



Eventos sobrevinientes que alteran sustancialmente los términos pactados en los contratos de construcción: una mirada desde los efectos de la pandemia por Covid-19

Unforeseen circumstances that alter substantially the agreed terms under construction contracts: a look at the effects of the Covid-19 pandemic

José Manuel Valencia Cerasa*

Estudio Aylwin Mendoza Luksic & Valencia

Resumen:

Se analiza la institución del caso fortuito y la fuerza mayor a propósito de la pandemia por Covid-19, enfatizando la metodología de análisis para identificar la afectación en contratos de ejecución diferida, especialmente los de construcción. Se subraya la necesidad de considerar cada una de las obligaciones y determinar, casuísticamente, si se está en presencia de una genuina imposibilidad de ejecución o solamente una mayor dificultad de cumplimiento, examinando en este último caso los hechos al amparo del estándar de diligencia pactado; en este último sentido, se analiza si se permite o no excluir la ejecución de la prestación pactada, por excesiva onerosidad o dificultad de cumplimiento sobreviniente, centrándose para ello en los contratos de construcción. Se revisa la procedencia de la excepción de contrato no cumplido, concluyendo que ésta no siempre es oponible en caso de no satisfacción de la prestación pactada. El análisis se centra en la legislación chilena y en los contratos de infraestructura regulados por dichas normas, sin perjuicio que pueda ser extrapolado a la realidad jurídica de otros países. Asimismo, se realiza un examen sobre el *hardship* y las cláusulas de adaptación de contratos ante circunstancias sobrevinientes, analizando su aplicación en los contratos de construcción.

Abstract:

The institution of force majeure in regard with the Covid-19 pandemic is analyzed, emphasizing in a methodology to analysis and identify the affectation in deferred execution contracts, especially construction contracts. There is a firmly necessity to consider each one of the contractual duties and obligations, as well as the casuistically definition about a genuine unreachd contract execution or only a greater difficulty of its accomplishment, examining in this last event the facts related to the agreed diligence standard. Under this last point of view, the article analyzes whether it is allowed for one of counterparts to exclude some part of contract's object due to excessive onerousness or difficulty of supervening compliance. The pertinence of contract's breach exception is matter of review, concluding

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado, Universidad Diego Portales de Santiago de Chile. Cuenta con una extensa trayectoria en materias de construcción e infraestructura, rubro en el que ha centrado su ejercicio profesional en los últimos 20 años. Su práctica se ha concentrado en litigios de alta complejidad y en la asesoría a clientes nacionales y extranjeros en la ejecución de contratos de obra pública, concesiones y contratos mineros. Su asesoría profesional se extiende también a arbitrajes seguidos ante la Cámara de Comercio de Santiago y el Centro Nacional de Arbitrajes, además de contiendas relacionadas con lo civil y contencioso-administrativo ante los Tribunales Ordinarios de Justicia o ante diversos órganos de la Administración del Estado incluyendo a Contraloría General de la República. Permanente expositor en diversos seminarios y autor de múltiples columnas en revistas especializadas.

Es socio fundador del Estudio Aylwin, Mendoza, Luksic y Valencia, donde actualmente lidera las Áreas de Infraestructura y Litigios de Alta Complejidad y Arbitrajes. Ha sido abogado socio en Aylwin Abogados donde se incorporó en 1995. ORCID iD: 0000-0003-4796-0757. Contacto: jvalencia@amlv.cl

that it's not always forceable in case of non-satisfaction of proposed and agreed benefits by one of counterparts. The analysis focuses on Chilean regulation, without prejudice that it may be extrapolated to foreign legal scenarios. Also, an examination of the hardship clauses for supervening circumstances is carried out and its application to construction contracts is postulated.

Palabras clave:

Caso fortuito – Fuerza mayor – Diligencia debida – Revisión del contrato – Excepción de contrato no cumplido – *Hardship* – COVID-19

Keywords:

Fortuitous event – Majeure force – Due diligence – Revision of the contract – Unfulfilled contract exception – *Hardship* – COVID 19

Sumario:

1. Introducción – 2. La afectación a los contratos de construcción generada por el Covid-19 y las medidas extraordinarias adoptadas por los Gobiernos – 3. La contingencia: lo permanente y lo transitorio – 4. La pandemia del Covid-19 es en sí misma un evento con la aptitud causal, natural y jurídica, de generar caso fortuito o fuerza mayor invocable en sede contractual – 5. La culpa como estándar de exigibilidad en los contratos de construcción en el escenario actual de pandemia y su incidencia en el deber de cumplimiento de la prestación pactada – 6. De la excepción de contrato no cumplido en el contexto de la inejecución de una o más obligaciones por causa de fuerza mayor o, en su caso, por decisión del deudor basada en que no le es exigible atendido el régimen de diligencia pactado – 7. Una mirada al *hardship* y otras soluciones basadas en contratos internacionales o principios internacionales de derecho mercantil – 8. Conclusiones – 9. Bibliografía – 10. Normas citadas.

1. Introducción:

El presente artículo busca plantear algunas cuestiones que se evidencian en materia contractual a raíz de los efectos de la pandemia por Covid-19, particularmente en sus impactos en los contratos de construcción (aunque la temática es extrapolable a otros contratos bilaterales de ejecución diferida). Fundamentalmente, se pretende dejar esbozada cierta problemática en cuanto al caso fortuito y la fuerza mayor¹ en los contratos bilaterales, como también respecto de las exigencias debidas en base al estándar de diligencia pactado y, finalmente, la posibilidad de aducir la excepción de contrato no cumplido por parte del acreedor. Aspectos que en cierto modo se entrelazan, allí donde el cumplimiento normal del contrato no es posible, atendidas las restricciones sobrevinientes que se han generado como consecuencia de la pandemia y las medidas de autoridad adoptadas para hacerle frente. Además, se postulará que del hecho de existir esta gravísima pandemia no se desprende que todos los contratos vigentes al tiempo de su ocurrencia estén afectados por caso fortuito o fuerza mayor, pues su afectación debe revisarse caso por caso y, más aún, obligación por obligación.

De igual modo, se analizará la mayor dificultad u onerosidad sobreviniente que la pandemia o las medidas de autoridad pueden significar para la ejecución de los contratos de construcción, no ya desde la perspectiva tradicional de la "*Teoría de la Imprevisión*", sino que, desde el estándar de conducta obligado, en base al deber de diligencia pactado. Revisando también la excepción de contrato no cumplido en relación con ambos tópicos analizados, esto es el caso fortuito o la fuerza mayor y la ausencia de culpa en la insatisfacción de la obligación pactada, derivada de mayor dificultad u onerosidad sobreviniente.

2. La afectación a los contratos de construcción generada por el Covid-19 y las medidas extraordinarias adoptadas por los Gobiernos

Todos hemos vivido con genuino estupor como ha ido expandiéndose la epidemia causada por el virus denominado SARS-COV-2, que da origen a la enfermedad a su vez denominada Covid-19. Por lo que se sabe -hasta ahora- todo partió en la ciudad china de Wuhan, registrándose allí un primer caso durante la primera quincena de diciembre de 2019, aparentemente por contagio en un mercado de animales vivos en dicha ciudad.

1 Si bien el Caso Fortuito y la Fuerza Mayor no son términos sinónimos, existiendo distinciones doctrinales a su respecto, en el presente artículo se les dará un tratamiento equivalente, en tanto eventos no imputables.

La OMS declaró esta enfermedad como una pandemia el 11 de marzo de 2020 y la infección se ha expandido por casi todo el planeta, sobrepasando -a la época del presente artículo, julio de 2020- los 10 millones de contagios y los fallecidos se cuentan por centenas de miles²; azotando con fuerza a Latinoamérica, siendo Brasil, Perú y Chile³ los países más afectados por la enfermedad si tomamos como referencia la cantidad de contagios en proporción a la población.

Si bien los distintos países han adoptado diversas políticas públicas con la finalidad de combatir la enfermedad, las que en algunos casos son más estrictas en cuanto a las restricciones personales y en otras -como el caso de Brasil- aparentemente menos rígidas, en todos los países, casi sin distinción, el Covid-19 ha generado y genera altas cifras de fallecimientos e impactos a la actividad económica. En el caso de Chile, se han adoptado un conjunto de medidas que, al igual que en el Perú y otros países latinoamericanos, han contemplado la declaración de estado de excepción constitucional, seguido por un conjunto de normas sanitarias y sectoriales que apuntan a controlar los contagios por Covid-19. Así, mientras en el Perú se ha dictado el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del Covid-19 y el Decreto de Urgencia N° 026-2020 que Establece Diversas Medidas Excepcionales y Temporales para Prevenir la Propagación del Coronavirus; en Chile se han dictado un conjunto de normas sanitarias y administrativas con igual finalidad. Tal es así, que desde el 18 de marzo de 2020 -fecha en que el Presidente de la República declaró el Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe por calamidad pública en todo el territorio chileno a través del Decreto N° 104-2020-, los distintos Órganos de Administración del Estado han dictado más de 365 normas de distinto rango, naturaleza y sobre diversas materias (tributarias, procesales, laborales, sectoriales, etc.)⁴.

En el orden sanitario, en Chile se han decretado cuarentenas territoriales, medidas de aislamiento personal, toques de queda, aduanas sanitarias, cordones sanitarios, normas sobre protección del empleo, de flexibilidad tributaria, ordenación de las actuaciones y plazos en materia judicial, permisos individuales y colectivos para desplazarse, y un largo etcétera. Todo ello en un lapso tan abrumador como corto, inferior a cuatro meses. Hoy en día, dado el avance de la pandemia, esas medidas van intensificándose en su aplicación. Asimismo, respecto de las cuarentenas existen ciertas actividades que, al igual que en el Perú, están exceptuadas de ellas por razón de criticidad, lo que tiene por finalidad garantizar el acceso a servicios públicos y bienes y servicios esenciales a la ciudadanía.

A modo de resumen, ha surgido en un muy breve lapso todo un nuevo ordenamiento jurídico de excepción que está regulando nuestro derecho a desplazarnos, trabajar, realizar actividades económicas y las infracciones subsecuentes, incluidas las de carácter penal. Nada de lo cual existía hace tan sólo unos meses.

Pues bien, el impacto en las distintas industrias ha sido diverso y profundo, especialmente en algunas áreas que son claves para el desarrollo y el empleo en los países. Una de ellas -especialmente afectada en Chile- ha sido la de construcción, industria que se ha visto seriamente impactada, sufriendo un decaimiento, el que, a su vez, ha generado congelamiento de proyectos, encarecimiento de obras en desarrollo y niveles de desempleo que no se veían hace 20 años, con cifras cercanas al 15%⁵. Así, hemos sido testigos de diversos debates, seminarios webs y artículos por los cuales los juristas intentan buscar una solución en la legislación nacional o fuera de ella, para enfrentar la imposibilidad (o dificultad) de los contratistas y mandantes de cumplir con sus obligaciones en los contratos de construcción y otros⁶. Similar debate se ha dado a nivel continental, mientras que en algunos países de Europa el debate se ha transformado en modificaciones normativas y leyes⁷.

2 "COVID-19/Coronavirus. Facts and Figures", Statista, último acceso 3 de julio, <https://www.statista.com/page/covid-19-coronavirus>. De acuerdo al sitio web, existen 10.991.872 contagiados y 524.176 muertes.

3 Se toma como fecha de corte el último día de junio de 2020.

4 <https://www.leychile.cl>. Legislación temática. Actualización al 4 de julio de 2020.

5 https://www.leychile.cl/Consulta/listado_n_sel?_grupo_aporte=&sub=1236&agr=2&comp=

6 "El coronavirus eleva presión sobre el mercado laboral y el desempleo en el Gran Santiago se dispara a nivel más alto en 35 años", La Tercera, 27 de mayo de 2020, <https://www.latercera.com/pulso/noticia/el-coronavirus-eleva-presion-sobre-el-mercado-laboral-y-el-desempleo-en-el-gran-santiago-se-dispara-a-nivel-mas-alto-en-35-anos/65BRRWKFZVH6XNM3BLZ7IIC3E4/>. "Sin precedentes en los últimos 35 años. La desocupación en el Gran Santiago se dispara a 15,6% en marzo según los datos entregados por el Centro de Microdatos de la Universidad de Chile.

De hecho, la cifra se sitúa muy sobre el 9,5% promedio de los últimos 20 años y se inscribe como el registro más alto desde junio de 1985 cuando se ubicó en 15,7%. Además, está en línea con lo anticipado por los expertos, respecto a eventuales tasas de desempleo cercanas al 18%". El coronavirus eleva presión sobre el mercado laboral y el desempleo en el Gran Santiago se dispara a nivel más alto en 35 años.

7 Véase principalmente las opiniones de Enrique Barros Bourie (El Mercurio, 12.05.2020), Víctor Vial del Río (El Mercurio, 11.05.2020), Alberto Lyon Puelma (El Mercurio, 19.05.2020), Alvaro Ortuzar S.M (La Tercera, 25.05.2020) y Hernán Corral Talciani. Asimismo, los webinars disponibles en www.cdt.cl (Corporación de Desarrollo Tecnológico de la Cámara Chilena de la Construcción).

8 Por ejemplo, en España con la dictación del Real Decreto N°8, de 17 de marzo de 2020.

Es por los motivos anteriores que estimamos necesario exponer un breve análisis de las principales instituciones de la legislación civil chilena relevantes para las circunstancias extraordinarias en que nos encontramos a raíz de la pandemia que actualmente vivimos, aunque ello puede servir también para la realidad de otros países que tienen la misma raíz continental en su codificación.

3. La contingencia: lo permanente y lo transitorio

Siempre que se escribe acerca de la contingencia se corre el riesgo de carecer de la perspectiva que otorga el tiempo y el devenir de los acontecimientos. Es el eterno debate entre la crónica y la Historia, escrita esta última con mayúscula, cual también es aplicable para un artículo que pretende algún grado de sostenimiento científico. Sin embargo, y aún asumiendo la efectividad de dicho riesgo y sesgo, hemos querido -porque lo estimamos necesario- aprovechar este espacio para exponer una cierta metodología de análisis que pueda ser de utilidad para los demás juristas que se aventuren en estos temas desde un plano teórico, a la vez que para los operadores jurídicos que deben lidiar con las grandes dificultades que día a día se acrecientan en los diversos ámbitos del quehacer del Derecho como efecto de los desafíos de toda clase que se presentan a raíz de la pandemia.

Para tal efecto, hemos asumido nuestra realidad nacional, la de Chile, como objeto de análisis y, en particular, la de la industria de la construcción, a fin de que pueda servir de parámetro comparativo y, en su caso, contribuir para otros análisis tanto en Chile como en otros países. Solo pretendemos esbozar algunos aspectos que estimamos relevantes, en la convicción que vendrán otros que seguirán con mayor esmero esta apasionante pero desafiante tarea, la de escribir y aventurar posiciones desde la excepcionalidad de los tiempos que corren.

La pregunta de fondo que intentaremos responder es la siguiente: ¿Existen soluciones normativas a los desafíos que nos presenta la pandemia respecto de los contratos de construcción en la legislación vigente?

Abordaremos las principales instituciones en las páginas siguientes, desde perspectivas distintas, pero que estimamos que se encuentran imbricadas las unas con las otras.

4. La pandemia del Covid-19 es -en sí misma- un evento con la aptitud causal, natural y jurídica, de generar caso fortuito o fuerza mayor invocable en sede contractual

Como señalamos al principio de este artículo, pocos serían los que podrían aventurarse a rebatir que la situación derivada de la actual pandemia de Coronavirus, y ésta en sí misma, son eventos que nadie razonablemente habría podido prever, en concreto, a finales del año 2019. Es difícil pensar que alguien, puesto en noviembre de 2019 (por situarnos en un momento próximo, pero aparentemente previo al inicio de la epidemia), habría podido anticipar todo lo que ocurriría a nivel mundial. Y no solo nos referimos a la epidemia como tal, sino que a las normas jurídicas de excepción que en tan breve lapso se han debido generar en los Estados afectados por la epidemia, la crisis sanitaria, económica e incluso humanitaria que todo esto ha traído aparejado, y que obviamente supera con creces el ámbito del presente artículo, así como las herramientas conceptuales del articulista para analizarlas en detalle⁸. De modo que resulta razonable considerar que estamos ante un evento absolutamente imprevisible. En el Derecho Común chileno, ese es precisamente uno de los requisitos constitutivos del caso fortuito o la fuerza mayor (que para estos efectos se tratarán como sinónimos, aunque conceptualmente puedan diferenciarse). Sin embargo, la imprevisibilidad no es el único requisito que la ley exige. Pues también se requiere de la "irresistibilidad", esto es, la imposibilidad de sustraerse a los efectos del evento imprevisible. Por lo tanto, para estar en presencia de un genuino evento de caso fortuito o fuerza mayor se requiere que éste provenga de un suceso externo al deudor de la obligación afectada y que sea de carácter imprevisible e irresistible⁹.

El caso fortuito y la fuerza mayor están contemplados en el artículo 45, en los siguientes términos en el Código Civil Chileno: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un

8 Algunas de las principales normas dictadas con motivo del Covid-19 son el decreto N° 4 de 2020 del Ministerio de Salud, que decreta Alerta Sanitaria por el período que se señala y otorga facultades extraordinarias que indica por Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) por brote del nuevo coronavirus (2019-NCOV); la Resolución N° 202 de 22 de marzo de 2020 del Ministerio de Salud por el cual se establecen una serie de controles y restricciones de índole sanitaria que tienen un impacto directo en el quehacer económico nacional; y finalmente el decreto N° 104 de 2020, del Ministerio del Interior de fecha 18 de marzo de 2020, por el cual el Presidente de la República, declaró estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile.

9 Para un análisis de los requisitos y procedencia véase René Abeliuk Manasevich, "Las Obligaciones, Tomo II" (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003), 745 - 747.

funcionario público, etc”¹⁰.

Como podrá observarse, a diferencia de la definición contenida en el artículo 1315 del Código Civil Peruano¹¹ que señala que “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”, la norma chilena acude a una definición por vía ejemplar, sin enfocarse en los efectos que ella produce.

La doctrina chilena, de manera general, ha entendido que los requisitos para su aplicación son los siguientes:

- Que el hecho o suceso que se invoca debe ser inimputable, esto es, que provenga de una causa enteramente ajena a la voluntad de las partes (externa), en el sentido de que éstas no hayan contribuido en forma alguna a su producción;
- Que el hecho o suceso sea imprevisible, vale decir, que no se haya podido prever dentro de los cálculos ordinarios o corrientes; y
- Que el hecho o suceso sea irresistible, o sea, que no se haya podido evitar, ni aún en el evento de oponerle las defensas idóneas para lograr tal objetivo.

El caso fortuito o la fuerza mayor en el Derecho chileno no opera como un título de cobro, sino como una eximente de responsabilidad civil para el deudor de la obligación afectada e imposibilitada en su ejecución. No obstante, lo anterior, esta regla general puede ser alterada en los acuerdos privados, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad; modificando la normal distribución del riesgo, excluyendo hipótesis específicas de eventos o agregando otras o simplemente regulando sus consecuencias. Así, y a modo ejemplar, las partes pueden acordar que una de ellas responda de sus obligaciones aún ante la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor. De la misma manera, las partes pueden acordar que la existencia del caso fortuito o fuerza mayor otorgue derecho a un mayor plazo para la ejecución del contrato, es decir, se estipula una facultad habilitante para el afectado y una obligación para la contraparte.

Por cierto, ello es muy frecuente en los contratos de construcción en cuanto a las cláusulas de distribución del riesgo e incluso de asunción de los eventos de caso fortuito o fuerza mayor. También lo es a propósito de los contratos de construcción del ámbito público, como es el caso de los artículos 134 y 150 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas¹², que asigna al contratista el riesgo del caso fortuito o la fuerza mayor; salvo en lo que respecta al plazo o a una calificación de extraordinariedad que depende del mismo órgano público.

Siendo así, la primera solución que parece haber surgido en los debates jurídicos en Chile fue entender que en los contratos de ejecución diferida pendientes y las obligaciones que de ellos emanan, se encontraban bajo la hipótesis del caso fortuito o fuerza mayor, sin mayor distinción. Se ha aducido que esa hipótesis normativa, estatuida en el citado artículo 45 del Código Civil, que es la regla general y supletoria en el Derecho Común chileno (a falta de pacto modificatorio de este régimen), conlleva una imposibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas (una o más, no necesariamente todas), suspendiéndose en forma transitoria su exigibilidad o, en su caso, extinguiendo de manera definitiva su cumplimiento, y que esto es lo que estaría sucediendo con gran parte de los contratos.

Existen argumentos para justificar esta posición que apuntan a generalizar la aplicación de esta norma a la mayoría de los contratos suscritos, especialmente las derivadas de las cuarentenas que impiden ejecutar actividades no definidas como críticas por los Estados, a lo que se suma que gran parte de la normativa administrativa dictada por la autoridad con motivo del Covid-19 reconoce expresamente que estábamos ante una situación de fuerza mayor¹³.

10 Para el Código Civil chileno las expresiones Caso Fortuito y Fuerza Mayor son expresiones sinónimas, lo que ha sido así reconocido por los Tribunales Superiores de Justicia. No obstante ello, en doctrina se sostiene una distinción que radica en el origen del hecho. Si proviene de las fuerzas naturales es Caso Fortuito, mientras que si proviene del hecho del hombre se habla de Fuerza Mayor. Véase Abeliuk, “Las Obligaciones, Tomo II”, 744.

11 Para este trabajo se utilizó la versión del Decreto Legislativo N° 295 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Codigo-Civil-MINJUS-BCP.pdf>.

12 Decreto Supremo N° 75 del año 2004.

13 Resultan particularmente ilustrativos los pronunciamientos de la Dirección del Trabajo en el Dictamen 1239/005 y Dictamen N° 1238/006, sobre efectos de resolución exenta N° 202 del Ministerio de Salud, cuarentenas, el cordón sanitario, las medidas de aislamiento y toque de queda, en el pago de remuneraciones y otras prestaciones. De igual forma el Dictamen N° 3610 de 2020 de la Contraloría General de la República sobre instrucciones, medidas de gestión interna servicios públicos y procedimientos administrativos. En todos ellos el Estado, a través de estos órganos, reconoce una situación de caso fortuito.

Sin embargo, esta generalización, así planteada, a nuestro juicio constituye un error, especialmente en contratos de alta complejidad como son los de construcción, ya que contemplan un elenco de obligaciones recíprocas. En efecto, estimamos que, aunque el fenómeno de la pandemia es general, sus efectos no son generalizables a fardo cerrado, esto implica que debe analizarse caso por caso, contrato a contrato e incluso obligación por obligación.

Así, postulamos que la concurrencia del caso fortuito y la fuerza mayor requiere de un verdadero "test" de admisibilidad previo que no todas las obligaciones cumplen, aunque estén vigentes en el estado de excepción constitucional dictado con motivo del Covid-19 y bajo estrictas medidas restrictivas emitidas a su amparo.

Ese test, puede esbozarse de la siguiente manera:

- Determinar si la pandemia -como hecho natural- o las medidas estatales dictadas (como hecho jurídico) a consecuencia de esta, tienen alguna injerencia en el contrato objeto del análisis;
- En caso afirmativo, se debe establecer qué tipo de injerencia tiene, esto es si genera una verdadera imposibilidad de ejecución o sólo una mayor dificultad, perturbación u onerosidad sobreviniente. Solo la primera hipótesis puede ser constitutiva de caso fortuito o fuerza mayor.
- Si lo que genera es imposibilidad, pues entonces aún resta por determinar si ella es total o parcial. Vale decir, si afecta a todas las obligaciones que emanan del contrato o solo a algunas o alguna y, en tal caso, en qué medida.

Este simple análisis nos orienta solamente si estamos ante un evento de caso fortuito o fuerza mayor, pero nada nos dice acerca de los derechos que ello pueda o no acarrear a las partes del contrato afectado.

Así, de lo señalado anteriormente se presenta una primera dificultad en la invocación del caso fortuito o fuerza mayor en los contratos: debe analizarse el tratamiento que se da a estas instituciones en cada contrato particular, ya que el efecto habitual del caso fortuito o fuerza mayor para una obligación determinada puede cambiar por la voluntad de las partes, esto es, según la regulación que éstas previeron al contratar. Es por lo anterior que resulta necesario analizar las cláusulas que regulan el caso fortuito y la fuerza mayor en el marco de cada contrato específico. Sólo si en ellas nada se dice, podemos entonces acudir a las reglas del Derecho Común como normas supletorias generales. En cambio, si está regulado en el contrato habremos de atenernos a esa regulación en todo lo previsto o modificadorio de las reglas de Derecho Común.

Una segunda dificultad asociada a la aplicación del caso fortuito y fuerza mayor en la forma establecida en el Código Civil chileno está dada por la correcta determinación de la fuente directa del hecho imprevisible e irresistible. En otras palabras: ¿De dónde proviene la extraordinariedad del evento que afecta a la ejecución del contrato? ¿Es del hecho -natural- de la epidemia? o, en su caso, ¿Proviene de las medidas de autoridad que se han adoptado?¹⁴.

En efecto, tanto puede ser el Covid-19 propiamente tal, como las medidas estatales de carácter restrictivas las que pueden constituir la causa directa del caso fortuito y la fuerza mayor. O es el hecho natural o lo es el jurídico, e incluso es dable que se combinen. Posiblemente, en la mayor cantidad de los casos la ejecución de los contratos no se vea afectada directamente por la enfermedad propiamente tal, sino que más bien por las medidas adoptadas por la autoridad, el mandante y el propio contratista con motivo de ella. Este análisis no es baladí, ya que de su aplicación se pueden derivar consecuencias patrimoniales diversas o deberes de compensación que, en una hipótesis normal de caso fortuito o fuerza mayor, no debieran darse.

Así, y a modo ejemplar, si un mandante impone restricciones sanitarias que exceden el estándar exigido por la autoridad de salud y que hacen imposible el cumplimiento del contrato o de algunas de sus obligaciones, es dable estimar que no estaríamos frente a una situación que amerita la aplicación del caso fortuito o fuerza mayor, ya que la causa inmediata del hecho irresistible no proviene de la emergencia sanitaria ni de la autoridad de salud, sino que de una exigencia imputable a una de las partes. Esa exigencia puede derivar del empleo legítimo de las reglas de *ius variandi*, si el contrato así las contempla, pero incluso podría configurar un incumplimiento contractual en el caso que el mandante carezca de la atribución para imponerlas. Por el contrario, si el evento proviene del hecho de la afectación por estricto acatamiento de una o más medidas estatales (que el mandante se limita a traspasar pura y simplemente), pues entonces parece difícil argumentar que no se está en presencia de un evento fortuito, si de ellas se desprende la

14 En este sentido se ha afirmado que "Como ocurre con la culpa, la noción de caso fortuito es esencialmente relativa; de ahí el error de pretender encuadrar en fórmulas rígidas las circunstancias de inimputabilidad". Abeliuk, "Las Obligaciones, Tomo II", 747.

imposibilidad de ejecutar una o más obligaciones.

Una tercera dificultad asociada a la aplicación del caso fortuito y fuerza mayor está dada por su carácter de “irresistible”. Esta característica impone una obligación permanente para las partes, de acuerdo con el estándar de diligencia que debe observar cada una de ellas y el principio de buena fe en la ejecución de los contratos. La parte afectada por el caso fortuito o fuerza mayor (el deudor de la obligación imposibilitada en su cumplimiento) debe oponer defensas idóneas, es decir, realizar acciones positivas tendientes a evitar los efectos que genera el hecho irresistible. No basta entonces con la concurrencia de circunstancias imprevisibles e irresistibles, como podría ser que gran parte del personal de un contratista se vea afectado por la enfermedad o que exista una restricción de movilidad que impida a los equipos llegar a sus lugares de trabajo; deben, además, existir actuaciones de ese contratista tendientes a cumplir de igual forma con las obligaciones del contrato, o al menos, tendientes a disminuir el impacto de estas circunstancias excepcionales. La aplicación del caso fortuito y la fuerza mayor, como vemos, de igual forma exigen un alto nivel de diligencia de la parte afectada, especialmente en el contexto de los contratos de construcción, donde generalmente la custodia de la obra es de cargo del contratista hasta la recepción de esta¹⁵, lo que en sí mismo importa una necesidad de actuar en la preservación de la construcción.

Ya vimos que en nuestro concepto debe realizarse un test muy básico para identificar la o las causas que puedan estar afectando la ejecución del contrato, y que no necesariamente del hecho natural de la pandemia (solo para diferenciarlo de las circunstancias jurídicas), de la declaración de estado de excepción constitucional o de las medidas sanitarias especiales adoptadas en ese contexto se desprende que un contrato quede afectado por caso fortuito o fuerza mayor. Dependerá de las circunstancias particulares de cada posible afectación y de la concurrencia de los requisitos del caso fortuito o fuerza mayor en el análisis de cada contrato en concreto.

Lo anterior se debe a que en estas circunstancias extraordinarias pueden haber contratos de construcción que estén siendo ejecutados sin mayores inconvenientes (por ejemplo, en algún lugar en que no haya cuarentena ni cordón sanitario ni mayores restricciones para la movilidad de los trabajadores, proveedores o transporte de materiales), y otros que caigan de lleno dentro de una comuna en cuarentena o afectados por otra medida que impida, total o parcialmente, su ejecución. Ello debe analizarse caso a caso, dado que no es posible formular una hipótesis genérica de afectación por caso fortuito o fuerza mayor.

A mayor abundamiento, es importante hacer notar que, aunque un contrato de construcción esté afectado por una situación de fuerza mayor o caso fortuito, de ello no se sigue necesariamente que todas las obligaciones que emanan de ese contrato estén en tal circunstancia. De este modo, si lo que se ve impedido es la ejecución de la obligación de hacer, que se traduce en construir, es perfectamente posible que otras obligaciones no se vean de igual modo afectadas. Por ejemplo, la provisión de ingeniería, la renovación de garantías, seguros, obligaciones de pago, etc. De modo que no sólo ha de analizarse la situación del contrato en particular, sino que también la de cada una de las obligaciones que de él se siguen.

Por otro lado, el caso fortuito o la fuerza mayor pueden actuar de manera definitiva, en cuyo caso se extingue la obligación afectada, o de manera meramente transitoria o temporal, esto es impidiendo ejecutarla mientras subsista la situación de hecho o la medida de autoridad que la causa. Los efectos del caso fortuito o la fuerza mayor tampoco son generalizables, deben verse en concreto.

Un cuarto aspecto por revisar es si acaso en la normativa de Derecho Común directamente aplicable a los contratos de construcción, esto es lo que se regula en los artículos 1996 del Código Civil a propósito de los contratos para la confección de una obra material; existe o no alguna disposición especial a tener en cuenta en materia de caso fortuito o fuerza mayor que pueda modificar el régimen de riesgo ordinario.

A este respecto una primera cuestión se relaciona con la calificación del contrato según quien suministra la materia. Será de arrendamiento cuando quien suministra la materia sea quien ordenó la obra (mandante o propietario), en tanto que será de venta si quien suministra la materia es el artífice (contratista) y no se perfeccionará el contrato sino hasta que quien ordenó la obra otorgue su aprobación. La misma ley se encarga de señalar que idénticas reglas regirán en caso de que se trate del suministro de la materia principal.

Excede al ámbito de este artículo el estudio de qué ha de entenderse por “materia” y su distinción respecto de los materiales; pero en todo caso habrá de ser un aspecto casuístico que en último término deberá ser definido por el juez del contrato. Lo que sí es pertinente, es indicar cómo ello incide en el régimen de riesgo

15 Se ha resuelto que la mera escasez de un producto y no su falta absoluta en el mercado no constituye caso fortuito que impida efectuar una construcción. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 39, pág.1. Citado por Abeliuk, “Las Obligaciones, Tomo II”, 746.

de cara a quién debe soportar el caso fortuito o fuerza mayor sobre el riesgo de la cosa. Así, en el caso que quien suministre la materia o materia principal sea el artífice (en cuya hipótesis se entenderá que es venta), el “peligro de la cosa” como se indica en el inciso 2° del artículo 1996, es del artífice y sólo se traspasará a quien encargó la obra desde que la apruebe o se constituya en mora de aprobar.

Entendemos que la aprobación a que alude el Código Civil (término no definido en la ley) es análoga a la recepción de los trabajos, la que puede ser expresa o tácita (en este último caso cuando no se extiende un acto formal, pero si haya entrega y uso por parte del mandante). Lo relevante es que en caso de que la cosa en sí misma se vea afectada por una situación de caso fortuito o fuerza mayor, ese riesgo es del contratista (artífice) hasta la recepción o aprobación de los trabajos. En cambio, en el caso del arrendamiento dicho riesgo es del mandante o propietario, esto es, de quien encargó la obra, lo que se ve corroborado por lo establecido en el artículo 2000 al señalarse que la “pérdida de la materia recae sobre su dueño”.

Así, la materia ha de perecer para su dueño cuando se trate de caso fortuito o fuerza mayor que la destruya, independientemente de si aquel es el artífice o el mandante, a menos que los trabajos se hayan aprobado, en el caso de la venta, o que por el contrato se hubiere estipulado una cosa distinta. Esto debe ser especialmente tenido en consideración con la obligación de mantención de la cosa construida o en construcción durante la pandemia.

Para el caso del arrendamiento, el Código Civil suministra algunas reglas especiales, las que, partiendo de la base que la materia perece para su dueño, establecen lo siguiente: (i) el artífice será responsable de la destrucción cuando la materia perece por su culpa o de las personas que le sirven, lo que en rigor no es novedoso pues se trata de una hipótesis de responsabilidad civil por hecho propio o del dependiente; (ii) que aun cuando la cosa no perezca por culpa del artífice, éste no podrá reclamar el precio o salario, es decir, la obligación correlativa a la construcción, salvo que: a) La obra haya sido reconocida o aprobada, esto es, recibida a satisfacción (lo que, en nuestro concepto, puede ser expreso o tácito, como ya se dijo); b) que no haya sido reconocida o aprobada por mora del que encargó la obra, en cuyo caso habrá que probar dicha mora para poder reclamar el precio o salario; c) también se establece una regla excepcional que impide al artífice cobrar el precio, la que indica que aunque la cosa perezca por vicios ocultos de la materia suministrada por quien encargó la obra, en caso que dichos vicios sean de aquellos que el artífice debió conocer por su profesión u oficio; lo que se coloca es un deber legal de comunicar la existencia de dichos vicios. Nuevamente se trata de una cuestión de hecho que, en último término, ha de ser establecida por el juez del contrato.

Todas estas reglas tienden a establecer una cierta equidad en la pérdida de la cosa, en términos tales que pereciendo para el dueño (lo que está fuera de toda discusión, porque siempre es así salvo el caso de responsabilidad por culpa del artífice) el cobro del precio por la obligación correlativa de construir, sólo será exigible si se dan los supuestos específicos que prevé la ley; lo que altera el régimen ordinario del caso fortuito o fuerza mayor que, en principio, no modifica ni altera la obligación correlativa si esta no está afectada por alguna de tales categorías.

Con todo, no cabe aquí confundir el riesgo de la cosa en sí (la materialidad) con los riesgos de las demás obligaciones que emanan del contrato de construcción. Lo que ha establecido la ley, y que hemos tratado en los párrafos precedentes, a nuestro juicio, es un riesgo sobre la materialidad de la obra que se hace de cargo del artífice en el caso de la venta -hasta la aprobación- y del mandante en el del arrendamiento. Pero la ley nada dice acerca de las demás obligaciones que emanan del contrato, como son las de hacer (construir) y dar (pagar), o garantizar, las que, en consecuencia, a falta de estipulación especial han de quedar regidas por las reglas generales antes señaladas. En otras palabras, el riesgo derivado del caso fortuito o fuerza mayor respecto de las demás obligaciones que emanan del contrato de ejecución de obra material, distintas a las que se centran en la cosa o materialidad misma, se rigen por las reglas generales del caso fortuito o fuerza mayor.

A modo de resumen, podemos señalar que el efecto del caso fortuito o fuerza mayor en la legislación chilena -artículo 45 del Código Civil- se traduce en una exención de responsabilidad del deudor ante la imposibilidad de cumplimiento (definitivo) o ante la imposibilidad del cumplimiento oportuno (actúa sobre la mora o simple retardo). El deudor de la obligación afectada por caso fortuito o fuerza mayor, que es quien deberá probarlo, no responderá civilmente por no poder cumplir, a menos que se haya pactado lo contrario. De modo que establecer si el contrato de construcción está o no afectado por caso fortuito y si éste deriva del hecho de la pandemia o de las medidas de la autoridad y, en su caso de cuáles y cómo; resulta ser fundamental a la hora de determinar la situación en que se halla el respectivo contrato. Ello debe dar lugar a un análisis en concreto de cada obligación que emana del contrato y de los efectos que para cada una de ellas eventualmente produzca el evento fortuito, por lo que sólo las obligaciones que realmente resulten

imposibilitadas de ser ejecutadas serán aquellas que habilitarán para esgrimir esta eximente, en tanto las demás no.

Así y todo, respecto de la cosa misma han de tenerse en cuenta las reglas sobre la pérdida de la materia que se establece en los artículos 1996 y siguientes del Código Civil a falta de una estipulación contractual expresa, y su calificación de venta o arrendamiento, pues de ello depende quien ha de soportar el riesgo, lo que es especialmente relevante en lo que toca a la mantención de las obras durante la pandemia. Distinto es el caso de las demás obligaciones de dar, hacer o garantizar que emanan del contrato de construcción, pues a falta de una norma legal especial que modifique el régimen ordinario, se aplica este en toda su magnitud.

5. La culpa como estándar de exigibilidad en los contratos de construcción en el escenario actual de pandemia y su incidencia en el deber de cumplimiento de la prestación pactada

El Código Civil chileno en materia contractual, contempla una graduación de la culpa indicando que los contratantes pueden responder por culpa grave, leve o levisima, lo que está directamente asociado con el nivel de diligencia exigible al prestador de la obligación correlativa. Así, el artículo 44 del Código Civil chileno preceptúa:

“La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levisimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

Atendida la norma transcrita, es relevante entonces determinar de qué culpa responden las partes en los contratos, definición que adquiere mayor relevancia al tratarse de un contrato de construcción, debido a que contienen estipulaciones complejas y recíprocas, e incorporan obligaciones de diversa naturaleza. Así, si nada se indica, se responderá de culpa leve¹⁶, que es el estándar medio u ordinario, tal como lo establece la ley. Lo relevante de la determinación del estándar pactado o el que se aplica por defecto (según las reglas de Derecho Común), es el grado de diligencia del cual responde el contratista. Se trata, entonces, de una de las estipulaciones pactadas en el contrato o, en su defecto, que naturalmente pertenece a él, por lo cual no puede ser modificada unilateralmente por ninguna de las partes.

El tratamiento de la culpa en el Código Civil chileno se complementa también con el artículo 1547, inciso 1°, el que establece la regla básica en materia contractual al señalar:

“El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles para el acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio”.

Así, en los contratos bilaterales como lo son los de construcción, esto es, que imponen obligaciones recíprocas, el régimen común es la culpa leve¹⁷. Luego, la falta de diligencia media que de ordinario se

16 El Código Civil peruano establece una presunción de culpa leve del deudor ante su incumplimiento en el artículo 1329 al señalar que “Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”.

17 El Código Civil Peruano define la culpa leve en su artículo 1.320, señalando que “Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

aplica al contrato, es decir, aquella que habilita para imputar incumplimiento culposo, es la falta de aquella "diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios". De modo que todo lo que supere este estándar, es decir, que se sitúa extramuros de dicho deber de conducta, no puede ser exigido y, por tanto, no puede dar origen ni ser considerado incumplimiento culpable. Podrá no haber satisfacción de la obligación, pero faltará el elemento de imputabilidad para configurar responsabilidad civil de parte del deudor.

La culpa, como estándar de diligencia exigida en la conducta desplegada, es el baremo en base al cual ha de considerarse el cumplimiento de las obligaciones. Dicho baremo permite dilucidar, en caso de incumplimiento, si este es o no imputable y, por ende, puede ser una eficiente herramienta para eximir de responsabilidad civil allí donde la conducta desplegada es consistente con el grado de culpa de la cual se responde, puesto que no es dable exigir un actuar que deba superar la diligencia pactada. Pero también ha de resultar necesaria para imputar responsabilidad, cuando la conducta ejecutada u omitida no sea acorde con el deber de diligencia exigible según el contrato.

Esta línea de análisis ya fue argumentada en nuestra doctrina, hasta donde tenemos noticia, primero por Lopez Santamaría¹⁸ y un poco más tarde por Rodríguez Grez¹⁹, quien ha presentado una doctrina completa de la imprevisión fundada en el deber de conducta típico basado en la graduación de la culpa contractual, con especial énfasis en la tipicidad de la conducta comprometida, que a nuestro modo de ver constituye un aporte fundamental en esta materia y un antecedente ineludible de lo que aquí planteamos²⁰.

Con todo, en este trabajo lo que queremos destacar y analizar es la culpa no como un deber de conducta típica descrita en la ley, sino más bien como un estándar de actuación que permite ejecutar dentro de sus confines más de una conducta (pueden haber distintos caminos para satisfacer una misma prestación), pero que en los márgenes actúa como un límite que, una vez sobrepasado, exime de responder, pues la conducta que se sitúa fuera de los confines del deber de actuación no constituye una conducta exigible, por lo que no existe culpa al no cumplir la obligación. La ausencia de culpa, bajo esta mirada, puede obrar como una eximente de responsabilidad y, en consecuencia, permite exonerarse de la imputación de incumplimiento, precisamente por falta de imputabilidad²¹.

A modo ejemplar, solo para ilustrar el punto: pensemos en un proyecto de construcción que requiere el traslado de los trabajadores entre localidades distantes que están sujetas a cuarentena o bien cuyas restricciones sanitarias no permiten ingresar a personas que provienen de ciertas localidades, e incluso limitaciones de transporte terrestre o aeroportuarias, que no permiten operar líneas de transporte con motivo de las restricciones sanitarias; pero aun así es posible el arriendo de un *charter* privado ¿Podría legítimamente el mandante de un contrato de construcción aducir que la obligación no está imposibilitada, pues existen opciones de traslado a través de vuelos "charters" que desplacen trabajadores de localidades no impedidas de trabajar sin pasar por las localidades afectadas? ¿Tal exigencia, en el caso concreto, estaría acorde con el estándar de diligencia pactado?

Descartado que no se está en presencia de caso fortuito o fuerza mayor, pues en ese caso no se trataría de imposibilidad de cumplimiento, sino que de una hipótesis donde es físicamente posible cumplir, aunque de manera mucho más gravosa que lo previsto al tiempo del contrato; la pregunta que surge es si el deudor de la obligación está o no constreñido a cumplir su obligación de esa forma. En tal caso no será inocuo que se responda de la culpa grave, leve o de la levisima.

Si el nivel de diligencia que se impone es de tal envergadura que supera el estándar de la culpa pactado, pongamos por caso la culpa leve (régimen ordinario en un contrato bilateral oneroso como el de construcción), pareciera ser que la exigencia es desmedida o desproporcionada, por lo que si el constructor -deudor de la obligación de hacer, de construir en este caso- no cumple en la forma más onerosa en que efectivamente podría cumplir, tal incumplimiento podría considerarse no imputable y, por consiguiente, no se configuraría uno de los requisitos necesarios de la responsabilidad civil.

Ahora bien: ¿sería lo mismo si la culpa de que se responde es la levisima? Probablemente no. Obviamente, corresponderá en última instancia al juez del contrato pronunciarse acerca de si la conducta exigida está o no dentro de los confines del estándar de diligencia exigible de acuerdo con el pacto de las partes.

18 Jorge López Santamaría, *Los contratos, parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986).

19 Pablo Rodríguez Grez, *La obligación como deber de conducta típica (la teoría de la imprevisión en Chile)* (Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1992).

20 Sobre esta materia, ver también Víctor Vial del Río, *Manual de las obligaciones en el Derecho Civil chileno*, 2ª edición (Santiago: Editorial Biblioteca Americana, 2007), 263.

21 Rodríguez, *La obligación como deber de conducta típica (la teoría de la imprevisión en Chile)*, 221.

Siguiendo con el ejemplo del vuelo “charter”, para hacer exigible un estándar que obligue a trasladar de esa manera a los trabajadores, a fin de que éstos puedan desplegarse y dar satisfacción a la obligación de hacer que se traduce en construir la obra, tendría que haberse pactado que el constructor responda de la culpa levisima, esto es, la “esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes”, y no la diligencia o cuidado que los hombres emplean “ordinariamente” en sus negocios propios, puesto que de lo ordinario no cabe exigir lo extraordinario, como a nuestro juicio sería este el caso. Todo lo anterior, evidentemente, debe ser ponderado caso a caso y, en última instancia, como ya se dijo, corresponde al juez del contrato establecer cuál ha debido ser, en concreto, la conducta debida.

En otras palabras, ante las mayores exigencias derivadas de las restricciones que impone el combate a la pandemia (cuando son superables, pero más onerosas), no habrá incumplimiento si su implementación impone actuar con un grado de diligencia que sea mayor al pactado.

Por consiguiente, a nuestro modo de ver, la excesiva onerosidad sobreviniente no sólo ha de dar pábulos para esgrimir, en sus términos clásicos, la denominada “Teoría de la Imprevisión”²² como forma de revisión del contrato o su resolución (que no se analiza en este trabajo), la que en nuestro país carece de consagración normativa general²³, y como teoría jurídica propiamente ha tenido hasta ahora escasa acogida por los tribunales de justicia; sino más bien para que ante tal circunstancia, antes que nada, ha de acudir al propio pacto y, especialmente, a las reglas de diligencia convenidas o a las que supletoriamente lo rige, puesto que de ellas se deriva si el obrar que se está exigiendo es o no subsumible en los confines de lo pactado. Si lo es, pues entonces el deudor de la obligación ha de cumplirla aunque sea mucho más gravosa que lo que previó al tiempo del contrato; en cambio, si dicha conducta queda fuera de los confines del estándar de diligencia pactado o el que le es aplicable por las reglas de Derecho Común, la falta de cumplimiento de lo debido será inimputable y, por ende, no habrá de generar responsabilidad civil, al no configurarse uno de los requisitos indispensables de nuestro régimen general de responsabilidad subjetiva.

6. De la excepción de contrato no cumplido en el contexto de la inejecución de una o más obligaciones por causa de fuerza mayor o, en su caso, por decisión del deudor basada en que no le es exigible atendido el régimen de diligencia pactado

Otro aspecto muy relevante dice relación con la conducta que puede asumir el acreedor de la obligación incumplida. En otras palabras, siendo el contrato de construcción uno de carácter bilateral, ¿Podría o no el acreedor en las dos hipótesis tratadas (caso fortuito y ausencia de culpa), esgrimir la excepción de contrato no cumplido, que es uno de los efectos particulares de los contratos sinalagmáticos?

El Código Civil chileno establece en su artículo 1552, lo siguiente: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. Se trata de una norma que viene a reglar como derecho positivo el aforismo de que “la mora purga la mora”. Es decir, “no estaré en mora si tú no cumples con lo contratado y mientras no lo hagas”.

Lo que queremos destacar de esta importante norma (muy utilizada en el foro nacional), son sus alcances debido a los puntos tratados en este artículo. Es decir, qué actitud puede asumir el acreedor allí donde el deudor no satisface su obligación actualmente exigible, sea porque está impedido de ejecutarla por caso fortuito o fuerza mayor, sea porque ha decidido no hacerlo, puesto que la exigencia es más onerosa y no se aviene con el estándar de diligencia pactado, y tratar de contestar si es la misma respuesta en uno u otro caso.

Como ya vimos, la situación de caso fortuito o fuerza mayor en contratos bilaterales como el de construcción, conlleva que, en caso de imposibilidad de ejecución de una obligación, ello no necesariamente afecta a las demás obligaciones que emanan del contrato. Así, por ejemplo, es propio de los contratos de construcción

22 En relación con la aplicación de la Teoría de la Imprevisión en Chile, véase Rodrigo Momberg Uribe, “La revisión del contrato por las partes: El deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”, *Revista Chilena de Derecho* no. 1, vol. 37 (2010): 43-72. Disponible en: (https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372010000100003).

23 Con excepción de algunas normas específicas, como es el caso del artículo 2003 N°2 del Código Civil a propósito de los contratos de ejecución de obra material para la construcción de edificios celebrados bajo la modalidad de suma alzada. Esta norma permite una revisión por parte del juez respecto del precio del contrato en caso de encontrar circunstancias desconocidas de carácter imprevisible, como un vicio oculto en el suelo (supuesto consignado a vía meramente ejemplar en nuestra opinión). Otra excepción es la consagrada en el artículo 19 de la ley de concesiones (artículo 19 del Decreto Supremo 900 de 1996, del Ministerio de Obras Públicas), que consagra la posibilidad de revisar el contrato administrativo de concesión en la medida que se configuren los requisitos copulativos que formula bajo el principio del “hecho del príncipe”. Aunque se trata de una excepción importante respecto de la posibilidad de revisar las condiciones contractuales a fin de mantener la ecuación económico-financiera del contrato, su marco de aplicación sigue siendo muy restringida.

que exista un conjunto de obligaciones recíprocas, como son las de construir (hacer), de garantía (hacer y dar), entregar de la obra (hacer), etc.; en tanto el mandante o propietario “generalmente” debe entregar el terreno (hacer), proveer la ingeniería (hacer, salvo en los contrato EPC, EPCM²⁴ u otras derivaciones), pagar por las obras (dar) y recibirse de ellas (hacer), por mencionar lo más básico.

De modo que si una de las obligaciones que emanan del contrato está imposibilitada por un evento imprevisible e irresistible constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, como podría ser la de construir por no poder desplazar a los trabajadores al lugar de la obra o faena o por existir una medida que impide absolutamente el trabajo en esa zona; ello no significa que necesariamente todas las demás obligaciones no puedan ser satisfechas. Así, en principio, el constructor deberá seguir renovando las garantías y el mandante pagando los estados de pago por los avances de obras ya alcanzados o bajo el esquema de pagos que se hubiere pactado, entregando las revisiones de ingeniería, etc.

El punto es, entonces, si ese mismo acreedor podría esgrimir la excepción de contrato no cumplido y, en consecuencia, dejar de pagar los avances alcanzados o excusarse de otras obligaciones que el contrato pueda imponerle.

Como es obvio, esta excepción se inmiscuye de lleno en el campo de la reciprocidad de las prestaciones. Con todo, para intentar responder esta cuestión, estimamos que debemos dar un breve rodeo previo.

La doctrina nacional ha visto en esta excepción *non adimpleti contractus* una defensa preventiva y generalmente temporal, que suspende la ejecución de una obligación en tanto la otra parte no cumple con la suya o se allana a cumplir en la forma y tiempo debidos²⁵. Esta ha sido definida como “un medio compulsivo de autodefensa tendente a preservar o restablecer el equilibrio funcional del contrato, consistente en la oposición de una excepción de derecho substancial dilatoria”²⁶.

Se trata de una excepción de cumplimiento que está, a nuestro juicio, limitada por las reglas del pacto y, en general, por el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos que consagra el art. 1546 del Código Civil de Chile. Luego, opera entonces siempre que una de las partes no cumple o no se allana a cumplir en “la forma y tiempo debidos”.

Se ha señalado también que el “efecto de la excepción únicamente es provisorio: se suspende la condena a que el demandado pague su prestación hasta que el demandante cumpla o se allane a cumplir lo que él debe en virtud del contrato bilateral”²⁷.

Así entonces, y volviendo a nuestra pregunta: ¿Puede cumplir el deudor en “la forma y tiempo debidos” si está imposibilitado de ejecutar la obligación por un evento de caso fortuito o fuerza mayor? ¿Podría “allanarse” a cumplir, esto es “sujetarse o rendirse al convenio”?²⁸.

A nuestro modo de ver, el deudor afectado por causal de fuerza mayor no está en posición de elegir cumplir. Precisamente, es la imposibilidad que le comunica el evento fortuito el que le impide cumplir o allanarse a cumplir en la forma y tiempo debidos, pues si no existiera dicho evento no habría obstáculo para que ejecutase la obligación. En otras palabras, si pudiera allanarse a cumplir, entonces en rigor no habría una situación de caso fortuito que impida el cumplimiento de la obligación.

De este modo, estimamos que siendo esta excepción una que es propia del cumplimiento, la imposibilidad de ejecutar lo pactado para una de las partes no puede ser considerada para poder esgrimir la por el acreedor a fin de inejecutar las suyas propias, pues ello equivaldría otorgarle a la fuerza mayor o caso fortuito un efecto que la ley no le ha conferido.

Pero aún más, importaría extender el sentido de la *exceptio non adimpleti contractus* más allá del sentido que le ha dado la propia norma de derecho positivo que la consagra, pues sería aplicable allí donde el

24 Por sus siglas en inglés: EPC, esto es “Engineering, Procurement, Construction”, donde el constructor asume los riesgos de la ejecución de la ingeniería, suministro y la construcción; y EPCM, “Engineering, Procurement, Construction Management”, donde el contratista sólo asume el diseño de la ingeniería, pero respecto del suministro y construcción será responsable por el “management”, vale decir de su administración, gestión y coordinación de otros contratistas que son los que directamente deberán ejecutarlas.

25 Fernando Fueyo Laneri, *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, 3ra edición (Santiago: Editorial Jurídica, 2004), 235.

26 Hugo Taranto, *La excepción de incumplimiento, en Contratos. Libro Homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe* (Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1989), 259.

27 López, *Los contratos, parte general*, 418.

28 López, *Los contratos, parte general*, 461.

deudor derechamente no puede cumplir, aunque así lo quisiera. No tiene la aptitud causal de elegir y, por ende, de tener una conducta alternativa cumplidora, diversa a la que le impone el evento fortuito como una opción posible. En otros términos, jamás podría “allanarse” a cumplir, pues está impedido de hacerlo por un hecho externo a él y sobre el que carece de todo control.

En este sentido, estimamos que la inejecución de una obligación por un evento derivado de caso fortuito o fuerza mayor no autoriza para esgrimir legítimamente la excepción de contrato no cumplido, pues esta última opera sólo cuando el deudor respectivo puede cumplir; lo contrario, sería alterar el sentido de la norma y hacerla extensiva a supuestos que quedan fuera de la misma.

Lo anterior, por cierto, admite tres excepciones (aunque en realidad se trata de dos, pues la otra, como veremos, es solo aparente):

- i. Cuando el evento de caso fortuito o fuerza mayor hubiere sobrevenido estando el deudor de la obligación afectada previamente en mora de su cumplimiento;
- ii. Cuando el evento de caso fortuito o fuerza mayor hubiere sobrevenido por culpa del deudor.

Lo anterior se encuentra consagrado en el inciso 2° del artículo 1547 del Código Civil chileno. A nuestro juicio, solo la primera hipótesis es una excepción real al principio que hemos defendido en este artículo, puesto que efectivamente existe caso fortuito o fuerza mayor, solo que sobreviene durante la mora del deudor, circunstancia que le impide gozar de la exención de responsabilidad que la ley le atribuye. En cambio, en el segundo caso (caso fortuito originado por culpa del deudor), en rigor no existe caso fortuito o fuerza mayor, pues si el deudor la originó, falta el elemento externo a la conducta de aquel que transforme el suceso en imprevisible e irresistible, por lo que en verdad no estaríamos en presencia de un genuino evento fortuito.

- iii. En el caso de la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor respecto de los contratos calificados de arrendamiento, en cuyo evento el artífice sólo podrá reclamar el pago del precio o salario si se dan los supuestos que regula el mismo artículo 2000, esto es reconocimiento y aprobación de los trabajos o mora del mandante en hacerlo.

Ahora bien: ¿Ocurre lo mismo en el caso de la inejecución no imputable por ausencia de culpa? Damos por descontado que si el deber de diligencia exige ejecutar la conducta más onerosa sobreviniente y esta no se realiza, estamos frente a un incumplimiento contractual. Ese no cumplimiento podrá o no ser imputable, dependiendo del deber y estándar de conducta exigible, como ya vimos. Solo nos centraremos para este análisis en la primera hipótesis, que es la relevante a estos efectos, esto es la de ausencia de culpa en la inejecución de la obligación.

La pregunta que aquí formulamos es la siguiente: ¿Se debe dar la misma solución que para el evento de fuerza mayor respecto de la excepción de contrato no cumplido en el caso en que la obligación sea ejecutable, pero que para hacerlo existen mayores dificultades o costos sobrevinientes no considerados en la prestación al momento de contratar, que colocan al obligado en una posición que si cumple, realiza una conducta que va más allá del estándar de diligencia pactado?

La hipótesis que formulamos importa que:

- Existe una obligación ejecutable;
- Esa obligación se ha tornado mucho más difícil o costoso de realizar por un evento que la dificulta o la encarece muy significativamente y que no se consideró al tiempo del contrato;
- El estándar de diligencia pactado exige al deudor de ejecutar la conducta que satisfaga esas mayores dificultades o costos;
- El deudor está en posición de elegir no cumplir, pues al hacerlo se ampara en la inimputabilidad del no cumplimiento.

Es una situación donde el deudor se ampara en no cumplir, basado en que para hacerlo ha de sobrepasar el estándar de diligencia pactado, sin que obviamente exista imposibilidad de cumplimiento. Sobre esta base, el deudor podría cumplir o “allanarse” a cumplir solo que no necesariamente en la “forma y tiempo debidos”, pues el estándar de conducta no le impone esa forma de cumplimiento más oneroso o dificultoso. Siendo así, ¿Puede ese mismo deudor exigir el cumplimiento de la obligación correlativa?

El asunto admite muchos matices, sin duda, pero creemos que en este caso la solución es distinta a la que, a nuestro modo de ver, corresponde aplicar en la situación de caso fortuito o fuerza mayor. Lo anterior, básicamente porque la ausencia de culpa es una defensa que impide tener que resarcir daños, esto es no permite configurar los requisitos de la responsabilidad civil contractual, al descartar el requisito de imputabilidad. Sin embargo, de dicha defensa no se sigue un derecho a exigir la prestación contraria, pues es evidente que la obligación correlativa no se satisfizo. Por lo tanto, a nuestro modo de ver, el acreedor tiene derecho a oponer la excepción y el deudor a elegir no cumplir, sin ulterior responsabilidad, pero no disfrutando de la ejecución de la obligación correlativa.

Especial relevancia también ha de tener en el análisis de la situación de hecho, el carácter y relevancia de las obligaciones en cuestión, pues si una es de poca monta o importancia en el contexto del contrato en cambio la otra es la de mayor trascendencia, no parece razonable que la obligación que está afectada por una dificultad o mayor onerosidad sobreviniente pueda ser esgrimida para que la otra obtenga un beneficio que desequilibre el contrato. Así, si la obligación que no es cumplible en la forma y tiempo debidos en base al estándar de conducta pactado es de poca monta (aunque su cumplimiento la torne de mucho mayor costo), y las demás obligaciones se han cumplido por ese deudor, no parece razonable que el acreedor se ampare en ese incumplimiento no imputable para no cumplir con su obligación.

Asimismo, estimamos que el principio de la buena fe en la ejecución de los contratos obliga a idéntica solución, pues si por la naturaleza de la obligación o por el estándar de conducta pactado no es posible ejecutar una obligación sin exceder el ámbito de lo contratado; sería ilógico que la obligación correlativa no participase de igual naturaleza y exigencia legal, por lo que por el mismo motivo que no cumple una parte se habilita a que la otra tampoco la satisfaga, puesto que de lo contrario las obligaciones no serían equivalentes ni podrían mirarse como tales.

En suma, asumiendo que el asunto es muy complejo, a nuestro modo de ver la excepción de contrato no cumplido no es defendible en el caso de imposibilidad de ejecución derivada de una situación de caso fortuito o fuerza mayor, porque la imposibilidad de cumplimiento impide su ejercicio ya que se sale del supuesto normativo del artículo 1552 del Código Civil; en tanto, creemos que sí es posible aducir esta excepción en el caso que el motivo de insatisfacción de la prestación se derive de la elección que hace el deudor de no cumplirla, en el caso que la conducta alternativa de cumplimiento vaya más allá del estándar de diligencia pactado, siempre y cuando (i) se trate de obligaciones equivalentes (lo que debe verse caso a caso por los jueces del fondo) y (ii) el deudor de la obligación dificultada o más onerosa elija no satisfacerla, amparándose en la falta de culpa en la no satisfacción de la misma.

7. Una mirada al *hardship* y otras soluciones basadas en contratos o principios internacionales de derecho mercantil

Junto a lo antes expuesto, resulta relevante tener una noción acerca de cómo se ha intentado dar una solución en el derecho internacional al problema de la ocurrencia de eventos sobrevinientes, que no eran previsibles al tiempo del perfeccionamiento del contrato, lo que ha adquirido la mayor relevancia con ocasión de la pandemia por Covid-19. Este ejercicio permite un punto de comparación a cómo otros sistemas jurídicos han afrontado -incluso con anterioridad a la pandemia- la imprevisión y sus efectos en los contratos, especialmente en los contratos de construcción.

En forma previa a siquiera la idea de que pudiese existir una pandemia con efectos globales, en diversas legislaciones (en especial del *Common Law*, pero también en ordenamientos jurídicos proveniente del *Derecho Continental*), se incorporaron cambios normativos que tenían por finalidad restablecer el equilibrio contractual ante situaciones imprevisibles. No obstante ello, la fórmula de común aplicación fue la utilización de cláusulas contractuales especiales que regulaban los efectos del contrato y las obligaciones de las partes ante hechos imprevisibles que afectaran el cumplimiento de las obligaciones haciéndolas imposibles de satisfacer o mucho más onerosas en su cumplimiento. Lo anterior resulta de especial importancia en los contratos de construcción, contratos de largo plazo y con múltiples variables, donde es altamente frecuente que surjan problemas derivados de hechos inesperados, algunos de los cuales pueden afectar sustancialmente el equilibrio del contrato.

La solución al problema de la imprevisión y la alteración del equilibrio del contrato se encontró principalmente en las cláusulas contractuales de *hardship*, las que buscan perseverar los contratos que se han visto afectados por causas sobrevinientes, que afecten el cumplimiento de las obligaciones de las partes al hacerlas excesivamente onerosas o al romperse el equilibrio económico-financiero del contrato. Como se ha señalado en nuestra doctrina, se trata de cláusulas que permiten a "cualquiera de las partes exigir una adaptación del contrato, si se produce un cambio de las circunstancias que las llevaron a vincularse, de

modo que ese cambio le ocasione un rigor (*hardship*) injusto a quien reclama la revisión convencional²⁹.

Se trata de cláusulas basadas en principios de derecho internacional comercial que buscan dar continuidad a los contratos, o derechamente, rescindirles cuando se hagan en extremo gravosos para una de las partes con motivo de hechos imprevistos, posteriores a la contratación y cuando el riesgo no haya sido asumido por una de las partes.

El *hardship* es definido por los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales de la siguiente forma³⁰:

“Existe *hardship* donde la ocurrencia de eventos altera fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea porque el costo del desempeño [cumplimiento] de una parte ha aumentado o porque el valor del desempeño [cumplimiento] que recibe una parte ha disminuido, y (a) los eventos ocurren o son conocidos por la parte desfavorecida después de la celebración del contrato; (b) la parte desfavorecida no pudo haber tenido razonablemente en cuenta los eventos en el momento de la celebración del contrato; (c) los eventos están fuera del control de la parte desfavorecida; y (d) el riesgo de los eventos no fue asumido por la parte desfavorecida³¹.”

Asimismo, el *hardship* está definido en la “Guía legal para la elaboración de Contratos Internacionales para la Construcción de Obras Industriales³² de UNICITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), señalando que³³:

“*Hardship* es un término que se utiliza en la Guía para describir un cambio en los factores económicos, financieros, legales o tecnológicos que causa graves consecuencias económicas adversas para una parte contratante, lo que dificulta el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Una cláusula de *hardship* generalmente define *hardship* y prevé la renegociación para adaptar el contrato a la nueva situación creada por el *hardship*³⁴.”

Al tratarse de cláusulas que recogen principios de contratación internacionalmente reconocidos, éstas pueden adquirir diversas formas. En lo sustancial, pueden redactarse ya sea (i) describiendo condiciones o circunstancias que motivan la activación de la cláusula, (ii) o bien describiendo los efectos que genera el *hardship* en las obligaciones del contrato. En este último caso, el efecto puede ser descrito en términos objetivos (por ejemplo, como un determinado porcentaje de encarecimiento de una obligación) o bien en términos subjetivos. Por otra parte, las cláusulas de *hardship* regulan las consecuencias en caso de que el contrato se vea afectado por dichas circunstancias, generando diversas obligaciones para las partes, tales como la obligación de renegociar, acudir a un arbitraje o a la consulta de un tercero que se pronunciará en definitiva sobre los nuevos términos que deberá tener el contrato para restablecer su equilibrio económico, o derechamente rescindirlo. Así, la mencionada guía de UNICITRAL señala que “Una típica cláusula de *hardship* tiene dos aspectos principales. En primer lugar, definiría *hardship* y, en segundo lugar, proporcionará una renegociación para adaptar el contrato a la nueva situación creada por el *hardship*³⁵⁻³⁶.”

Existen diversos modelos de cláusulas *hardship* y guías para su elaboración. Nos referiremos brevemente a algunos referentes.

Tal vez, la más destacada es el modelo de cláusula *hardship* de la Cámara Internacional de Comercio (versión 2003), la que fue recientemente actualizada este año. Si bien este modelo no está diseñado para los contratos de construcción, creemos que sí cabe su incorporación en este tipo de contratos cuando están sujetos a variaciones, dado que permite la posibilidad de adaptarlo o dar término al mismo, ya sea directamente por la parte afectada o mediante la intervención de un juez arbitro³⁷ (Terminación de Parte, Terminación o Adaptación del Juez, Terminación del Juez)³⁸.

29 López, *Los contratos, parte general*, 230, Santiago, año 1986.

30 Artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, versión 2016.

31 Traducción del autor.

32 Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works, United Nations Commission on International Trade Law, 1988.

33 Guía legal para la elaboración de Contratos Internacionales para la Construcción de Obras Industriales, Capítulo XXI, Cláusulas de Hardship.

34 Traducción del autor.

35 Guía legal para la elaboración de Contratos Internacionales para la Construcción de Obras Industriales, Capítulo XXI, Cláusulas de Hardship, Observaciones Generales.

36 Traducción del autor.

37 Party to terminate, Judge to adapt or terminate, Judge to terminate.

38 Disponible en <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-force majeure-hardship-clauses-march2020.pdf>

Por otra parte, están los ya mencionados Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, los que ofrecen una regulación que permite a las partes renegociar las estipulaciones de los contratos ante eventos extraordinarios y sobrevinientes (cumpliéndose los requisitos de procedencia indicados en el artículo 6.2.2). No obstante lo anterior, los Principios UNIDROIT subrayan el carácter excepcionalísimo de la aplicación del *hardship* en los contratos, siendo el principio general el carácter vinculante de los contratos, independiente de las cargas que estos conlleven a las partes ejecutantes³⁹. Los Principios UNIDROIT regulan las consecuencias del *hardship* en el artículo 6.2.3, pudiendo la parte afectada solicitar la renegociación de los términos del contrato ante su ocurrencia, negociación que debe ser basada en el “principio de buena fe y el deber de cooperación” (Artículos 1.7 y 5.1.3 de los Principios UNIDROIT). De frustrarse la negociación y no llegar a un acuerdo respecto a los nuevos términos del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir al juez, quien podrá terminar el contrato o adaptarlo con la finalidad de restaurar el equilibrio en las prestaciones.

Pensado ahora especialmente en los contratos de construcción, tenemos los artículos de las condiciones contractuales de la Federación Internacional De Ingenieros Consultores (FIDIC). Mismas que para contratos de construcción -en todas sus modalidades, denominada *Rainbow Suite*- son el principal referente en ese mercado.

No obstante las constantes menciones a esos modelos contractuales, aquellos no contemplan un sistema de *hardship* como se entiende habitualmente en la doctrina. Estos modelos sólo contemplan un sistema de cláusulas escalonadas en caso de conflictos y disputas entre las partes, junto con un sistema de ajuste de precios realizado por el denominado “Ingeniero”, herramientas mediante las cuales se busca adaptar el contrato ante situaciones imprevisibles.

Sin perjuicio de lo anterior, y tal vez ante este vacío de sus modelos contractuales, FIDIC dictó en abril del presente año un memorando de orientación por Covid-19, para los usuarios de sus modelos de contratos estandarizados⁴⁰, por medio del cual se entregan diversas alternativas para que tanto mandantes como contratistas puedan encontrar soluciones a los problemas que surjan en sus contratos de construcción en el escenario mundial de pandemia. La guía analiza siete situaciones que pueden surgir con motivo de la pandemia en el desarrollo de los contratos de construcción, sugiriendo la interpretación y aplicación de ciertas cláusulas determinadas de sus contratos para cada una de ellas, las que pueden servir de solución ante su ocurrencia.

Finalmente, y también en el ámbito de la construcción, encontramos la ya mencionada “Guía legal para la elaboración de Contratos Internacionales para la Construcción de Obras Industriales” de UNICITRAL⁴¹. La guía presenta una estructura muy similar a los Principios UNIDROIT, proponiendo la idea básica de renegociación de los términos contractuales ante la ocurrencia del *hardship*, y ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, acudir ante un tercero (juez o arbitro) para que este adapte los términos contractuales, indique que se debe adaptar o deje sin efecto las obligaciones del contrato. Sin embargo, y al igual que los Principios UNIDROIT, la Guía de UNICITRAL deja en evidencia los riesgos que la cláusula de *hardship* trae consigo, indicando que “La posibilidad de renegociación hace que el contrato sea hasta cierto punto inestable, la definición de *hardship* tiende a ser imprecisa y vaga, y la inclusión de la cláusula puede inducir la presentación de claims espurias de que existe *hardship* para evitar el cumplimiento de las obligaciones»⁴².

Como puede observarse, las cláusulas de *hardship* en el Derecho Comparado son una alternativa para superar los problemas generados ante los efectos de la imprevisión en los contratos. No obstante lo anterior, y a pesar de ser recogidos por distintas instituciones internacionales (las que aun así tienen reparos a su utilización) no gozan de plena aplicación precisamente por los riesgos e incertezas que conllevan, que no es otro que incorporar por la vía contractual el principio de *rebus sic stantibus* a las obligaciones contenidas en el contrato.

Ahora bien, su utilización puede aumentar tras las lecciones que saquemos de la pandemia, en el entendido

39 El artículo 6.2.1 de los Principios UNIDROIT señala “Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship”. De igual foma el Comentario 1 (COMMENT 1. Binding character of the contract the general rule), indica “The purpose of this Article is to make it clear that as a consequence of the general principle of the binding character of the contract (see Article 1.3) performance must be rendered as long as it is possible and regardless of the burden it may impose on the performing party”.

40 FIDIC Covid-19 Guidance Memorandum to Users of Fidic Standard Forms of Works Contract

41 United Nations Commission on International Trade Law.

42 Guía legal para la elaboración de Contratos Internacionales para la Construcción de Obras Industriales, Capítulo XXI, Cláusulas de Hardship, Resumen.

que una correcta cláusula de *hardship* asociada a elementos objetivables, como el nivel de diligencia asumido por las partes en el contrato, otorgará a los contratantes herramientas suficientes para renegociar el contrato evitando su extinción, lo que “permite reflejar lo que los contratantes hubiesen pactado en caso de haber previsto la ocurrencia de las circunstancias sobrevinientes que afectaron el contrato”⁴³.

8. Conclusiones

La pandemia por Covid-19 ha dejado en evidencia que el marco normativo de Derecho Común, al menos en Chile, otorga soluciones ante la ocurrencia de eventos imprevisibles al tiempo de perfeccionamiento del contrato, como son el caso fortuito y la fuerza mayor y la inejecutabilidad de las obligaciones por superar el estándar de diligencia pactado, que configuran eximentes de responsabilidad civil.

La ausencia de culpa en la inejecución de la obligación pactada es una solución normativa que no requiere de cambios en la legislación y, a nuestro modo de ver, constituye una solución alternativa a la denominada “Teoría de la Imprevisión”, que ha tenido muy escaso desarrollo en nuestro Derecho.

Sin embargo, aun así en ambos casos, tales soluciones muchas veces no permiten distribuir eficientemente los costos que ello generará para ambas partes. Ello es especialmente relevante cuando se mira a la luz de la excepción de contrato no cumplido, particularmente en el caso de la fuerza mayor. En ese contexto, la excepción de contrato no cumplido no otorga una eximente transitoria al acreedor de manera unívoca (salvo en el caso de la pérdida de la materialidad de la cosa, en que existe un régimen legal especial), siendo que tampoco son analogables las situaciones de base que se analizan, esto es, si la causa de la inejecución de la obligación es el caso fortuito o la elección del deudor por no ser exigible la conducta cumplidora con una mayor dificultad u onerosidad sobreviniente que supere el estándar de diligencia pactada.

Las hipótesis normativas de revisión del contrato por hechos sobrevinientes son muy escasas en nuestro Derecho y ninguna de ellas tiene consagración de aplicación general para los contratos de construcción, salvo tal vez, en parte, la hipótesis del artículo 2003 N°2 del Código Civil, pero que en principio aplica a una modalidad de contratación en particular, como son los contratos de construcción de edificios a suma alzada. Con todo, la aplicación de esta norma no se analiza en este trabajo, por exceder su ámbito específico, pero sí merece un estudio particular.

A nuestro modo de ver, existen en la experiencia comparada cláusulas de uso frecuente, cuyo uso en la industria de la construcción permitirían tal vez dar soluciones más justas al amparo del principio de justicia distributiva, que permitan absorber de manera proporcional los impactos de estos sucesos imprevisibles por quien está en mejor situación de controlar los efectos o impactos de dichas circunstancias. A nuestro juicio, es muy probable que dada la magnitud y profundidad de los efectos de la pandemia sobre los contratos de construcción y la gran variedad de casos que entregará a la casuística, emerjan nuevos criterios jurisprudenciales y estándares de análisis y de aplicación de las normas de Derecho Común, que aunque sean de vieja data, habrán de emplearse para dar soluciones justas a los nuevos conflictos que se están y seguirán presentando, tanto en el ámbito de la construcción, como en otros.

9. Bibliografía

Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones, Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

Fueyo Laneri, Fernando. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. Tercera edición. Santiago: Editorial Jurídica, 2004.

La Tercera. “El coronavirus eleva presión sobre el mercado laboral y el desempleo en el Gran Santiago se dispara a nivel más alto en 35 años”. 27 de mayo de 2020, <https://www.latercera.com/pulso/noticia/el-coronavirus-eleva-presion-sobre-el-mercado-laboral-y-el-desempleo-en-el-gran-santiago-se-dispara-a-nivel-mas-alto-en-35-anos/65BRRWKFZVH6XNM3BLZ7IIC3E4/>.

López Santamaría, Jorge. *Los contratos, parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986.

Momberg Uribe, Rodrigo. “La revisión del contrato por las partes: El deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente”. *Revista Chilena de Derecho* N°1 vol. 37 (2010): 43-72.

Acceso: (https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372010000100003).

Rodríguez Grez, Pablo. *La obligación como deber de conducta típica (la teoría de la imprevisión en Chile)*. Santiago:

43 Momberg Uribe, “La revisión del contrato por las partes”, 68.

Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1992.

Statista. "COVID-19/Coronavirus. Facts and Figures". Último acceso 3 de julio, <https://www.statista.com/page/covid-19-coronavirus>.

Taranto, Hugo. *La excepción de incumplimiento, en Contratos. Libro Homenaje al profesor Jorge Mosset Iturraspe*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1989.

Vial del Río, Víctor. *Manual de las obligaciones en el Derecho Civil chileno, 2ª edición*. Santiago: Editorial Biblioteca Americana, 2007.

10. Normas citadas:

Código Civil de Chile, DFL N° 1, Ministerio de Justicia.

Código Civil de Perú, Decreto Legislativo N° 295, versión del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Décimo Cuarta edición oficial del 2014.

Dictamen 1239/005 de 19 de marzo de 2020 que fija criterios y orientaciones sobre el impacto, en materia laboral, de la emergencia sanitaria provocada por el virus Covid-19, en el sentido que indica. Dirección del Trabajo.

Dictamen N° 1238/006 de 26 de marzo de 20201, sobre efectos de resolución exenta N° 202 del Ministerio de Salud, entre otras medidas. Dirección del Trabajo.

Dictamen N° 3610 de 17 de marzo de 2020, facultades CGR, instrucciones, medidas de gestión interna servicios públicos, programas especiales de trabajo, derechos funcionarios, plazos procedimientos administrativos. Contraloría General de la República.

Reglamento para Contratos de Obras Públicas, Decreto Supremo N°75 de 2004, del Ministerio de Obras Públicas.

Ley de Concesiones de Obras Públicas, Decreto Supremo 900 de 1996, del Ministerio de Obras Públicas.

Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales, versión 2016.

FIDIC Covid-19 Guidance Memorandum to Users of FIDIC Standard Forms of Works Contract, 2020

Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works, United Nations Commission on International Trade Law, 1988.