

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 PENAILILLO (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 (*Leistungskondiktio*). 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 (*Versio-nsanspruch*) 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 veces 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 *condictio* 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 levisima.

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 perjui-

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, ligándosele 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 imprevisto 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.