

120

Gabriel Hernández Paulsen
(Coordinador)

COVID-19 e incumplimiento contractual



tirant
lo blanch
ALTERNATIVA



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

120

Gabriel Hernández Paulsen
(Coordinador)

COVID-19 e incumplimiento contractual



tirant
lo blanch
ALTERNATIVA



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación y miembro de
El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUBBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania)
Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

COVID-19 E INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

ERIKA ISLER SOTO
FRANCISCA ROMÁN SANTANA
FRANCISCO MERCADAL VIDAL
GABRIEL HERNÁNDEZ PAULSEN
GIOVANNI BERTI DE MARINIS
HUGO CÁRDENAS VILLARREAL
JAVIER H. WAJNTRAUB
JUAN LUIS GOLDENBERG SERRANO
LUIS LIZAMA PORTAL
MARÍA CRISTINA GAJARDO HARBOE
MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ
NATALIA RUEDA
PABLO A. CORNEJO AGUILERA
RODRIGO PARRA SALAMANCA

Autores

GABRIEL HERNÁNDEZ PAULSEN

Coordinador

tirant lo blanch

Valencia, 2020

3. Consideraciones en torno a la revisión del contrato por cambio de circunstancias sobrevenidas en Chile¹

Hugo Cárdenas Villarreal²

Rodrigo Parra Salamanca³

Es un hecho que la pandemia de la enfermedad producida por el coronavirus está teniendo y tendrá en el futuro importantes efectos en el sistema de intercambio de bienes y servicios que está en la base de las economías contemporáneas. Desde el punto de vista del derecho de los contratos, no cabe duda que el principal problema estará constituido por el gran número de obligaciones que derechamente no podrán cumplirse o cuyo cumplimiento será altamente gravoso para el deudor, dadas las condiciones que la propagación de la enfermedad a impuesto al tráfico económico.

El problema puede ser leído entonces en clave de las herramientas que puede proporcionar el derecho privado para tratar de satisfacer de la mejor manera posible los intereses de las partes contractuales, en las graves circunstancias en que nos encontramos inmersos. En el contexto referido, además de la noción del caso fortuito y la fuerza mayor, resurge con gran fuerza la llamada doctrina de la imprevisión o de la revisión del contrato ante circunstancias sobrevenidas.

El objetivo de las siguientes líneas es entonces analizar en términos generales la discusión en torno a la noción y a la viabilidad de las herramientas referidas para lidiar con los problemas que la emergencia sanitaria está causando en los contratos. Sostendremos como hipótesis que la doctrina de la revisión del contrato puede ser una buena solución para la situación actual y que, contrariamente a los que comúnmente se afirma, una revisión de la jurisprudencia reciente revela una creciente aceptación de la doctrina en la jurisprudencia de los tribunales.

Estructuralmente, la exposición está dividida en tres partes. En la primera, revisaremos las diferentes herramientas que posee nuestro derecho de contratos para enfrentar situaciones de excepción como la pandemia, haciendo énfasis en las limitaciones de las excusas del deudor ante el incumplimiento; en la segunda, analizaremos los presupuestos conceptuales y efectos principales de la teoría de la imprevisión; y en la tercera y última parte, analizaremos los pronunciamientos de la jurisprudencia sobre la posibilidad de revisión del contrato, destacando aquellas que permiten asentar un antecedente de aplicación de la teoría para futuros litigios originados por COVID-19.

¹ Este trabajo corresponde a la versión escrita de la ponencia presentada en el seminario internacional “COVID-19 e incumplimiento contractual. Perspectiva nacional y comparada”, que fue anotada y comentada por Rodrigo Parra.

² Abogado. Profesor Asociado del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: hcardenas@derecho.uchile.cl.

³ Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile.

1. El caso fortuito como herramienta de solución ante los incumplimientos obligacionales asociados a la pandemia

Ante todo, conviene partir por una precisión que, por obvia, no siempre es advertida. Nos referimos a que la pandemia de COVID-19 no puede ser calificada en abstracto como caso fortuito o fuerza mayor respecto de todas las obligaciones contractuales que debieron cumplirse desde que la misma fue declarada. En términos generales, quien quiera defenderse de una demanda que se fundamenta en el incumplimiento de una obligación invocando el caso fortuito, deberá demostrar que —en concreto— un hecho de la naturaleza o una acción humana le ha hecho imposible cumplir con su obligación. Y por poco que analicemos la pandemia que nos aqueja como hecho impeditivo, nos daremos cuenta que la misma no hace imposible el incumplimiento de todo tipo de obligaciones. Así, por ejemplo, no concurrirá caso fortuito respecto de la obligación del prestador de un servicio catalogado como esencial, si solo algunos de sus trabajadores se encuentran diagnosticados con COVID-19. Al contrario, si concurrirá caso fortuito en relación a la obligación de entrega del vendedor de un bien catalogado como no esencial, si las bodegas donde se encuentran dichos bienes no pueden funcionar en atención a la restricción impuesta por la autoridad, respecto de la apertura de determinados establecimientos.

Dicho lo anterior, también conviene recordar que —desde la óptica de la teoría de las obligaciones—, el caso fortuito constituye un modo de extinguirlas que se conoce como imposibilidad sobrevenida (no imputable) de cumplimiento, cuyo fundamento es situado por la tradición en la máxima *impossibilium nulla, obligatio est*.

El ordenamiento jurídico chileno recoge este modo de extinguir las obligaciones en las normas contenidas en los artículos 1670 y siguientes del Código Civil respecto de la pérdida sobrevenida de la cosa que se debe. Según la disposición referida, “cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación”. De ahí que se puede decir, que la regla general de nuestro sistema es que deja de estar obligado aquél a quien el cumplimiento de una obligación se le ha hecho imposible, cuando menos, respecto de la imposibilidad sobrevenida y absoluta (que no le sea imputable). En lenguaje de incumplimiento, lo más que se podrá decir —no sin un poco de exceso del lenguaje—, es que el incumplimiento de la obligación estará justificado.

Hasta aquí me parece que se puede decir que hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia nacional.

Sin embargo, como el Código no reguló otros supuestos de imposibilidad y, hasta la fecha, ni la doctrina civil ni la jurisprudencia han hecho el necesario trabajo de construcción y sistematización normativa que le es propio, de momento existen más dudas que certezas sobre el régimen jurídico de este modo de extinguir. Así, por ejemplo, no existe acuerdo sobre cuál será la extensión del concepto de imposibilidad que utilizaremos, ¿cabría hablar de imposibilidad económica?; no sabemos si se aplicará la misma regla extintiva a la imposibilidad parcial o temporal, ¿extinción parcial?

¿suspensión temporal? ¿con que requisitos?; y no sabemos con precisión si la noción podría aplicarse en algún caso a obligaciones de género.

Una cuestión distinta, que casi siempre enrarece la discusión sobre el efecto extintivo de la imposibilidad, es lo que pasa con la distribución de los riesgos ante la ocurrencia de un caso fortuito o —lo que es lo mismo en lenguaje contractual—, de qué es lo que pasa con la obligación correlativa cuando una o varias de las obligaciones de un contrato se tornan imposibles de cumplir.

Respecto de este último aspecto, nuevamente el Código Civil no contiene una regulación general y, nuevamente, expresa su regulación más reconocida en el artículo 1550 del CC. respecto del riesgo de pérdida de la cosa de especie o cuerpo cierto. Así, cuando se produce un caso fortuito que acarrea una imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de una obligación de dar (porque la cosa se destruye), el riesgo será de cargo del acreedor porque seguirá obligado a cumplir con su correlativa obligación, no pudiendo solicitar su restitución en caso de haberla cumplido.

Nuevamente, tal regulación no contempla todo el espectro de obligaciones que conforman el tráfico jurídico. En efecto, nada indica el Código Civil respecto de la distribución del riesgo ante la imposibilidad de cumplimiento de obligaciones de hacer y no hacer, y menos aún, de la —aunque menos probable— imposibilidad de cumplimiento de obligaciones de dar una cosa genérica. Sobre tales supuestos, la doctrina nacional parece ir avanzando hacia un acuerdo en reconocer la imposibilidad del cumplimiento como una forma de extinguir las obligaciones de aplicación general, aunque no hace extensible la regulación del riesgo prescrita por el artículo 1550 del CC., ya referido. En tal sentido, se suele referir que fuera de la expresa regulación legal de la obligación de dar una especie o cuerpo cierto, el riesgo sería del deudor. De esta manera, la doctrina nacional parece coincidir con lo prescrito por algunos instrumentos de derecho uniforme como el denominado Marco Común de Referencia, que en su artículo 3:104 (4) señala explícitamente que una imposibilidad definitiva ajena a la esfera de control del deudor extingue la obligación.

Así las cosas, respecto de la distribución del riesgo, se puede afirmar que la doctrina parece moverse hacia un rechazo de la aplicación general de la regla de distribución que el Código dispuso para la imposibilidad sobrevenida no imputable que se produce cuando se pierde la cosa que se debe. Si la regla del 1550 es excepcional, se podría decir entonces que se está avanzando hacia una comprensión en que la regla general del sistema es que en casos de imposibilidad de cumplimiento el riesgo lo soporta el deudor.

En una apretada síntesis, se puede decir que hasta el momento tenemos una relativa claridad sobre la suerte de la obligación que deviene imposible (se extinguirá) y sobre la suerte de su correlativa (también se extinguirá), cuando la imposibilidad es absoluta, con independencia de que se trate de una obligación de entregar una cosa específica, una genérica, o de hacer (o no hacer). No obstante lo anterior, persisten las dudas respecto de la imposibilidad temporal y de la imposibilidad parcial.

De todo lo expuesto se aprecia que la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento parece tener un campo acotado de aplicación en el contexto de la crisis sanitaria, generado tanto por la escasa regulación de esta figura (limitada a un tipo de obligaciones), como por el hecho de que los efectos económicos de la actual pandemia

no parecen enmarcarse como constitutivos de una imposibilidad que pueda catalogarse como absoluta y permanente. Al contrario, los efectos de la pandemia en los contratos se enmarcarán principalmente en imposibilidades temporales de cumplimiento y, dentro del tipo de obligaciones afectadas se encontrarán mayormente las dinerarias. Y al tratarse de obligaciones genéricas, no pueden considerarse como imposibles de cumplir sino que, a lo sumo, su cumplimiento se considerará más gravoso para el deudor.

Por lo indicado, y sin perjuicio de que la contingencia es una inmejorable oportunidad para que la jurisprudencia vaya perfilando el régimen jurídico de la imposibilidad en los extremos que permanecen oscuros, parece oportuno explorar la viabilidad de otras herramientas normativa que nos puedan ayudar a resolver los graves problemas que en los negocios contractuales está causando la emergencia sanitaria y los actos de autoridad que buscan controlarla.

2. Otra solución disponible: los presupuestos y efectos de la doctrina de la revisión del contrato

La doctrina de la revisión del contrato o imprevisión busca otorgar una solución a aquellos casos donde, sin existir un caso fortuito que torne imposible el cumplimiento de la obligación, aquella se torna excesivamente onerosa para una de las partes. Así, constituye una herramienta que busca hacer frente a la alteración sobrevenida de las circunstancias que se tuvieron en consideración al momento de contratar, morigerando el rigor del principio de *pacta sunt servanda*. Si bien esta teoría no es novedosa en la doctrina nacional, en la práctica, su invocación e impacto jurisprudencial ha sido más bien escaso, aunque esta situación parece estar cambiando en el último tiempo.

Por lo anterior, conviene que nos detengamos a analizar los presupuestos y efectos de esta teoría, para luego abocarnos a revisar su reconocimiento en nuestra jurisprudencia. En cuanto a sus presupuestos, se ha reconocido que son tres los requisitos de la teoría de la imprevisión: debe tratarse de un hecho fuera del control de las partes e imprevisible al momento de contratar; tal hecho debe generar una excesiva onerosidad que torna, sin hacerlo absolutamente imposible, gravoso el cumplimiento de las obligaciones; y, finalmente, no debe haberse asumido el riesgo por alguna de las partes. Sin perjuicio que la determinación de las condiciones de aplicación de esta teoría debe realizarse en concreto, atendida la naturaleza de las obligaciones y el objeto de aquellas, cabe realizar algunas consideraciones generales sobre sus requisitos.

Con respecto a la primera condición de aplicación, resulta evidente que la actual pandemia constituye un hecho fuera del control de las partes, lo que no significa necesariamente que haya sido imprevisible al momento de contratar. Para determinar su imprevisibilidad habrá que estarse a la época de celebración del contrato, y establecer un marco temporal desde el cual puede afirmarse con seguridad que, al menos en Chile, era previsible la propagación de la enfermedad. Distinto será el análisis si, por ejemplo, el contrato constituye una compraventa de carácter internacional, donde se deberá considerar otras variables relacionadas al avance del COVID-19. Un hito temporal para considerar desde cuando la pandemia podría ser considerada un hecho previsible, lo constituye la declaración de Alerta Sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y publicada con fecha 8 de febrero de 2020 en el Diario Oficial.

Sobre el segundo presupuesto de la teoría de la imprevisión, consistente en que tal hecho imprevisible y externo provoque una excesiva onerosidad que torna gravoso el cumplimiento de las obligaciones, el análisis se torna aún más complejo. Por un lado, las obligaciones de dinero, generalmente no se extinguen por imposibilidad del cumplimiento o caso fortuito puesto que, técnicamente hablando, siempre se podrán cumplir. De ahí que podamos decir que la noción de la revisión del contrato es especialmente útil para tratar los problemas de cumplimiento que presentará este tipo de obligaciones en el contexto de la crisis sanitaria y económica que la acompaña. Así, por ejemplo, en un contrato de suministro la crisis puede provocar que, para el suministrado, sea excesivamente gravoso el pago mensual de los productos entregados, atendida la orden de autoridad que impide abrir sus locales comerciales; o, por poner otro ejemplo,

en un contrato de arrendamiento a la empresa que desarrolla el rubro de la administración hotelera le puede resultar excesivamente gravoso mantener el pago mensual del canon de arrendamiento pactado para 25 años, teniendo en cuenta una temporada normal de turistas. Con todo, el tipo de obligación que se torna excesivamente gravosa puede revestir una naturaleza diferente. A modo de ejemplo, respecto del constructor en un contrato de construcción a suma alzada puede estimarse que, atendida la limitación emanada de la autoridad para realizar labores solo a los trabajos de carácter esencial, el cumplimiento de su obligación de hacer dentro del plazo estipulado puede convertirse en excesivamente onerosa. Como vemos, los ejemplos corresponden a situaciones de diversa naturaleza, siendo relevante efectuar siempre el análisis desde las concretas circunstancias de las partes.

Por último, con respecto al tercer presupuesto, cabe tener en cuenta que la asunción del riesgo por alguno de los contratantes puede tener tres fuentes: la ley, la naturaleza de las obligaciones del contrato, y la existencia de expresas cláusulas contractuales. Sobre la primera, un característico ejemplo lo constituye el artículo 2003 N° 1 del Código Civil, que impide al constructor, en un contrato a suma alzada, pedir un aumento del precio por un incremento del valor de la mano de obra o los materiales. Por su parte, una distribución de riesgos derivada de la naturaleza de las obligaciones asumidas por las partes se puede observar en un contrato de intermediación de productos financieros, donde quien actúa como inversor conoce y acepta el riesgo derivado de tales contratos. Según veremos al tratar las recientes sentencias que se pronuncian sobre la teoría de la revisión del contrato, tal criterio resulta fundamental. Por último, cabe tener en cuenta que las partes por expresa estipulación contractual pueden haber acordado que alguna de ellas asuma determinado riesgo, disciplinando con ello la naturaleza imprevisible de determinado hecho. Tal cuestión merece un análisis que excede los límites de estas consideraciones iniciales, pero cabe tener en cuenta que la respuesta no pasa solo por la literalidad de la respectiva estipulación.

En cuanto a los efectos de la teoría de la imprevisión, partamos por advertir que se trata de una de las cuestiones que genera mayor controversia entre los autores que abogan por su recepción. En general se reconoce que la aplicación de la teoría de la imprevisión implica un deber de renegociación entre las partes y que, en caso de fracaso, procede desde la terminación del contrato hasta su adaptación por un tercero imparcial. La cuestión de los efectos de la imprevisión es una materia que merece ser tratada con especial cuidado y que, por lo mismo, excede también el objeto de estas líneas. Sin perjuicio de ello cabe tener presente que su tratamiento está directamente ligado a la naturaleza del procedimiento donde se ventile el conflicto entre las partes, no resultando lo mismo, por ejemplo, que el tercero imparcial llamado a conocer de la disputa sea un árbitro arbitrador o el juez que debe fallar conforme a derecho. Incluso, la posibilidad de renegociación entre las partes está vinculada al diseño institucional de dichos procedimientos, según permitan o no al tribunal proponer bases de acuerdo.

3. La recepción de la doctrina de la revisión del contrato en la reciente jurisprudencia nacional

En forma más o menos generalizada, se ha indicado que la jurisprudencia nacional es reacia a la aplicación de la teoría de la imprevisión. En lo que sigue, daremos cuenta de que esa afirmación no se corresponde con la realidad y que, por el contrario, se observan indicios que permiten augurar una creciente utilización de la teoría de la revisión del contrato en la jurisprudencia chilena.

Una primera discusión en torno a la doctrina se dio en la primera década del siglo XXI. En este periodo se verifica una de las primeras aplicaciones explícitas de la teoría en la jurisprudencia ordinaria, al tiempo que la llamada crisis del gas, hizo que la teoría de la imprevisión se discutiera en profundidad y se aplicara en dos importantísimos casos que conoció la justicia arbitral.

Respecto de las primeras aplicaciones de la doctrina en la jurisprudencia ordinaria, puede verse lo fallado en *Larraín Vial con Serviu Metropolitano* en el año 2006 por la Corte de Apelaciones de Santiago. Este caso ha sido considerado por parte de la doctrina como un paso relevante en la consolidación de la doctrina de la revisión del contrato aunque, por supuesto, el fallo recibió también críticas por parte de algunos autores que estimaron que en el caso no se cumplían los requisitos de aplicación de la doctrina. Del mismo periodo, pero ahora con una posición contraria a la doctrina de la revisión del contrato, puede verse *South Andes Capital S.A. c/ Empresa Portuaria Valparaíso*. En el caso (fallado en el año 2009), ante una demanda de cobro de honorarios por una asesoría en el sector financiero, se rechazó explícitamente la aplicación de la teoría de la imprevisión, indicándose 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”.

También de la primera década del siglo son dos fallos de la justicia arbitral dictados en los años 2007 y 2008 (*Empresa Eléctrica Guacolda S.A. c/ Empresa Minera Mantos Blancos S.A.*; y *Gas Atacama Generación S.A. c/ Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A. y otros*). Estos casos son de radical importancia para entender la evolución de la doctrina en el ámbito nacional y proyectar una posible aplicación para resolver la crisis que vivimos hoy, puesto que se dieron precisamente en el contexto de una grave crisis energética y económica (la crisis del gas natural). En concreto, ambos casos hacían alusión a modificaciones relevantes en la estructura de costos del mercado de la generación eléctrica, que hacían excesivamente oneroso el cumplimiento de contratos anteriormente pactados. Es importante advertir que en los dos casos se reconoció con contundencia que se puede aplicar la doctrina de la imprevisión en el contexto del ordenamiento jurídico chileno (y en especial, en el marco del Código Civil), no obstante que a la postre solo en uno de ellos se dio lugar a la demanda, declarando la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobreviviente.

Ya en la segunda década de lo que va de siglo, la jurisprudencia chilena empezó a mostrar más aplicaciones de la teoría de la imprevisión, sobre todo en el contexto de contratos de construcción. En esta época se puede ver lo resuelto en *Larenas y cía. con*

Universidad de Chile en el año 2012. En el caso, relativo a un contrato de construcción a suma alzada, se falló que “si en un contrato de esta naturaleza se produce una circunstancia grave, absolutamente imprevista e indispensable para la ejecución de la obra, es factible reconocer la teoría de la imprevisión y corresponderá al juez de la causa apreciar dicho presupuesto fáctico”. No obstante que los fallos sobre imprevisión que se observan en la jurisprudencia chilena no suelen referirse a disposiciones normativas específicas se debe tener presente que, tratándose de contratos de construcción a suma alzada, el artículo 2003 N° 2 del Código Civil consagra con todas sus letras un caso de imprevisión. De hecho, tal disposición es normalmente aludida como uno de los argumentos a favor de la recepción de la teoría de la revisión del contrato por causas sobrevivientes dentro del Código Civil.

Dentro de esta misma segunda década puede verse también en contexto de revisión contractual lo fallado por la Corte de Apelaciones de Rancagua en el año 2018 en *Arauco S.A. con I. Municipalidad de Coltauco y otro*. En el caso se acogió una pretensión indemnizatoria por el incumplimiento de un contrato de construcción a suma alzada, ordenando al mandante la indemnización de los gastos generales ocasionados a raíz del aumento del plazo, que tenía como causa los incumplimientos de la Municipalidad. A grandes rasgos, los incumplimientos atribuidos a la demandada consistían en la falta de entrega de información precisa y fidedigna del proyecto, la falta de la entrega oportuna de los terrenos, la tardanza en la entrega de las factibilidades de agua potable rural y los errores en la entrega de información sobre la cantidad y número de cámaras domiciliarias a construir.

Acogiendo la demanda y accediendo a la indemnización indicada, la Corte de Apelaciones dejó dicho que “siendo un hecho establecido que los dos últimos aumentos del plazo de ejecución se debieron a hechos no imputables a la empresa contratista, no es posible imponer a esta última la carga de soportar los costos asociados, dado que tales hechos, tal como fueron calificados por el propio asesor jurídico de la Municipalidad constituyen hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito, acorde con la teoría de la imprevisión, la que si bien no tiene una regulación legal expresa sí ha sido aceptada por la doctrina y jurisprudencia, tanto judicial como administrativa, para frenar la excesiva onerosidad sobreviniente que la ejecución de un contrato puede provocar para el contratista”. Incluso, luego el mismo fallo alude como fundamento normativo para la aplicación de la teoría de la imprevisión a la buena fe contractual, precisando que “no obstante que el presente contrato era a suma alzada, no resulta ajustado a la buena fe contractual que la cláusula 11.1 de las Bases Administrativas Generales, se interprete en el sentido de que el contratista no puede pedir indemnización por mayores gastos derivados de las ampliaciones de plazo no imputables a su parte”. Cabe tener presente que dicha sentencia fue confirmada por la Corte Suprema.

Es muy importante advertir que si bien el fallo podría haberse fundamentado desde la hipótesis de imprevisión que regula el artículo 2003 N° 2 del Código Civil, en los hechos no se fundamentó de esa manera. En efecto, alejándose de una lógica de especificidad, el razonamiento del tribunal construye la justificación de la aplicación de la teoría de revisión del contrato desde el principio de la buena fe.

Ya en la tercera década del siglo, dadas las excepcionalísimas circunstancias en la que nos encontramos, el turno para pronunciarse sobre la imprevisión parece ser de la Corte Suprema. Y precisamente en un fallo que se emitió hace apenas unos días (ya instalada la crisis), y a propósito de un caso no expresamente regulado, la Corte Suprema tuvo la ocasión de dejar escrito que la teoría es aplicable en nuestro medio. En efecto, en *Forex Chile S.A con Godoy* (fallo de 20 de marzo de 2020), la Corte Suprema se pronunció *obiter dictum* en forma favorable a la aplicación de la teoría de la imprevisión en Chile.

Nos parece que este fallo constituye un antecedente fuerte para la futura aplicación de la doctrina de la imprevisión a casos donde sí concurren los requisitos que la hacen aplicable. Tal caso versó sobre un contrato de intermediación financiera donde el demandante Forex Chile S.A. prestaba los servicios de administración y asesoría para la inversión en el mercado internacional de instrumentos financieros. Frente a la pérdida de todo el monto que tenía disponible el demandado en su cuenta de inversiones, que provocó un saldo negativo de \$72.900.885.-, que a la vez debió ser cubierto por el demandante, Forex Chile S.A. demandó el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios; solicitando en definitiva que el demandado, en su calidad de cliente e inversor, asumiera el valor de la pérdida, pagando el monto indicado. Junto a ello solicitó la indemnización del lucro cesante y de perjuicios extrapatrimoniales.

Anulando la sentencia de alzada y dictando sentencia de reemplazo, la Corte Suprema acogió la pretensión de cumplimiento, indicando que la repentina baja del precio de las acciones donde el demandado tenía invertido su dinero era un hecho ajeno a la voluntad de las partes, y que si bien tal situación podría ser considerada dentro de lo que la doctrina denomina teoría de la imprevisión, “de conformidad con el artículo 1560 del Código Civil y el tenor de las declaraciones del Sr. Godoy en torno a conocer los riesgos de invertir en el mercado informal extra bursátil y su comportamiento anterior al hecho sobreveniente durante los meses de junio a septiembre de 2014, *excluyen en el caso de autos la aplicación de la imprevisión*” (énfasis añadido).

Como se ve, en dicha sentencia el máximo tribunal reconoció que en el ordenamiento nacional resulta posible aplicar la teoría de la revisión del contrato como defensa del deudor, pero que para su aplicación se requiere el cumplimiento estricto de sus requisitos. Dentro de ellos, se encuentra que el deudor no haya asumido el riesgo del hecho imprevisible. En tal sentido, en base a la interpretación contractual, estimó la Corte que el demandado estaba en conocimiento que sus inversiones implicaban un alto nivel de riesgo, y que por tanto, él debía cargar con éste. Por ende, no procedía la excusa del deudor basada en la teoría del cambio de circunstancias.

Como se aprecia, los fallos referidos constituyen antecedentes relevantes para evaluar la posible aplicación de la teoría de la imprevisión. Y, como se pudo ver, la Corte Suprema más que renegar en forma tajante la imprevisión contractual (como se ha querido hacer ver por un sector de la doctrina), parece efectuar un análisis estricto de sus requisitos, encontrando a la vez su sustento normativo en el artículo 1546 del Código Civil.

A lo anterior cabe agregar que la figura ha vuelto a estar en la discusión de la doctrina nacional, presentándose incluso un nuevo proyecto de ley que busca su consagración legal, mediante la inserción de un artículo 1546 bis en el Código Civil. Además de ello no debe olvidarse que la Corte Suprema emitió un informe durante el año 2017, donde

analizó profusamente los requisitos de la imprevisión contractual, lo que demuestra, al menos, el interés existente en la materia y el conocimiento de sus presupuestos y ámbito de aplicación.

Como apreciación final, cabe tener en cuenta que la doctrina de la revisión del contrato es parte del Derecho Común, y que ha sido consagrada positivamente en casi todas las codificaciones contemporáneas y por los instrumentos de armonización del derecho de las obligaciones después de haber sido acogida por vía jurisprudencial (p. e., en Francia y Argentina). Además, precisamente a propósito del COVID-19, organismos internacionales como el EUROPEAN LAW INSTITUTE han incluido dentro de sus recomendaciones que los estados deben garantizar que ante situaciones de excesiva onerosidad para una de las partes, aquellas deben iniciar renegociaciones, incluso cuando dicha posibilidad no encuentra sustento normativo.