Artículo: Teoría de la imprevisión
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Baltazar Morales Espinoza

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 203
AÑO LXVI
ENERO - JUNIO 1998
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTE

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Teoría de la imprevisión
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Baltazar Morales Espinoza

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

TEORIA DE LA IMPREVISION

BALTAZAR MORALES ESPINOZA
Profesor Universidad de Concepción

INTRODUCCION

Lejos están los días en que las alegaciones de la Compagnie de Gaz de Bourdeaux, por el alza del costo de la tonelada de carbón, de 23 francos en 1914, a 74 francos en 1915, a raíz de la Primera Guerra Mundial y que afectaba gravemente sus compromisos de atender el alumbrado público y el consumo humano, fueran recogidas por el Consejo de Estado Francés en sentencia de 30 de marzo de 1916, y que significó el surgimiento de esta peculiar teoría, también llamada del Riesgo Imprevisible o Lesión sobreviniente.

En términos generales se puede definir diciendo que "es el medio que la ciencia jurídica proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles ajenas a la voluntad del cocontratante –posteriores a la celebración de un contrato administrativo–, pero temporarias o transitorias, que alteran tal contrato, deteriorando dicha ecuación en perjuicio del cocontratante, éste puede requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación, y poder así cumplir o seguir cumpliendo el contrato"[1].

Sobre la misma son muchos los aspectos que se pueden abordar y desarrollar. Sin embargo nuestra pretensión no es agotar el estudio de esta institución, sino sólo iniciarlo y referirnos a tres aspectos. En primer término trataremos de esbozar los fundamentos positivos que servirían de sustento a la teoría en estudio, luego intentaremos indicar los elementos que la estructurarían, para terminar con algunas consideraciones a la misma.

[1]Jurisprudencia argentina, 1959-V, páginas 106-107, sección doctrina.

Artículo: Teoría de la imprevisión
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Baltazar Morales Espinoza

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

I. *FUNDAMENTOS POSITIVOS TEORIA IMPREVISION*

Antes de mencionar algunos elementos en qué poder fundar la teoría en estudio, es del caso hacer presente que hay algunos que no aceptan la existencia de esta teoría en el derecho, y menos que se discuta por ende sobre las bases de apoyo a la misma. Más aún tradicionalmente sólo en la esfera doctrinaria es donde se le otorga algún reconocimiento y formulación.

Entre aquellos que niegan toda posibilidad a esta tesis en nuestro medio se acostumbra a señalar los siguientes argumentos:

— El art. 1545 del Código Civil que dice: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales", consagra el principio de derecho, de aplicación general que todo contrato es ley para las partes; y que significa la obligación o deber que le asiste a las partes de cumplir en los términos exactamente contratados.

— Los sistemas a suma alzada, y a serie de precios unitarios, por los cuales se determina el precio de contratación administrativa se definen como "la oferta a precio fijo...", y "la oferta de precios unitarios fijos..." respectivamente; según los conceptos que se dan en el art. 4 del D.S. 15 del Ministerio de Obras Públicas *D.O.* de 6 de abril de 1992. Idénticas nociones nos dan el D.S. 1340 del mismo ministerio anterior y publicado en el *D.O.* con fecha 12 de febrero de 1966; y el D.S. 331 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo *D.O.* 28 de noviembre de 1975. Con lo expuesto se acredita claramente la idea de inmutabilidad e inalterabilidad que se le quiere imprimir al precio asignado al contrato. La misma idea se registra en las Bases Administrativas Generales de diferentes organismos y servicios públicos que definen los sistemas a suma alzada y a serie de precios unitarios de igual manera.

— Finalmente considérese que en Derecho Público "sólo se puede hacer aquello que la ley permite"; y que en este caso debe ser entendido en el sentido de que si no hay norma expresa que contemple la idea de la imprevisión, ella no debe ser considerada.

Sin perjuicio de la potencial fuerza de lo recién dicho, existen más y mejores antecedentes, que nos llevan a plantear el postulado de que en nuestra realidad se acoge la concepción de los Riesgos Imprevistos o Teoría de la Imprevisión, siendo por consiguiente posible reclamar su aplicación. Expongo como basamentos jurídicos los que siguen:

1. La igualdad ante las cargas públicas

La Constitución de 1980 en su art. 19 numeral 20 consagra este principio diciendo: "La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas". Las cargas públicas pueden ser concebidas como aquellas obligaciones que la norma establece a las personas, ya sea de naturaleza impositiva o de servicios. La norma es la que tradicionalmente se menciona en apoyo de la idea

Artículo: Teoría de la imprevisión
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Baltazar Morales Espinoza

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en estudio. Con ella se quiere indicar que si se quiebra el equilibrio de las prestaciones que nacen de este contrato conmutativo, en términos más gravosos y onerosos, se deberá resarcir o compensar en la forma y magnitud que sea necesaria, a fin de restablecer el referido equilibrio y equivalencia en las prestaciones, pues el no hacerlo importa que el afectado estaría soportando mayores obligaciones o cargas que las establecidas originalmente y, en consecuencia, vulnerando el principio de la igualdad de las cargas públicas. En otras palabras no es posible que al exigirse el cumplimiento de un contrato en particular, se experimenten menoscabos en el patrimonio a consecuencia esto último de satisfacer el interés general o público. Si así ocurriera indudablemente se vulneraría la premisa constitucional antes nombrada.

2. *La propiedad al servicio de la utilidad pública o el interés nacional*

El art. 19 numeral 24 de nuestra Constitución que consagra el derecho de propiedad en su inciso tercero expresa: "Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador...". Del precepto extraemos una gran idea rectora de que todo menoscabo patrimonial que sufra un particular por razones de utilidad pública o interés nacional —vía expropiación— será indemnizado por el Estado. Ocurre que en el caso en estudio, el desequilibrio financiero o económico que sufre el particular es consecuencia precisamente de la ejecución de un contrato administrativo, los que a su turno la administración celebra con los particulares, para satisfacer una necesidad pública, para cubrir una necesidad que es de utilidad pública o de interés nacional y cuya calificación de tal la hace la administración. Es decir, haciendo efectiva la teoría de la imprevisión estaríamos materializando, haciendo carne, la misma concepción que animó al constituyente en el precepto citado, acreditando ello por ende la justicia y equidad de reconocer y declarar la existencia de la teoría en comento en un momento determinado; en donde más allá de preocuparnos del mayor o menor lucro del particular, o el desembolso extra del Estado, la verdadera finalidad es ver cumplida la meta última, cual es, satisfacer la utilidad pública o el interés nacional en un caso dado. En el mismo sentido de lo expuesto téngase a la vista el informe de la Comisión de Estudios sobre el Derecho de Propiedad que señalo: "Juzga esta comisión que los derechos emanados de contratos-leyes, legalmente celebrados entre un particular y el Estado, se incorporan legítimamente al dominio privado, y por tal razón no pueden ser sustancialmente afectados sino en virtud de los mecanismos que la propia Constitución Política prescriba para toda la propiedad, es decir, que de esos derechos los particulares sólo pueden ser privados mediante expropiación que implique una justa indemnización... Por ello es que se considera innecesario especificar en el texto fundamental la propiedad que existe sobre los derechos legítimamente incorporados que emanan de "contratos-leyes"[2].

[2] Informe de la Comisión de Estudios sobre el Derecho de Propiedad. Sesión N° 170 de las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, págs. 5 y 6.

Artículo: Teoría de la imprevisión
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Baltazar Morales Espinoza

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

3. *El elemento causa*

Nuestra legislación define la causa diciendo que "es el motivo que induce al acto o contrato". Si aceptáramos la idea de que el particular debe soportar, desde un punto de vista económico, las consecuencias del desequilibrio financiero que se ha suscitado durante la ejecución del contrato, tendríamos que a esa prestación del particular le faltaría o carecería de causa que la justificara dentro de los límites del contrato que se hubiere celebrado[3].

4. *El principio de que todo contrato es ley para las partes*

El art. 1.545 del Código Civil, ya citado, expresa que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por consentimiento mutuo o por causas legales. Del precepto transcrito y al que nos referimos anteriormente como antecedente en contrario, podemos relativizarlo, entendiendo que la expresión "causas legales" debe considerarse en forma amplia como "causas jurídicas" o "causas de derecho". Concebida así esta expresión –que no es forzada– significaría que la teoría de la imprevisión en la medida que sea acogida por razones de derecho, o que estén conformes con el derecho, haría excepción al principio, y por ende sería lícito o legítimo su aceptación y declaración[4].

5. Hay una serie de preceptos en nuestra legislación que directa o indirectamente acogen o se refieren a la noción de Imprevisión en estudio. Así tenemos:

— Art. 82 inciso primero del D.S. 331 del MINVU, *D.O.* 28 de noviembre de 1975 dice: "Los incendios y demás accidentes fortuitos que deterioren o derriben las obras y/o que ocasionen pérdidas de materiales de la institución, o bien, que afecten vidas y/o bienes de terceros, serán soportados exclusivamente por el contratista, a menos que la institución califique el caso, previa comprobación, como de fuerza mayor y ajeno a toda previsión o bien que la obra haya sido recibida".

— Art. 139 inciso primero del D.S. 15 del M.O.P., *D.O.* de 6 de abril de 1992 que señala: "Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, la Dirección podrá modificar el programa de trabajo, indemnizando, si procede, al contratista, por los perjuicios que esta medida pueda ocasionarle, en la forma establecida en el artículo siguiente". (La redacción es idéntica a la contenida en el art. 88 del D.S. 1.340 del M.O.P. de 1966).

— Art. 142 inciso primero del D.S. 15 del M.O.P., *D.O.* 12 de 6 de abril de 1992 expone: "Los accidentes fortuitos que deterioren o derriben las obras o que ocasionen pérdidas de materiales serán soportados exclusivamente por el contratista, a menos que la Dirección General califique el caso como extraordinario y ajeno a toda previsión, o que la obra haya sido recibida provisoria o definitivamente". (También la redacción es idéntica a la contenida en el art. 91 del D.S. 1.340 ya nombrado).

[3]Colaboración del profesor don Daniel Peñailillo Arévalo. Universidad de Concepción.
[4]Colaboración del profesor don Daniel Peñailillo Arévalo. Universidad de Concepción.

Artículo: Teoría de la imprevisión
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Baltazar Morales Espinoza

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Si bien es cierto los preceptos transcritos no son lo suficientemente claros y categóricos como quisiéramos, creemos que al menos constituyen antecedentes a partir de los cuales empezar, particularmente el último de los mencionados, considerando además que no obstante los nuevos textos sobre la materia o modificaciones parciales que se han realizado; las normas reproducidas mantiene su integridad.

6. Jurisprudencia administrativa

La Contraloría General de la República ha reconocido expresamente esta teoría en algunos dictámenes. Así tenemos que en el dictamen N° 41.183 de fecha 15 de diciembre de 1997, el órgano contralor expresó: "...no cabe sostener que la resolución adjudicatoria constituya un caso de acto de autoridad asimilable a la fuerza mayor, porque para el reclamante no presentó un imprevisto al cual no se pudiera resistir y que sobreviniera con posterioridad al perfeccionamiento del contrato. Tampoco puede afirmarse que por el acto de adjudicación se ha configurado un caso de teoría de la imprevisión que ha derivado en la ruptura del equilibrio económico de las partes dentro del contrato, porque ambas figuras suponen que el hecho o acto que provoca el desequilibrio sobreviene con posterioridad al perfeccionamiento del contrato. Además esa teoría apunta a mantener la equivalencia entre lo que se concede al contratista y lo que se exige, principio que ha quedado asegurado con el precio pagado por el servicio que es proporcional al monto de elementos solicitados y que tampoco ha sido controvertido por la recurrente...". La misma idea se establece en el dictamen N° 41.409 de fecha 02 de diciembre de 1994: del mismo órgano, al decir: "... En los contratos administrativos rige el elemento de riesgo y ventura, o sea, la contraparte de la administración ha de soportar el riesgo del cumplimiento de las obligaciones que les impone el contrato, pero ese principio aparece modificado o alterado por diversos hechos que dan derecho al contratista para que ciertos riesgos sean soportados por la administración, como los plasmados en la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, y de las cláusulas del reajuste...".

7. Finalmente y en apoyo de nuestra tesis podemos hacer mención a una serie de principios que vienen a fundamentar la teoría en estudio. Se mencionan:

— La equidad y justicia. El aceptar como legítimas aquellas circunstancias extraordinarias y sobrevinientes durante el desarrollo del contrato y prescindir de exigir en forma rigurosa la ejecución del mismo, no hace sino respetar y confirmar principios doctrinarios de muy antigua data y que también por supuesto constituyen derecho.

— La buena fe. Este principio consagrado en nuestra legislación y que es de general aplicación, también nos sirve de apoyo a nuestra presentación. En efecto, si la administración exigiera con rigor estricto el cumplimiento literal del contrato, teniendo como cimiento de esas circunstancias extraordinarias, imprevisibles, sobrevinientes, y que alteran los términos de lo celebrado respecto del particular, indudablemente que dicha actuación estaría investida de una falta de buena fe.

Artículo: Teoría de la imprevisión
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Baltazar Morales Espinoza

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

— Rol económico y social del contrato. El contrato como instrumento de actuación de la administración desempeña un importante rol en la vida económica y social, permitiendo satisfacer el interés general o público, que es lo más importante, y fundamento último de toda la estructura administrativa, en donde no interesa si el particular sale más o menos ganancioso, si la utilidad es mucha o poca, sino que éste termine la tarea encomendada y que la comunidad necesita.

Finalmente es del caso consignar la opinión de algunos que creen inconveniente recurrir a elementos de derecho privado para fundar o elaborar esta institución, aduciendo que con ello se atentaría o menoscabaría el carácter autónomo e independiente de nuestra disciplina. El que suscribe no lo piensa igual. Si bien se comparte el deseo de independencia y autonomía, no es menos cierto que ello es un camino en recorrido. Nuestra rama es joven en comparación a otras, y por lo tanto todavía necesita de algunas "muletas", que por cierto hace suyas y que consigue en otras disciplinas. Así por ejemplo: nociones de domicilio, protocolización, copia autorizada, tipo de figuras delictivas administrativas, recursos, procedimientos, capacidad, nombre, Municipalidad, Contraloría General de la República, etc.

II. ELEMENTOS

Muchos autores se han preocupado de estructurar y señalar los elementos y sus cualidades en base a las cuales se configuraría la Institución en estudio. Nosotros, sin perjuicio de complementar o perfeccionar lo que aquí se diga, y lo que se va a plantear en el tercer acápite, consideramos los siguientes:

1. Existencia de un contrato administrativo de tracto sucesivo entre administración y particular.
2. Acaecimiento de un hecho, evento, o circunstancia, que sea:
   - extraordinario o anormal
   - imprevisible al momento de celebrar el contrato
   - altere notablemente la equivalencia de las prestaciones
   - independiente de la voluntad de las partes
   - sobrevenga durante el desarrollo del contrato

Los dos últimos caracteres del segundo elemento se agregan por razones de mayor claridad, aunque en estricto rigor no se consideran necesarios por estar subyacentes, por aplicación de reglas generales tales como: nadie puede aprovecharse de su propia negligencia, y por otro lado es lógico que el hecho debe ocurrir durante la ejecución del contrato; si fuere antes las partes debieran considerarlo para contratar, y si fuere después ya no produciría efectos o consecuencias.

La reunión de todos estos supuestos nos ubicará en la teoría de la lesión sobreviniente con sus determinadas particularidades que la diferencian de otras situaciones de excepción como la teoría del caso fortuito o fuerza mayor, enriquecimiento sin causa, y que determinan sus efectos principalmente indemnizatorios y de tipo compensatorio.

Artículo: Teoría de la imprevisión
Revista: Nº203, año LXVI (En-Jun, 1998)
Autor: Baltazar Morales Espinoza

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

III. CONSIDERACIONES

No ha sido pretensión agotar el tema, ni tampoco permitirse presentar la última novedad sobre tan interesante institución. Por el contrario sólo nos ha animado el querer contribuir y aportar para el perfeccionamiento de la misma, queriendo así acercarnos a ella. De todo lo expuesto en esta primera comunicación me asisten las siguientes aproximaciones:

Es un hecho que la teoría de la imprevisión reúne antecedentes y reconocimientos en pro de su existencia en nuestro medio y por consiguiente se puede invocar y acoger por órganos y tribunales sin que ello pudiera considerarse una actitud temeraria o escandalosa. Al mismo tiempo aparece de sentida necesidad regular, de una vez y en forma positiva, una materia que tiene ya muchas aproximaciones en diferentes ámbitos a fin de dotarla de más certezas y estructuras, y menos especulaciones.

La doctrina clásica y mayoritaria diferencia lo que es la teoría de la imprevisión, la teoría de los hechos del príncipe o poderes públicos y teoría de las dificultades materiales imprevistas, principalmente en atención a si la circunstancia extraordinaria, imprevista y sobreviviente, es de naturaleza financiera, emana del poder público, o deriva de la propia naturaleza, respectivamente.

Creemos que no se justifican tres denominaciones diferentes para situaciones que pueden tener una denominación única y común. Es decir, podemos tener una sola institución –cualquiera sea su nombre– con sus particularidades, y que agrupe o comprenda a los presupuestos de las tres teorías. Todas participan de fundamentos similares, discurren sobre una misma base –circunstancias extraordinarias–, todas persiguen indemnizar al particular en mayor o menor grado, con el fin último de restablecer el equilibrio de las prestaciones, etc. Sin extender más estas líneas dejo planteada la interrogante.

Por último, se hace presente que las ideas aquí expuestas consideran a la imprevisión en el ámbito público, sin pretender inmiscuirse en el campo privado. En este último caso sabemos de esfuerzos para analizar y desarrollar también esta institución[5]. Sin embargo, pensamos que lo que se diga allá no es aplicable aquí. En el derecho público son otros los bienes y principios a tutelar y considerar en la elaboración y desarrollo de esta institución. No obstante ello, aparece como tarea ineludible tender a lograr su uniformidad, pues no aparece como conveniente tener dos visiones, una pública y otra privada, para una misma figura escogiendo una u otra, según el campo del derecho en el que nos encontremos.

[5]Artículo sobre Teoría de la Imprevisión de don Pablo Rodríguez Grez. *Gaceta Jurídica.* Materia Civil N° 153, pág. 7.