

## IMPREVISIÓN Y COVID-19: SOBRE EL ROL DE LOS TRIBUNALES Y LA LEY EN TIEMPOS DE CRISIS

## UNFORESEEN EVENTS AND COVID-19: ON THE ROLE OF COURTS AND STATUES IN TIMES OF CRISIS

Ernesto Vargas Weil\*

### RESUMEN

Este artículo analiza el rol del juez y el legislador en el desarrollo del derecho privado chileno, a propósito del reciente proyecto de ley que busca recoger la teoría de la imprevisión en el *Código Civil* como reacción a los efectos económicos de la crisis del COVID-19. Por un lado, sostiene que la discusión en torno a este proyecto ha hecho emerger un cierto consenso respecto de la conveniencia de acoger esta teoría, pero que la forma adecuada para ello sigue siendo una pregunta abierta. En ese contexto y con base en elementos de derecho comparado, teoría del derecho y análisis económico del derecho argumenta que, en el caso chileno, la mejor ruta para acoger dicha teoría es una reforma legislativa, pero que el proyecto de ley propuesto no tiene la profundidad técnica requerida para ello. Por el otro lado, argumenta que crisis generales e imprevistas, como la del COVID-19, deben ser abordadas mediante legislación especial, no por reformas legales generales o cambios jurisprudenciales que impliquen cambios de paradigma.

161

**PALABRAS CLAVE:** teoría de la imprevisión; crisis del COVID-19; cambio legal, trasplantes jurídicos; derecho de contratos comparado

---

\* Profesor asistente, departamento de derecho privado, Universidad de Chile. Dirección postal: Avenida Santa María n.º 076, piso 3.º, Providencia, Santiago, 7520405, Chile. Correo electrónico: ernesto.vargas@derecho.uchile.cl

El autor agradece a Lucas Sierra, Pablo Fuenzalida, Gloria Cornejo y Álvaro González por los comentarios que hicieron a un borrador preliminar.

Recepción: 2020-09-01; aceptación: 2021-05-19.

## ABSTRACT

This article discusses the role of courts and legislators in the development of Chilean private law in the context a recent bill that seeks to enact the French *théorie de l'imprévision* in the Chilean Civil Code as a reaction to the economic effects of the COVID-19 crisis. On the one hand, it holds that the public discussion triggered by this bill has led to the emergence of a certain consensus regarding the convenience of accepting this theory, but that the most adequate path for this remains an open question. In this context and relying on elements of Comparative Law, Legal Theory and Law and Economics it argues that, in the Chilean case, the best route to bring this doctrine into the legal system is a legislative reform, but that the proposed bill does not have the technical depth required for it. On the other hand, it argues that general and unforeseen crisis, as that of the COVID-19, should be dealt by special emergency legislation, not by judicial or statutory general reforms aiming to introduce new legal paradigms.

KEYWORDS: *théorie de l'imprévision*; COVID-19 crisis; legal change; legal transplants; comparative contract law

162

## INTRODUCCIÓN:

## EL JUEZ Y LEGISLADOR FRENTE AL COVID-19

El derecho civil patrimonial tiene algo de geológico. Sus normas, principios y doctrinas constituyen el soporte conceptual básico sobre el cual se estructura buena parte del resto del derecho privado. Normalmente, la “corteza jurídica” provista por el derecho civil parece estática<sup>1</sup>, ya sea porque los cambios en ella ocurren por la lenta erosión de sus doctrinas o mediante reformas que parecen afectar sólo los márgenes del sistema, típicamente mediante legislación especial en ámbitos como el derecho del consumo o el arrendamiento de inmuebles con fines habitacionales. Sin embargo, de vez en cuando, presionado por alteraciones violentas en la vida social, el derecho civil sufre cambios abruptos que alteran rápida y permanentemente alguna de sus bases esenciales.

Estas transformaciones pueden ocurrir tanto por vía legislativa como judicial. En la tradición civil, la intuición es asumir que esos cambios ocurren, en general, por la primera. No obstante, en la práctica, ello no es siempre así. Cambios jurídicos requeridos como respuesta a problemas prácticos pueden ocurrir mediante cualquiera de ellas. Esto se vuelve evi-

---

<sup>1</sup> Ver WATSON (1995), p. 469.

dente cuando se compara cómo diferentes sistemas jurídicos reaccionan ante los mismos problemas de la vida real<sup>2</sup>. Por ejemplo, tanto el *Código Civil* chileno<sup>3</sup> como el alemán<sup>4</sup> establecen como principio básico que la prenda es un contrato real, esto es, que el deudor debe entregar la cosa objeto de la prenda al acreedor para dar lugar a la caución (en Alemania, *Faustpfandprinzip*)<sup>5</sup>. Para principios del siglo XX, las limitaciones que la prenda con desplazamiento imponía al financiamiento de actividades comerciales y productivas eran evidentes en ambas jurisdicciones<sup>6</sup>. En Chile, el problema fue abordado desde la década de 1920 por el legislador mediante sucesivas leyes especiales que admitieron y regularon explícitamente la prenda sin desplazamiento en una variedad de contextos específicos<sup>7</sup>. En Alemania, en cambio, a pesar del intenso *lobby* de industriales y comerciantes, el legislador no alteró el principio hasta mucho después<sup>8</sup>. Sin embargo, como en la práctica los deudores de todas formas traspasaban la propiedad sobre bienes muebles para obtener financiamiento, reteniendo su tenencia vía *constituto posesorio*, los tribunales se vieron forzados a desarrollar una doctrina para protegerles en caso de insolvencia de los acreedores. En los hechos, esta doctrina generó una suerte de prenda sin desplazamiento de fuente judicial (*Sicherheitseigentum*)<sup>9</sup>.

Sin embargo, la “equivalencia funcional” de ambas soluciones no implica que el procedimiento formal mediante el cual el derecho privado se adapta a nuevas realidades sea irrelevante. Más allá de un tema de legitimidad política, hay buenos argumentos para que, al menos, dos tipos de reformas ocurran por vía legislativa: soluciones de emergencia y cambios de paradigma. En Chile, la crisis del COVID-19 ha plantea-

<sup>2</sup> Esto es siguiendo el método funcional del derecho comparado. Ver ZWIGERT y KÖTZ (1998), pp. 32-47.

<sup>3</sup> Artículo 2384 CC.

<sup>4</sup> § 1205 BGB.

<sup>5</sup> HERRESTHAL (2018), p. 666. Hoy existe un tratamiento positivo en materia procesal y de quiebras que facilita esto. Ver § 771 ZPO y §§ 47 y 51 InsO.

<sup>6</sup> La prenda con desplazamiento presenta importantes problemas prácticos para financiar un negocio. Por un lado, priva al deudor del uso de un bien necesario para llevar adelante su actividad y, por otro, impone al acreedor la necesidad de custodiar esos bienes, lo que regularmente crea problemas prácticos, especialmente cuando el acreedor es un banco que no desea mantener bienes muebles de sus acreedores en su poder.

<sup>7</sup> Ley n.º 4097 sobre contrato de prenda agraria, de 1926; y ley n.º 5687 sobre contrato de prenda industrial, de 1935.

<sup>8</sup> Al respecto ver SCHUBERT (1990).

<sup>9</sup> WILHELM (2016), p. 12. Esta evolución ha sido analizada especialmente por Wiegand como un ejemplo de cómo se ha debilitado la separación dogmática entre el derecho de bienes y el derecho de obligaciones. Al respecto puede verse WIEGAND (1987); WIEGAND (1990); y, WIEGAND (1999).

do ambos problemas. Por un lado, la pandemia pareciera haber creado circunstancias que podrían dar lugar a uno de esos infrecuentes casos en que la presión acumulada bajo la corteza del derecho civil pudiera liberarse para reconfigurar uno de los presupuestos más estables de nuestro derecho privado. Después de casi un siglo de discusión, el entendimiento irrestricto del principio de la fuerza obligatoria del contrato contenido en el *Código Civil* (artículo 1545) podría estar cediendo a la presión por recibir la denominada teoría de la imprevisión<sup>10</sup>. Por ahora, la urgencia por acoger dicha teoría parece haber disminuido, gracias a la dictación de legislación de emergencia<sup>11</sup> y cierta expectativa de un retorno a la normalidad. Sin embargo, hay indicios que permiten especular que la crisis del COVID-19 pudo haber fracturado el *statu quo* que reina en esta materia desde la entrada en vigor del *Código Civil* en 1857.

El aspecto más visible de este fenómeno es la presentación de un (nuevo) proyecto de ley para acoger por vía legislativa la teoría de la imprevisión durante la “primera ola” del COVID-19 (mayo de 2020)<sup>12</sup>. Sin embargo, más que el proyecto en sí, lo que resulta interesante es la reacción que éste causó en la comunidad jurídica nacional. Este no es el primer proyecto de ley que busca introducir la teoría de la imprevisión en el país y tampoco hay razones que hagan prever que vaya a ser más exitoso que los anteriores. Lo que llama la atención es que, como resultado del impacto de la crisis del COVID-19 en la vida social, esta vez, la teoría de la imprevisión fue objeto de debate público. Esto merece atención *per se*: aunque a los profesores de derecho les cueste advertirlo, la dogmática del derecho privado no es interesante para el público general. Por ello, que la recepción de la teoría de la imprevisión haya sido un tema de interés en la contingencia nacional sugiere que la crisis del COVID-19 dio, por primera vez, una dimensión tangible y un sentido urgencia a esta doctrina que va más allá de la discusión académica.

No obstante, el interés en el mencionado proyecto de ley no revela un apoyo transversal a una reforma legal que acoja la teoría de la imprevisión en Chile, sino todo lo contrario. En la discusión pública la moción fue recibida con escepticismo. Por un lado, se argumentó que su eficacia temporal la hacía inútil, ya que no sería aplicable a los contratos en curso afectados por la pandemia. Por el otro, se cuestionó su necesidad, toda vez que la legislación vigente otorgaría a los tribunales las herramientas necesarias para resolver los problemas de imprevisión. Con todo, esta discusión no advirtió suficientemente que el principal problema del proyecto es que

<sup>10</sup> Una idea similar ha sido sugerida por MOMBERG y PINO (2020), p. 2.

<sup>11</sup> Ley n.º 21226, de 2020.

<sup>12</sup> Ver III abajo.

éste busca introducir una reforma general con motivo de una emergencia concreta. Al hacer esto, tanto la moción como sus críticos confunden dos problemas que es necesario distinguir: en primer lugar, si es que la legislación propuesta permitiría a los tribunales resolver de mejor manera las disputas contractuales derivadas de una crisis concreta, en este caso, una emergencia sanitaria; y, en segundo lugar, si el derecho chileno requiere, en general, consagrar en forma positiva la teoría de la imprevisión para facultar a los jueces para hacerse cargo de imprevistos sobrevinientes que alteren gravemente el equilibrio del contrato. Lo significativo de esta discusión es que da cuenta de un aparente cambio ideológico: de una disputa doctrinaria centrada en si la teoría de la imprevisión debe ser recogida en el derecho chileno, se pasó (al menos por unos meses) a una discusión de interés público sobre cuál es la mejor forma de aceptarla.

Este artículo aborda esta discusión desde la perspectiva del cambio jurídico en el derecho privado. Sobre la base de elementos del derecho comparado, teoría del derecho y el análisis económico argumenta, primero, que cuando un ordenamiento jurídico se ve sobrepasado por circunstancias excepcionales y masivas –como la crisis del COVID-19–, estas deben afrontarse mediante leyes especiales, dejando la discusión de reformas generales para un momento posterior. En segundo lugar y mirando hacia el futuro, sostiene que la discusión pública en torno al nuevo proyecto de ley para dar cabida a la teoría de la imprevisión en Chile hizo emerger un cierto consenso respecto de la conveniencia de acoger esta doctrina, pero que la forma para ello sigue siendo una pregunta abierta. A este respecto, el trabajo plantea que, consideradas las particularidades del derecho chileno, la mejor ruta para reconocer la teoría de la imprevisión en el derecho nacional es una reforma legislativa, pero que el proyecto de ley propuesto no tiene la profundidad técnica requerida para ello.

El artículo se estructura de la siguiente manera. A continuación:

- I) describe brevemente el contenido y contexto de la denominada teoría de la imprevisión. Luego
- II) da cuenta de la recepción por la comunidad jurídica nacional del reciente proyecto de ley que busca introducir esta teoría en Chile y
- III) analiza sus implicancias. La última sección
- IV) discute el rol que le debiera caber a los tribunales y al legislador en tiempos de crisis y concluye con una reflexión sobre el futuro de la teoría de la imprevisión en Chile.

## I. CONTEXTO: IMPREVISIÓN EN CHILE Y EN EL DERECHO COMPARADO

En Chile se conoce como teoría de la imprevisión a una doctrina inspirada en la jurisprudencia del máximo tribunal administrativo francés, el Consejo de Estado<sup>13</sup>, que permite revisar los contratos en curso cuando hechos sobrevinientes alteran radicalmente el equilibrio de sus prestaciones. Esta doctrina tiene sus antecedentes históricos en una interpretación de los textos romanos por parte de algunos juristas medievales que hace de la mantención de las circunstancias bajo las cuales las partes celebraron un contrato un requisito de su obligatoriedad<sup>14</sup>. Para el siglo XIX esta doctrina carecía de adherentes, siendo rechazada en forma abierta tanto por la codificación francesa como por la alemana<sup>15</sup>. Sin embargo, a partir de la primera guerra mundial, doctrinas basadas en el cambio de circunstancias fueron ganando progresivamente popularidad en los sistemas civiles. En Alemania, durante la hiperinflación del año 1923, aprovechando la amplitud de la cláusula de buena fe contractual del BGB (§ 242), esta idea se impuso por vía judicial en la forma de la teoría de la caída de la base del negocio jurídico (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*)<sup>16</sup>. Conforme a ella, si las representaciones y finalidades compartidas con que las partes entran a un contrato resultan gravemente alteradas con posterioridad a su celebración, su contenido puede ser revisado judicialmente<sup>17</sup>. En países que emprendieron codificaciones durante el siglo XX, como Italia, esta idea fue recibida en forma positiva (artículo 1467 *Codice Civile*) y, en otros, como Alemania, fue incorporada posteriormente mediante reformas legales (ver actual § 313 BGB). En cambio, en Francia, la Corte de Casación se negó a seguir las aguas del derecho administrativo, oponiéndose durante la mayor parte del siglo pasado a recibir la teoría de la imprevisión<sup>18</sup>.

En términos generales, el derecho chileno siguió un curso parecido al de Francia. Fuera del caso fortuito, nuestro *Código Civil* no reconoció

<sup>13</sup> Ver Cons. d'Etat, 30 de marzo de 1916.

<sup>14</sup> El primer desarrollo de esta doctrina es atribuido generalmente a Baldo de Ubaldi. Por ejemplo, GORDLEY (2006), p. 347.

<sup>15</sup> GORDLEY (2006), pp. 347, 348.

<sup>16</sup> Ver RGZ 107, 78. El antecedente inmediato de esta doctrina es la teoría de los presupuestos (*Voraussetzungen*) del contrato desarrollada por Windschied a mediados del siglo XIX, bajo la influencia del pensamiento de Savigny. Si bien el BGB rechazó esta teoría, recogió algunos de sus elementos, lo que permitió que luego fuera resucitada por su yerno, Oertmann, en la forma de "base del negocio jurídico" (*Geschäftsgrundlage*), poco antes de que la crisis del marco se convirtiera en hiperinflación. RIESENFELD (1989), pp. 5, 6. A este último respecto, ver sección IV abajo.

<sup>17</sup> LARENZ y WOLF (2004), pp. 698-704.

<sup>18</sup> Por ejemplo, Cass. civ., 6 de marzo de 1876 y Cass. soc. 08 de marzo de 1972.

a los cambios imprevistos de circunstancias la capacidad de morigerar la fuerza obligatoria de los contratos, y los tribunales tampoco desarrollaron jurisprudencia en ese sentido<sup>19</sup>. Sin embargo, el estatus de la teoría de la imprevisión en Chile y la conveniencia de su recepción han sido discutidos desde hace casi cien años<sup>20</sup>. Si bien en ese lapso se han presentado varios proyectos de ley para reconocerla en forma positiva, y también existen algunos fallos que dan cuenta de intentos aislados de desarrollarla por vía judicial, lo cierto es que –contrario a la tendencia dominante del derecho comparado– la teoría de la imprevisión nunca ha tenido en Chile el impulso suficiente para convertirse en derecho<sup>21</sup>.

En buena medida, esto parece resultar de una histórica falta de consenso en la comunidad jurídica nacional, tanto sobre la conveniencia de relativizar el dogma de la fuerza obligatoria del contrato, como de la necesidad de modificar el texto del *Código Civil* para ello. La opinión históricamente dominante en nuestra doctrina es que el derecho chileno no acoge la teoría de la imprevisión<sup>22</sup>. Sin embargo, desde hace varias décadas se ha planteado la posibilidad de acoger judicialmente alguna versión de ésta. Por ejemplo, Jorge López Santa María ha argumentado que el principio de buena fe contractual permitiría a los tribunales desarrollar una versión chilena de la teoría de la imprevisión<sup>23</sup>. A nivel arbitral, es conocido un fallo de 1996<sup>24</sup> que acogió la teoría de la imprevisión en el contexto de un contrato de construcción a suma alzada<sup>25</sup> y, tal como señala la moción, existe también alguna jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en este sentido, también recaída en casos de mayores costos derivados de circunstancias imprevistas en el contexto del mismo tipo de contratos<sup>26</sup>.

La doctrina ha permanecido dividida respecto de la conveniencia de regular legislativamente la teoría de la imprevisión. Por una parte, suele

---

<sup>19</sup> En un caso significativo, por ser casi paralelo al desarrollo de teoría de la caída de la base del negocio en Alemania, la Corte Suprema chilena resolvió que “los tribunales carecen de facultad para derogar o dejar sin cumplimiento la ley del contrato, ya sea por razón de equidad, o bien de costumbre o reglamentos administrativos”, G. con Fisco (1925). Para un fallo más reciente de la Corte Suprema, excluyendo explícitamente la teoría de la imprevisión, ver *South Andes Capital S.A. con Empresa Portuaria Valparaíso* (2009), considerando 10.º.

<sup>20</sup> Ver DE LA MAZA (1933).

<sup>21</sup> Ver discusión más abajo.

<sup>22</sup> LÓPEZ (2005), pp. 302-304 y ABELIUK (2009), pp. 132, 133.

<sup>23</sup> LÓPEZ (2005), pp. 315-318.

<sup>24</sup> EMOS y Sociedad Constructora La Aguada Limitada (1996).

<sup>25</sup> ILLANES (1996).

<sup>26</sup> El caso más conocido es *L. V. G. con Servicio de la Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana* (2006).

argumentarse que acoger dicha doctrina arriesgaría erosionar la fuerza obligatoria de los contratos<sup>27</sup>. Por otra parte, los partidarios de su regulación legal estiman que un tratamiento positivo proveería mayor certeza a las partes en cuanto al destino y alcance de las acciones que se interpongan en la materia<sup>28</sup>. De acuerdo a un reciente artículo de Rodrigo Momberg y Alberto Pino, escrito a propósito de crisis del COVID-19, la mayoría de la doctrina chilena estaría a favor de acoger la teoría de la imprevisión, a través del principio de buena fe contractual<sup>29</sup>. Con todo, determinar cuán extendida está realmente esa opinión es difícil<sup>30</sup>. En los hechos, la falta de consenso que ha prevalecido hasta ahora parece reflejarse en la presentación y fracaso de varias iniciativas legales en la materia. Por ejemplo, en 1991 un grupo de Diputados presentó una moción para incorporar la teoría de la imprevisión en el *Código Civil*<sup>31</sup>, la que, no obstante ser aprobada por la Cámara Baja en 2001, fue archivada por el Senado en 2004. El proyecto fue reeditado con posterioridad sin registrar avances sustantivos<sup>32</sup>. Con todo, dichas iniciativas han generado un interesante cúmulo de antecedentes sobre cómo la teoría de la imprevisión es percibida por la comunidad jurídica nacional, incluyendo un oficio emitido por la Corte Suprema en 2017 a instancias del Senado, informando sobre este proyecto<sup>33</sup>.

## II. LA REFORMA DEL COVID-19

La crisis del COVID-19 ha agregado un nuevo capítulo a este desarrollo. El 5 de mayo de 2020, esto es, en pleno auge de la primera ola de la pandemia, un grupo de senadores presentó una moción que buscaba consagrar la teoría de la imprevisión en el *Código Civil*<sup>34</sup>. Conforme indica la exposición de motivos del proyecto, el antecedente tras esta reforma sería el impacto en los contratos de la crisis económica derivada de la pandemia generada por el virus COVID-19. La moción propuso regular la teoría de la imprevisión por la vía de incluir un nuevo artículo

<sup>27</sup> Por ejemplo, ILLANES y DÖRR (2000), pp. 221-231.

<sup>28</sup> Por ejemplo, MOMBERG (2010), p. 61.

<sup>29</sup> MOMBERG y PINO (2020), p. 9.

<sup>30</sup> Tal como se señala más adelante en este artículo, por una cuestión de autoselección, quienes escriben sobre este tema en contextos académicos tienden a ser quienes son favorables a esta teoría.

<sup>31</sup> Boletín n.º 309-07. Existen otras, por ejemplo, boletín 5290-07.

<sup>32</sup> Boletín n.º 11204-7

<sup>33</sup> Corte Suprema, oficio n.º 94-2017.

<sup>34</sup> Boletín n.º 13474-07.



1546 bis en el *Código Civil*<sup>35</sup>. Esta disposición reconocería un derecho a renegociación a la parte de un contrato cuyas obligaciones se hubieren vuelto desproporcionadamente más onerosas a causa de circunstancias imprevisibles al momento de su celebración. En caso de fallar dicha negociación, la reforma permitiría a las partes poner término al contrato en las condiciones que decidan. A falta de acuerdo, la parte afectada podría recurrir al juez para que revise el contrato o le ponga término en el plazo y bajo las condiciones que determine. Desde la perspectiva de sus efectos en el tiempo, la reforma sólo sería aplicable a contratos suscritos con posterioridad a su entrada en vigor.

La moción no entrega mayor explicación sobre cómo la reforma se relaciona con los efectos de la pandemia, pero da ciertos antecedentes generales respecto de la recepción de la teoría de la imprevisión en el país y el derecho comparado. En primer lugar, da cuenta de que esta teoría habría sido admitida paulatinamente en Chile por tribunales arbitrales y, en menor medida, por tribunales ordinarios<sup>36</sup>. Agrega que la doctrina también es reconocida a nivel comparado, y refiere en forma sumaria a la experiencia de Alemania, Italia y Perú. En segundo lugar, la moción explica que la legislación nacional de contratos es una adaptación del derecho civil francés y que, siguiendo tal modelo, la jurisprudencia chilena ha sido históricamente reacia a reconocer la teoría de la imprevisión, por considerar que los jueces no pueden sustituir a las partes para reescribir o modificar un acuerdo que ellas alcanzaron de manera libre y espontánea. Sin embargo, conforme señala el proyecto, en ambas jurisdicciones, la teoría de la imprevisión se habría abierto paso lentamente a través de algunas decisiones aisladas y, en el caso de Francia, fue reconocida en su *Código Civil* el año 2016, mediante una reforma que introdujo una disposición de un tenor similar al que propone la moción para Chile (ver artículo 1195 del *Código Civil* francés). El proyecto de ley termina expresando que, a pesar de que el derecho vigente tendría elementos de los cuales se podrían

---

<sup>35</sup> El texto propuesto señala que “[s]i un cambio fundamental de circunstancias imprevisibles al tiempo de la suscripción del contrato convierte su cumplimiento en excesivamente oneroso para una de las partes, que no había aceptado ese riesgo, ésta puede solicitar a su contraparte la renegociación del contrato. Durante la renegociación, las partes continúan obligadas a cumplir sus obligaciones.

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

<sup>36</sup> La moción hace referencia a L. V. G. con Servicio de la Vivienda y Urbanización de la Región Metropolitana (2006) considerandos 8.º y 9.º y A. L. y Cía Ltda con Universidad de Chile (2011), considerando 3.º.

extraer los principios de la teoría de la imprevisión, la jurisprudencia ha sido vacilante en su reconocimiento, de modo que dicha doctrina no puede establecerse de manera clara. Concluye que, por tanto, se hace necesario actualizar el ordenamiento civil a fin de incorporar normas que regulen la revisión de contratos afectados por imprevistos sobrevinientes que alteren radicalmente su equilibrio.

Una particularidad de esta iniciativa legal es que ha sido objeto de especial atención fuera del contexto de la academia y la profesión jurídica. En la discusión pública, el proyecto de ley fue recibido con cierto escepticismo. Por un lado, varios profesores de derecho civil se pronunciaron por la prensa en contra de la reforma<sup>37</sup>, haciendo ver, primero, que el proyecto no solucionaría los problemas generados por la situación sanitaria ya que no podría aplicarse retroactivamente a los contratos vigentes; y, segundo, que la reforma no era necesaria, ya que el principio de buena fe, tal como se encuentra consagrado en el *Código Civil*, ofrecería elementos suficientes para que la judicatura se haga cargo de los imprevistos que puedan afectar los contratos. Otros profesores hicieron ver que, si bien cláusulas generales, como la de buena fe, permiten adaptar el derecho privado a nuevas circunstancias, éstas suelen ser inadecuadas cuando hay que reaccionar de urgencia o se necesita de la claridad de la redacción legal. En esa línea destacan que, a pesar de que el derecho alemán cuenta con una norma expresa para resolver casos de imprevisión, en marzo de 2020 el Parlamento federal (*Bundestag*) dictó una ley de emergencia que reguló el impacto de la crisis del COVID-19 en los contratos en curso<sup>38</sup>. Finalmente, reconociendo el problema de aplicación en el tiempo que plantea la reforma propuesta, hubo académicos que dieron cuenta de que la moción no deriva simplemente de una idea que “ande dando vueltas”, sino que toma como referencia la reforma al derecho francés de obligaciones de 2016, instando a que Chile se pliegue a las tendencias dominantes de la tradición civil, mencionando en forma explícita la reforma del derecho alemán de obligaciones de 2002 que incorporó la teoría de la caída de la base del negocio jurídico en el BGB<sup>39</sup>.

### III. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y REFORMA DEL DERECHO

Aunque no haya tenido lugar en un contexto académico, la discusión sobre el proyecto de ley que buscó incorporar la teoría de la imprevisión

<sup>37</sup> E.g., VIAL (2020); LYON (2020); VERGARA (2020); y, ORTÚZAR (2020).

<sup>38</sup> BARROS y CHAHUÁN (2020).

<sup>39</sup> BARROS (2020).

en Chile con ocasión de la crisis del COVID-19 es relevante. Al haber ocurrido en el debate público, ella da cuenta del impacto de la crisis en la mentalidad de los abogados chilenos, fuera de los círculos académicos. Esto es importante, ya que la literatura académica no necesariamente refleja lo que piensan o lo que preocupa a los abogados de ejercicio. En materia de teoría de la imprevisión, por ejemplo, no es aventurado asumir que, por un sesgo de autoselección, los académicos que escriben sobre este tema son precisamente aquellos a favor acogerla. Por eso, el hecho que, un número relevante de profesores haya reaccionado en contra de recoger la teoría de la imprevisión en el *Código Civil*, pero a favor de su reconocimiento judicial, citando frecuentemente la experiencia comparada es significativo. Es una cuestión sabida que cambios en cómo son percibidas las doctrinas jurídicas<sup>40</sup> y la experiencia de otros países<sup>41</sup> pueden tener efectos decisivos en la reforma del derecho. En este caso, estas circunstancias podrían traducirse en un nuevo consenso en la materia, más proclive a recoger la teoría de la imprevisión.

Si bien el significado de este cambio de percepción es importante, el contenido de su discusión no lo es tanto. Habida cuenta de la naturaleza necesariamente superficial de un debate que ocurre por la prensa, en ella no se advierte con suficiente claridad que el problema esencial de esta moción es que busca introducir una reforma general con motivo de una emergencia concreta. Al hacer esto, confunde dos problemas que es necesario distinguir: primero, si es que la reforma propuesta permitiría a los tribunales chilenos resolver de mejor manera las disputas contractuales derivadas de circunstancias imprevistas generadas por la emergencia sanitaria; y, segundo, si el sistema jurídico chileno requiere, en general, consagrar la teoría de la imprevisión en forma positiva.

Conforme a los críticos del proyecto, el derecho chileno no requiere ninguna reforma en la materia, ya que el principio general de buena fe le proveería a los tribunales flexibilidad suficiente para resolver adecuadamente el tipo de problemas que cubre la teoría de la imprevisión, incluidos lo que derivan de la crisis sanitaria en curso. Esta visión ignora que la experiencia comparada revela que un elemento central para el

---

<sup>40</sup> La sociología del derecho y el gran interés por el derecho como instrumento de transformación social han dado por obvio que el cambio social afecta al derecho. COTTERELL (1992), pp. 45, 49. Sin embargo, cambios en el mundo de las ideas, entendidas como relatos organizados para explicar el mundo, también juegan un rol relevante en la estabilidad y cambio institucional. Esto ha sido explorado intensamente por el *New Institucional Economics*. Ver especialmente NORTH (1981).

<sup>41</sup> Según el trabajo clásico de Watson, los trasplantes jurídicos son la fuente más fértil del cambio legal. Ver WATSON (1993).

desarrollo de la teoría de la imprevisión es la actitud de la judicatura<sup>42</sup>. Si bien es efectivo que la buena fe contractual *podría* ser usada al efecto, como ocurrió en Alemania durante la crisis del año 1923, lo cierto es que los tribunales chilenos se han resistido históricamente a tomar esa ruta. De hecho, el informe emitido por la Corte Suprema en 2017 opera sobre la base de que dicha doctrina no ha sido acogida por los tribunales<sup>43</sup>, mientras que los fallos que han aceptado modificar contratos sobre la base de circunstancias imprevistas suelen tener contextos restringidos, como ocurre con los contratos de construcción a suma alzada.

Para que tribunales como los chilenos o alemanes, compuestos por jueces forjados en el paradigma de la aplicación de la ley por subsunción<sup>44</sup>, estén dispuestos a relativizar en forma abierta y general un dogma central del derecho civil, en este caso, la fuerza obligatoria del contrato, probablemente se requiere un evento cuyo impacto sea más intenso y generalizado que el del COVID-19. Si bien es común para artículos académicos en la materia dar cuenta de que el desarrollo jurisprudencial de la teoría de la caída de la base del negocio jurídico fue el resultado de la hiperinflación del año 1923, es difícil dimensionar la escala de su impacto sin ofrecer un mayor contexto. En los años que preceden a la crisis, Alemania había sufrido un duro racionamiento con fines militares, perdido la primera guerra mundial y experimentado una revolución. De hecho, el país enfrentaba una importante inflación desde mucho antes: en 1914, un dólar americano se transaba a 4,1 marcos alemanes, pero para 1921, el tipo de cambio ya era de 1 a 191,80. A principios de 1923, como respuesta al cese en el pago de las reparaciones de guerra, Francia ocupó militarmente la cuenca Ruhr para obtener reparaciones en especie. El gobierno alemán llamó a la resistencia pasiva, pagando los sueldos de los huelguistas mediante emisión inorgánica de dinero. Como resultado, a fines de 1923, un dólar se cotizaba 4.2 trillones de marcos<sup>45</sup>. De esta forma, en la práctica, el dinero había dejado de existir. Frente a la incapacidad del parlamento de reaccionar ante la virtual desaparición del marco, los tribunales no

<sup>42</sup> BANFI (2006), p. 49.

<sup>43</sup> Ver Corte Suprema, oficio n.º 94-2017, considerandos 1.º a 5.º.

<sup>44</sup> Las codificaciones decimonónicas no fueron sólo un intento de sistematizar el derecho, sino que buscaban hacer realidad una versión extrema de la separación de poderes. Esto proyecto requería que los jueces aplicaran el derecho por mera “subsunción” de los hechos en normas generales establecidas de antemano por el legislador. ZWEIGERT y KÖTZ (1998), pp. 89, 90, 258. Si bien el tiempo ha demostrado que este paradigma era una ilusión, sigue teniendo un rol relevante en la aplicación de la ley, tanto en Chile como Alemania. Ver, respectivamente, DUCCI (2010), pp. 82-99 y LARENZ y WOLF (2004), p. 73.

<sup>45</sup> Para una versión estándar del período entre 1918 y 1923 en la historiografía alemana, ver KOLB y SCHUMANN (2012), pp. 1-56. Los datos están tomados de la reciente obra de divulgación de HAWES (2017), pp. 154, 155.

tuvieron más opción que reflotar y reformular una doctrina basada en la cláusula *rebus sic stantibus* desechada por los redactores del BGB<sup>46</sup>.

El impacto de la crisis del COVID-19 sobre los contratos en curso simplemente no está en la misma escala<sup>47</sup>, lo que hace difícil esperar una evolución similar. Por lo demás, aún si los tribunales chilenos optasen por desarrollar la teoría de la imprevisión, probablemente serían acusados de activismo judicial y criticados por atentar contra la fuerza obligatoria de los contratos y la certeza jurídica. De hecho, en un comienzo, eso es lo que ocurrió en Alemania, donde la intervención del Tribunal Imperial en medio de la crisis fue mal recibida por buena parte de sus contemporáneos<sup>48</sup>. A ello se suman problemas prácticos. Aún si la creatividad judicial fuera una ruta deseable para acoger la teoría de la imprevisión, en los hechos, la jurisprudencia chilena no ha desarrollado nada que se parezca a una versión asentada de la misma. La razón determinante para ello es que, en última instancia, los tribunales chilenos estiman que no tienen facultades para introducir una doctrina de esta naturaleza. De hecho, en su informe de 2017 la Corte Suprema señaló expresamente que la instauración de la teoría de la imprevisión en Chile es de resorte exclusivo del legislador<sup>49</sup>. Asumir que el país puede y debe recoger la teoría de la imprevisión por vía judicial, porque Alemania lo hizo así hace casi cien años en el contexto de una crisis inflacionaria única, refleja un insuficiente entendimiento de las dificultades prácticas que las diferencias de contexto socioeconómico implican para los trasplantes jurídicos<sup>50</sup>.

Considerando que la cultura jurídica nacional mantiene un razonable grado de formalismo en materia de derecho privado, parece conveniente que una reforma de esta envergadura sea hecha por ley. Hay al menos tres razones para ello. La primera es de legitimidad: en una tradición jurídica en que los tribunales están *prima facie* vedados de desarrollar el derecho sobre la base de consideraciones de política pública, introducir un cambio de paradigma en el derecho de contratos parece ser competencia del legislador. La segunda es una consideración técnica. Por una cuestión consustancial al ejercicio de jurisdicción, el desarrollo judicial del derecho siempre opera en forma retrospectiva y basado en los hechos de casos

---

<sup>46</sup> Para los antecedentes de la teoría de la caída de la base del negocio, ver nota al pie n.º 15.

<sup>47</sup> De hecho, el énfasis en la inflación esconde la dimensión social de la crisis. A fines de 1923 el 22% de la población de Múnich dependía del sistema de bienestar, el 39% de la de Fráncfort del Meno, el 49% de la de Núremberg, el 56% de la de Stettin y el 80% de la de Dortmund, ubicada en la zona de ocupación. CREW (1998), p. 12.

<sup>48</sup> WHITTAKER y ZIMMERMANN (2000), pp. 21, 22.

<sup>49</sup> Corte Suprema, oficio n.º 94-2017, considerando 5.º.

<sup>50</sup> Al respecto, ver KAHN-FREUND (1974).

concretos, por los que sus reformas tienen una naturaleza esencialmente fragmentaria<sup>51</sup>. En cambio, la ley tiene una serie de ventajas comparativas para hacer reformas generales, las que van desde la mayor facilidad para comunicar nuevas reglas a los operadores jurídicos hasta la posibilidad de hacerse cargo del impacto del cambio en el resto del sistema y compensar sus efectos indeseados en el mundo real<sup>52</sup>. Una de estas ventajas es de operación temporal: en la medida que los contratos vigentes se celebraron en el entendimiento de que el derecho chileno no acoge la teoría de la imprevisión, implementarla por la vía de reinterpretar judicialmente el principio de buena fe, genera un efecto sobre los contratos en curso que, en los hechos, no es muy diferente al de una ley con efecto retroactivo, pero que no admite ninguna forma de compensación.

Con todo, el aprovechamiento de las ventajas del derecho legislado depende de la calidad del proceso de generación de la ley. En esto, la reforma propuesta se muestra problemática. Por poner un solo ejemplo: la moción se toma el trabajo de mencionar el desarrollo jurisprudencial de la teoría de la caída de la base del negocio jurídico en Alemania, pero no da cuenta que ella fue introducida legislativamente en el BGB el año 2002. El problema esencial tras estas omisiones es que no parece razonable emprender una reforma así de ambiciosa con motivo de una emergencia concreta. De hecho, la moción tampoco menciona que los procesos que llevaron al reconocimiento positivo de teorías que flexibilizan el dogma de la fuerza obligatoria de los contratos en otras jurisdicciones fueron parte de procesos mayores, que requirieron décadas de preparación y socialización. Por ejemplo, el reconocimiento positivo de la teoría de la caída de la base del negocio jurídico en Alemania fue parte de una reforma general al derecho de obligaciones que introdujo en el BGB una serie de doctrinas desarrolladas sin respaldo legal directo por los tribunales<sup>53</sup>. Su origen está en una propuesta hecha en 1978 al parlamento federal y su desarrollo involucró rondas de consultas (1981-1983), el trabajo de una comisión especial (1984-1992) y años de posterior discusión, antes de ser aprobada en 2001<sup>54</sup>.

174

#### IV. ¿QUÉ HACER CON LAS CRISIS IMPREVISTAS?

La situación descrita parece dejar al sistema jurídico chileno sin opción para resolver los problemas derivados de una crisis como la del COVID-19.

<sup>51</sup> RAZ (1979), p. 200.

<sup>52</sup> MERRILL y SMITH (2000), pp. 61-66.

<sup>53</sup> LARENZ y WOLF (2004), p. 42; y ZIMMERMANN (2005), pp. 1-4, 30-34.

<sup>54</sup> ZIMMERMANN (2005), pp. 30-35.

Por un lado, los tribunales chilenos han sido históricamente poco proclives a flexibilizar el principio de la fuerza obligatoria de los contratos y, desde hace tiempo, han sido criticados –justificadamente o no– por un excesivo activismo. Por lo tanto, no es demasiado realista esperar que la judicatura resuelva masivamente problemas de imprevisión sobre la base de desarrollos jurídicos sin respaldo legal directo. Por otro, hacerse cargo por vía legal del impacto de la crisis sanitaria en los contratos vigentes no resulta consistente con los tiempos que requiere introducir una reforma con aspiraciones de largo plazo.

Existe, sin embargo, una tercera alternativa: introducir una ley de alcances limitados. En efecto, incluso el análisis económico del derecho, que tiende a ser escéptico respecto del derecho legislado, favoreciendo el desarrollo judicial del *common law* (*theory of the efficient common law*), acepta que la interferencia legislativa es preferible cuando se requiere enfrentar problemas urgentes<sup>55</sup>. En esto, la experiencia de otras jurisdicciones es ilustrativa. Por ejemplo, a fines de la primera guerra mundial, Francia, una jurisdicción tradicionalmente reacia a revisar contratos en curso, adoptó legislación de emergencia que autorizaba restringidamente la suspensión y terminación de contratos de ejecución diferida y tracto sucesivo celebrados con anterioridad a la guerra, cuando circunstancias posteriores hubieren generado una desproporción exorbitante en las prestaciones de las partes<sup>56</sup>.

En el contexto de la crisis actual, en España, donde la teoría de la imprevisión tampoco ha sido reconocida legislativamente<sup>57</sup>, se dictó legislación especial para lidiar con el impacto de la crisis del COVID-19 en materia de contratos de arrendamiento<sup>58</sup>. En esta misma línea, incluso en Alemania<sup>59</sup> e Inglaterra<sup>60</sup>, ambas jurisdicciones que tienen normas o doctrinas bien establecidas para lidiar con circunstancias imprevistas, el Parlamento dictó normativa de emergencia concediendo moratorias para el pago de las rentas de los contratos de arrendamiento vigentes.

Chile adoptó un camino diferente. Con el fin de asegurar el derecho a un debido proceso, la ley n.º 21226 introdujo suspensiones en los procedimientos judiciales. El efecto inmediato de esta suspensión es similar a las moratorias impuestas en otras jurisdicciones, ya que, en los hechos, impide lanzar a arrendatarios en situación de incumplimiento. Sin embargo, a pesar de la aparente semejanza, esta solución entraña problemas que no se presentan en las moratorias sustantivas concedidas en otros sistemas

<sup>55</sup> POSNER (2007), pp. 561, 562.

<sup>56</sup> Ley de 21 de enero de 1918 (ley Faillot) y de 09 de marzo de 1918.

<sup>57</sup> RIVERA y BARCIA (2016).

<sup>58</sup> Ver real decreto-ley 15/2020.

<sup>59</sup> Ver ley de 27 de marzo de 2020.

<sup>60</sup> Coronavirus Act 2020.

jurídicos. Por ejemplo, las suspensiones procesales no sólo benefician a los arrendatarios afectados por la pandemia, sino también a aquellos que estaban en situación de incumplimiento antes de la crisis y a simples oportunistas, lo que es difícil de justificar.

No cabe duda que, en la práctica, las moratorias, ya sean sustantivas o por efectos procesales, han provisto de una protección significativa a los arrendatarios durante la crisis del COVID-19. Sin embargo, las cosas no son tan simples. Las moratorias no extinguen las obligaciones del arrendatario, por lo que las rentas inevitablemente van a devengarse cuando los regímenes de emergencia lleguen a su fin. Además, las moratorias sólo trasladan el impacto financiero de la crisis desde el arrendatario hacia el arrendador, bajo el supuesto de que este último siempre está en mejor posición para lidiar con la contingencia, lo que con frecuencia no es el caso, como cuando el arrendador debe pagar una hipoteca o depende de la renta para su subsistencia. Por ello, durante la segunda ola del COVID-19, en varios países se discutió qué doctrinas podrían hacerse cargo de estos problemas. En algunas jurisdicciones de la tradición civil se ha argumentado que estos casos podrían subsumirse bajo doctrinas que, basadas en el principio *rebus sic stantibus*, autorizan a modificar contratos afectados por un cambio sustancial de circunstancias. En Alemania, por ejemplo, tomando en cuenta la jurisprudencia histórica de la teoría de la caída de la base del negocio jurídico, se ha sugerido la revisión y adaptación judicial de los contratos como una posible vía a explorar<sup>61</sup>. Por su parte, en jurisdicciones del *common law*, como Inglaterra, los abogados han discutido si los arrendamientos de inmuebles podrían quedar cubiertos por la doctrina de la frustración del fin del contrato<sup>62</sup>.

Más allá de cuestiones particulares a cada jurisdicción, las ventajas de las leyes especiales para enfrentar situaciones de emergencia son evidentes: estas permiten al legislador hacerse cargo con agilidad de un problema específico, incluso con efectos retroactivos, dejando a salvo la opción de hacer una reforma general más razonada. Sin embargo, las leyes especiales también presentan inconvenientes, aunque estos son más difíciles de advertir, ya que dicen relación con contratos que aún no se han celebrado. El análisis jurídico tradicional tiende a ver la fuerza obligatoria del contrato como una institución que opera en beneficio del acreedor, olvidando que, desde un punto de vista dinámico, quien tiene interés en proveer certeza de que cumplirá con sus obligaciones es el deudor. Si un potencial deudor no logra convencer a su contraparte de que va a cumplir con sus obligaciones, existe una buena opción de que ese contrato

---

<sup>61</sup> Por ejemplo, SCHMIDT (2020).

<sup>62</sup> Por ejemplo, MAGUIRE (2020).



nunca llegue a celebrarse. De esta forma, la fuerza obligatoria del contrato también beneficia al deudor, por la vía de dar credibilidad a su promesa. Esa confianza descansa, en última medida, en que el Estado va a forzar al deudor a cumplir. De hecho, partes que celebran contratos internacionales complejos suelen preferir jurisdicciones más estrictas y formalistas (por ejemplo, Nueva York o Inglaterra) por sobre aquellas con mayor flexibilidad (como California). Por ello, una ley de excepción que afecte obligaciones en curso implica *per se* un riesgo de erosión al principio de la fuerza obligatoria de los contratos: en lo inmediato arriesga conculcar los derechos de los acreedores, y a la larga, puede restar credibilidad a futuros potenciales deudores. Por lo tanto, una solución en este sentido debe ser voluntaria o considerar formas para compensar a los acreedores afectados (he ahí la ventaja de la ley por sobre el juez) y estar unida a una voluntad política firme y creíble de no convertirse en práctica común.

El contenido concreto de una medida de este tipo escapa a la posibilidad de este trabajo y las capacidades técnicas de la doctrina jurídica. Por su naturaleza, en su diseño debiera primar la racionalidad económica de las políticas públicas. Con todo, la teoría del derecho de contratos ofrece varios criterios sustantivos que podrían ser considerados para asignar los efectos negativos de los imprevistos generados por la pandemia, incluyendo compartir las pérdidas<sup>63</sup> y asignarlas a quien esté en mejor posición de soportar el riesgo<sup>64</sup>. Así, por ejemplo, en materia de arrendamiento podría implementarse un régimen de acceso voluntario mediante el cual las partes posponen o rebajan el pago de una fracción de las rentas, mientras otra fracción es cubierta por el Estado.

177

## CONCLUSIÓN

La crisis del COVID-19 parece haber hecho visible un cierto consenso que antes no era evidente respecto de la necesidad de flexibilizar el principio de la fuerza obligatoria del contrato en Chile. Como resultado, la disputa parece hoy ser más de medios que de fines, en particular, si esa flexibilidad debiera ser introducida por los tribunales mediante la reinterpretación del principio de buena fe contractual o por el legislador mediante la inclusión de un nuevo artículo en el *Código Civil*.

La dificultad de lidiar en forma retrospectiva con imprevistos sobrevenientes que alteren gravemente el equilibrio de los contratos revela la necesidad de que Chile se tome en serio la opción de reconocer legislati-

---

<sup>63</sup> FRIED (1981), pp. 69-73.

<sup>64</sup> POSNER y ROSENFELD (1977).

vamente alguna forma de teoría de la imprevisión, tal como ha ocurrido en otras jurisdicciones. Si bien la (ahora) celebrada teoría de la caída de la base del negocio jurídico alemana se desarrolló inicialmente por vía judicial, no debe olvidarse que deriva de que los tribunales alemanes no tuvieron más opciones que lidiar con una crisis económica y social de una envergadura mayúscula. Por lo mismo, no debe verse en ella un argumento en favor de acoger judicialmente la teoría de la imprevisión, sino que una advertencia de lo que pasa cuando el legislador omite hacerse cargo de un problema. De hecho, el otro escenario en que el análisis económico del derecho tiende a preferir reformas legislativas por sobre la evolución jurisprudencial es en aquellos casos en los que se requiere introducir cambios mayores en un sistema jurídico<sup>65</sup>. En ese sentido, la moción propuesta, incluyendo su atención al derecho comparado, parece apuntar en la dirección correcta. Sin embargo, su motivación, tempestividad y soporte teórico no es consistente con la relevancia de la transformación que propone. Introducir la teoría de la imprevisión en Chile significaría un cambio de paradigma mayor para nuestro derecho civil. En materia patrimonial, tal vez, el más importante desde la entrada en vigor del *Código Civil*. Una reforma de este tipo pondría en juego la base esencial del derecho de contratos, por lo que no podría dejar espacio para errores.

178

Para asegurarse de que una iniciativa de esta naturaleza sea exitosa es imprescindible, primero, que el proyecto de ley sea preparado acuciosamente desde un punto de vista técnico y, segundo, que su contenido sea internalizado por los operadores jurídicos que la van a poner en práctica, esto es, por jueces y abogados de ejercicio. Todo ello requiere tiempo y recursos, ambos insumos que la crisis sanitaria ha hecho escasear. Sin embargo, ya hay bastante avanzado. Durante las últimas décadas, la academia chilena ha discutido con frecuencia el tema y está familiarizada con la experiencia de otras jurisdicciones<sup>66</sup>. Esta incluye no sólo las reformas de derecho de obligaciones de Alemania y Francia, sino también la doctrina de la frustración del fin del contrato del derecho angloamericano<sup>67</sup>. En este contexto, se han presentado y discutido variadas iniciativas legales que proveen de valiosos antecedentes, incluyendo especialmente el informe emitido por la Corte Suprema el 2017.

En conclusión, la crisis del COVID-19 parece haber generado un sentido de urgencia que podría superar tanto el tradicional desinterés de legislador por emprender reformas en materia de derecho civil patrimonial<sup>68</sup>,

---

<sup>65</sup> POSNER (2007), pp. 561, 562.

<sup>66</sup> Por todos, ver MOMBERG (2010).

<sup>67</sup> Por ejemplo, BANFI (2006).

<sup>68</sup> Ver WATSON (1995), p. 469.

como la actitud relativamente conservadora de los abogados en materia de cambio legislativo<sup>69</sup>. Sin embargo, ello no debe llevar a introducir la teoría de la imprevisión de manera irreflexiva. Una reforma de esta envergadura no puede basarse en el simple trasplante una norma del *Código Civil* francés al chileno. Primero, es necesario evaluar otras alternativas disponibles. Segundo, es imprescindible considerar qué se requiere para adaptar esa experiencia a la realidad chilena. Y tercero, aún si la mejor opción resultara ser la propuesta por la moción, ella tiene que ser recibida previamente por nuestra cultura jurídica para poder operar en la práctica. El proyecto de ley propuesto no cumple con ninguno de estos requisitos.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2008). *Las Obligaciones*. 5ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I.
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2006). “Notas sobre excesiva onerosidad sobreviniente en el derecho privado comparado”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 6, Santiago.
- BARROS BOURIE, Enrique (2020). “Cambios imprevisibles que afectan la economía de un contrato”. *El Mercurio*, 12 de mayo de 2020.
- BARROS, Enrique y Felipe CHAHUÁN (2020). “¿Hay lugar para el derecho privado en tiempos de catástrofes?”. *El Mercurio Legal*, mayo de 2020.
- COTTERRELL, Roger (1992). *The Sociology of Law: An Introduction*. 2ª edición. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- CREW, David (1998). *Germans on Welfare: From Weimar to Hitler*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo (1933). “La teoría de la imprevisión”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXX.
- DUCCI CLARO, Carlos (2010). *Derecho Civil. Parte General*. 4ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FRIED, Charles (1981). *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- GORDLEY, James (2006). *Foundations of Private Law*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- HAWES, James (2017). *The Shortest History of Germany*. Devon: Old Street Publishing.
- HERRESTHAL, Carsten (2018). “Das Recht der Kreditsicherung”, en Dagmar KAISER y Markus STOFFELS (eds). *J. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler Des Zivilrechts*. 6ª edición. Berlín: Sellier & de Gruyter.

<sup>69</sup> Ver COTTERRELL (1992), pp. 201, 202.

- ILLANES, Claudio y Juan Carlos DÖRR (2000). *Estudios sobre reformas al Código Civil y al Código de Comercio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ILLANES RÍOS, Claudio (1996). *El Contrato de construcción a suma alzada*. Santiago: Colegio de Abogados de Chile.
- KAHN-FREUND, Otto (1974). "On Uses and Misuses of Comparative Law". *The Modern Law Review*, n.º 37.
- KOLB, Eberhard y Dirk SCHUMANN (2012). *Die Weimarer Republik*. 8ª edición. Múnich: Oldenburg Verlag.
- LARENZ, Karl y Manfred WOLF (2004). *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 9ª edición. Munich, Beck.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2005). *Los Contratos. Parte general*. 4ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I.
- LYON PULEMA, Alberto (2020). "Proyecto sobre teoría de la imprevisión". *El Mercurio*, 19 de mayo de 2020.
- MAGUIRE, Andrew (2020). "Frustration of Leases as a Result of COVID-19". *Outer Temple News and Events*. Disponible en <https://www.outertemple.com/2020/04/frustration-of-leases-as-a-result-of-covid-19/> [Fecha de consulta: 06 de marzo de 2021].
- MERRILL, Thomas W. y Henry E. SMITH (2000). "Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle". *The Yale Law Journal*, vol. 1, n.º 110.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo (2010). "Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15, Santiago.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo y Alberto PINO EMHART (2020). "The Impact of Covid-19 in Chilean Contract Law". *Opinio Juris in Comparatione. Studies in Comparative and National Law*, Special Issue (Impact of Coronavirus Emergency on Contract Law).
- NORTH, Douglass (1981). *Structure and Change in Economic History*. Nueva York y Londres: WWNorton.
- ORTÚZAR, Álvaro (2020). "Imprevisión y modificación de contratos". *La Tercera*, 26 de mayo de 2020.
- POSNER, Richard A. (2007). *Economic Analysis of Law*. 7ª edición. Nueva York: Aspen Publishers.
- POSNER, Richard A. y Andrew M. ROSENFELD (1977). "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis". *The Journal of Legal Studies*, vol. 1, n.º 6.
- RAZ, Joseph (1979). *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- RIESENFELD, Stefan (1989). "The influence of german legal theory on american law: The heritage of savigny and his disciples". *American Journal of Comparative Law*, n.º 37.
- RIVERA RESTREPO, José Maximiliano y Rodrigo BARCIA LEHMAN (2016). "Aspectos generales en torno a la cláusula rebus sic stantibus (teoría de la imprevisión), en España". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 47.

- SCHMIDT, Jan Peter (2020). “Kontroverse um Corona-Folgen”. *TopThemen* (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht). Disponible en <https://www.mpipriv.de/1238539/kontroverse-um-corona-folgen> [Fecha de consulta: 06 de marzo de 2021].
- SCHUBERT, Werner (1990). “Die Diskussion über eine Reform des Rechts der Mobiliarsicherheiten in der späten Kaiserzeit und in der Weimarer Zeit”. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*, n.º 107.
- VERGARA, Pedro Pablo (2020). “Revisión judicial por imprevisión”. *El Mercurio*, 25 de mayo de 2020.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2020). “Proyecto de ley para dar reconocimiento positivo a la imprevisión en el Código Civil”. *El Mercurio*, 13 de mayo de 2020.
- WATSON, Alan (1993). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Athens, GA: University of Georgia Press.
- WATSON, Alan (1995). “From Legal Transplants to Legal Formants”. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 3, n.º 43.
- WHITTAKER, Simon y Reinhard ZIMMERMANN (2000). “Good faith in European contract law: surveying the legal land scape”, en Reinhard ZIMMERMANN y Simon WHITTAKER (eds.). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- WIEGAND, Wolfgang (1999). “Funktion und systematische Stellung des Sachenrechts im BGB”, en Michael MARTINEK y Patrick L. SELLIER (eds.). *J. von Staudigers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 100 Jahre BGB - 100 Jahre Staudiger*. Berlín: Sellier & de Gruyter.
- WIEGAND, Wolfgang (1990). “Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht”. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 1/2, n.º 190.
- WIEGAND, Wolfgang (1987). “Numerus clausus der dingliche Rechte. Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas”, en Gerhard KÖBLER (ed.). *Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag dargelegt von Freunden, Schülern und Kollegen*. Frankfurt del Meno Berna; Nueva York y París: Verlag Peter Lang.
- WILHELM, Jan (2016). *Sachenrecht*. 5ª edición. Berlín y Boston: De Gruyter.
- ZIMMERMANN, Reinhard (2005). *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.
- ZWEIGERT, Konrad y Heinz KÖTZ (1998). *Introduction to Comparative Law*. 3ª edición. (trad.) Tony WEIR. Oxford y Nueva York: Oxford University Press.

### Otros documentos citados

- Boletín n.º 309-07, proyecto de ley que permite la revisión judicial de contratos civiles y mercantiles.
- Boletín n.º 11204-7, proyecto de ley sobre revisión judicial de contratos civiles y mercantiles, en los casos que indica.

Boletín n.º 13474-07, proyecto de ley para dar reconocimiento positivo a la imprevisión en el *Código Civil*.

Oficio n.º 94-2017, informe al proyecto de ley n.º 13-2017, Corte Suprema, 28 de junio de 2017.

### *Normas citadas*

*Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), Alemania.

*Code civil des Français*, Francia.

*Codice civile italiano*, Italia.

*Código Civil*, Chile.

The Coronavirus Act 2020 (Residential Tenancies: Protection from Eviction) (Amendment) (England) Regulations 2020

Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, España.

*Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, vom 27. März 2020*, Alemania.

*Insolvenzordnung* (InsO), Alemania

Ley n.º 21.226, establece un régimen de excepción para los procesos judiciales, audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile. *Diario Oficial*, 02 de abril de 2020, Chile.

Ley de 21 de enero de 1918, Francia.

Ley de 09 de marzo de 1918, Francia.

*Zivilprozessordnung* (ZPO), Alemania.

### *Jurisprudencia citada*

Cass. civ., 06 de marzo de 1876, D. 18761.193.

Cons. d'Etat, 30 de marzo de 1916, D. 1916.III.25, S.1916.III.17.

RGZ 107, 78.

Cass. soc., 8 de marzo de 1972, D.&S. 1972.J.340.

G. con Fisco (1925): Corte Suprema, 10 de enero de 1925, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 23, sec. 1, p. 423.

EMOS con Sociedad Constructora La Aguada Limitada (1996): árbitro Claudio Illanes.

L. V. G. con Servicio de la Vivienda con Urbanización de la Región Metropolitana (2006): Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de noviembre de 2006, rol n.º 6812-2001.

South Andes Capital S.A. con Empresa Portuaria Valparaíso (2009): Corte Suprema, 09 de septiembre de 2009, rol n.º 2651-08.

A. L. y Cía Ltda con Universidad de Chile (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de septiembre de 2011, rol n.º 2187-2010.

## SIGLAS Y ABREVIATURAS

BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
Cass. civ.	Cassation civile
CC	<i>Código Civil</i>
Cfr.	Confróntese
cons.	conseil
COVID-19	Coronavirus disease 2019 (Enfermedad del Corona Virus 2019)
<i>E.g.</i>	<i>exempli gratia</i> (por ejemplo)
InsO	<i>Insolvenzordnung</i>
n.º	número
p.	página
pp.	páginas
RGZ	<i>Reichsgerichts in Zivilsachen</i>
vol.	volumen
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i>