los consumidores en virtud de lo dispuesto en el Art. 39 de la Ley N° 19.496, de 7 de marzo de 1997, de Protección al Consumidor. Esta misma ley establece que en estos créditos tampoco se puede cobrar un interés mayor al que determina la aplicación del Art. 6° de la Ley N° 18.010, confirmando así lo que decíamos de que ésta es una norma de aplicación general no exclusiva del mutuo. Mientras la Ley 4.694 y el D.L. 455 hablaban de nulidad, la actual legislación dice que se tiene por no escrito el pacto de intereses excesivos. Pero no se trata propiamente

⁵⁰⁸ L.S. N° 5, pág. 110.

⁵⁰⁹ Véase la primera edición de esta obra, y Somarriva, *Evolución*, N° 394, pág. 527.

de una nulidad y menos de inexistencia, porque el efecto es el señalado: sólo se pagan los intereses que correspondan, y si hubo pago excesivo, se restituye el exceso, ahora sobre los intereses corrientes.

Bajo la vigencia de la Ley 4.694 se discutía si el Art. 2206 del Código había quedado derogado por la aplicación a todo contrato de la primera (Nº 366).⁵¹⁰ Hoy no cabe duda de que el precepto, si se le considera de aplicación amplia, rige en toda obligación que no sea de crédito de dinero o saldo de precio en dinero de una compraventa.

También se discutió si había quedado modificado el Art. 1544 del Código; dicho de otra manera, si la sanción establecida en la Ley Nº 4.694 se aplicaba tanto a los intereses por el uso como a los penales. Se sostuvo que sólo a los primeros,⁵¹¹ pero parecía preferible concluir que tanto los intereses por el uso como los penales, si se han estipulado más allá de los límites permitidos, se rebajan a los legales, porque la ley no hacía ninguna distinción entre ellos. Antes por el contrario, hablaba de intereses convencionales (y hoy la Ley 18.010 de “pacto de intereses”), expresión en la cual ambos quedan comprendidos y aún más, el concepto de intereses se extendió a una serie de cosas que jurídicamente no tienen tal calidad. ¿Habría dejado al margen aquellos que propiamente son intereses como son los penales? No parecía lógico pensarlo así, sobre todo teniendo presente el objeto de la ley, y su amplitud.⁵¹²

Con mayor razón, no cabe duda de que el Art. 8º de la Ley 18.010 se aplica a ambos tipos de interés. Sin embargo, el Art. 1544, al igual que el 2206 rigen para cualquier otra obligación que no sea de crédito de dinero, o saldo de precio en dinero de una compraventa.

Se ha aplicado esta sanción en un contrato de promesa en que se estableció una multa del 6% mensual por la no celebración del contrato prometido, la que fue rebajada al interés corriente.⁵¹³

Además los proveedores que cobren a los consumidores, en toda operación de consumo en que se conceda crédito directo al consumidor, intereses por sobre el máximo legal, cometen infracción a la Ley de Protección al Consumidor, quedando expuestos a las sanciones que ella establece.

⁵¹⁰ Gatica, ob. cit., Nº 175, pág. 234, creía que seguía vigente el Art. 2206 para los mutuos no pecuniarios, porque el Art. 1º de la Ley 4.694 sólo se refería a las obligaciones de dinero, pero olvidaba que la modificación de la Ley 11.234 lo extendió a toda operación de crédito, sin exigir que fuere de dinero.

⁵¹¹ Alessandri, ob. cit., pág. 111; Vodanovic, ob. cit., T. 3º, Nº 407. Se basan en que es lógico dar un distinto tratamiento al interés penal, y en la opinión aislada que el diputado señor Montecinos dio en tal sentido en el debate de la Ley Nº 4.694; G.T. de 1942, 2º sem., Nº 105, pág. 457, y RDJ, T. 52, sec. 2ª, pág. 60.

⁵¹² Somarriva, ob. cit., Nº 394, pág. 527, y *Cauciones*, Nº 34, pág. 36; Gatica, ob. cit., Nº 178, pág. 241.

⁵¹³ F.M. Nº 333, sent. 17, pág. 514.



369. *El anatocismo.* El anatocismo consiste en que los intereses devengados por el crédito y no pagados al acreedor se capitalizan y devengan a su vez intereses, esto es, se producen intereses de intereses.

Existe una desconfianza general hacia la institución, pues se presta a abusos y puede traducirse para el deudor en una verdadera catástrofe; de ahí que el Derecho Romano haya terminado por prohibirla totalmente, lo que se mantuvo durante el Medievo y en algunas legislaciones contemporáneas, como el Código alemán (Art. 289); el Código francés la aceptó con limitaciones (Art. 1154), que impiden los abusos: sólo por demanda judicial o convención posterior respecto de intereses debidos a lo menos por un año completo. Disposición semejante contiene el Código italiano (Art. 1283), pero reducido el plazo a seis meses.

Nuestro legislador vaciló mucho en la materia, desde prohibirla en forma absoluta en los Primeros Proyectos hasta llegar a la solución definitiva, que sólo contenía dos normas al respecto:

La primera es el Art. 1559, regla 3ª, que al reglamentar la indemnización de perjuicios por la mora de las obligaciones de dinero dispuso que los “intereses atrasados no producen intereses”, esto es, en el caso de incumplimiento no se producen de pleno derecho, pero nada dispone el precepto respecto de la estipulación de las partes.

En cambio, el Art. 2210, en el mutuo, dispuso expresamente que “se prohíbe estipular intereses de intereses”.

La legislación comercial aceptó a la inversa el anatocismo, pero con limitaciones análogas a las del Código francés: Art. 804 del C. Co. para el mutuo mercantil, y Art. 617 del mismo Código para la cuenta corriente mercantil, etc.

En materia civil se había dividido la doctrina respecto a lo que ocurre en otros contratos distintos al mutuo. Para algunos autores y fallos,⁵¹⁴ la prohibición del Art. 2210, no obstante su ubicación en el mutuo, era de carácter general, y en consecuencia no podía estipularse en convención alguna. No obstante ser efectivo que el legislador había agrupado las disposiciones sobre los intereses en el mutuo, pero a todas se les reconoce aplicación amplia, en este caso predominaba la opinión contraria por el carácter prohibitivo del precepto, y porque su infracción se sancionaba con la nulidad absoluta. Así lo estimaban la mayoría de los autores⁵¹⁵ y jurisprudencia.⁵¹⁶

El Art. 16 del D.L. 455 repitió la prohibición, pero lo permitió mediante demanda judicial o convenio especial, con tal que la deman-

⁵¹⁴ Barros Errázuriz, ob. cit., T. 2º, Nº 68. G.T. 1890, T. 2º, sent. 4.189, pág. 1.029.

⁵¹⁵ Alessandri, ob. cit., pág. 97; Gatica, ob. cit., Nº 212, pág. 285; Fueyo, ob. cit., T. 1º, pág. 339.

⁵¹⁶ Véase Repertorio, T. 4º, 2ª ed., pág. 299, Nº 30 y RDJ, T. 46, sec. 1ª, pág. 647.

da o convenio versara sobre intereses debidos al menos por un año completo.

El Art. 28 de la Ley 18.010 derogó el Art. 2210 del Código Civil, es decir, que de éste desapareció la prohibición de pactar intereses de intereses.

El Art. 9° de la misma ley dispone que “podrá estipularse el pago de intereses sobre intereses, capitalizándolos en cada vencimiento o renovación. En ningún caso la capitalización podrá hacerse por períodos inferiores a 30 días”. O sea, se da la solución inversa, y se acepta expresamente que se estipule el anatocismo. Aún más, el inc. final agrega que “los intereses correspondientes a una operación vencida que no hubieren sido pagados se incorporarán a ella, a menos que se establezca expresamente lo contrario”. Vale decir, también es la solución inversa al Art. 1559, regla 3ª.

Finalmente, el inc. 2° establece que los intereses capitalizados con infracción a lo dispuesto en el inciso 1° se consideran interés para todos los efectos legales, y en consecuencia, si con ello se excede el máximo convencional, se rebajan al interés corriente.

Pero el Art. 9° de la Ley 18.010 sólo se aplica a las operaciones de crédito de dinero. Para las demás rige la disposición del Art. 1559 regla 3ª. Esto es, en el caso de mora en el pago de una obligación de dinero, los intereses atrasados no producen intereses.

Pero, ¿qué ocurre en estos demás casos en que no rige el Art. 9° de la Ley 18.010? ¿Puede o no pactarse el anatocismo? La discusión es más o menos la misma que existía bajo la vigencia del Art. 2210 en cuanto a si éste era de aplicación general o sólo referido al mutuo.

Sin embargo, derogado el Art. 2210, no hay en el Código precepto alguno que prohíba el anatocismo, ya que el Art. 1559, regla 3ª, sólo se refiere a los intereses penales.

En consecuencia, si aún antes de esta derogación se pensaba que fuera del mutuo podía pactarse el anatocismo, no obstante sus múltiples inconvenientes, con mayor razón hoy hay que concluir que en virtud del principio de la libertad contractual es lícito pactar intereses de intereses.⁵¹⁷

Sección tercera

OBLIGACIONES CON PLURALIDAD DE OBJETOS

370. *Obligaciones de objeto simple y complejo.* Lo normal es que la obligación tenga un objeto y dos sujetos, acreedor y deudor.

⁵¹⁷ Véase 1ª edición de esta obra, N° 369, pág. 244.



LA NATURALEZA Y JUSTIFICACIÓN DE LOS INTERESES DEL CRÉDITO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE 8 DE OCTUBRE DE 2015, ROL N° 27802-2014

*The nature and justification of claims of
interest. Comment to the judicial resolution
of the Chilean Supreme Court of October 8th,
2015, no. 27082-2014*

JUAN LUIS GOLDENBERG SERRANO*
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE
SANTIAGO, CHILE

* Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Av. Libertador Bernardo O'Higgins N° 340, Santiago. Correo electrónico: <jgoldenb@uc.cl>. Este trabajo se inscribe en el proyecto FONDECYT Regular n° 1150182 ("La subordinación legal de créditos en la nueva legislación concursal").

RESUMEN: Este comentario pretende dar cuenta de los problemas que ha tenido la codificación (incluyendo la chilena) y, en consecuencia, la doctrina y la jurisprudencia en la configuración de la naturaleza y en la justificación de los intereses en el contexto de los préstamos de consumo. En este caso, la Corte Suprema, pretendiendo ofrecer una explicación basada en construcciones propias de la lógica dominical, inadvierte las dificultades que ha conllevado una formulación económica con un complejo encuadre en el plano legal. Y, con ello, entorpece la concreción del régimen jurídico de los intereses, los que deben ser observados desde la dinámica obligacional como el objeto de un crédito diverso, aunque dependiente, de aquél que pretende la restitución del capital.

PALABRAS CLAVE: intereses, frutos civiles, préstamo de consumo.

ABSTRACT: *This commentary aims to evidence the problems that the codification (including the Chilean code), and, consequently, the doctrine and the jurisprudence, have in the identification of the legal nature and the justification of interests in the context of loans. In this case, the Chilean Supreme Court, trying to offer an explanation based on a property-related logic, ignores the difficulties of an economic formulation with a complex legal framework. And, therefore, hinders the concretion of the legal regime of interests, which must be observed from the perspective of the obligations, as the object of a diverse, albeit dependent, claim than the one that seeks the restitution of the principal.*

KEYWORDS: *interest, civil fruits, loan.*

INTRODUCCIÓN

En la sentencia de 8 de octubre de 2015, nuestra Corte Suprema ha revisado la tenue separación que en muchas ocasiones existe entre las comisiones e intereses que se adeudan en el marco de las operaciones de crédito de dinero. La cuestión trataba de la calificación jurídica de un monto cobrado por la sociedad “Créditos, Organización y Finanzas S.A.” (COFISA S.A.), administradora de las tarjetas de la empresa DIN S.A., a título de una “comisión variable mensual”. Si ésta calificase como interés hubiese quedado manifiesto el exceso por sobre la tasa máxima convencional permitida para operaciones de crédito en moneda nacional no reajustables, iguales o inferiores a 200 unidades de fomento, de 90 días o más, que, a la época, ascendía a un 3,78%. Adicionalmente se hubiese tenido por infringido un avenimiento alcanzado entre el Servicio Nacional del Consumidor, DIN S.A. y COFISA S.A. ante el Vigésimo Tercer Juzgado de Santiago, de fecha 2 de marzo de 2006, que pretendía la creación de un nuevo modelo de cobro¹.

Para efectos de llevar a cabo su cometido, nuestro máximo tribunal emprendió la tarea de confrontar los conceptos de comisión e interés, para lo cual hizo uso de informes en derecho presentados en otras causas, circulares de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y, en lo que nos interesa en particular, a un conjunto de fuentes necesarias para la configuración del concepto y naturaleza de los intereses. Al efecto, no es nuestra pretensión dar cuenta de toda la temática que envuelve la citada sentencia, aunque, para no dejar al lector en la oscuridad ante el resultado, reseñamos que la Corte Suprema concluyó que la denominada comisión era efectivamente interés, toda vez que ella consistía en un monto aplicable por cada compra o evento de uso de la tarjeta, multiplicado por el mismo número de cuotas que el cliente hubiese elegido en la operación realizada, con dependencia y proporcionalidad respecto del capital. Conforme a lo anterior, acogiendo la demanda, con costas, condenó a la demandada al pago de dos multas de 50 unidades tributarias mensuales, en virtud de lo dispuesto en los artículos 39 y 37 b) de la Ley n° 19.496, y, de conformidad al artículo 8° de la Ley n° 18.010, tuvo por no escrita la estipulación del contrato de apertura de crédito y afiliación al sistema y uso de la tarjeta DIN.

¹ Rol n° 8615-2006, citada en el primer considerando de la sentencia comentada.

Más allá de la relevancia de la solución alcanzada por la Corte Suprema en lo que se refiere a fijar los deslindes entre las comisiones e intereses en las operaciones de crédito de dinero, lo que posteriormente se ha replicado conceptualmente en otras resoluciones², nos interesa centrarnos en la forma en la que se conceptualizan y fundamentan estos últimos, lo que se enuncia en el considerando décimo segundo de la sentencia en comento, que señala lo siguiente: “En cuanto al fundamento (por qué se generan), la decisión de que el dinero genere intereses cuando se encuentra en poder de una persona diferente de su legítimo titular, se justifica por la productividad natural del dinero; con base en su función de medio (y medida) de cambio, el dinero es el instrumento por excelencia para producir riqueza. Quien lo tenga siendo ajeno está disfrutando de esa productividad que corresponde al titular y debe pagarle por ello. Este fundamento es perceptible en el Código Civil chileno, cuando expresa que el interés es el fruto civil del dinero y que su propiedad corresponde a su dueño, salvo que la ley o el acuerdo de las partes dispongan lo contrario (artículos 647 y 648)”.

La explicación resulta llamativa, otorgando una justificación jurídica a la figura de los intereses que contrasta con la lacónica enunciación que podemos encontrar en otras sentencias de nuestros tribunales³, que parecen satisfacerse con replicar definiciones legales y precisar ciertos conceptos doctrinales básicos. Aquí, al contrario, la Corte Suprema ha pretendido indagar bastante más en el punto, aunque dejamos constancia de que sólo lo menciona a efectos de continuar con el razonamiento que importa para la solución del conflicto. Sobre este particular nos interesa puntualmente detenernos en ciertas aseveraciones efectuadas por el máximo tribunal que, si bien se amparan en nuestras normas legales, esconden ciertos problemas de ajuste que han sido detectados con insistencia en la larga discusión doctrinal sobre los intereses. Sin embargo, no pretendemos extendernos en todos los aspectos que rodean la figura,

2 Vid., por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, *Servicio Nacional del Consumidor con Inversiones y Tarjetas S.A.* (2015, rol n° 1077-2015).

3 Por ejemplo, sólo por mencionar una sentencia que trataba de la misma materia, y aun considerando que se trata de una resolución posterior, *vid.* la ya citada sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, *Servicio Nacional del Consumidor con Inversiones y Tarjetas S.A.* (2015, rol n° 1077-2015), en que simplemente se reitera la definición dada en el artículo 2 de la Ley n° 18.010. Esta forma de abordar el tema ya se había presentado, también a título ejemplar, en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago: *Fidelina Alvarado Haro con Servicio Nacional del Consumidor* (2005, rol n° 1329-2005).

que, como hemos indicado, han dado cuenta de sendos debates morales, religiosos, jurídicos y económicos⁴, sino sólo centrarnos en dos aspectos que nos parece necesario comentar: (i) la idea de la productividad natural del dinero, que le configuraría como cosa fructuaria; y (ii) la ajenidad del capital como justificación del crédito por intereses, bajo la perspectiva de la cesión por uso del dinero.

I. LA PRODUCTIVIDAD NATURAL DEL DINERO

1. *El dinero como cosa fructuaria*

La formulación dada por la sentencia de 8 de diciembre de 2015 puede ser inductiva a error producto de una primera imprecisión: parece evidente que el dinero, de por sí, no es una cosa *naturalmente* fructuaria. Como expresa BIONDI, con cierta ironía, “una suma de dinero que permanece cerrada en un cajón o una casa deshabitada, mal producirá frutos”⁵. De ello se desprende que la generación de intereses depende del caso en que el dinero haya sido objeto de un negocio jurídico, como en el caso del mutuo de dinero (o, en nuestro entorno, una operación de crédito de dinero regida por la Ley n° 18.010), o de una imposición legal, como una forma de evaluación de perjuicios proveniente de la mora en el cumplimiento de una obligación dineraria (artículo 1.559 del Código Civil), o como parte de una obligación de restitución, generalmente como una sanción a la mala fe (por ejemplo, artículos 907 y 2.300 del Código Civil)⁶.

Por ello, la expresión empleada por la sentencia en comento puede ser entendida como una toma de posición por parte de la Corte Suprema, dando por superada toda la problemática histórica con la que carga la figura de los intereses en el marco de los préstamos de consumo. Al efecto, desde el pensamiento de ARISTÓTELES se había indicado que el dinero es estéril (*pecunia non parit pecuniam*)⁷, de manera que no sería factible el

4 Un resumen sobre el punto se encuentra disponible en ZIMMERMANN (2006) pp. 166–177.

5 BIONDI (1961) p. 246.

6 Sobre la clasificación de los intereses en compensatorio, punitivo y lucrativo, *vid.* ESCRICHE (1852) p. 907.

7 ARISTÓTELES (1920) p. 27: “*El interés es el dinero del dinero; de todas las adquisiciones es la menos natural*”.

cobro de una suma superior a la que efectivamente hubiese sido recibida por el deudor sin atentar en contra de su naturaleza. Este pensamiento se extendió luego de la mano del cristianismo⁸, y permaneció con matices hasta las etapas anteriores a la codificación civil, como se observa incluso en las obras de DOMAT⁹ y POTHIER¹⁰, aseverando que el préstamo debía comprenderse como un contrato gratuito o de beneficencia¹¹. Ello, porque tratándose el dinero de un bien consumible, no podría ser objeto de un arrendamiento, considerando la destrucción asociada a su uso. A su vez, haciéndose el mutuario indefectiblemente dueño del dinero recibido, sólo quedaría obligado a restituir otro tanto del mismo género y calidad (en el caso, el *tantundem* estaría dado por otras tantas unidades del dinero prestado), y no una suma adicional por concepto de intereses. Ya volveremos sobre el punto.

Pero la posición asumida por el fallo corre en sentido diverso, cuestión que es entendible por la constatación de que nuestra legislación ha dispuesto expresamente que dichos intereses pueden ser calificados como frutos civiles del capital adeudado (artículo 647 del Código Civil), a pesar de las dificultades técnicas y contradicciones sistemáticas que, veremos, produce tal construcción¹². Pero no cabe duda que, incluso en esta posición, no puede indicarse que el dinero es naturalmente fructífero, a menos que se le esté considerando como bien de capital, como precisa la citada norma del Código Civil chileno. Lo anterior, como señala VILLAGRASA, implica entender que “[l]os intereses son el resultado de la productividad natural del capital, de su consideración dinámica en el mercado como bien productor de riqueza a través de su función de intercambio, y de esa

8 Para un resumen de los postulados históricos de su reprobación y su posterior evolución argumentativa, *vid.* VILLAGRASA (2002) pp. 32-73.

9 DOMAT (1767) pp. 60-75.

10 POTHIER (1861) pp. 63-100.

11 Obsérvese, al respecto, que el artículo 1395 II del Código Civil dispone que no hay donación “en el mutuo sin interés”, de modo que el carácter gratuito de esta suerte de contratos no transforma su naturaleza jurídica en razón de la mera liberalidad, puesto que, en su base, se construye como un título naturalmente lucrativo. Parece interesante destacar también que el artículo 1395 III del Código Civil agrega que “[p]ero lo hay en la remisión o cesión del derecho de percibir los réditos de un capital colocado a interés o a censo”, lo que denota el carácter diverso de los intereses en tanto constituye un derecho de crédito diferente al que corresponde al crédito por capital.

12 MAZZONI (1980) p. 81.

productividad deriva, como principio general del derecho, que la obligación pecuniaria produzca intereses”¹³.

Adviértase que el artículo 647 del Código Civil toma como base lo dispuesto en el artículo 584 del *Code Civil* francés que, sin dar cuenta del concepto de los frutos civiles, los enumeraba del siguiente modo: “[l]es fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes. Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe du fruits civils”. Sin embargo, llama la atención que tal norma se dispone en el contexto de los derechos del usufructuario (Libro II, Título III, Capítulo primero, Sección primera)¹⁴, y no, como en nuestro sistema, en el marco de la adquisición de los frutos por medio de la accesión (Libro III, Título V, Párrafo 1), lo que parece dar cuenta de un planteamiento más general respecto a su configuración¹⁵. No obstante, parece claro que su incorporación en la codificación francesa supuso un retiro consciente de los postulados de DOMAT y POUILLON antes referidos, con una mayor proximidad al pensamiento de BENTHAM, quien en su *Defence of Usury* (1787) sostenía que debe existir libertad en la determinación de los términos en las negociaciones de dinero (*money-bargain*). Y de TURGOT, quien (incluso antes) en su *Mémoire sur les prêts d’argent* (1770) denunciaba la incorrecta lectura de las escrituras y de la aplicación del Derecho natural sobre el punto. Ello, sólo por citar algunas opiniones discordantes con los postulados que, en la era de la codificación, eran habituales en la materia.

La construcción de un sistema capitalista, en que el centro de la creación de riqueza empieza a apartarse de la propiedad inmobiliaria, requiere de un reconocimiento legal de la productividad del capital y, por eso, la expresa declaración de licitud del pacto de intereses¹⁶. Así, configurado el mutuo como una relación jurídica capaz de generar una deuda por inte-

13 VILLAGRASA (2002) p. 186.

14 Lo anterior sin perjuicio de que, previamente, el artículo 547 del *Code Civil* se refiere al modo de su adquisición por medio de accesión, asimilándolo a los frutos naturales e industriales como derechos de accesión de aquello que produce la cosa (Libro II, Título II, Capítulo primero).

15 Estructura que se presenta también en el Libro II, Título primero, Sección primera del Código Civil holandés de 1838, al situar la conceptualización de los frutos en el contexto general de la clasificación de los bienes.

16 MAZZONI (1980) p. 81. Lo anterior, superadas las formulaciones alternativas que tendieron a plantearse a efectos de evitar la prohibición legal de intereses que, como expresa ZIMMERMANN (2006) p. 161, se fueron haciendo necesarias en la medida en que al término del s. XI se empezó a gestar una primera versión de lo que posteriormente sería considerado capitalismo, principalmente a efectos de financiar diversos emprendimientos, incluso militares, como las cruzadas.

reses, el dinero pasa a constituirse en un bien que puede estimarse como fructuario, pero sólo en tanto bien de capital. El dinero sigue siendo estéril, bajo el planteamiento aristotélico, pero su valor (no las piezas dinerarias) es considerado productivo¹⁷. Deja de ser cierto, en consecuencia, que éste tiene un carácter esencialmente consumible, a pesar de su fungibilidad, en la medida que su transferencia no produce su natural destrucción. Configurado de este modo, no parecen ofrecerse demasiados obstáculos para la realización de un paralelo con el arquetipo de la creación de riqueza dado en el modelo económico pre-capitalista (especialmente configurado por el arrendamiento de la propiedad raíz), de manera de generar una asimilación del interés con las rentas o cánones que, en este sentido, tendrían igual justificación económica, como expresa la codificación napoleónica.

Como señala METTETAL, las ganancias constitutivas de los frutos civiles (a diferencia de los naturales) dependen pura y simplemente de los actos jurídicos y no son propios de las normas de la naturaleza orgánica, de modo tal que el concepto de “frutos civiles” no resulta particularmente preciso sino en cuanto una reconducción ficta y legal.¹⁸ En otros términos, el ordenamiento jurídico puede interceder en la valoración del dinero como capital, principalmente como un medio de estímulo al ahorro, a fin de lograr la generación de intereses, pero siempre como consecuencia de un acto jurídico destinado a tal fin. Siendo éste el pensamiento que se plasma en la codificación civil, queda espacio para sostener que la productividad del dinero, derivado de las operaciones de crédito, constituye el resultado de un planteamiento más bien económico, que supone un complejo encuadre en las categorías jurídicas en las que se encuentra legalmente inserto¹⁹.

En resumen, el punto se resuelve como una premisa que ha pretendido incidir en la construcción de un sistema capitalista, desafiando a quienes históricamente habían optado por la negativa, transformando al dinero en una cosa fructuaria bajo la denominación de “capital”²⁰. El dinero, como

17 PASSERONI (1892) p. 9.

18 METTETAL (1863) p. 6.

19 Como indica VILLAGRASA (2002) p. 21, el desarrollo de la teoría del interés se planteó primero en una dimensión económica y sólo después el Derecho ha debido encuadrarla en la teoría general de las obligaciones.

20 En este sentido, la función del dinero como capital en el mutuo con pacto de abono de intereses es puesta de manifiesto por TOMASELLO (1994) p. 19.

capital, supone su configuración como un medio de producción de nueva riqueza, desligándose de su concepción original como medio de cambio²¹. Así, la sentencia en comento parece imprecisa al tiempo que señala que la instrumentalidad del dinero como fuente productora de riqueza se genera precisamente en razón de tratarse de “*su función (y medida) de cambio*”, la que se presenta ajena a la cuestión de la que tratamos como fundamentación de la producción de intereses.

2. El crédito por intereses

Aun comprendido el propósito del artículo 647 del Código Civil, la justificación jurídica de los intereses como frutos civiles debe resistir los embates en torno a su construcción dogmática. La reconducción, ya negada por POMPONIO bajo la fórmula conforme a la cual “‘El interés’ que percibimos del dinero no entra en los frutos, porque no proviene del mismo capital, sino de otra causa, esto es de nueva obligación (D. 50, 16, 121)²², da clara cuenta de la imposibilidad de la formulación propuesta en la codificación, situando su naturaleza en el objeto de una obligación, que incluso resultará diversa a aquélla que pretende la restitución del capital exigible²³. Este punto, si bien no quedó claramente reflejado en la norma, parece haber sido conocido por Bello, puesto que el Proyecto Inédito incluye una nota de referencia a POTHIER (*Du Douaire*, n° 204), texto en el cual se lee que “[l]es fruits civils sont les revenus d’une chose, qui n’ont aucunê trephysique, et ne consistent qu’en droits et créances, les que les subsistent par l’entendement: fructus civiles sunt qui in jure consistunt”²⁴. Es en este sentido en el que CLARO SOLAR²⁵, sin duda atendiendo las explicaciones de POTHIER, observa que la reconducción de todos los casos previstos en el artículo 647 del Código Civil a la idea de frutos no se ofrece sino en términos figurativos como forma de explicación intelectual de un crédito generado en virtud de una

21 MAZZONI (1980) pp. 97 y 101.

22 Traducción de “*usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, is est nova obligatione*”, efectuada por GARCÍA (1889) p. 926.

23 En razón de lo anterior, ESCRICHE (1852) p. 90, añade que los frutos civiles “son las rentas anuales que no provienen de la cosa misma, sino con ocasión de ella, *en virtud de una convención*” (el destacado es nuestro). Aunque debe llamarse la atención que no incluye en el catálogo de ejemplos a los intereses, a pesar de la formulación extensiva del concepto. Esta característica es también apreciable en el Código Civil español (artículo 355).

24 POTHIER (1827) p. 490.

25 CLARO (1992) p. 136.

relación jurídica prevista legal o convencionalmente. En similar sentido se pronuncia GUZMÁN BRITO, al señalar que “los intereses en realidad no son frutos civiles del derecho, como tampoco del capital; son propiamente el objeto de una obligación convencional o legal aparte [...]”²⁶.

En el contexto histórico también se aprecian antecedentes para dar cuenta de la dualidad de créditos. Así, en el ámbito romano el mutuo era esencialmente gratuito²⁷, aunque existiesen herramientas para el devengo de *usurae* (intereses): principalmente el *pactum*, aunque sin producir efecto obligacional alguno, sólo permitiendo evitar su devolución en caso de que ya hubiesen sido pagados mediante la correspondiente *exceptio*; y la *stipulatio* como promesa formal del mutuario, de modo tal que su importe fuese considerado en la correspondiente *condictio*²⁸. Sin embargo, incluso en este último caso, se suponía una duplicidad de causas para el pago del capital e intereses, especialmente por el hecho de ser una de ellas cierta y la otra incierta (D. 45, 1, 75, 9), razonamiento que es útil para comprender que ambas deudas puedan distinguirse, a pesar de que en la época post-justiniana se haya articulado la figura del *fenus* como una obligación con causa doble (*re et verbis*), dando una cierta unidad a ambas²⁹.

Por ello BIONDI indica que “los frutos civiles son siempre cosas incorpóreas, precisamente derechos de crédito. Fruto civil no es, en efecto, el dinero que constituye el interés del capital, la renta, el precio de alquiler, sino el derecho de obtenerlo”³⁰. Apreciado de este modo, los intere-

26 GUZMÁN (2006) p. 111.

27 Lo anterior, puesto que la figura del mutuo se habría centrado en razones de solidaridad, más que de lucro. MÚRTULA (1999) p. 2.

28 GUZMÁN (2013) pp. 819–820.

29 MÚRTULA (1999) p. 5.

30 BIONDI (1961) p. 246. Esta noción del crédito por intereses, a fin de poder tener cabida en el concepto previamente dado respecto a los frutos civiles, parece más clara en nuestro ordenamiento, al tiempo que permite la transformación de la obligación de pago de alimentos por medio de los intereses de un capital consignado (artículo 333 del Código Civil); en la clasificación de los frutos civiles en pendientes y percibidos, sujetándola a la deuda y el cobro (artículo 647 II del Código Civil); en cuanto al contenido del legado de crédito (artículo 1.127 del Código Civil); en la posibilidad de compensar los frutos civiles de las cosas donadas con las inversiones necesarias para el cumplimiento de los gravámenes pecuniarios o apreciables en dinero impuestos al donatario, y sus intereses (artículo 1.423 II del Código Civil); en las reglas de integridad del pago, que comprende los intereses debidos (artículo 1.591 II del Código Civil); en las reglas de imputación al pago (artículo 1.595 del Código Civil); en los efectos de la consignación respecto a la cesación del devengo de intereses (artículo 1.605 del Código Civil);

ses generados por una relación de mutuo serían constitutivos de un crédito diferente a aquel crédito de restitución del capital que, al menos en nuestro Código Civil, se justifica en una técnica de contrato real. Observado el punto, resultará que el crédito por intereses no podrá adquirirse por medio de la accesión, como supone el artículo 648 del Código Civil, puesto que éste comporta un modo de adquirir el dominio (artículo 588 del Código Civil) no aplicable a los derechos de crédito, cuyas fuentes se disponen en el artículo 1.437 del Código Civil. Asimismo, el objeto de tales frutos civiles –generalmente el dinero– tampoco podrá adquirirse por accesión (como ocurre normalmente con los frutos naturales), sino por tradición, en la medida en que éstos son realmente percibidos por el acreedor cuando ha tenido lugar el correspondiente pago³¹.

en los efectos extintivos de los intereses en razón de la novación, a menos que se exprese lo contrario (artículo 1640 del Código Civil); en relación con el pasivo de la sociedad conyugal (artículo 1.740, n° 1 del Código Civil); en la cesión de derechos litigiosos (artículo 1.913 del Código Civil); en la eventual deuda del mandatario al mandante por haber empleado dineros en utilidad propia y de los saldos que de las cuentas resulte en contra de aquél (artículo 2.156 del Código Civil); en la obligación del mandatario de pagar intereses sobre los anticipos de dinero (artículo 2.158 n° 4 del Código Civil); en el pago de lo no debido en que existe mala fe por parte del receptor (artículo 2.300 del Código Civil); en la obligación derivada del uso de dinero común por parte de los comuneros para el empleo en negocios particulares (artículo 2.308 del Código Civil); en la acción de reembolso del fiador (artículo 2.370 I del Código Civil); en el derecho de retención del acreedor prendario (artículo 2.396 del Código Civil); en las reglas de imputación al pago en materia de ejecución prendaria (artículo 2.402 del Código Civil) y anticresis (artículo 2.442 del Código Civil); en la posibilidad de compensación con los frutos de la cosa dada en anticresis (artículo 2.443 del Código Civil); en la configuración de la responsabilidad patrimonial universal (artículo 2.469 del Código Civil); en la extensión de la subordinación voluntaria de créditos (artículo 2.489 V del Código Civil); en la asignación de la misma preferencia asignada al capital (artículo 2.491 del Código Civil); y en la renuncia tácita de la prescripción extintiva (artículo 2.494 II del Código Civil). Así también, en el artículo 139 de la Ley n° 20.720, de 2014.

31 CAPITANT (1929) p. 262.

II. LA AJENIDAD DEL CAPITAL COMO JUSTIFICACIÓN DEL CRÉDITO POR INTERESES

1. *El problema derivado de la transferencia dominical del dinero*

Entendiendo que los intereses no pueden ser realmente constitutivos de frutos en los términos antes indicados³², es necesario dar cuenta de otras antinomias que presentan las disposiciones citadas por el fallo y, conforme a ello, la dicción de la sentencia. El problema de tal construcción se basa en la evidencia de que sólo por medio de una transferencia de la titularidad sobre el dinero es que, dependiendo del título, puede surgir la obligación del pago de intereses³³, dejando a salvo los casos en que el crédito por intereses tenga fuente legal. Así, atendida la fungibilidad del dinero, la entrega del mismo siempre envolverá un título traslativo de dominio³⁴, en razón del cual el mutuario, depositario irregular, acreedor prendario irregular, cuasi-usufructuario, entre otros³⁵, irremediablemente devendrá en su propietario, estando obligado a restituir, no las mismas monedas, sino otro tanto del mismo género y calidad (el denominado *tantundem*)³⁶. A partir de ello, GUZMÁN BRITO nos indica que “los intereses no son frutos del dinero capital, porque para ganarlos es necesario transferir la propiedad de aquél (cfr. 2.197 del Código Civil), es decir, perderlo jurídicamente”³⁷.

Siendo de este modo, parece imposible entender, como ha señalado la sentencia en cuestión, que alguien tenga el dinero en una calidad que implique que éste siga siendo de propiedad del mutuante, de modo que sólo en términos económicos, pero no jurídicos, es comprensible que el mutuario está disfrutando de la productividad de bienes que “*no le pertenecen legítimamente*” (como reza la sentencia) y que, por tanto, corres-

32 Obsérvese que nuestro Código, en algunos casos, efectúa distinciones entre frutos e intereses, como en materia de muerte presunta (artículo 89 del Código Civil), en las prestaciones mutuas en caso de nulidad (artículo 1.687 II del Código Civil), en las limitaciones a la prueba testimonial (artículo 1.709 III del Código Civil), en la identificación del haber de la sociedad conyugal (artículo 1.725 n° 2 del Código Civil) y en materia de lesión enorme (artículo 1.890 del Código Civil).

33 MAZZONI (1980) pp. 93-95.

34 ORREGO (2015) p. 530.

35 Para un completo estudio de estos actos y contratos irregulares, *vid.* GUZMÁN (2016).

36 GUZMÁN (2014).

37 GUZMÁN (2006) p. 111.

ponderían al concedente del crédito. Así, expresar que el interés es el fruto civil del capital y que su propiedad corresponde a su dueño (artículo 648 del Código Civil), no sólo desatiende la necesaria transferencia de la propiedad del dinero³⁸, sino también el hecho de que si éste hubiese permanecido en manos de su titular original (como en el caso que no se hubiese prestado) aquél no podría haber generado fruto alguno. Ello, porque no se habría puesto en movimiento la lógica económica para dar productividad al dinero (como capital), ni jurídicamente se hubiese constituido una relación sobre el mismo, que, para estos fines, es un requisito ineludible para la producción de los intereses.

A efectos de otorgar una conceptualización general, MARTÍN-RETORTILLO nos indica que los frutos civiles corresponden a “los rendimientos que se obtienen de la cosa mediante una relación legal o convencional establecida sobre la misma, por virtud de la que un sujeto distinto del propietario participa en el goce de la misma, satisfaciendo en equivalencia la cantidad representativa de la utilidad o ventaja económica que obtiene con el aprovechamiento o uso de la cosa”³⁹. No obstante, desde este punto de vista, el encaje de los intereses como frutos civiles aún se presenta de modo difuso, precisamente porque como resultado de su estructura jurídica no hay una simple entrega de la posibilidad de gozar de un bien ajeno, como ocurre con los precios, pensiones o cánones del arrendamiento o del censo, como se señala en los demás casos dispuestos en el artículo 647 del Código Civil. En estos últimos, al contrario, la característica común está dada por la permanencia del dominio en cabeza de quien ha cedido el goce (como arrendador o censualista), de lo que se concluye que aquí sí es posible señalar que sus frutos corresponden a su dueño, aunque la explicación tampoco resuelve el hecho de que, si no existiese el título conforme al cual se concede el goce al tercero, el bien no produciría fruto civil alguno.

38 De hecho, una aplicación textual del artículo 648 del Código Civil, en la materia que tratamos, llevaría al absurdo de sostener que dado que los frutos civiles (en este caso, los intereses) corresponden al dueño de la cosa fructuaria (en este caso, del capital), éstos serían de propiedad del mutuario, lo que evidentemente no es lo que la figura pretende.

39 MARTÍN-RETORTILLO (1951) p. 144.

2. El problema de la forma de adquirir los intereses (o, incluso, el crédito por intereses)

Esta cuestión también puede observarse desde otra óptica. En materia de frutos, la doctrina nacional ha insistido en que la referencia a su adquisición mediante el modo de la accesión discreta está errada, considerando que una mejor explicación pasa por una mera derivación de la facultad de goce presente en la definición del dominio (artículo 582 del Código Civil)⁴⁰. Sin embargo, ello podrá tener aplicación cuando estemos ante frutos naturales, que, como resalta PEÑAILILLO, no son sino una extensión física del objeto del dominio⁴¹, mas tal explicación resulta cuestionable cuando tratamos los intereses de los préstamos de consumo. En este punto, la construcción es más compleja: si la facultad de gozar es la que habilita al dueño para apropiarse de los frutos y productos que emanan de la cosa, sean naturales, sean civiles⁴², deberíamos entender que la cosa fructuaria debería permanecer en propiedad del mutuante⁴³. Lo mismo ocurre si distinguimos las facultades de goce y disposición por medio de la idea que únicamente la primera supone actos que no agotan el derecho del dueño⁴⁴, puesto que aquí, por los motivos indicados, el préstamo supondrá un título traslativo de dominio del objeto sobre el cual recae, de manera que requiere de un acto de disposición jurídica, produciendo precisamente un cese en los derechos del propietario.

En ambos casos, sostener lo contrario supone la construcción del préstamo a interés como una cesión temporal en el *uso* del bien que no logra realmente provocar una transferencia del dominio. Sin embargo, en nuestro sistema tal construcción deviene en un imposible, especialmente si se considera que, conforme al artículo 2.198 del Código Civil, se debe restituir

40 ALESSANDRI, SOMARRIVA y Vodanovic (2001) pp. 52 y 53; ROZAS (2004) p. 145 y PEÑAILILLO (2006) p. 201.

41 PEÑAILILLO (2006) p. 201.

42 ROZAS (2004) p. 77.

43 En este contrasentido incurre también nuestra jurisprudencia. Por ejemplo, al tiempo de calificar los intereses como frutos civiles, se ha expresado que estos son “los rendimientos o utilidades que el dueño de una cosa obtiene del goce de la misma, como una facultad inherente del derecho de dominio. Así aparece de lo dispuesto en los artículos 647 y 648 del Código Civil, precepto este último que se relaciona con el artículo 582 del mismo cuerpo legal, en el cual se expresa el concepto y contenido del mencionado derecho real”. Corte Suprema, *Empresa Constructora Loma Linda y Compañía Limitada con Fisco de Chile* (2016, rol n° 17111-2016).

44 ROZAS (2004) p. 77.

igual cantidad de cosas del mismo género y calidad. La transferencia del dominio producirá, en consecuencia, que la justificación del devengo de los intereses no pueda situarse técnicamente ni en el ejercicio de la facultad de goce propia del dueño, ni en el recurso a la accesión como modo de adquirir el dominio. Siendo de este modo, las expresiones dadas por la sentencia en comento, tales como que “*se encuentra en poder de una persona diferente de su legítimo titular*” y “*quien lo tenga siendo ajeno*”, se estiman ineficaces para una justificación dogmática del fundamento del devengo de intereses y se enmarcan, nuevamente, en una explicación capitalista del fenómeno.

3. La justificación de los intereses como cesión del uso del dinero

Los frutos civiles, como señalan ROZAS y PEÑAILILLO, constituyen la utilidad que se obtiene de una cosa como equivalente al uso y goce que de ella se da a un tercero⁴⁵, creación jurídica cuya definición, no prevista en el Código Civil, se obtendría a partir de los ejemplos dados en el artículo 647 del Código Civil⁴⁶. Respecto a los intereses, tal enunciación podría tener una justificación histórica. Al efecto, en el Derecho romano, el término *usurae* nos conduce etimológicamente a la idea de *usus*, de lo cual parece que es posible efectuar una construcción de éste, no como fruto del dinero, sino como el valor o precio estipulado en razón de su uso por parte de quien ha dejado de ser su titular⁴⁷. Esta idea, como rédito de sustitución, formulada como justificación del devengo de los intereses, se ha planteado en el BGB (§100) y en el *Codice Civile* italiano de 1942 (artículo 820), bajo la idea de la denominada *Nutzungstheorie*, en que, en el fondo, se sostiene una formulación que deslinda en un criterio económico de remuneración⁴⁸.

En nuestro entorno, ORREGO ACUÑA resume lo anterior advirtiendo que “[d]esde un punto de vista doctrinario, [*el interés*] es el precio por el uso del dinero [...] Desde un punto de vista jurídico, es el beneficio o utilidad del mutuante, como precio por el préstamo que otorga al mutuario”⁴⁹.

45 ROZAS (2004) p. 144 y PEÑAILILLO (2006) p. 202.

46 PEÑAILILLO (2006) p. 202.

47 MÚRTULA (1999) p. 1.

48 DAVID (2005) p. 51.

49 ORREGO (2015) pp. 547-548.

Veremos, sin embargo, que ambas construcciones presentan problemas. La primera afirmación sólo sería posible en la medida en que se sostuviese que se trata del precio de la utilidad que se procura en virtud de su uso⁵⁰, pero se disociará de los demás elementos que se agrupan en la categoría de los frutos civiles precisamente porque no se trata de una simple cesión de uso, sino de una transferencia dominical⁵¹. No ocurrirá lo mismo, por ejemplo, que en relación con la renta de arrendamiento, puesto que en este caso la justificación estará dada por la permanencia del dominio en poder del arrendador, de manera que el “precio” asignado por las partes será equivalente a la pérdida de la tenencia del bien, mas no a su dominio⁵². En cuanto al dinero, en cambio, la sola transferencia del dominio, justificada remotamente en el título que antecede a la entrega, le alejará de las demás expresiones constitutivas del género, de forma tal que sólo económicamente podrá sostenerse un precio por el uso, cuando, en la realidad financiera, estamos frente al precio del dinero. Pero, ya en la segunda referencia como “precio por el mutuo” o “precio del dinero”, la referencia tampoco es correcta desde una perspectiva jurídica. Si bien el préstamo de dinero y la compraventa se asimilan en que ambos constituyen títulos traslativos de dominio, en el primer caso el prestatario no sólo debe pagar el “precio” (intereses), sino que también debe restituir el *tantundem* del dinero recibido (capital)⁵³.

Ahora bien, la incardinación del mutuo en la figura del préstamo (añadiendo el sintagma “de consumo” en el artículo 2.196 del Código Civil) provoca que la distinción entre éste y el comodato se produzca en relación con el objeto sobre el cual recae, y que, en su configuración, supone un necesario desplazamiento patrimonial a favor del deudor. En ello todavía no hay asomo de una diferenciación en referencia al carácter gratuito u oneroso de la disposición, justificando que, en la esfera del Código Civil, el devengo de intereses sea excepcional y requiera de pacto expreso

50 CAILLOT (1887) p. 2.

51 MAZZONI (1980) p. 83.

52 A menos, como indica MAZZONI (1980) p. 83, que pudiese configurarse una especie de arrendamiento irregular, lo que no le parece posible en atención al bagaje jurídico continental. Lo anterior, a pesar de la justificación que SALMASIUS intentó dar en 1638 para el cambio de modelo, desde la idea que “*Locatur pecunia, quaerfoernoridatur, non alio modo, quamaedesautegeraut opera, pro quibusmercesexigitur ab is, quieaconduxerunt*”. Así, los intereses no serían considerados como usura, sino como *merces* (renta).

53 DAVID (2005) p. 53.

(artículo 2.205 del Código Civil)⁵⁴. Luego, poco espacio queda para dudar que, de igual modo en que el comodato se transforma en arrendamiento al tiempo de pactar una retribución, el mutuo deberá cambiar su fisonomía al tiempo de pactarse intereses⁵⁵. Es por ello que ESCRICHE nos indica que prestar dinero a interés no es efectivamente otra cosa que alquilarle, conceder su uso a otro por cierto tiempo⁵⁶; y que PLANIOL señala que constituye una cuestión técnica a examinar si el préstamo a interés no es más un tipo de arrendamiento que un verdadero préstamo⁵⁷. Tal observación permite acercar posiciones en la configuración del interés como fruto civil, en los términos previstos en el artículo 647 del Código Civil, justificando la integración de ambos elementos (rentas e intereses) a una misma tipología, aunque aún deban subrayarse las distancias entre un título de mera tenencia (el arrendamiento) y uno traslativo (el préstamo de consumo), fundadas asimismo por la naturaleza individual del primero y fungible del segundo⁵⁸.

CONCLUSIONES

Aun cuando han sido aceptados, la disciplina de los denominados “intereses remuneratorios” no tiene un ajuste sencillo en la estructura de los préstamos de consumo. De tal suerte, la transferencia dominical, derivada de las características de su objeto (especialmente el dinero), provocará sendas dificultades en su justificación y provocará ineludibles distancias con las demás partidas que integran la categoría de los frutos civiles. En suma, su permisión se ha cifrado en expedientes eminentemente económicos, en el marco de la articulación financiera de lo que en Chile denominamos “operaciones de crédito de dinero”, como sustento de un sistema capitalista basado esencialmente en flujos y no en bienes físicos. Ahora bien, al tiempo en que parte de nuestra doctrina, influyendo asimismo

54 Aunque en la órbita de las operaciones de crédito de dinero, cabe recordar que el artículo 12 de la Ley n° 18.010 dispone que “[l]a gratuidad no se presume en las operaciones de crédito de dinero. Salvo disposiciones de la ley o pacto en contrario, ellas devengan intereses corrientes, calculados sobre el capital o sobre capital reajustado, en su caso”.

55 BASOZABAL (2004) p. 15.

56 ESCRICHE (1852) p. 908.

57 PLANIOL (1917) p. 651.

58 DAVID (2005) p. 54.

en nuestra jurisprudencia, no observa las dificultades de encuadre de los intereses en la lógica general del sistema, deja de advertirse que éstos configuran el objeto de un crédito diverso (aunque no por ello completamente independiente) al que se refiere a la restitución del capital. A partir de tal inadvertencia se dificulta la concreción de su régimen jurídico, en especial por la insistencia de insertarlos en las lógicas dominicales de las facultades de goce o de la accesión.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio (2001): *Tratado de los Derechos Reales. Bienes* (Sexta Edición, Santiago, Editorial Temis S.A.).

ARISTÓTELES (1920): *Política* (versión castellana de Nicolás Estévanez) (París, Editorial Garnier Hermanos).

BIONDI, Biondo (1961): *Los bienes* (traducción de la segunda edición italiana, revisada y ampliada por Antonio de la Esperanza Martínez-Radio) (Barcelona, Editorial Bosch).

BASOZABAL, Xavier (2004): *Estructura básica del préstamo de dinero (sintagma, interés, usura)* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).

CAILLOT, Joseph (1887): *L'acquisition des fruits par le possesseur en droit romain* (París, Editorial Imprimerie de Charles Noblet).

CAPITANT, Henri (1929): *Introduction a l'étude du Droit Civile. Notions générales* (París, Librairie de l'a Cour d'Appel et de l'ordre des avocats).

CLARO, Luis (1992): *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, T. VII (De los bienes, segunda parte) (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

DAVID, Vincent (2005): *Les intérêts de sommes d'argent* (Poitiers, LGD).

DOMAT, Jean (1767): *Les loix civiles dans leur ordre naturel* (Liv. I, Tit. VI) (París, Savoye Libraire).

- ESCRICHE, Joaquín (1852): *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (París, Librería de Rosa).
- GARCÍA, Ildelfonso (1889): *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, T. III (Barcelona, Jaime Molinas).
- GUZMÁN, Alejandro (2006): *Las cosas incorporales en la doctrina y en el Derecho positivo* (Segunda Edición Actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- (2013): *Derecho privado romano* (Santiago, Legal Publishing Thomson Reuters).
- (2014): “El concepto de crédito en el Derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 21, n° 2, pp. 439–452.
- (2016): *Los actos y contratos irregulares en el Derecho chileno* (Santiago, Ediciones UC).
- MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo (1951): “Clases de frutos en el Código civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 4, n° 1, pp. 139–155.
- MAZZONI, Marco (1980): “Gliinteressi di capitale e la loro classificazione come frutticivile”, *Studi Senesi*, XVII, fascículo 1, pp. 78–127.
- METTETAL, Alfred (1863): *De l’acquisition des fruits en droit romain et en droit francais* (París, Thèse pour le Doctoral, Typographie de Henri Plon).
- MÚRTULA, Virginia (1999): *La prestación de intereses* (Madrid, Mac Graw Hill).
- ORREGO, Juan (2015): *Los contratos reales. Legislación, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae).
- PASSERONI, Émile (1892): *Du prêt à intérêt en Droit romain et en Droit français: histoire et droit* (Niza, Imprimerie Spéciale du Petit Niçois).
- PEÑAILILLO, Daniel (2006): *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

PLANIOL, Marcel (1917): *Traité élémentaire de Droit civil* (París, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence).

POTHIER, Robert-Joseph (1827): *Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit français, T. Cinquième, Traité du contat de mariage – Du douaire – De la garde noble et bourgeoise- du préciput légal des nobles* (París, Pichon-Béchet).

—(1861): *Ouvres de Pothier annotées et mises en correlation avec le Code civil et la legislation actuelle par M. Bugnet, Deuxième édition, T. Cinquième* (París, Cosse et Marchal / Henri Plon).

ROZAS, Fernando (2004): *Los bienes* (Santiago, Lexis Nexis).

TOMASELLO, Leslie (1994): *Las obligaciones de dinero: régimen de reajuste e intereses* (segunda edición, Valparaíso, Edeval).

VILLAGRASA, Carlos (2002): *La deuda de intereses* (Barcelona, EUB).

ZIMMERMANN, Reinhard (2006): *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition* (Ciudad del Cabo, Juta).

NORMAS CITADAS

Código Civil, del 14 de diciembre de 1855, última versión del 20 de marzo de 2018.

Ley n° 18.010, del 27 de junio de 1981, que establece normas para las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero que indica.

Ley n° 19.496, del 7 de marzo de 1997, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

Ley n° 20.720, del 9 de enero de 2014, que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, *Servicio Nacional del Consumidor contra Créditos, Organización y Finanzas S.A.* (2015): 8 de octubre de 2015, rol n° 27802-2014, *Westlaw* CL/JUR/6020/2015.

Corte Suprema, *Empresa Constructora Loma Linda y Compañía Limitada contra Fisco de Chile* (2016): 17 de octubre de 2016, rol n° 17111-2016, *Westlaw* CL/JUR/8014/2016.

Corte de Apelaciones de Santiago, *Fidelina Alvarado Haro contra Servicio Nacional del Consumidor* (2005): 8 de noviembre de 2005, rol n° 1329-2005, *Westlaw* CL/JUR/4968/2005.

Corte de Apelaciones de Santiago, *Servicio Nacional del Consumidor contra Inversiones y Tarjetas S.A.* (2015): 11 de diciembre de 2015, rol n° 1077-2015, *Westlaw* CL/JUR/7746/2015.