

“LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL”.

"THE THEORY OF IMPREVISION IN INTELLECTUAL PROPERTY".

Dr. Gelacio Juan Ramón Gutiérrez Ocegueda¹.



SUMARIO: *INTRODUCCIÓN. 1.- MARCO CONCEPTUAL. 2.- APLICACIÓN DE LA REVISIÓN JUDICIAL EN EL ÁMBITO DE LA IMPREVISIÓN. 3.- LA PARTICULARIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL FRENTE A LA IMPREVISIÓN. 4.- MARCO TEÓRICO INHERENTE A LA IMPREVISIÓN. 5.- CONCLUSIONES. FECHA DE RECEPCION: 03/05/2020, FECHA DE ACEPTACION: 09/08/2020.*

Resumen: Este trabajo se encuentra enfoca a: (i) la exploración e identificación de los antecedentes de la Teoría de la Imprevisión en el Derecho Administrativo; (ii) el análisis de las bases teóricas aplicables a dicha figura jurídica; (iii) la conformación del marco conceptual propio a esta categoría de tópico; (iv) el estudio del marco legal aplicable a la Teoría de la Imprevisión en el Derecho Administrativo, y (v) la elaboración de las conclusiones obtenidas.

¹ El Dr. Gelacio Juan Ramón, Gutiérrez Ocegueda es abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guadalajara, Jalisco y, es Profesor investigador de tiempo completo titular "C" de dicha Institución.

Para la adecuada consecución de los fines del Estado, la contratación pública y la concesión, como resultado de la actividad humana, involucra la existencia de un margen de error y la presencia de un enorme grado de subjetividad en su celebración, ejecución, y cumplimiento, razón por la cual resulta admisible la subsistencia de acciones u omisiones generadoras de incumplimiento contractual o de los términos de la concesión, sea por las personas públicas o por el titular del contrato o concesionario.

Abstract: This work is focused on: (i) the exploration and identification of the antecedents of the Theory of Unpredictability in Administrative Law; (ii) the analysis of the theoretical bases applicable to said legal figure; (iii) the conformation of the conceptual framework proper to this category of topic; (iv) the study of the legal framework applicable to the Theory of Unpredictability in Administrative Law, and (v) the preparation of the conclusions obtained.

For the proper achievement of the purposes of the State, public procurement and concession, as a result of human activity, involves the existence of a margin of error and the presence of an enormous degree of subjectivity in celebration, execution, and compliance, reason for which the subsistence of actions or omissions generating breach of contract or the terms of the concession is admissible, either by public persons or by the holder of the contract or concessionaire.

Palabras clave: imprevisión; resiliación; caso fortuito; fuerza mayor; pacta sunt servanda; fait du prince; rebus sic stantibus; take or pay; comercial impracticability; frustration of purpose, cost plus contract y fixed price contract.

Keywords: unpredictability; resiliation; fortuitous event; Force Majeure; pacta sunt servanda; fait du prince; rebus sic stantibus; take or pay; commercial impracticability; frustration of purpose, cost plus contract and fixed price contract.

CAPÍTULO 1. MARCO CONCEPTUAL.

1.1.- Estado.-

Entre las corrientes del pensamiento que Gaston JÈZE analiza para abordar esta noción se encuentra la **teoría de los derechos naturales e individuales** afirmando que:

“Primero, el Estado debe detenerse ante los derechos naturales, porque ellos le son anteriores. ... En segundo lugar, el Estado se encuentra jurídicamente sujeto a respetar los contratos celebrados con un particular, porque el estado se encuentra, en cuanto a estos derechos naturales e individuales, no superior sino igual a los individuos. Su voluntad ya no siendo aquí más soberana, el Estado no está jurídicamente libre de no observar el contrato”. (JÈZE G. , 1904, págs. 12-13).

En lo concerniente a los diversos criterios sobre la personalidad del Estado, Gaston JÈZE refiere:

“El Estado, se dice, tiene una personalidad de derecho público; es en esta calidad que manda. El Estado tiene, además, una personalidad de derecho privado; él es solamente igual que los individuos; es de esta personalidad que se sirve cuando contrata, y es porque solamente es igual a los individuos que, como los individuos, está ligado jurídicamente por sus contratos” (JÈZE G. , 1904, págs. 14-21).

1.2.- *Pacta sunt servanda*, principio de la autonomía de la voluntad o ley del contrato.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los

contratantes, y solo puede ser invalidado por el recíproco consentimiento de las partes o por disposición de la propia ley. Este es el principio *pacta sunt servanda*.

Asevera Esteban PRERIRA FREDES que por este principio “se consagra la vigencia de la ley del contrato, según la cual el contrato se entiende como si correspondiere a una ley que es obligatoria para las partes y cuyo cumplimiento no puede excusarse por una modificación de las prestaciones originalmente pactadas” (PEREIRA FREDES, 2009, pág. 2).

El principio *pacta sunt servanda* (que postula la inviabilidad de modificar los términos y condiciones del contrato a pesar de que las condiciones bajo las cuales fue celebrado –principalmente económicas- hubieren variado) se enfrenta a la cláusula *rebus sic stantibus* (por virtud de la cual los contratos admiten modificación si sobrevienen circunstancias que representen una onerosidad excesiva en el cumplimiento de las prestaciones acordadas al origen).

Fernando MONTOYA afirma que la teoría de la imprevisión representa una excepción al principio de la autonomía de la voluntad. Se trata de un “mecanismo jurídico, para restituir o recomponer la justicia contractual... Desde la vertiente clásica de los contratos, la expresión inequívoca de la voluntad de las partes representa la cúspide de la libertad, de la igualdad y de la justicia misma” (MONTOYA, 2005, págs. 135-145). No obstante, en caso de desequilibrio contractual generado por cláusulas abusivas y por el abuso del derecho, existen mecanismos tendientes a restablecerlo, como la imprevisión cuya finalidad la reasignación de cargas y beneficios económicos entre las partes, mismos que fueron trastornados ante la presencia de eventualidades que escaparon a toda previsión y que convirtieron la prestación originariamente asumida, en algo inalcanzable.

1.2.1.- Condiciones

1.2.1.1.- Concernientes a las circunstancias de hecho

Las circunstancias imprevistas e imprevisibles, no son las propias de la fuerza mayor que impedirían la ejecución del contrato, sino “aquellas que harían de su ejecución la causa de ruina de alguno de los contratantes” (MONTROYA, 2005, pág. 139). Eso significa que por el principio *pacta sunt servanda* no resultaría factible ejecutar obligaciones que impliquen consecuencias desastrosas para alguna de las partes, la aniquilación de un sector productivo o la bancarrota de las empresas o establecimientos, ya que “ello no sería rendir honores a la seguridad jurídica” (MONTROYA, 2005, pág. 139).

Se requiere de circunstancias que transformen los compromisos en una carga excesivamente **onerosa**, sean: (i) de naturaleza económica; (ii) de carácter **grave, extraordinario o excepcional**, (iii) **imprevistas** a la fecha del contrato, y (iv) **no atribuibles a las partes**.

1.2.1.2.- Que guardan relación con contratos susceptibles de revisión judicial

1.2.1.2.1.- La tipología de contratos excluidos de revisión comprende: (i) los contratos **aleatorios**, y (ii) los contratos de **ejecución instantánea**.

1.2.1.2.2.- La categorización de contratos excluidos **implícitamente** de la revisión: (i) contratos con desigualdad en las prestaciones por consenso, pero donde se aprecian consecuencias de orden económico incuestionable, y (ii) los contratos sujetos a condiciones suspensivas o resolutorias.

1.2.2.- Efectos de la imprevisión

1.2.2.1.- Colocar al contratante en la misma situación que al momento de la conclusión del acuerdo, adoptando el juez medidas tal finalidad, dirigidas a

restablecer el equilibrio económico o refacción del contrato. Ello implicará que el juez modifique el contenido contractual y ordene los reajustes para la equidad de los contratantes.

1.2.2.2.- Uno de los alcances del principio consiste en la conservación de la vigencia del contrato en las condiciones acordadas, por lo que el juez se vería imposibilitado para declarar su terminación.

Ello significaría que el juzgador podría: (i) pronunciarse sobre los efectos parciales; (ii) sus efectos serían solo para el futuro; (iii) habría la imposibilidad de restitución de prestaciones ya devengadas, y (iv) se buscaría evitar que una parte se enriquezca en detrimento de la otra.

Otro dilema sería la modalidad del mecanismo determinador de los alcances de la imprevisión, como: (i) la adecuación de los términos y condiciones originalmente acordadas; (ii) la nulidad del contrato; (iii) la rescisión contractual; (iv) la resciliación, o (v) la resolución del contrato.

1.3.- *Fait du prince* (hecho del príncipe o acto del soberano o hecho de la administración).- Para Miguel Santiago MARIENHOFF (MARIENHOFF, 2011, pág. 176 a 187) cuando en un contrato administrativo el beneficio acordado a favor del cocontratante de la administración sufre un menoscabo, sea por causas o no imputables al Estado, pero sobrevivientes e imprevisibles a la fecha de su suscripción y que contengan determinadas características, es factible restablecer el beneficio originalmente acordado o atenuar los perjuicios ocasionados, ello mediante el “derecho al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato, o restablecimiento de la ecuación financiera.

1.3.1.- Origen.-

En el Derecho Administrativo encuentra sus raíces en las resoluciones dictadas por el Consejo de Estado francés en fechas 21 de marzo de 1910 ***Ministre des Travaux Publics c/Compagnie Générale Française des Tranways***, y 30 de marzo de 1916 ***Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux***.

1.3.1.1.- Resolución *Ministre des Travaux Publics c/Compagnie Générale Française des Tranways*

Este primer precedente parte de la idea de “justicia conmutativa”, ya que entre las obligaciones y los derechos del cocontratante debe existir una “equivalencia honesta”.

De las conclusiones del Comisario de Gobierno Léon Blum, resalta la naturaleza de la concesión de los servicios públicos, puntualizando la necesidad de un equilibrio entre ventajas conferidas al concesionario y las obligaciones que les son atribuidas conforme al contrato, procurando así identificar el punto de equilibrio entre los beneficios probables y las pérdidas previstas, utilizando como referente la denominada equivalencia honrada entre los beneficios y las exigencias razonables, por lo que el cálculo de equivalencia es concomitante al contrato.

1.3.1.2.- Resolución *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*

Un diverso precedente lo encontramos en este asunto por el que pretendía que la municipalidad soportara el sobrecosto de la producción resultante del fuerte incremento del precio del carbón que se multiplicó por cinco entre la fecha de firma del contrato de concesión y el año 1916.

El Consejo de Estado francés, resolvió que, en principio, el contrato de concesión regula de manera definitiva las obligaciones del concesionario y del

concedente, y que la variación del precio de las materias primas por el hecho de circunstancias económicas constituye un alea del mercado que debe asumir el concesionario.

Sin embargo, cuando la economía del contrato se encuentra por el hecho de acontecimientos que las partes no podían prever (la Primera Guerra Mundial) no puede ser obligado el concesionario a asegurar el funcionamiento del servicio en las condiciones previstas al origen.

También decidió que la compañía quedaba obligada a asegurar el servicio, pero debía ser indemnizada en la porción de las consecuencias pecuniarias de la situación que excedía el alea económico normal.

Los hechos que afectan la ejecución del contrato deben ser imprevisibles, exteriores a las partes y deben entrañar una alteración a la economía del contrato.

La jurisprudencia posterior precisa las condiciones de aplicación esta teoría: (i) los acontecimientos que afectan la ejecución del contrato deben ser **imprevisibles** (fenómenos naturales, circunstancias económicas, etcétera, con tal de que no sean razonablemente previsibles); (ii) **exteriores** a las partes; (iii) las circunstancias deben ser **temporales**, de lo contrario se estaría en la hipótesis de la fuerza mayor; (iv) si son causadas por la administración es la **teoría del príncipe** la que aplicará; (v) deben entrañar una **alteración a la economía** del contrato; (vi) las **cargas financieras** no son contractuales, pero deben ser indemnizadas.

En la imprevisión, no siendo un caso de fuerza mayor, el cocontratante debe continuar la ejecución del contrato; ya que cometería una falta interrumpiendo sus prestaciones. En contraparte, existe el derecho a ser indemnizado, sino de la totalidad al menos de la mayor parte de la carga extracontractual.

Las consecuencias son: (i) que el equilibrio contractual se restablezca; (ii) que la alteración de la economía del contrato se revele definitivo, y (iii) que la imprevisión se transforme en caso de fuerza mayor justificando la resciliación del contrato.

Al respecto, los argumentos del comisario de gobierno Pierre Chardenet, expresados en el asunto *Compagnie Générale d'éclairage de Bordeaux*:

“Si el estado de imprevisión impide a las partes estarse al contrato, el principio de continuidad del servicio exige que el concesionario continúe con la explotación. Es por esta razón que la administración contratante debe contribuir a la continuación del contrato mediante la concesión de una ayuda financiera provisional a su cocontratante”.

1.3.2.- Causas del desequilibrio económico financiero del contrato administrativo.- Desde la perspectiva de Miguel Santiago MARIENHOFF, existen tres razones esenciales por las que un contrato puede sufrir deterioro en su equilibrio económico y financiero: (i) por **razones atribuibles a la administración pública** si incumple con los compromisos asumidos en el contrato, sea omisión o por modificar las condiciones originalmente pactadas, independientemente de que estas resulten excesivas o no; (ii) por **motivos imputables al Estado**, sin importar si existe o no una coincidencia con el ente público que suscribió el contrato, en tanto que los efectos de las causas incidan directamente o sean susceptibles de contravenir por vía refleja los términos y condiciones originalmente acordados en el contrato administrativo, y (iii) debido a perturbaciones en la economía general del contrato a causa de circunstancias exorbitantes **no atribuibles al Estado** pero que la inercia de sus efectos colaterales influye incidentalmente en el cumplimiento del mismo.

1.3.3.- Diferencias entre responsabilidad contractual, *fait du prince*, y la teoría de la imprevisión.- Con la comparativa de causas expresada por Miguel Santiago MARIENHOFF puntualiza las diferencias entre cada acontecimiento afirmando que: “En la primera hipótesis se estará en presencia de un supuesto común de **responsabilidad contractual** del Estado; en la segunda hipótesis aparece el denominado “**hecho del príncipe**” (*fait du prince*); en el tercer supuesto surge la llamada “**teoría de la imprevisión**”.

Esos parámetros de distinción conducen a dicho tratadista a afirmar que “La ecuación o equilibrio económico financiero del contrato “administrativo” puede sufrir alteración por un acto imputable al Estado”. Es lo que en doctrina denomina “**hecho del príncipe**”, determinante de la llamada “**alea administrativa**”, por oposición al “**alea económica**” propia de la “**teoría de la imprevisión**”, alea ésta “ajena” a la “voluntad estatal”. Al alea administrativo se le conoce también bajo el rubro de «*fait de l'Administration*».

Consecuentemente en el hecho del príncipe la responsabilidad del Estado es de naturaleza extracontractual.

1.3.4.- *Fait du prince negatif* (el hecho del príncipe negativo).- Se presenta ante una actitud estatal pasiva, derogatoria o de inaplicación que involucre la generación de agravios al cocontratante.

1.3.5.- La reparación.- En el alcance de la reparación del daño generado, el autor en cita asegura que: (i) la teoría del “hecho del príncipe” implicará la reparación integral del daño al tratarse de actos estatales de carácter o alcance “general”, y (ii) en la “teoría de la imprevisión” la reparación que recibe el cocontratante no es integral, sino parcial, y se vincula a la llamada “alea económica”, que no es imputable específicamente al Estado por tratarse de actos de alcance “particular”, y propician en consecuencia la “responsabilidad contractual” del Estado.

En lo tocante a los efectos de la teoría del hecho del príncipe frente a la de la imprevisión, en la primera la reparación al cocontratante es de carácter integral al solventar el Estado los resultados nocivos de su conducta, y en la segunda, la participación del Estado es bajo la forma de apoyo a fin de contribuir al restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato administrativo que se vio afectado ante el acontecimiento exorbitante, la participación del Estado se circunscribirá a mitigar las secuelas desfavorables del acontecimiento ajeno a su voluntad, y el apoyo aportado por este será considerado como de interés público, por lo que coincidiendo con Miguel Santiago MARIENHOFF, la teoría de la imprevisión es de orden público.

1.3.6.- Consecuencias de la aplicación de la teoría del "hecho del príncipe".- El acto del soberano produce efectos: (i) **compromete al Estado a cubrir integralmente la indemnización** a su cocontratante respecto de los perjuicios que le generó el hecho o acto estatal al haber sido la causa de la alteración contractual, sirviendo como sustento y parámetros asimilables el derecho a la recibir la indemnización derivado de una expropiación por causa de interés público, ya que todo sacrificio del interés particular en beneficio del interés general debe ser objeto de resarcimiento, fijando como límites la restitución del valor del daño emergente, más no la reparación del lucro cesante; (ii) ocasionalmente la situación de la responsabilidad del Estado resultante del hecho del príncipe puede encontrarse **regulada expresamente en el texto contractual** del contrato administrativo, sea para fijar parámetros, para renunciar a su beneficio, excluirla o limitarla mediante el ajuste de costos (cuestionándose su legalidad), y (iii) en algunas hipótesis el “hecho de la Administración” (*fait du prince*) se asemeja a la fuerza mayor, quedando posicionados en el mismo plano, con resultados que pueden ser definitivos o provisionales, y que provocarán sea la rescisión contractual o la novación de las condiciones originalmente pactadas mediante la adecuada graduación que permita su ejecución o cumplimiento asumiendo los efectos de su renegociación.

1.4.- Imprevisión (cláusula *rebus sic stantibus*).- Hablando de los contratos celebrados por el Estado, David ROUALT aborda su pragmatismo; naturaleza o régimen jurídico; modalidades de aleatoriedad, y la forma de asumir la gestión de la dosis de imprevisión impregnada en los contratos (ROUALT, 2013-2, págs. 181-199).

Recuerda Esteban PEREIRA FREDES que dicha locución latina, cuya significación implica “estando así las cosas”, tiene como consecuencia que las obligaciones asumidas contractualmente, deberán mantener su vigencia a plenitud, “mientras las condiciones a partir de las cuales se acordaron permanezcan asimismo inalterables”. Aclara no obstante, que “Si éstas sufren modificaciones que dieren lugar a cambios significativos en las obligaciones de las partes, resulta justificado corregir esta desproporción mediante la revisión judicial del contrato. El juez es el encargado de restablecer el equilibrio contractual, garantizando que las obligaciones sean equivalentes a las cuales efectivamente se obligaron al momento de contraer el vínculo” (PEREIRA FREDES, 2009, pág. 3).

En el **pragmatismo** de este tipo de relaciones contractuales, David ROUALT afirma que:

“Estando el contrato dotado necesariamente de pragmatismo, cada acontecimiento que venga a contrariar su equilibrio, sus condiciones de ejecución, su causa o su objeto, entraña una consecuencia específica sobre este último... Lo imprevisto resulta pues necesariamente de un alea no considerado, dicho de otra forma, el alea es un imprevisto en potencia. Este imprevisto es susceptible de afectar todo tipo de contratos públicos como privados” (ROUALT, 2013-2, págs. 181-199).

1.5.- La cláusula *take or pay*.- Una explicación destacada sobre las funciones de los contratos, el origen y finalidad de esta cláusula, fundamentalmente en el mercado energético, nos la brinda Cristián ARAYA MAGGI en su artículo de doctrina y conforme a las puntualizaciones siguientes (ARAYA MAGGI, 2017, págs. 183-220):

1.5.1.- Funciones de los contratos.- Por lo que a las funciones de los contratos concierne, este autor infiere que visto desde la perspectiva de la teoría económica “una de las funciones primordiales de los contratos es la asignación de los riesgos entre las partes involucradas, sobre todo de los que se prolongan en el tiempo, ya que el futuro es incierto” (ARAYA MAGGI, 2017, pág. 184). Para el autor de referencia los contratos son generadores de lo que se conoce económicamente con el rubro de “intercambios diferidos”, que se traducen en operaciones que desde una vertiente legalista se les concibe como “obligaciones” mismas que se satisfacen durante la vigencia de la relación contractual. Así, el autor en comentario asegura que “el paso del tiempo entre la celebración y su ejecución genera incertidumbres o riesgos que solo son aminorados gracias a la fuerza obligatoria que les da la ley a los contratos. Sin esa fuerza, faltarían los incentivos coercitivos para cumplir lo acordado” (ARAYA MAGGI, 2017, pág. 184).

1.5.2.- Origen de la cláusula *take or pay*.- Cristián ARAYA MAGGI narra que el nacimiento de este tipo de clausulado emerge de: (i) la necesidad de corrección de la distorsión de precios del gas en los Estados Unidos de América e incentivar la creación de un solo mercado unificado, competitivo y desregulado; (ii) la creciente formalización de pactos de exclusividad en la venta lo que traía como efecto impedir al productor a extender su portafolio de clientes, quienes a su vez pretendían “una abundante disponibilidad de reservas para evitar el riesgo de falta de gas en periodos de *peak* de consumo y sin la obligación de compra mínima podían requerir el suministro conforme a su conveniencia”, y (iii) la consecuente privación de recuperación de costos de exploración, perforación y operación de

sus pozos de extracción de gas natural, ante la insuficiencia de ingresos por ventas (ARAYA MAGGI, 2017, pág. 191).

1.5.3.- Finalidad de la cláusula. - Para Cristián ARAYA MAGGI este tipo de cláusulas tiende a producir un efecto compensatorio a favor del productor por asumir el compromiso de mantener una disponibilidad permanente de las cantidades máximas de contratación, eliminando el riesgo de restringir sus percepciones a las cantidades que el comprador pueda solicitar eventualmente le sean suministradas.

En síntesis, Cristián ARAYA MAGGI concluye respecto de esta categorización de clausulado que “una estipulación *take or pay* obliga al comprador a adquirir una cantidad mínima del producto o servicio en cada periodo, por lo general anual o, alternativamente, a pagar esa mínima cantidad aun cuando no la haya tomado o aceptado recibirla” (ARAYA MAGGI, 2017, pág. 192).

1.6.- La acción denominada *commercial impracticability*.- Considerada como una modalidad de excluyente de cumplimiento contractual, Cristián ARAYA MAGGI explica que a partir de esta doctrina “se puede excusar el cumplimiento de su obligación a aquella parte de un contrato que ha sufrido un riesgo que no era razonablemente previsible y que no fue asumido en forma expresa por ella, el cual produce un cambio sustancial en las condiciones originalmente consideradas en el contrato (*basic assumptions*) y, a su vez, genera un costo, dificultad o perjuicio extremo para alguna de las partes” (ARAYA MAGGI, 2017, pág. 194).

Desde la perspectiva de Cristián ARAYA MAGGI la aplicabilidad de la ***commercial impracticability*** estaría sujeta a la satisfacción de las siguientes condicionantes: i) “... debe producirse un evento que no era razonablemente previsible al momento de celebrar el contrato”; ii) “el evento tiene que hacer el cumplimiento de la parte afectada excesivamente oneroso, alterando en forma

sustantiva el equilibrio económico del contrato”; iii) “el evento no debe ser imputable a negligencia o dolo de la parte afectada, y iv) “solo sería aplicable a contratos de tracto sucesivo y conmutativos” (ARAYA MAGGI, 2017, pág. 195).

CAPÍTULO 2.

APLICACIÓN DE LA REVISIÓN JUDICIAL EN EL ÁMBITO DE LA IMPREVISIÓN.

2.1.- La dualidad de alternativas

Analizando la postura de Esteban PEREIRA FREDES, este tratadista advierte una dualidad en las posibilidades de actuación derivadas de la aplicación de la teoría de la imprevisión: (i) la **revisión** del contrato por parte de la autoridad judicial “para efectos de restablecer el equilibrio inicial, sin cuestionar la validez del contrato, pero adaptando sus obligaciones a las nuevas circunstancias que lo hicieron excesivamente oneroso”, y (ii) la **resolución** del contrato al considerar a la teoría de la imprevisión como institución puramente objetiva, ya que “A partir del advenimiento de las nuevas circunstancias, resulta procedente resolver el contrato en curso, con el objeto de precaver el cumplimiento de las prestaciones excesivamente dispendiosas para el deudor contractual” (PEREIRA FREDES, 2009, pág. 8).

2.2.- Los diversos criterios doctrinales sobre la revisión judicial

Esteban PEREIRA FREDES evoca las diversas posturas doctrinales expresadas en torno a la revisión judicial del contrato derivado de la aplicación de la teoría de la imprevisión en el sistema jurídico chileno, y que consisten en la aplicación de la revisión judicial; (i) a través de la **buena fe objetiva** (ya que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o por la ley o la costumbre perteneciente a ella); (ii) como un **deber de conducta** (el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora); (iii) conforme a la base del **negocio jurídico** (el juez debe acotarse al alcance objetivo de las relaciones contractuales); (iv) de acuerdo a las reglas de la **responsabilidad contractual** (donde el dolo

juega un papel importante), y (v) según la **Teoría del Abuso del Derecho** (si el acreedor ejerce un derecho subjetivo ilegítimo o malicioso) (PEREIRA FREDES, 2009, págs. 10-12).

CAPÍTULO 3

LA PARTICULARIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL FRENTE A LA IMPREVISIÓN

3.1.- La particularidad de la naturaleza jurídica y alcance de los contratos administrativos es magistralmente develada al origen por el tratadista francés Gaston JÈZE, y recalcada recientemente por Georges SALON (asociado de docencia e investigación de la Universidad de Paris I), cuyos aportes son sintetizados de la manera que se expone en líneas subsecuentes y traducidos de la manera la más fiel posible:

3.1.1.- Los efectos

Dada la naturaleza y fin de los contratos administrativos, estos no pueden ser asimilados en su alcance a los contratos civiles, ya que en los primeros el cocontratante de la administración asiente colocarse en un nivel desigualitario, en tanto que en la contratación civil las partes gozan de un posicionamiento en el plano de igualdad recíproca.

“Los *efectos* de los contratos administrativos no son los mismos que los de los contratos civiles... Los contratos civiles suponen dos contratantes situados sobre un pie de perfecta igualdad. El contrato administrativo propiamente dicho supone *esencialmente* dos contratantes que se reconocen situados sobre un pie de *desigualdad*: uno representa al interés general y el otro al interés privado del contratante”. (JÈZE G. , 1927, pág. 8).

3.1.2.- Las razones de la preponderancia de la administración pública

A primera vista podría decirse que la preponderancia de la administración pública en una relación contractual de Derecho administrativo se debe al poder

público que entraña su ejercicio, pero lo único cierto es que se debe a la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos a su cargo, resultando en consecuencia más importante la adopción de un criterio teleológico o finalista.

“Esta visión del contrato administrativo no está fundada sobre el privilegio inherente al poder público. Ella no resulta de la naturaleza del acto sino de su fin: las reglas especiales de los contratos administrativos tienen por fin asegurar el funcionamiento del servicio público” (JÈZE G. , 1927, pág. 9).

Ello no significa que toda contratación celebrada por la administración pública para garantizar la oportunidad y continuidad de un servicio público sea forzosamente sometida a un criterio particularmente proteccionista para la entidad pública, salvo que así lo amerite el servicio público de que se trate.

3.1.3.- El bienestar general sobre los intereses particulares

Ello significa que el cocontratante de la administración pública debe estar consciente de que por encima de sus propios intereses siempre estará el bienestar general que solamente se logra con la garantía de consecución de los servicios públicos.

“Este objeto constituye a la vez el fundamento y el límite del régimen exorbitante, la cual consiste en la adaptación de las reglas comunes a todos los contratos a fin de permitir el cumplimiento de este objeto. El aporte de Gaston JÈZE a la teoría del contrato administrativo reside en la puesta en evidencia de esta penetración, en el seno de un acto auténticamente contractual, de una lógica administrativa. Resulta un cierto dinamismo en la puesta en obra de los principios contractuales” (SALON, 1991, pág. 77). “La noción de servicio público entraña la obligación para el que se compromete

por un contrato administrativo a hacer pasar el funcionamiento del servicio público antes de sus propios intereses, salvo indemnización. Esta obligación tiene entonces un carácter extensivo” (JÈZE G. , 1927, pág. 8).

3.1.4.- La atenuación de los principios de justicia y equidad

Ello implica que, los principios de justicia e igualdad que sustentan toda contratación -y que el Derecho privado tiene ampliamente previstos para regular las relaciones entre particulares- en Derecho Administrativo pueden tener ciertas atemperaciones en función al requerimiento de regularidad y continuidad de los servicios públicos.

3.1.5.-Medidas para satisfacer los servicios públicos de manera regular y continua

En el ámbito de los contratos administrativos los entes públicos no ejercen necesariamente atribuciones oficiosas resultantes del ejercicio de poder público y por ende supremo con respecto de los particulares, sino que se limita a realizar aquellas absolutamente indispensables para satisfacer adecuadamente la prestación de los servicios públicos a su cargo de manera regular y continua, lo que le obliga a imponerse sobre la voluntad de los particulares, lo que va más allá del solo hecho de ser cocontratante de los particulares, lo que explica: (i) la exigencia de la ejecución personal del contrato por el cocontratante; (ii) la ejecución del contrato en los plazos previamente establecidos; (iii) el derecho a modificar el alcance de las prestaciones a cubrir o resciliar el contrato, tanto si el servicio se ha vuelto inútil, como si la organización o las prestaciones devienen inadecuadas; (iv) el incumplimiento de los compromisos asumidos por el cocontratante de la administración comprenden siempre la existencia de una sanción aún ante el silencio contractual, ya que no solamente podrá exigir daños,

perjuicios o resciliación administrativa, sino que además podrá proceder a la sustitución del contratista, y (v) adoptar en general, sin la autorización previa del juzgador, las medidas que estimen necesarias para brindar eficacia y eficiencia a la prestación regular de los servicios públicos.

El derecho de la Administración a modificar el alcance de los servicios que se prestarán o a rescindir el contrato también está motivado por el hecho de que "sería absurdo que la administración continúe operando durante años un servicio público que se ha vuelto inútil o para mantener una organización que se ha vuelto inadecuada o para recibir beneficios que se han vuelto innecesarios en el servicio público" (JÈZE G. , 1904, pág. 221).

“También es de interés para el servicio, a fin de no perjudicar su funcionamiento, que, en caso de modificación del acuerdo por parte de la Administración, su parte cocontratante pueda solicitar su terminación si la ejecución del contrato, una vez modificado, excede sus capacidades técnicas o financieras. Así, la equidad y la gestión del servicio público se combinan” (SALON, 1991, pág. 78).

Haciendo alusión a la obra de Gaston JÈZE, el profesor Georges SALON marca el acento en las afirmaciones del distinguido tratadista francés en el ámbito de la teoría de la imprevisión aplicable a los contratos administrativos, al recordar que, en la búsqueda de una prudente racionalización y equilibrio entre la acción de las autoridades administrativas y el respeto a los derechos de los particulares, se encuentra situada la teoría de la imprevisión. Ello significa que frente a los riesgos de carácter financiero generados por el surgimiento de acontecimientos de orden excepcional, que son dables en el curso de ejecución del contrato, y que convulsionan la economía, resulta conveniente para el interés de la Administración, conferir tranquilidad a sus cocontratantes, afirmando que “para que ella encuentre colaboradores honorables, que hagan frente a sus compromisos, desplegando todos sus esfuerzos para asegurar la marcha de los

servicios públicos, es necesario garantizarlos ampliamente contra los aleas extraordinarios... Es aquí un hecho de experiencia. Todas las veces que la administración, en sus contratos, multiplica los aleas para el contratante, este cubre sus riesgos por un incremento de su remuneración... La teoría de la imprevisión hace una aplicación de esta idea de buena gestión administrativa” (JÈZE G. , 1904, pág. 541).

CAPÍTULO 4.

MARCO TEÓRICO INHERENTE A LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

4.1.- La teoría de la imposibilidad

Esta distingue entre imposibilidad inicial e imposibilidad sobrevenida, cuya explicación amerita el estudio de la noción de culpa, profundizar en el alcance de la responsabilidad moral e identificar la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados.

4.1.1.- La imposibilidad inicial

La imposibilidad para hacer frente al incumplimiento de prestaciones imposibles desde el origen de su asunción, fue desarrollada en el Derecho romano mediante la instauración de la máxima “nadie está obligado a lo imposible”.

Bajo este criterio, el contratante no era responsable por la llamada fuerza mayor (*vis maior*), esto es por aquellas eventualidades que persona alguna podría haber impedido.

Debe tratarse de una imposibilidad de carácter objetivo o absoluto ya que no basta que sea subjetiva o personal.

4.1.2.- Imposibilidad sobrevenida

4.1.2.1.- La influencia de la noción de culpa en la imposibilidad sobrevenida

Esta se explicaba adoptando la noción de la culpa como referente, y de los siguientes postulados:

Si la prestación a cargo de una de las partes contratantes se tornaba imposible con posterioridad a la celebración del contrato, dicha parte se encontraba eximida de responsabilidad a condición de que no tuviese culpa.

4.1.2.2.- La imposibilidad sobrevenida y la responsabilidad moral conforme al Derecho canónico

Para James GORDLEY “Los canonistas medievales, sin embargo, convirtieron a la imposibilidad y a la culpa en principios básicos de responsabilidad moral”, razón por la cual nadie se encuentra moralmente obligado a hacer lo imposible, pero la persona moralmente responsable de no haber tenido el cuidado suficiente, se encuentra obligado en consecuencia a reparar el daño causado (GORDLEY, 2011, págs. 76-91).

4.1.2.3.- El Derecho francés y distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados

Para la determinación de la responsabilidad contractual habría que distinguir, según René DEMOGUE, entre: (i) las obligaciones destinadas a la realización de los medios adecuados para su cumplimiento, llamadas *obligations de moyens*, donde el contratante solo será responsable por su negligencia ordinaria, y (ii) las obligaciones dirigidas a la obtención de resultados denominadas *obligations de résultat*, en las que el contratante responderá de la obligación asumida salvo que se demuestre la influencia de la fuerza mayor (*force majeure*); caso fortuito (*cas fortuit*), o la causa exterior como acontecimiento imprevisible, exterior e irresistible (*cause étrangère*) (DEMOGUE, 1925, págs. §1237, 1921-1933).

4.2.- La alteración de las circunstancias

Mediante la teoría de la alteración **de las circunstancias** (introducida para solventar aquellas eventualidades inesperadas que propician el incremento o la disminución de las prestaciones para cada uno de los contratantes) se pretendió explicar que: (i) la imposibilidad inicial y de naturaleza objetiva permite declarar la invalidez del contrato; (ii) en tanto que la imposibilidad sobrevenida libera al contratante si actuó con la intencionalidad de incumplir o negligentemente ante la inobservancia del cuidado ordinario.

4.2.1.- El caso *Paradine versus Jane*

A este caso se le ha atribuido la representación del principio original del *common law* de que la imposibilidad no es eximente del cumplimiento de las obligaciones, y la esencia misma del procedimiento del *assumpsit* como procedimiento para lograr el cumplimiento de las obligaciones contractuales, ello en virtud de que distingue entre las obligaciones expresamente asumidas y las impuestas por disposición de la ley, donde esta últimas serían susceptibles de excusar ante la presencia de eventualidades sobradamente ajenas al control de una de las partes.

4.2.2.- El *Uniform Commercial Code* y el *Second Restatement of Contracts*.

A partir de dichos textos, una parte no se encuentra obligada cuando la acción de incumplimiento del contrato se sustenta en una *basic assumption* que era falsa desde su origen, bastando acreditar qué tipo de riesgos fueron asumidos por el contratante incumplido, lo que posiciona la procedencia de la acción a una condición implícita consistente en que la parte incumplida no está obligada bajo circunstancias que no fueron previstas.

4.3.- La teoría de la imprevisión

Surgida en el seno de criterios puramente canonistas la teoría de la doctrina de la alteración de las circunstancias pretende legitimar la ruptura de una promesa o compromiso asumido por el contratante si las circunstancias han variado significativamente a lo largo de la vigencia del contrato, ello en aras de mantener la equidad entre los contratantes, por lo que el promitente quedará desvinculado ante las circunstancias que no habría querido comprometerse, ya que de haberla conocido al momento de su asunción, simplemente no hubiera celebrado el acto jurídico o hubiere condicionado su consentimiento.

Ulteriormente, en el Derecho francés y particularmente en la esfera de las obligaciones civiles, al error en el motivo se le consideró un vicio del consentimiento susceptible de valorar por el juzgador a la luz de las circunstancias, siempre que el acontecimiento hubiere sido la razón determinante en la expresión de la voluntad de contratar frente a la realidad.

Por virtud de la teoría de la imprevisión se trata de explicar el tratamiento que se debe brindar a los riesgos que las partes no pudieron prever ni quisieron asumir a la fecha de la contratación (obligaciones de medios), ya que por lógica y apelando a la razón, nadie estaría de acuerdo en ser considerado como responsable del cumplimiento de una obligación si no fuere porque se le ofreció algún beneficio adicional con lo cual pudo ponderar el riesgo y decidió aceptarlo al estimar que contaría con los mecanismos suficientes para su gestión y mitigación (obligaciones de resultados), reflejando en ambos casos es que es demasiado difícil para una parte probar que la otra fue culpable al no tomar las precauciones razonables.

En el radio de acción del Derecho Administrativo la teoría de la imprevisión de ha permitido la atribución de una indemnización.

Recordamos una vez más que la decisión jurisprudencial armonizadora de la teoría fue la pronunciada por el Consejo de Estado el 30 de marzo de 1916 en

el asunto *Compagnie Générale d'éclairage de Bordeaux*, en la que se analizan las consecuencias de la primera guerra mundial con respecto del contrato de concesión celebrado entre la ciudad de Bordeaux y la referida compañía, quien sufrió las consecuencias del incremento de precio del carbón padeciendo así dificultades para asegurar la continuidad del servicio público, mismas que eran desconocidas a la fecha de celebración del contrato.

4.4.- Acuerdos *cost plus contract* y *fixed price contract*

Ante esas circunstancias, y a manera de solución, lo recomendable sería que al momento de formalizar el contrato, las partes decidieran expresamente entre alguna de las dos alternativas siguientes: (i) asumir un acuerdo *cost plus contract*, por virtud del cual la parte que debe cumplir un compromiso con alto grado de dificultad, requiere se le cubra un importe adicional que la compense (asimilable a la asunción de una obligación de resultados); o bien (ii) contraer una obligación bajo la modalidad *fixed price contract*, a partir de la cual una de las partes asiente soportar el incremento exorbitante e inesperado de los costos (equiparable a una obligación de medios). (GORDLEY, 2011, pág. 89).

4.5.- *Frustration of purpose*

Rodrigo MOMBORG URIBE distingue entre la imprevisión y el caso fortuito, abordando así su disociación:

“La conceptualización tradicional tiene su origen en la distinción que se efectúa entre la imprevisión y el caso fortuito, en relación con las consecuencias que los acontecimientos imprevisibles tienen sobre la obligación del deudor: en el primer caso, el cumplimiento de la obligación se torna excesivamente oneroso o dificultoso; mientras que en el segundo el cumplimiento se vuelve imposible” (MOMBORG URIBE, 2010, págs. 49-50).

Destaca que, el concepto de imprevisión ha sido modernizado ante la excesiva onerosidad que afecta al deudor, y solo representa una porción de las modalidades en que se presenta dicha teoría, en virtud de que la misma puede manifestarse también desde la vertiente del acreedor, si la utilidad o beneficio estimados con respecto de la prestación originalmente acordada se ven considerablemente disminuidos y pretende en consecuencia su respectiva compensación. A pesar de la factibilidad de que el deudor cumpla perfectamente con el compromiso asumido poco importa ya el cumplimiento para el acreedor, quien a pesar de que haya perdido significado e interés el cumplimiento de su cocontratante, se mantendrá ligado a ejecutar la contraprestación estipulada. A este fenómeno se le identifica como *frustration of purpose*, frustración del contrato, o de sus fines del contrato.

5.- Principios de equidad o equilibrio contractual o equilibrio prestacional, y de buena fe.- Se presentan cuando una de las partes se obliga a dar, hacer o no hacer una cosa apreciada como equivalente a lo que la otra parte debe dar, hacer o no hacer a su vez. El equilibrio contractual se clasifica en: (i) inicial, originario o congénito, y (ii) funcional o sobrevenido.

CONCLUSIONES

A).- Esta teoría supone un elemento imprevisible pero resistible, de lo contrario la administración contratante podrá resciliar el contrato invocando la fuerza mayor;

B).- Se funda sobre motivos de interés general y continuación del servicio público, donde la propiedad intelectual podría tener enorme injerencia.

C).- Permite cierta estabilidad del contrato administrativo, el respeto a los derechos resultantes de la propiedad intelectual, y la continuidad del servicio público;

D).- Permite cuestionar la fuerza obligatoria contractual permitiéndole una indemnización y variación, cambiando la estructura de la voluntad inicial, aspecto que tiende una considerable relevancia en el marco de la propiedad intelectual.

E).- Sus efectos son temporales y superadas las dificultades económicas no se atribuye más indemnización y el contrato retoma su forma original, lo que permitiría un equilibrio a los titulares de derechos inherentes a la propiedad intelectual.

F).- Se atribuye al cocontratante (que podría ser el titular de un derecho protegido por la propiedad intelectual) una indemnización para asegurar el servicio público durante el periodo contractual pendiente.

BIBLIOGRAFÍA.

- ALTAMIRA, P. (1953). El contrato administrativo. *Revista de Economía y Estadística, Segunda Época, Volúmen 6.*(1-2-3-4.).
- ARAYA MAGGI, C. (2017). *Cláusulas take of pay, origen estadounidense y efectos en el mercado chileno de la energía.* (R. N. 28, Ed.) Santiago, Chile: Revista Chilena de Derecho Privado, N° 28, pp. 183-220 [julio 2017]. Recuperado el 27 de agosto de 2019.
- DEMOGUE, R. (1925). *Traité des obligations en général* (Vol. Tome V). Paris: Librairie Arthur Rousseau.
- GORDLEY, J. (2011). Imposibilidad, alteración de las circunstancias e imprevisión. *IUS ET VERITAS*(43), 469. Recuperado el 29 de Septiembre de 2019, de <http://iusetveritas.com/>
- JÈZE, G. (1904). *Les principes généraux du droit administratif* (1ère ed., Vol. VI). Paris, France: Berger-Levrault et Cie, Éditeurs.
- JÈZE, G. (1927). *Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des départements, des communes et des établissements publics.* Paris: V. Giard & E. Brière.
- MARIENHOFF, M. S. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo.* Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- MOMBERG URIBE, R. (03 de diciembre de 2010). Teoría de la Imprevisión. La necesidad de su regulación legal en Chile. *Revista Chilena de Derecho Privado*(15), 29-64. Recuperado el 17 de octubre de 2019.
- MONTOYA, F. (2005). La imprevisión frente al dilema solidarismo-individualismo contractual. *Revista de Derecho Privado No. 8.*
- PEREIRA FREDES, E. (julio a diciembre de 2009 de 2009). Sobre la teoría de la imprevisión. *Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, La Razón del Derecho.*(1ª edición, julio a diciembre de 2009).
- POSNER, R. (s.f.). Values et consequences: An Introduction to Economic Alalysis of Law. (T. L. CHICAGO, Ed.) *CHICAGO. JOHN M. OLIN LAW & ECONOMICS WORKING PAPER, (2D SERIES)*(53), 14. Recuperado el 2019 de October de 01.

POSNER, R., & ROSENFELD, A. (juin de 1977). *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*. Recuperado el 29 de septiembre de 2019, de The University of Chicago Press Journals: <https://www.jstor.org/stable/724191>.

ROUALT, D. (2013-2). *La rationalisation de l'imprévu dans le droit des contrats publics internes et des contrats d'État*. doi:<https://doi.org/10.3406/juro.2013.4772>.

SALON, G. (1991). Gaston Jèze et la théorie générale des contrats administratifs. (P. u. droit, Ed.) *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique - n° 12 - 1991(12)*, 192. Recuperado el 13 de septiembre de 2019, de <https://univ-droit.fr/recherche/portail-de-la-recherche/revue-d-histoire-des-facultes-de-droit-de-la-culture-juridique/11220-sommaires-de-la-revue-rhfd>.