

308909

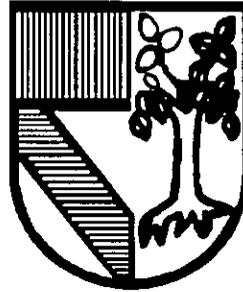
UNIVERSIDAD PANAMERICANA

37

Des

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



LA INCORPORACION DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION
A LOS CONTRATOS DE CREDITO.

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

ALEJANDRO LINARES CARABALLO

DIRECTOR DE TESIS: LIC. FERNANDO MARTINEZ DE VELASCO MOLINA

MEXICO, D. F.

269330 1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A Dios.

A mi mamá, por su gran amor.

A mi papá, por su apoyo incondicional,
ejemplo de lucha y coraje.

A mi hermano Francisco, a Claudia, a mi hermana María Fernanda, a Carlos y a mi sobrina Marifer, por su cariño y consejo.

A Juan Antonio Casas de León, por su amistad, enseñanza y ayuda insustituible en la elaboración de este trabajo.

A la Escuela de Derecho de la Universidad Panamericana, por buscar la excelencia académica y humana de los alumnos.

INDICE

INTRODUCCION	I
Capitulo Primero.- EVOLUCION Y CONCEPTUALIZACION DE LA CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS.	
ANTECEDENTES.	1
I.- CONCEPCION DE LA CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN EL DERECHO ROMANO.	1
II.- CONCEPCION DE LA CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS POR LOS CANONISTAS Y POSTGLOSADORES.	2
III.- CONCEPCION DE LA CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN EL DERECHO CONTEMPORANEO.	5
IV.- DIVERSAS TEORIAS QUE EXPLICAN EL FUNDAMENTO JURIDICO DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION.	8
a) Teoría de la presuposición.	8
b) Teoría de la base del negocio jurídico.	10
c) Teoría del caso fortuito o fuerza mayor.	11
d) Teoría de la imposibilidad.	13
e) Teoría del equilibrio "de las prestaciones", o de la "causa", o de la "equivalencia" de las prestaciones.	14
f) Teoría de la buena fe y la equidad.	15
g) Teorías que se fundan en los vicios de la voluntad.	16
h) Teoría de la lesión sobreviniente.	17
i) Teoría de la voluntad marginal.	17
j) Teoría del abuso del derecho.	18
V.- CONCEPTO DE LA IMPREVISION O CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS.	21
Capitulo Segundo.- LA TEORIA DE LA IMPREVISION EN LA DOCTRINA Y LA LEGISLACION MEXICANA.	
I.- NOCION.	27
II.- CONCEPCION DOCTRINARIA EN MEXICO, DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION.	27
a) Opinión de Manuel Borja Soriano.	27
b) Opinión de Ernesto Gutiérrez y González.	28
c) Opinión de Ramón Sánchez Medal.	30
d) Opinión de Rafael Rojina Villegas.	32
e) Opinión de Miguel Angel Quintanilla García.	34
f) Opinión de Manuel Bejarano Sánchez.	37
g) Opinión de Sergio T. Azúa Reyes.	38

h) Opinión de Carlos Sepúlveda Sandoval.	40
i) Opinión de Rafael de Pina.	41
j) Opinión de Raúl Ortiz Urquidi.	43
k) Opinión de Ignacio Galindo Garfias.	44
l) Opinión de Nestor de Buen Lozano.	46
m) Opinión de María Carreras Maldonado.	47
III.- LEGISLACION POSITIVA MEXICANA.	51
a) Código Civil para el Distrito Federal.	51
b) Código Civil para el Estado de Guanajuato.	57
c) Código Civil para el Estado de Aguascalientes.	60
d) Código Civil para el Estado de Jalisco.	61
Capitulo Tercero.- LA RESOLUCION DE LOS CONTRATOS.	
I.- NOCION.	64
II.- MODOS GENERALES DE TERMINACION DEL CONTRATO	64
III.- LA FRUSTRACION DEL CONTRATO.	64
IV.- CAUSAS DE TERMINACION DEL CONTRATO.	66
a) La resolución de los contratos por incumplimiento de una de las partes.	70
a.1) Resolución en el derecho mexicano (Pacto Comisorio).	78
a.1.1) Pacto comisorio tácito.	79
a.1.2) Pacto comisorio expreso.	79
b) La resolución por imposibilidad superviniente de las obligaciones a cargo de una de las partes, también conocida como el caso fortuito o fuerza mayor.	84
c) La resolución por excesiva onerosidad superviniente fundada en la teoría de la imprevisión.	93
Capitulo Cuarto.- LOS CONTRATOS DE CREDITO Y LA TEORIA DE LA IMPREVISION.	
I.- OBLIGACIONES MERCANTILES.	94
II.- PRINCIPIOS PROPIOS DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS MERCANTILES.	94
a) Solidaridad.	94
b) Onerosidad.	96
c) Prohibición de los términos de gracia en materia mercantil.	97
d) Términos y mora.	98
d.1) Términos.	98
d.2) Mora.	99
e) La prescripción en materia mercantil.	101

f) La cláusula penal.	101
g) El lugar de pago.	102
III.- LOS CONTRATOS MERCANTILES.	103
a) Elementos esenciales del contrato.	103
a.1) El consentimiento.	104
a.2) El objeto.	105
b) La génesis del contrato mercantil.	105
b.1) La oferta o propuesta.	106
b.1.1) Requisitos de la oferta o propuesta.	106
b.1.2) Duración.	107
b.2) La aceptación.	107
b.3) Acuerdo o perfección del pacto.	108
c) La forma de los contratos.	109
d) Contrato de Adhesión.	110
e) Clasificación de los contratos mercantiles.	112
f) Criterios de Distinción.	113
g) Las operaciones de crédito.	114
g.1) La operación de crédito y operación bancaria.	115
h) Los contratos de crédito.	116
i) Naturaleza jurídica y clasificación de los contratos de crédito.	116
i.1) Contratos de crédito privados.	117
i.2) Contratos de crédito bancarios.	117
j) La función bancaria.	117
j.1) Operaciones activas y pasivas.	118
j.1.1) Operaciones activas.	118
j.1.2) Operaciones pasivas.	118
j.2) Servicios bancarios.	118
j.3) Operaciones de custodia.	118
k) Operaciones bancarias pasivas.	119
l) Operaciones bancarias activas.	119
l.1) Apertura de crédito.	120
l.1.1) Naturaleza jurídica.	120
l.1.1.1) Teoría del mutuo.	120
l.1.1.2) Teoría del mutuo consensual y de los actos ejecutivos.	121
l.1.1.3) Teoría del mutuo depósito.	121
l.1.1.4) Teoría del contrato preliminar.	122
l.1.1.5) Teoría del contrato preliminar mixto.	122
l.1.1.6) Teoría del contrato especial, autónomo y definitivo, de contenido complejo.	122
l.1.2) Diversas clases de apertura de crédito.	123

I.1.2.1) Por el objeto.	123
I.1.2.1.1) De dinero.	123
I.1.2.1.2) De firma.	123
I.1.2.2) Por la forma de disposición.	123
I.1.2.2.1) Apertura de crédito simple.	123
I.1.2.2.2) Apertura de crédito en cuenta corriente.	123
I.1.3) Garantías.	123
I.1.4) Otorgamiento de títulos de crédito por el acreditado.	124
I.1.5) Término del contrato y extinción del crédito.	124
I.2) La cuenta corriente.	125
I.2.1) Naturaleza jurídica.	126
I.2.2) Elementos del contrato.	127
I.2.3) Efectos del contrato.	128
I.2.4) Indivisibilidad de la cuenta.	129
I.2.5) Clausura y terminación de la cuenta.	129
I.2.6) Prescripción.	130
I.3) Crédito de habilitación o avío.	130
I.3.1) Forma del contrato.	131
I.3.2) Destino del crédito.	131
I.3.3) Garantía.	132
I.4) Crédito refaccionario.	133
I.4.1) Forma del contrato.	133
I.4.2) Garantía.	134
m) Otros contrato de crédito y de financiamiento.	135
m.1) Contrato de préstamo.	135
m.1.1) Clases de préstamo.	135
m.1.2) Duración del contrato de préstamo.	136
m.1.3) Intereses.	136
m.1.4) La capitalización de intereses.	137
m.2) Contrato de arrendamiento financiero.	141
m.2.1) Forma.	142
m.2.2) Sujetos.	142
m.2.3) Operatividad.	142
m.2.3.1) Pagarés.	142
m.2.3.2) Determinación de los bienes para arrendar.	143
m.2.3.3) Entrega de los bienes adquiridos.	143
m.2.3.4) Cargas del arrendatario.	144
m.2.4) Obligaciones del arrendatario.	144
m.2.4.1) Seleccionar al vendedor.	144

m.2.4.2) Recibir el bien.	144
m.2.4.3) Pagar el precio.	145
m.2.4.4) Usar la cosa.	145
m.2.4.5) Conservar la cosa y darle mantenimiento.	146
m.2.4.6) Contratar un seguro.	146
m.2.4.7) Ejercitar la opción.	146
m.2.5) Obligaciones de la arrendadora financiera.	146
m.2.5.1) Adquirir el bien objeto del arrendamiento.	146
m.2.5.2) Entregar el bien.	147
m.2.5.3) Cesión de derechos contra el vendedor.	147
m.2.5.4) Conservar la cosa.	148
m.2.5.5) Cumplir con la opción.	148
m.2.5.6) Contratar seguro.	148
m.2.6) Opciones terminales.	149
m.2.7) Naturaleza jurídica.	150
m.2.8) Reintegración de los bienes a la arrendadora financiera.	153
n) La teoría de la imprevisión en los contratos de crédito.	154
n.1) Opinión de Cesar Fentanes Méndez.	155
o) Consideraciones finales.	163
CONCLUSIONES	174
BIBLIOGRAFIA	

INTRODUCCION.

De acuerdo a la doctrina mas generalizada de derecho civil, se ha entendido a la imprevisión como el fenómeno jurídico en virtud del cual, por causas externas a los contratantes sobreviene una excesiva onerosidad en las prestaciones económicas del contrato, que dificultan el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el mismo, de tal forma que dicha situación puede ser remediada de dos formas; la primera consiste en otorgarle al juzgador amplio arbitrio para que éste reduzca equitativamente la prestación que se volvió excesivamente onerosa, de tal manera que pueda ser cumplida por el contratante afectado; y la segunda, estriba en la intervención del legislador para que elabore una disposición de carácter general y abstracto, que ponga remedio a tal situación. Asimismo, algunos doctrinarios consideran que también es factible la resolución del contrato, cuya petición deberá realizar el contratante afectado por dicho fenómeno jurídico.

Nuestros legisladores han sido renuentes en incorporar dicha figura, ya que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1796 del Código Civil, los contratos civiles se rigen por el principio conocido como pacta sunt servanda, que implica que los contratantes deben cumplir con lo estipulado en el contrato, de acuerdo a la buena fe y obligatoriedad del mismo.

Debido a las crisis financieras recurrentes en nuestro país, se ha generado un incumplimiento generalizado de los deudores de la banca a los contratos de

crédito, quienes en repetidas ocasiones han invocado la aplicación de la imprevisión contractual y, por ende, la resolución de los contratos, apoyados en que la crisis financiera de nuestro país suscitada en el año de 1994 era una causa imprevisible para los contratantes.

De esta manera, el objeto de este trabajo consiste en demostrar que las crisis financieras suscitadas en nuestro país desde el régimen del licenciado Adolfo Ruiz Cortinez, han sido continuas y, por ende, conocidas y previsibles por la sociedad y las autoridades del estado mexicano; y tan son así las cosas, que con el objeto de remediar la pérdida adquisitiva de nuestra moneda, se ha generalizado el pacto de escala móvil de intereses en dichos contratos, que básicamente se hacen consistir en estipular diversos parámetros financieros que el Banco de México periódicamente da a conocer, mediante publicaciones en el Diario Oficial de la Federación, pacto que se encuentra estipulado expresamente en los contratos de crédito.

Para lograr el objetivo planteado, nos hemos dado a la tarea de analizar en el primer capítulo de este trabajo, los antecedentes históricos de la cláusula rebus sic stantibus, desde las épocas de los canonistas y postglosadores, hasta nuestros días, pasando por un breve análisis de las diversas teorías que explican el fundamento jurídico de la imprevisión.

En el segundo capítulo, se estudia la teoría de la imprevisión a la luz de la doctrina y la legislación mexicana, realizando un breve recorrido por las opiniones doctrinarias de autores connotados como Manuel Borja Soriano, Rafael Rojina Villegas, Ramón Sánchez Medal, etc., y desde luego, sobre las legislaciones

civiles que contemplan la teoría de la imprevisión, tales como las de los Estados de Aguascalientes, Guanajuato y Jalisco.

La tercera parte de nuestro trabajo, se refiere al análisis de la resolución de los contratos civiles, realizando un breve estudio de la aplicación de esta figura a la excesiva onerosidad sobreviniente fundada en la teoría de la imprevisión.

Por último, el cuarto capítulo de este trabajo, contiene un análisis de los principales contratos de crédito y financiamiento contemplados por nuestra legislación comercial, y desde luego, el análisis y crítica a la tesis sustentada por el licenciado Cesar Fentanes Méndez, considerado como el precursor de la incorporación de esta figura a los contratos de crédito.

Capítulo primero.- EVOLUCION Y CONCEPTUALIZACION DE LA CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS.

ANTECEDENTES.

I.- CONCEPCION DE LA CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN EL DERECHO ROMANO.

La teoría de la imprevisión ha sido elaborada por la doctrina jurídica, con la finalidad de encontrar un remedio para los contratos en que una de las partes se ve sometida a una onerosidad excesiva o anormal, en el sentido de que las condiciones económicas tenidas en cuenta a la celebración del contrato, resultan modificadas al momento de su ejecución. Esta situación crea para la parte afectada una grave dificultad para cumplir con su obligación, en razón de tener que someterse a un gran sacrificio económico, no previsto en el momento de celebrar el contrato.

Aun y cuando para el Derecho Romano no era desconocido este problema, resultaría aventurado afirmar que el mismo contemplara un principio aplicable a los supuestos de imprevisión. En realidad, si bien se arbitrabán soluciones inspiradas en la teoría de la imprevisión, no fueron corolarios de una teoría general, sino aplicaciones basadas en la equidad a casos concretos, mediante "condictios".

Efectivamente, Alberto G. Spota en su obra intitulada Instituciones de Derecho Civil, Contratos, vol. III, manifiesta que "no existe en Derecho Romano una teoría o principio general en la materia. Sin embargo algunas aplicaciones del principio pueden señalarse. Así, se indica que Paulo expresó que en los Contratos interesa el momento en que se celebren y no, por lo tanto, el de la ejecución (*in stipulatione, id tempo spectatu quae contrahimus*). A pesar de ello es claro que Africano, expresó en el pasaje de *solutionibus et liberationibus*, en cuanto allí se indica que existe una cláusula tácita, según la cual se cumple si permanece invariada la situación en el momento de celebrarse tal convención (*tacite enim inesse haec conventio stipulatio videtur si in eadem maneat*)".¹

¹ SPOTA, Alberto, G. "Instituciones de Derecho Civil, Contratos, Vol. III, De Palma, Buenos Aires. 1975. pág. 474.

El texto de Africano, lo es la ley orium del Digesto y expresaba en el mismo que "Cuando se hubiere estipulado que se de a Ticio alguna cosa, se ha de considerar que se paga bien a Ticio solamente si permaneciera en el mismo estado en que se encontraba cuando tuvo lugar la estipulación; pero si Ticio hubiera sido desterrado, o hecho esclavo, o hubiera sido interdicto, etc; se ha de considerar que no se le paga bien, porque se considera tácitamente que es inherente a la estipulación de esta convención".²

De lo anterior, se desprende que los Romanos constituyen una fuente remota de la Teoría de la Imprevisión de los contratos, que posteriormente fue perfeccionada por los Canonistas, Postglosadores y los autores clásicos del Derecho Francés, ya que de las citas contenidas en este trabajo de Africano a su vez citado por Spota, se colige que el Digesto ya contemplaba la variación de las obligaciones contractuales en un momento posterior a la celebración del pacto.

II.- CONCEPCION DE LA CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS POR LOS CANONISTAS Y POSTGLOSADORES.

La cláusula Rebus sic Stantibus o teoría de la imprevisión parece surgir con los post-glosadores, quienes empiezan a ajustar "la concepción que se vuelca en la doctrina y jurisprudencia italianas de los siglos XVI y XVII, con los cardenales Mantica y De Luca, siendo importante recordar que Alicato, al poner énfasis en el respeto debido a los contratos, incluye como una de las excepciones a esta norma que haya sobrevenido un acontecimiento imprevisto y que las partes no han podido entrever su eventualidad".³

Enneccerus asevera que "en el derecho intermedio triunfa la famosa cláusula Rebus sic Stantibus, o sea que, mientras no se alteren, en lo sustancial, las circunstancias aprendidas por las partes al celebrar el contrato esto sigue siendo obligatorio. Asimismo, en las colecciones de los Concilios propios del Derecho Canónico, se menciona tal cláusula la cual como se ha señalado implica la imprevisión contractual".⁴

² Idem.

³ BADENES GASSET, Ramón, "Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional". *El riesgo imprevisible*, Barcelona, 1946, pág. 32

⁴ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, "Tratado de derecho civil", Bosch. Traducción a la 39ª Edición Alemana por Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, 1926. Vol. I, pág. 206.

Ya en los siglos XII y XIII, los canonistas desarrollaron las ideas de los filósofos romanos sobre la cláusula tácita o subentendida, como ocurre con Graciano, Bartolomeo De Brescia y Santo Tomás de Aquino.

En efecto, el doctor Angélico en su obra cumbre "La Summa Theológica", se formula la pregunta de "si toda mentira es pecado, contestando que aquel que promete hacer alguna cosa, si tiene la intención de hacer lo que promete, porque no habla contrariamente a lo que piensa. Si después no hace lo prometido, entonces parece obrar sin fidelidad por aquello de que cambia de voluntad. Sin embargo, continúa diciendo que puede ser excusado por dos razones: En primer lugar, si lo que ha prometido es manifiestamente ilícito y, también, si han cambiado las condiciones de las personas y de los negocios".⁵

Así pues, en la concepción de Santo Tomás de Aquino, no era infiel a su promesa quien no la cumple por haber cambiado esas condiciones.

Asimismo, es tratada por los canonistas como un medio para solucionar las controversias, pues mediante ésta sostenían que era contrario a la moral católica el que un contratante se aprovechara de las nuevas circunstancias para obtener prestaciones perjudiciales para su cocontratante, generando en ambos casos usura, pues la usura "para este Derecho se considera no sólo en el momento de realizar el contrato, aprovechándose de la situación difícil del contratante, lesionándolo metafóricamente, no jurídicamente dicho, sino también si se aprovecha de las situaciones posteriores para obtener lucros exorbitantes".⁶

Es con los Postglosadores, donde se desenvuelve vertiginosamente la doctrina de la imprevisión, precisamente con Bártolo y su discípulo Baldo, afirmando el primero que "la cláusula Rebus sic Stantibus se presume en las renunciaciones" y agregando el segundo que "también funciona en las promesas".

⁵ DE AQUINO, Tomás, "Summa Teológica".

⁶ PINO, Augusto, "La excesiva onerosidad de la prestación", Traducción de Federico Maltol, Bosh, Barcelona, 1959. pág. 138.

En el siglo XVI, Alicato, en Italia, después de referirse al principio de que deben respetarse los contratos, agrega como excepción entre otros casos, "Cuando sobreviene un acontecimiento imprevisto y que las partes no han podido entrever su eventualidad".⁷

Los juristas de la Edad Media, para subsanar la situación de que las cargas económicas al momento de la ejecución del contrato se volvieran excesivamente onerosas para una de las partes, sostenían que en los contratos existe sobreentendida la cláusula "Rebus sic Stantibus", según la cual, el contrato se resuelve cuando al llegar el momento de la ejecución, ha sido modificada la situación de recíproco sacrificio y ventajas presentes por las partes al momento de la convención.

Durante los siglos XVI y comienzos del siglo XVII, la doctrina de la imprevisión se extendió a Italia y Alemania; de ahí que fuera incluida en el código bávaro de 1756, el código prusiano de 1794 y el austriaco de 1812.

La cláusula Rebus sic Stantibus, fue contemporáneamente cayendo en descrédito, "el jusnaturalismo racionalista se opuso a su aplicación, y a partir de esa época hasta que irrumpieron las graves consecuencias económicas de la primera guerra mundial, los autores dejaron de ocuparse de ella".⁸

Ya en 1942, el Código Civil Italiano, en su artículo 1467, consagra la admisión de la imprevisión, bajo la denominación de "resolución por excesiva onerosidad sobreviniente".

En Francia, en la mayoría de los casos la doctrina y la jurisprudencia recurrieron a la antigua tesis de suponer implícita la cláusula "Rebus sic Stantibus" o encontrar otros argumentos tendientes al mismo fin.

⁷ SPOTA, Alberto G. *op. cit.*, pág. 566.

⁸ FLAH, Liliy R y SMAYEVSKY, Miriam, "Teoría de la imprevisión", De Palma, Buenos Aires, 1985, pág. 5.

III.- CONCEPCION DE LA CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN EL DERECHO CONTEMPORANEO.

La cláusula Rebus sic Stantibus renace en el derecho contemporáneo, en forma implícita y mediante el standard jurídico de la buena fe contractual como ocurrió en la doctrina jurisprudencial alemana y con motivo de la inflación monetaria que originó la Primera Guerra Mundial de este siglo XX, sea en forma expresa, y ello fue establecido en el moderno Código Civil Italiano de 1942, que constituyó la fuente mediata de las posteriores codificaciones que contemplaron la figura, como en el caso concreto lo constituyó el Código Civil Portugués de 1966, que acoge la Teoría de la Imprevisión en forma mas comprensiva que el Código Civil Italiano y, por ello, en concepción de Spota, "en forma mas adecuada a las exigencias de un tráfico contractual que mejor satisface las exigencias de la axiología jurídica".⁹

En efecto, el artículo 437 del Código Civil Portugués, preceptúa que: "Si las circunstancias en que se basaron las partes para decidirse a contratar hubieran sufrido una alteración anormal, la parte perjudicada tiene derecho a la resolución del contrato o a su modificación conforme a la equidad, siempre que la pretensión de que cumpla con las obligaciones que asumiera afecte gravemente los principios de la buena fe y no queden cubiertos por los riesgos propios del contrato. Requerida la resolución, la modificación del contrato en los términos del anterior párrafo".¹⁰

Asimismo, el artículo 438 señala que: "... la parte perjudicada no goza del derecho de resolución o modificación de contrato, si se hallaba en mora en el momento en que sobrevino la alteración de las circunstancias".¹¹

En cambio, el Código Civil Francés ha mantenido en concepto de Spota "una criticable actitud omisa ya que contrario de lo que ocurre en su progresista derecho administrativo, solo mediante esa legislación especial ha podido Francia aminorar esa situación jurídica nada aceptable".¹²

⁹ SPOTA, Alberto G, *op. cit.*, pág. 567.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem.*

El maestro Pothier, no se refiere en ningún momento a este problema de la imprevisión y el Código Sustantivo Civil es completamente omiso al respecto, ya que cuando se refiere a las obligaciones de dinero, establece el principio de que el deudor de una obligación de esa especie satisface su obligación entregando ese dinero, lo que implica que dicha legislación en ningún momento contempla la depreciación monetaria.

El supuesto anterior del Código Civil Francés hace pensar que el prestatario de dinero ha entregado dinero de buen poder adquisitivo y el beneficiario está en la posibilidad de devolver moneda de un menor poder adquisitivo, ya que bajo la tesitura de esta legislación, el beneficiario podrá decir que cumple con la ley al devolver franco por franco al prestatario, lo que implica que el derecho Francés se acoge a la vieja doctrina nominalista de la moneda que todavía tiene una inexplicable existencia en tal ordenamiento legal.

El Código Civil Alemán no cuenta con una norma expresa relativa a la imprevisión contractual y cuando la jurisprudencia alemana aplica ésta, lo hace haciendo funcionar el standard jurídico de la buena fe contractual, lo que denominan *Treu und Glauben*, o sea, el cumplimiento leal (*Treu*) y la buena fe sobre la base de la apariencia jurídica, esto es, la creencia (el *glauben*, *treu*= lealtad; *glauben*= creencia).

"Los contratos tienen que cumplirse con lealtad y sin ofender la apariencia jurídica, o en otras palabras, con buena fe - lealtad y con buena fe - creencia, y cuando un deudor, un obligado, pretende eximirse de la obligación devolviendo pésima moneda a cambio de la buena moneda que recibió, ofende la buena fe con que deben celebrarse y cumplirse los contratos. Empero, el Código Civil Alemán no contiene una norma expresa, sino que son criterios jurisprudenciales cuya utilidad es dirimir las controversias de imprevisión entre las partes".¹³

Así pues, el Código Civil Italiano de 1942 y luego el Código Civil Portugués de 1966 recogen expresamente la teoría de la imprevisión contractual por excesiva onerosidad, el primero de ellos en el artículo 1447, acepta la aplicación de esta teoría en los contratos bilaterales y de ejecución continuada o diferida, a excepción de los contratos aleatorios.

¹³ *Ibidem*, pág. 569.

La legislación italiana civil en su artículo 1467 señala que cuando las circunstancias extraordinarias e imprevisibles, que excedan del riesgo normal de contrato, tornen excesivamente onerosa la obligación de uno de los contratantes, entonces existe una causal de resolución del contrato, a menos que una de las partes ofrezca reducir equitativamente la prestación, y en ese caso el juez se pronuncia; es decir, el juez no rehace el contrato, sino que su misión es, frente a la alegación de uno de ellos, por excesiva onerosidad, decretar la resolución del contrato, salvo que la parte contra la cual se demanda la resolución contractual ofrezca esa revisión equitativa de la prestación que se torno excesivamente onerosa.

En opinión de Spota "el principio de resolución de los contratos por imprevisión, se aplica al contrato unilateral, o sea, cuando una sola de las partes está obligada y esa obligación se torna excesivamente onerosa frente a lo que ha recibido y exige una reducción de su prestación o una modificación en las modalidades del cumplimiento. Y en tal supuesto, el juez puede reducir lo que debía entregar al obligado o modificar esas modalidades de ejecución en forma equitativa, así pues, la situación recíproca debe estimarse comprendida, es decir, que el obligado pretenda liberarse de su obligación con una prestación que ha perdido en buena medida, significación económica para el acreedor en ese contrato unilateral".¹⁴

De lo expuesto en este punto, nos damos cuenta que dada la influencia Francesa en nuestro derecho civil, la resolución de los contratos por imprevisión derivada de la excesiva onerosidad para una de las partes, no es un argumento que haya sido incorporado a ley mexicana, en virtud del nominalismo imperante en la citada legislación francesa desde épocas inmemoriales, lo que desde luego implica que el beneficiario se encuentre obligado a devolver la misma cantidad entregada por el prestatario con independencia de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, situación que en forma magistral se encuentra regulada por el derecho Italiano y Portugués, al prever este fenómeno y remediándolo mediante el otorgamiento de facultades de equidad al juzgador para reducir dicha onerosidad que perjudica a una de las partes contratantes.

¹⁴ *Ibidem.*

IV.- DIVERSAS TEORIAS QUE EXPLICAN EL FUNDAMENTO JURIDICO DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION.

Las teorías que tratan de justificar la aplicación de la imprevisión contractual, se pueden clasificar en teorías que tienen una causa concreta y otras teorías que implican la aplicación de principios generales.

Por ejemplo, dentro de las primeras está la teoría de la "presuposición", porque quiere concretar el fundamento de la existencia de una supuesta condición no desenvuelta. Otra sería; la teoría de la causa, según la cual cuando sobreviene la imprevisión contractual carece la obligación de causa. En cambio, existen teorías generalizadoras, es decir, que se basan sobre razones generales, por ejemplo, aquella que nos dice que la teoría de la imprevisión se funda en la equidad, o aquella otra que sostiene que se funda en la buena fe, o la que entiende que se funda en el abuso del derecho.

Es menester que veamos en primer lugar aquellas teorías que tienen una fundamentación concreta, las cuales se pueden distinguir en dos clases: Unas, que parten de la voluntad de los contratantes y otras, en cambio, que tienen una fundamentación objetiva. Las que parten de la voluntad de los contratantes son las de la presuposición, la de la base del negocio jurídico y la de la voluntad marginal; por el contrario, las que parten de un fundamento objetivo concreto, son las que se refieren a la equivalencia de las prestaciones y a la teoría de la causa. En cuanto a las generalizadoras, repetimos que son las que se refieren a la buena fe, a la equidad, al abuso del derecho. Las teorías del error del negocio jurídico, y la de la lesión sobreviniente, en cambio son teorías que concretan.

a) Teoría de la presuposición.

Es Windscheid el representante de esta teoría, cuyas características son las siguientes:

- 1) Interpretativa de la voluntad contractual.
- 2) Se relaciona con la causa del negocio jurídico.

3) Se estima como "presuposición" a toda expectativa o creencia sin la cual quien emite una declaración no la habría formulado; por eso, es causa determinante en la declaración de voluntad.

4) Cuando esos motivos "causas" determinantes no hayan correspondido con lo sucedido, no hay auténtica voluntad y procede la acción de dolo "actio doli" contra la pretensión de quien se base en esa voluntad falseada: si hubo prestación corresponde la conditio sine causa (repetición de lo pagado sin causa).

La crítica que se hace a esta teoría es que crea inseguridad jurídica por las siguientes razones:

1º Esta tesis sostiene que en un contrato existe lo que se llama una condición no desvuelta por los contratantes. Para entender ello es necesario que consideremos el supuesto de un contrato del cual surgen obligaciones sometidas a una condición expresada en el contrato. Por ejemplo, si se somete la obligación del vendedor a una condición suspensiva, el vendedor no está obligado a entregar la cosa, sino sobreviene la condición; si la entrega, el comprador no es mas que un administrador de un bien ajeno. Eso es una condición expresada en el contrato; se conviene que solo el vendedor entregará la cosa si el se ve constreñido por ciertas circunstancias a hacerlo; por ejemplo, lo cambian de destino; vende su casa porque ya no le sirve, porque tiene que radicarse en otra provincia alejada; pero mientras no se de esa condición el no entrega la casa. Es una condición que ha sido expresada, desvuelta en el contrato.

2ª En cambio, la presuposición, según Windscheid, es una condición no expresada, no desvuelta. Pero lo que el contratante ha tenido en cuenta es el móvil perseguido, la intención que ha puesto de relieve; es decir, que se trata del presupuesto sobre el cual el se obligó, si se da esta condición, entonces el sigue obligado. ¿Y cual sería por ejemplo esa condición? ¿Podría ser la de que no se alterara la situación económica, que no hubiere una caída imprevisible del poder adquisitivo de la moneda, que no sobreviniera una circunstancia tan extraordinaria que tornare excesivamente onerosa la prestación a su cargo?. Todas esas son condiciones del contratante: son móviles del contratante pero que no han sido expresados en el contrato.

De ahí que sostenga Windscheid que si uno de ellos cumplió, y adivinó la condición no deservuelta, se ha hecho un pago sin causa y procede pues una acción de repetición.

3ª La teoría de Windscheid en esencia no es aceptada, porque los móviles de los contratantes no forman parte del campo contractual; los móviles del contratante no pueden alterar el contrato. Si hay una condición que es una modalidad de la obligación debió haberse expresado en el contrato, debió haber sido coparticipada en el contrato. O sea, que uno de los contratantes no puede decir: "Yo perseguía tal móvil, y presuponía que las cosas se mantuvieran así, de que no hubiera tal alteración extraordinaria". No existe seguridad jurídica si nosotros hacemos entrar los móviles individuales en los contratos, es decir, los móviles no participados por el cocontratante.

b) Teoría de la base del negocio jurídico.

Esta tesis es expuesta por Oertmann en su obra intitulada "Introducción al derecho civil", quien al referirse a la base del acto jurídico señala que "importa la existencia de dos elementos a saber:

1.- Elemento objetivo, es decir, las representaciones de las partes al celebrar el negocio jurídico, sobre la existencia, subsistencia o posterior advenimiento de ciertas o determinadas circunstancias básicas de él, decisivas para la consecución del fin del negocio jurídico, verbigracia, paridad en las recíprocas prestaciones, permanencia aproximada del precio convenido, posibilidad de reponer la provisión de mercaderías, etc.

2.- Elemento subjetivo, es decir, representación de esas circunstancias básicas, o sea, que las partes piensan en ellas y debe tratarse de representación común de esas circunstancias para no ser confundida con los motivos individuales".¹⁵

Spota, resume las ideas de Oertmann de la siguiente manera:

1) La tesis de Oertmann, se acerca a la de Windscheid. Se aproxima en el sentido de que hay un presupuesto, algo que se presupone; pero la tesis de Oertmann parte de

¹⁵ *Ibidem*, pág. 572.

que hay una base del negocio jurídico, que es coparticipada por ambos contratantes, desde un punto de vista subjetivo o desde un punto de vista objetivo.

2) Desde un punto de vista subjetivo, la base del negocio jurídico es la representación mental que se hacen los contratantes sobre un estado de cosas. Por ejemplo; si uno cree que tal aro es de oro, y en vez resulta de bronce: hizo un representación falsa del estado de los aros; el creyó que se trataba de un aro de oro, y, en cambio, era de bronce; es decir, se está cerca del error. Esa es una representación unilateral de la base del negocio jurídico subjetivista. Para que esa representación mental resulte relevante debe ser común a los contratantes.

3) Además debe brindarse un elemento objetivo, es decir, que tienda a una estabilidad en el acto jurídico, en cuanto a la perduración de circunstancias contractuales, sin las cuales no se alcanza el objeto fin de la convención. Cuando se altera esa base del negocio jurídico, se altera en forma extraordinaria, en forma imprevisible; entonces surge el derecho a la resolución del contrato.

4) A esta tesis, se ha hecho la crítica de que, en el fondo, se está hablando de móviles, de intenciones; se está sembrando la inseguridad jurídica; que la causa siempre es la obligación de uno frente al otro, y ahí existe "causa".

De nuestra parte, podemos señalar que la tesis expuesta, peca de ser excesivamente subjetivista, es decir, parte de los motivos del contrato y jamás se objetiviza en la causa del mismo, dejando de esta manera la anterior teoría una excesiva intención de los celebrantes del contrato.

c) Teoría del caso fortuito o fuerza mayor.

Esta teoría se basa en que la alteración de las circunstancias estipuladas en el contrato emanen de una fuerza mayor.

En efecto, dicha tesis surgió de entre los administrativistas de la primera época y, tuvo la denominación de fuerza mayor imprevisible, nomenclatura que implica una contradicción, ya que, los institutos de la fuerza mayor y de la imprevisión tienen en

común que en ambos existe un evento extraordinario e imprevisible. Empero, se distinguen en que la fuerza mayor obsta a que el deudor de la obligación la pueda cumplir; por ejemplo, la promesa de entregar mercaderías extranjeras cuya importación se prohíbe por la autoridad estatal.

En cambio, en la imprevisión contractual dice Spota "el deudor está en situación de poder cumplir, pero ello tornaría excesivamente onerosa la prestación, rompiéndose el equilibrio contractual, destacando que en el caso de la imprevisión, lo que se quiebra es el equilibrio contractual y no la igualdad de las prestaciones."¹⁶

El otro supuesto en el cual la obligación queda extinguida es en el del caso fortuito, o sea, aquellos acontecimientos extraordinarios imprevisibles, o que aún previstos no pueden evitarse, situaciones que también nos dejan frente a un supuesto de imposibilidad de cumplir la prestación; ejemplo, la obligación de dar una cosa situada en el extranjero y que por acto del estado se prohíbe la introducción de esa mercadería; evidentemente que el deudor que tenía esa obligación de dar, se halla en la imposibilidad absoluta de cumplir con esa prestación.

A su vez, puede darse el caso de que la imposibilidad, sea no objetiva, sino subjetiva, es decir, dependiente de la persona del deudor, que no se refiere al objeto mismo de la prestación, sino a la situación del sujeto con relación a esa prestación; por ejemplo, la enfermedad del deudor si se trata de un caso de locación de obra, siendo relevante la cualidad del locador de obra. En este supuesto, la enfermedad puede ser una causa que extinga la obligación.

La tesis expuesta, no encaja en los supuestos de imprevisión por excesiva onerosidad, ni tan siquiera la puede explicar, ya que, recordemos que el caso fortuito y la fuerza mayor, son acontecimientos que escapan de la voluntad de los contratantes, por ejemplo, la destrucción de la cosa objeto de la compraventa por causas naturales, extremo que no se presenta en la excesiva onerosidad de las prestaciones, que de suyo pueden ser previstas por los contratantes a la celebración del mismo, lo que implica un cumplimiento ineludible del contratante.

¹⁶ *Ibidem.*

d) Teoría de la imposibilidad.

La imposibilidad para cumplir las estipulaciones contractuales, puede provenir de la culpa por parte del deudor, bajo esta circunstancia, desde luego se haya en la imposibilidad de cumplir, pero por un hecho a él imputable, bajo esa tesis la obligación no se cumplirá en especie, pero si debe cumplirse por equivalencia, es decir, por el medio indirecto que significan los daños y perjuicios, situación que desde luego no implica una imprevisión contractual, ya que, en todo caso, la misma conducta del contratante arroja la imposibilidad de cumplir con las estipulaciones contractuales, circunstancia que repetimos, implica una imposibilidad, concepto que es distinto a la imprevisión.

En efecto, la imposibilidad impide el cumplimiento de la prestación. En cambio, la imprevisión contractual, no impide el cumplimiento de la prestación, sino que se torna económicamente dificultoso y en grado excesivo ese cumplimiento. El deudor puede cumplir, pero se ha transformado la prestación en un hecho excesivamente oneroso con respecto a las previsiones, a los supuestos o presupuestos que las partes tuvieron en cuenta; por ejemplo, el empresario-constructor, se ha obligado a construir por ajuste alzado una casa, estimando que su costo era un millón de pesos, y que su ganancia probable era cien mil pesos (diez por ciento); pero, luego, por acontecimientos imprevisibles y extraordinarios, el costo de la obra se eleva a tres millones de pesos; ese locador de obra, en vez de ganar cien mil pesos, debe perder todo lo que exceda del millón de pesos que le va a entregar el locatario de la obra. No es imposible que el erija el edificio. La cuestión es que invierta esos tres millones de pesos. Lo que pasa es que le va a ser patrimonialmente más dificultoso, más oneroso, excesivamente oneroso. Pero él puede hacerlo.

De lo anterior, se puede observar que la imposibilidad se constituye como una barrera infranqueable para el contratante obligado, mientras que en la imprevisión no por el hecho de que se vuelvan las prestaciones más onerosas, el contratante se encuentra en la imposibilidad material de dar cumplimiento a las estipulaciones contractuales.

e) Teoría del equilibrio "de las prestaciones", o de la "causa", o de la "equivalencia" de las prestaciones.

Los argumentos de esta teoría, consisten en lo siguiente:

- 1.- Se rompe la ecuación económica del synallagma (de lo sinalagmático o bilateral);
- 2.- Podría mediar enriquecimiento sin causa;
- 3.- Se trataría de una excepción (exceptio), y no de una conditio (repetición de lo pagado sin causa).

Spota, señala que "se podría afirmar que es cierta la doctrina del equilibrio de las prestaciones, en cuanto esto no significa equivalencia. Además que existe una ruptura del equilibrio inicial, pero aclara que todo ello implica el supuesto de hecho de la teoría mas no su fundamento jurídico y, agréga que la teoría del equilibrio contractual no significa afirmar que existe una equivalencia, una igualdad de las prestaciones, sino solo que perdura el valor de esas prestaciones".¹⁷

Así por ejemplo; cuando alguien ha comprado por 100 pesos una cosa se debe entender que el vendedor va a recibir estos 100 pesos con un suficiente poder adquisitivo, con el mismo o similar poder adquisitivo en el momento de la venta. Si esos 100 pesos -el precio era pagadero a largos plazos- luego se reducen a 50 pesos, en virtud de la depreciación de la moneda, se ha planteado el problema de si existe equilibrio en las prestaciones.

Evidentemente, cuando sobreviene una imprevisión contractual, un evento extraordinario, imprevisible, fuera de lo ordinario que altera ese equilibrio, podría sostenerse que también se está violando el concepto de la causa contractual, porque si uno se obliga a entregar una cosa en el contrato de compraventa es porque recibirá una cierta prestación, que las partes en el momento de celebrar el contrato han considerado justa.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 575.

Si luego esa prestación que se considera justa se torna sumamente injusta por la depreciación o desvalorización monetaria, se ha roto el equilibrio de las prestaciones.

En palabras de Spota, "esta teoría se va acercando más a la verdad, se va acercando a aquello en donde se ha roto totalmente el equilibrio y por eventos extraordinarios e imprevisibles es necesario aplicar la justicia contractual, reduciendo la onerosidad del pacto".¹⁸

La crítica que se puede hacer a esta teoría, consiste básicamente en que realizar una reducción de las prestaciones de tal forma que el contratante pueda cumplir con las estipulaciones, implica desde luego un demérito en el patrimonio del contratante que se encuentra en la facultad de exigir su cumplimiento, ya que la reducción de la prestación implica un perjuicio en el acreedor, al privársele de obtener una ganancia lícita estipulada en la prestación, lo que traería como consecuencia un círculo vicioso consistente en saber si el juzgador puede llegar a un punto equitativo para las partes contratantes, elemento que de suyo conlleva el riesgo de dejar al arbitrio de este una misión tan delicada como lo es intentar descifrar lo justo entre los contratantes.

f) Teoría de la buena fe y la equidad.

Los autores que sostienen esta teoría, manifiestan que se trata de una suerte de excepción del dolo (*exceptio doli generalis*). Es inequitativo, contrario a la equidad, admitir un supuesto de imprevisión contractual. Aún mas, se ha hablado también de la regla moral, de las buenas costumbres. A todo esto se ha objetado que estos principios más bien están hablando de un campo ético, es decir, de un campo que no entra dentro del ámbito del contrato mismo.

Sin embargo, Spota señala que "cuando las prestaciones recíprocas de los contratantes no ofrecen en la etapa de cumplimiento, una honesta proporción y se trata de la convención conmutativa, con ello se ofende la regla moral".¹⁹

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*, pág. 576.

La crítica que se realiza a esta teoría, consiste en que en virtud del principio de buena fe que debe regir entre los contratantes en un pacto sinalagmático, es que el contratante obligado, debe cumplir con las obligaciones estipuladas, no obstante que las condiciones económicas hayan variado por causas imprevisibles; pensar en la aplicación de la equidad o la justicia en los contratos, facultando al juzgador para reducir las prestaciones, sería dar un arbitrio demasiado amplio a este, en perjuicio del contratante que tiene la facultad de exigir el cumplimiento de las obligaciones.

g) Teorías que se fundan en los vicios de la voluntad.

Esta teoría encuadra dentro de las teorías subjetivistas, es decir, dentro de las sustentadas por Windschied (presuposición), Oertmann (base del negocio jurídico), Osti (voluntad marginal).

Los autores que sostienen esta teoría, señalan que el error alegable es el que se sufre al celebrarse el contrato, y no cuando se está en la etapa de cumplimiento. Sin embargo, cuando ya no existían las bases previstas hay error.

Se sostiene que cuando sobreviene una imprevisión contractual, se ha sufrido un error como vicio de la voluntad y, por eso, el contrato debe ser anulado.

Chiovenda, es uno de los autores que defienden esta teoría, que al analizar el error sobreviniente, es decir, aquel que es posterior a la celebración del contrato. lo identifica de esa manera, es decir como una sobreviniencia, o sea aquello que viene después de la celebración del pacto.

Como especie del error sobreviniente, Chiovenda analiza el error sobre el valor, pretendiendo distinguir al error que se presenta al momento de celebrarse el contrato. que representa un valor de las prestaciones y, posteriormente, cuando se está en la etapa de cumplimiento, se ha verificado que allí hay un error, o sea, que esa representación del valor no se adecua a la circunstancia, no se adecua a lo que en verdad ha pasado.

Los argumentos de Chiovenda, no corresponden al concepto de error aceptado por nuestra legislación, toda vez que en el derecho mexicano, para que esa falsa

representación de la realidad se constituya como un obstáculo, para que el contratante exprese plenamente su voluntad, es necesario que se presente al momento de celebrarse el contrato y no, en la etapa de ejecución de éste, tal y como lo pretende hacer valer este autor, en forma equivocada, ya que la imprevisión de ninguna manera es equiparable al error como vicio de la voluntad del contratante.

h) Teoría de la lesión sobreviniente.

Spota señala que: "puede verse en todo esto una asimilación a la teoría de la lesión, pero no al celebrarse el contrato, sino al cumplirlo".²⁰

La teoría de la lesión, sostiene que el desequilibrio de las prestaciones existe, en la época de la celebración del contrato. En contra, la teoría de la imprevisión, acepta que la desigualdad en las cargas económicas para las partes contratantes, debe existir no al celebrar el contrato, sino en una etapa posterior: cuando la convención debe cumplirse. Es por ello que una parte de la doctrina ha hablado de la lesión sobreviniente.

Al igual que en la teoría anterior, consideramos que la imprevisión, se presenta en el momento de ejecutar el contrato y no al celebrarlo, aclarando que para que la lesión se constituya como vicio de la voluntad, debe presentarse al momento de la celebración del contrato y no, en la etapa de ejecución o cumplimiento, como erróneamente lo asimilan autores como Messineo.

i) Teoría de la voluntad marginal.

Esta teoría corresponde a Osti, autor italiano que consideró haber solucionado los problemas originados por las tesis de Windscheid y Oertmann, también dentro de la teoría subjetivista.

Spota, citando a Osti, manifiesta que: "sostiene en sus estudios publicados a comienzos de este siglo que no solo se necesita una voluntad para celebrar el contrato, sino también una voluntad para cumplir el contrato".²¹

²⁰ *Ibidem.*

²¹ *Ibidem.*

En otras palabras, cuando se habla del consentimiento contractual, se habla de la voluntad en el momento de surgir el contrato; pero no basta ella, es necesario que esa voluntad perdure durante la ejecución, es decir, durante el cumplimiento del contrato.

En relación a esta teoría, nosotros consideramos que la misma choca con el concepto de que una vez celebrado el contrato va de suyo la voluntad de cumplirlo, pues sino cualquier contratante podría otorgar la voluntad para celebrar determinado contrato, pero tal vez no para cumplirlo, lo que implicaría una inseguridad jurídica.

j) Teoría del abuso del derecho.

Esta teoría encuadra dentro de las teorías objetivas; se sostiene que en un momento de imprevisión contractual, alguno de los contratantes quiere invocar el contrato a ultranza, a pesar de esa alteración fundamental, y el que lo invoca no se ciñe a las exigencias de la teoría, de que no deben ejercerse los derechos abusivamente; que debe ejercerse dentro del plano de la institución, es decir, que uno de los contratantes quiere ceñirse al contrato no importando que haya sobrevenido una imprevisión contractual.

Los autores de esta teoría, señalan que los derechos deben ser ejercidos en función social, económica y ética; que los derechos no deben ser desvirtuados de esos fines económicos, éticos, sociales, que cuando se desvirtúan los derechos, no se está dentro del campo de la institución, no se está, entonces, amparado por la ley.

A esto, se agrega que la persona que pretende abroquelarse en el contrato, no obstante que ha sobrevenido un evento extraordinario, imprevisible, esa persona, en realidad no está dentro del campo de la autonomía de la voluntad, sino de la heteronomía de la voluntad, ya que lo heterónimo significa que se está fuera de la voluntad misma.

Aunado a lo anterior, señalan que para que exista un contrato, se requiere consentimiento, voluntad; entonces, entra en juego el principio de la autonomía contractual; pero cuando se está dentro del campo de lo que nadie pudo haber previsto, se escapa de la voluntad contractual y se cae en ese campo de la heteronomía de la

voluntad, en otros términos, que cuando sobreviene una imprevisión, ya no hay contrato, ya no se puede invocar ni aplicar ese contrato.

Claro está que deben darse los elementos fundamentales para que surja esta situación heteronómica; y los elementos fundamentales lo son los hechos absolutamente imprevisibles, y que tomen excesivamente onerosa la prestación de uno de los contratantes. Si se dan esos elementos, entonces estaremos dentro del campo de la heteronomía de la voluntad.

La imprevisión, asume singular relieve ante el problema que origina la depreciación o desvalorización monetaria, debiendo tenerse en cuenta que es necesario distinguir la depreciación de la desvalorización.

Por depreciación debe entenderse la caída del poder adquisitivo, del signo monetario de un país en razón de leyes económico-sociales y, por desvalorización, debemos entender esa misma caída del poder adquisitivo de la moneda, a consecuencia no de leyes económico-sociales, sino en virtud de un acto legislativo. Así por ejemplo, si sobreviene una reforma por ley, del valor de la moneda y se le da otro poder adquisitivo, en ese caso estamos en pleno campo de la desvalorización monetaria. En cambio, si la moneda va perdiendo su poder adquisitivo, pero por fenómenos económico-sociales, no estamos en la etapa de la desvalorización, sino que nos hayamos en la etapa de la depreciación monetaria.

Spota considera que la cuestión anterior debe analizarse conforme al principio nominalista y a ese poder adquisitivo de la moneda y, al efecto dicho autor manifiesta que "el principio nominalista, se basa en la idea de que todo papel moneda o aún la moneda papel tiene un valor, y es el valor según el nomen, según ese valor que le ha dado el estado. Es un valor ideal, es decir, que cuando nosotros decimos 10 pesos, indicamos que hay 10 unidades de lo que la ley denomina un peso; pero siempre estamos en presencia de ese valor ideal. Entonces, el principio nominalista nos dice que un peso emitido en un año dado, es igual a otro peso de cualquier emisión posterior, sea cual fuere el año de esa posterior emisión monetaria. Los alemanes decían: mark gleich mark, o sea que un marco es igual a otro marco".²²

²² *Ibidem*, pág. 579.

Esta teoría nominalista no tiene en cuenta las exigencias de la buena fe contractual, del abuso del derecho. Cuando los alemanes después de la primera guerra mundial se encontraron con una enorme depreciación monetaria y que un millón de marcos había perdido todo su poder adquisitivo y se reducía a una suma risible, en ese caso el deudor quería cumplir su obligación de pagar esa deuda de un millón de marcos, entregando ese millón, pero en realidad lo que entregaba era una moneda que había perdido su significación económica. El había recibido un millón de buenos marcos y quería liberarse con unas pocas monedas y esto desde luego es contrario a la buena fe, a lo que los alemanes denominan en su código civil; el *treu* = lealtad y *glauben* = creencia. Eso es obrar contra la buena fe - creencia; contra la buena fe - lealtad y así lo dijo la Corte de Leipzig en los primeros casos que sobrevinieron, en el sentido de que debía ampararse a estos acreedores frente a aquellos deudores que querían liberarse en esa forma tan fácil, con menoscabo de la regla moral. De ahí que en la jurisprudencia alemana se dio como fundamento el principio de la buena fe, entendiendo dicha buena fe los defensores de la imprevisión, como uno de tantos corolarios de ese principio fundamental que es el abuso del derecho, de ahí que los alemanes señalaban que el deudor que pretendía liberarse con una moneda vil, totalmente depreciada, era un deudor que obraba con mala fe y, por ende, abusando del derecho.

Posteriormente, el legislador alemán tuvo que intervenir para aclarar el sentido de la jurisprudencia emitida por la Corte de Leipzig y estableció entonces que los marcos antiguos tenían equivalencia con los marcos nuevos y así estableció como debían cumplirse las obligaciones de ese tipo, siendo relevante la actuación del juzgador, al ir adecuando la legislación a las exigencias que vedan el abuso del derecho y que imponen la buena fe y la regla moral.

El maestro Ripert, ha dicho que “todo este problema en el fondo, es un problema de aplicación de la regla moral y del abuso del derecho, entendiendo que la teoría de la imprevisión descansa precisamente en los principios enunciados”.²³

La imprevisión contractual, es un concepto que ha vuelto a tener vigencia en nuestros tiempos, en virtud de las continuas devaluaciones que ha sufrido nuestra

²³ G. RIPERT, “La Regla Moral de las Obligaciones Civiles”, Traducción, Bogotá, 1946, pág. 114.

moneda en épocas contemporáneas, lo que ha implicado la notoria pérdida del poder adquisitivo del peso mexicano, situación que ha traído como consecuencia la duplicación de las deudas contraídas por diversos sectores de la sociedad con la banca mexicana, y que ha dado pauta a que los deudores invocando la imprevisión en los contratos celebrados con dichas instituciones, soliciten de las autoridades judiciales la reducción de las deudas en forma equitativa; al efecto, es importante destacar que el legado de la experiencia de la depreciación de la moneda alemana a finales de la primera guerra mundial, se ha constituido como un verdadero antecedente y parámetro de aplicación para resolver el problema del envilecimiento del peso mexicano, resultando correcto a nuestro juicio la aplicación del criterio de la buena fe contractual, que obliga a los contratantes a cumplir con lo estipulado en el contrato, no obstante el cambio de las condiciones económicas del mismo, en virtud de la devaluación monetaria, ya que, es imprescindible que se respete la regla moral expuesta por los alemanes, en el sentido de que es injusto que el acreedor reciba una moneda envilecida, cuando en realidad prestó una moneda con un poder adquisitivo importante, lo anterior nos obliga a afirmar que la solicitud del deudor al juzgador de reducir el monto de las prestaciones alegando excesiva onerosidad, constituye un severo menoscabo de los acreedores por las razones expuestas.

V.- CONCEPTO DE LA IMPREVISION O CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS.

El maestro Manuel Borja Soriano, al referirse al problema de la imprevisión, señala que "este puede considerarse desde dos ángulos que no siempre coinciden: desde el punto de vista del derecho ideal y desde el punto de vista del derecho positivo. Según el derecho ideal, la fuerza obligatoria del contrato debe templarse por la consideración de lo justo, pero no se llega a esta solución dando al Juez el poder de revisar los contratos. Esa facultad, debe quedar reservada al legislador para que la ejerza en circunstancias excepcionales". En cuanto a nuestro derecho civil positivo, continúa diciendo el maestro Borja; "hay que recordar que el Código Civil de 1884, en su artículo 1419, previno: (Los contratos legalmente celebrados, serán puntualmente cumplidos); la idea planteada en dicho precepto, se encuentra contenida también en el artículo 1796 del Código Civil de 1928, que dice: (Los contratos... obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado...).

Así pues, en nuestro derecho salvo lo relativo al término de gracia, aceptado por el artículo 404 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no cabe sostener la existencia de un principio general de derecho favorable a la revisión del contrato por el Juez, ya que ésta facultad le queda reservada al legislador en forma exclusiva”.²⁴

Por su parte, el maestro Ramón Sánchez Medal, al referirse a la teoría de la imprevisión y las cláusulas de escala móvil, señala que “para proteger al acreedor a plazo de una suma de dinero contra los efectos de la pérdida considerable e imprevisible del valor de cambio o poder adquisitivo de la moneda nacional a causa de la inflación, pueden reducirse los remedios jurídicos a dos grandes grupos, por cuanto que solo pueden tener su origen en cualquiera de estos dos hechos: o en una intervención directa del legislador para que se puedan revisar y modificar o rescindir los contratos afectados gravemente por el desequilibrio posterior a su celebración y debido a la mencionada desvalorización monetaria; o bien en una cláusula o estipulación especial acordada expresamente por las mismas partes en el texto del propio contrato que haya previsto y regulado de antemano la situación planteada; pero nunca compete al Juez hacerlo sino existe la autorización prevista en la ley o sin haberlo previsto y facultado las partes en el mismo contrato, ni a pretexto de que al celebrarse éste no pudieron prever los contratantes que sobrevendrían después cambios inesperados y extraordinarios que aumentarían o menguarían de manera excesiva el valor real de las obligaciones pecuniarias de uno de ellos”.²⁵

En relación a la intervención del legislador, es prudente hacer notar que en nuestro Código Civil para el Distrito Federal vigente, no hay ninguna disposición especial que permita la revisión del contrato para rescindirlo o para modificarlo por aplicación de la Teoría de la Imprevisión o de la Cláusula sobreentendida “Rebus sic Stantibus”, y por esa razón la Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha sustentado en diversas ejecutorias.

En efecto, en la imprevisión contractual, el deudor está en situación de poder cumplir, pero ello torna excesivamente onerosa la prestación, circunstancias que rompen

²⁴ BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*; 9ª Edición, Porrúa, México, 1984, pág. 286.

²⁵ SANCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*; 12ª edición, Porrúa, México, 1993, pág. 93.

el equilibrio contractual, destacándose que en la imprevisión contractual, lo que se quiebra es el referido equilibrio contractual y no la igualdad de las prestaciones, pero la pregunta inmediata es ¿Que es lo que se quiere decir por excesiva e imprevisible onerosidad?. y al efecto, es importante señalar que primero se debe insistir sobre el concepto y así, un deudor, un obligado, puede hallarse en distintas situaciones frente a la obligación que asumió; de esta forma la obligación puede resultar imposible en forma objetiva, es decir, si se refiere a la imposibilidad del objeto mismo de la prestación, lo que implica que no deriva de una culpa, dando como resultado que la obligación de cumplimiento imposible hace que se extinga esta. De esta manera piensan los defensores de la aplicación de la imprevisión a los contratos, es decir, alegando que las circunstancias económicas estipuladas en el contrato han variado de forma tal que hacen imposible su cumplimiento a cargo del deudor en el contrato, lo que trae como consecuencia la revisión del contrato por el Juzgador, reduciendo las cargas económicas equitativamente, de tal forma que el cumplimiento sea posible por el contratante afectado, extremo que a nuestro juicio, no se puede consentir, toda vez que rompe con el equilibrio contractual, en virtud de que suponer que la excesiva onerosidad faculta al perjudicado para solicitar la rescisión del contrato, implica una grave contradicción, tal y como lo señala Ramón Sánchez Medal Urquiza, quien sostiene que "la facultad resolutoria por excesiva onerosidad sobreviniente se origina o proviene de un acontecimiento imprevisible y extraordinario, extraño a la voluntad de la parte contra la que se hace valer. Por el contrario, la facultad para resolver el contrato por incumplimiento proviene o supone un incumplimiento imputable a la parte contraria".²⁶

A mayor abundamiento, la excesiva onerosidad debe ser evaluada con prudencia, ya que se trata de una cuestión de hecho a la cual habrá que abordar con ciertas pautas, destinadas a medir básicamente las ventajas y sacrificios recíprocos a cargo de las partes al inicio de la contratación. Porque si esa excesiva onerosidad o desequilibrio de las prestaciones o sacrificio desproporcionado de una de las partes es ab initio, la cuestión podría amarrarse en la lesión o abuso del derecho, pero no en la imprevisión, de esta manera es necesario prescindir de criterios absolutamente subjetivos que nacieron con un desequilibrio de las prestaciones.

²⁶ SANCHEZ MEDAL URQUIZA, José Ramón, "La resolución de los contratos por incumplimiento". 4ª Edición. Porrúa, México, 1989, pág. 111.

López de Zavalía, al referirse a la excesiva onerosidad, señala tres posibilidades en la que se puede presentar ésta: "a) Que hubiera aumentado el valor del sacrificio, permaneciendo inalterado el de la ventaja; b) Que permanezca idéntico el valor del sacrificio y disminuya el de la ventaja; c) Que ambos valores se alteren en sentido inverso".²⁷

Lily R. Flah y Miriam Smayevsky en su obra intitulada "Teoría de la Imprevisión", señalan que la Ley Argentina no puntualiza nada respecto a los parámetros enunciados por López de Zavalía y que la jurisprudencia emitida por los Tribunales de ese país han utilizado determinadas variables matemáticas para simplificar y cuantificar la existencia de esa "excesiva onerosidad", destacando que sus resultados no han sido demasiado felices".

Con independencia de las reglas fijadas por López de Zavalía, se puede señalar que la comparación de la onerosidad de las prestaciones es intrínseca a la propia relación contractual y que allí se va a encontrar la mutación sufrida por una prestación en relación con la otra que excede las fluctuaciones que se puede considerar normales para ese tipo de negocios.

El concepto de excesiva onerosidad, necesariamente se debe encontrar unido a los de extraordinariedad e imprevisibilidad y al respecto, Lily R. Flah y Miriam Smayevsky, señalan que "las fluctuaciones cuyos efectos han producido una excesiva onerosidad, deben provenir de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles".²⁸

Hablar de "acontecimiento" en la esfera normativa es hablar de un hecho jurídico no incluyéndose el hecho o acto propio, para tornar la prestación excesivamente onerosa actuando con dolo o culpa según la idea de Messineo, cuyas connotaciones están determinadas por el artículo 513 del Código Civil Argentino. Pero para que ese acontecimiento sea relevante, deben coincidir simultánea e indefectiblemente dos calidades: la extraordinariedad y la imprevisibilidad; una sola de ellas no es suficiente como antecedente.

²⁷ LOPEZ DE ZAVALIA, F. "Teoría de los contratos. Parte General", Zavalía, Buenos Aires, 1971. pág. 410

²⁸ FLAH, Lily R y SMAYEVSKY, Miriam, op. cit., pág. 26.

Extraordinario, es todo acontecimiento que supere los cánones de la normalidad, pudiendo ser tanto positivo como negativo. Lo fundamental es atender a que las partes no podrían haberlo imaginado, aún obrando con el debido cuidado.

Imprevisible, es el acontecimiento que las partes no pudieron representárselo racionalmente, dentro de la habitual y prudente manera de obrar en casos similares, en palabras de Windschied, "se trata de una alteración de los presupuestos contractuales tenidos en mira por las partes al contratar".²⁹

R. Flah y Smayevsky, señalan "que la extraordinariedad y la imprevisibilidad no pueden ser evaluadas fuera de la configuración de cada caso, ni en términos absolutos, ya que, incidirá el tipo de negocio, los plazos de celebración, de cumplimiento, de ejecución, las condiciones personales y culturales, de los contratantes y el medio donde se desarrolló la convención".³⁰

Las citadas autoras señalan que "es necesaria la exclusión de la existencia de culpa como condición para invocar la teoría de la imprevisión y ésta a su vez, es necesario distinguirla del caso fortuito".³¹

Dentro del contexto de la imprevisión, la prestación es posible de ser cumplida, pero de excesiva onerosidad para la parte afectada. El caso fortuito que incluye también a la fuerza mayor, convierte en imposible el cumplimiento de la prestación y por ende, es eximente de responsabilidad.

Alterini, al respecto señala "la profunda afinidad que existe entre la teoría del caso fortuito y la doctrina de la imprevisión, pues el antecedente fáctico presenta varios caracteres comunes (imprevisibilidad, irresistibilidad, extraneidad, actualidad, sobreviniencia), y solo difiere en punto a su proyección sobre la posibilidad de cumplir, mientras la teoría del caso fortuito deriva de la insuperabilidad del obstáculo y provoca

²⁹ WINSCHIED, Bernardo, "Diritto delle Pandette", traducido y anotado por Fadda y Bensa, Torinese, Torino, 1931. tomo I. pp 60 y ss.

³⁰ FLAH, Liliy R y SMAYEVSKY, Minam, op. cit., pág. 27.

³¹ Idem.

imposibilidad de pago, mientras que la doctrina de la imprevisión, supone un cumplimiento posible, pero excesivamente oneroso".³²

El caso fortuito, produce pues la imposibilidad de cumplir la prestación; en cambio, el hecho imprevisible produce la excesiva onerosidad.

Cuando una obligación contractual no puede ser ejecutada y esto por razón de una circunstancia extraña a la voluntad del deudor como consecuencia de un caso de fuerza mayor, queda extinguida, y el deudor se haya liberado por imposibilidad de ejecución: "nadie está obligado a lo imposible".

Es indudable que por aplicación de los principios rectores del derecho, debe existir un nexo causal entre el acontecimiento caracterizado (causa) y la excesiva onerosidad sobreviniente (efecto).

R. Flah y Smayevski, concluyen que "aunque los hechos invocados sean públicos y notorios, el perjudicado tendrá la carga de la prueba, es decir, demostrar que ese acontecimiento determinó efectivamente el desequilibrio de las prestaciones, así como la cuantía real del perjuicio."³³

Así pues, en la inteligencia de que es necesaria la concurrencia de la excesiva onerosidad y la extraordinariedad como elementos necesarios para la configuración de la imprevisión, es obligatorio que en el capítulo subsecuente analicemos las consecuencias jurídicas de la imprevisión como en su caso serían, la resolución de los contratos o bien su modificación por la Autoridad Judicial a solicitud del contratante que aparentemente se ha visto imposibilitado a cumplir por una excesiva onerosidad sobrevinida en el contrato, por variar las condiciones económicas del mismo.

³² ALTERINI, Atilio A y LOPEZ CABANA Roberto M. *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, "El reajuste del precio en la compraventa inmobiliaria: una adecuada aplicación del impedimento para obrar abusivamente", La Ley, Buenos Aires, 1988, pág. 125.

³³ FLAH, Lily R y SMAYEVSKY, Miriam, op. cit., pág. 28.

Capítulo segundo.- LA TEORIA DE LA IMPREVISION EN LA DOCTRINA Y LA LEGISLACION MEXICANA.

I.- NOCION.

En nuestro país, son pocas las legislaciones de los Estados que contemplan la Teoría de la Imprevisión o Cláusula Rebus Sic Stantibus como una forma de resolución de los contratos o como argumento para reducir equitativamente las prestaciones económicas de los mismos, previa revisión judicial. Los Códigos Civiles de los Estados de Aguascalientes, Jalisco, Guanajuato y Quintana Roo, la contemplan expresamente en su articulado, mismos que serán motivo de análisis en éste capítulo.

Así pues, al ser escasas las legislaciones de los Estados que contemplan la figura, resulta obligado realizar un análisis doctrinario de la Teoría de la Imprevisión, desentrañando el pensamiento de juristas distinguidos en nuestro país, que propugnan por la aplicación de dicha teoría a los contratos, y los que la rechazan de plano.

II.- CONCEPCION DOCTRINARIA EN MEXICO DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION.

a) Opinión de Manuel Borja Soriano.

El ilustre maestro Borja Soriano, en el título undécimo de su obra intitulada "Teoría General de las Obligaciones", señala que la Teoría de la Imprevisión, consiste en sostener que los Tribunales tienen el derecho de suprimir o de modificar las obligaciones contractuales, cuando las condiciones de la ejecución se encuentran modificadas por las circunstancias, sin que las partes hayan podido razonablemente prever esta modificación.

Así de esta manera, manifiesta que "el problema llamado de la imprevisión, como cualquier otro problema jurídico, puede considerarse desde dos ángulos que no siempre coinciden: desde el punto de vista del derecho ideal y desde el punto de vista del derecho positivo.

Según el derecho ideal la fuerza obligatoria del contrato debe templarse por la consideración de lo justo; pero aclara, que no se llega a esta solución dando al Juez el poder de revisar los contratos, ya que esta facultad debe quedar reservada al legislador, para que la ejerza en circunstancias excepcionales".³⁴

El autor en cita, pone especial atención al derecho civil positivo, al señalar que "es necesario recordar que el Código de 1884, en su artículo 1419 previno que los contratos legalmente celebrados serian puntualmente cumplidos y que, la idea contenida en dicho numeral, también se plasmó en el artículo 1796 del Código Civil de 1928, que al efecto dispone, que los contratos obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado".³⁵

Desde nuestro personal punto de vista, consideramos acertado el razonamiento del profesor Borja Soriano, ya que, efectivamente en Nuestro Derecho, los contratos se rigen conforme a su obligatoriedad y la buena fe de los contratantes, razón por la que no resulta acertado pensar que el cambio de las condiciones económico-contractuales, únicamente perjudican al deudor y no al acreedor, quien de alguna manera arriesga los recursos económicos entregados por virtud del contrato al primero de los mencionados, y que se ve seriamente afectado su patrimonio, y al permitir que el Juzgador al revisar dichas condiciones sentencie la reducción de las prestaciones pecuniarias, se le atribuye un arbitrio desmedido para aplicar un concepto ético en la resolución del contrato, como en su caso lo constituye la equidad.

b) Opinión de Ernesto Gutiérrez y González.

Al analizar el problema de la imprevisión, el maestro Gutiérrez y González se plantea diversas interrogantes como son: "¿Si las circunstancias sociales y jurídicas que existían cuando se celebró un contrato de tracto sucesivo o de prestaciones diferidas, cambian de tal manera que su cumplimiento resulte extraordinariamente oneroso para una de las partes, será posible modificar sus términos para ajustarlos a las nuevas

³⁴ BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, pág. 286.

³⁵ *Idem.*

circunstancias que prevalezcan en el momento de la ejecución?; o bien ¿Puede el afectado darlo por terminado, sin responsabilidad?». ³⁶

El ilustre maestro, manifiesta que el Código Civil para el Distrito Federal, adoptó la tesis "pacta sunt servandae", esto es, la opinión adversa a la Teoría de la Imprevisión, en donde los que la postulan sostienen la cláusula "rebus sic stantibus"; por ello conforme al Código, el contrato debe cumplirse aunque las circunstancias cambien, pues ni en la buena fe, ni en la equidad, encuentra base para adoptar dicha Teoría de la Imprevisión; rige así pues en el Derecho Mexicano, la máxima de que el contrato se debe mantener y cumplir sean las que sean las nuevas circunstancias económicas que priven, y así lo confirma el artículo 2626 del Código Civil para el Distrito Federal.

Sin embargo, existe un caso de excepción al respecto, consagrado en el artículo 2455 del Código Civil para el Distrito Federal, cuando señala que el arrendatario no tendrá derecho a la rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí en caso de pérdida de más de la mitad de los frutos por casos fortuitos extraordinarios.

Al analizar dicha disposición legal, el autor la considera de mera excepción, pues la regla que el legislador mexicano ha observado en casos de imprevisión, es la de dar soluciones especiales, como en el caso en materia de arrendamiento, y al efecto se expidieron diversos decretos, hasta el último de 1948, por lo cual, Gutiérrez y González concluye que "en nuestro medio, toca al Legislador y no al Juez, modificar por preceptos de observancia general las condiciones de los contratos en circunstancias extraordinarias". ³⁷

Desde nuestro punto de vista, y contrario al razonamiento expuesto por Gutiérrez y González, consideramos que del contenido del artículo 2455 del Código Civil para el Distrito Federal, de ninguna manera se desprende imprevisión alguna, ya que, tal y como se expuso en el capítulo anterior de este trabajo, al analizar la teoría del caso fortuito o fuerza mayor, se trata de dos institutos en los que existe un evento extraordinario e imprevisible, pero que encuentran su distinción en que la fuerza mayor obsta a que el

³⁶ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, "Derecho de las obligaciones", 9ª Edición, Porrúa, México, 1993, pág. 459.

³⁷ *Idem*.

deudor de la obligación pueda cumplir; en cambio, en la imprevisión contractual, como señala Spota, el deudor está en situación de poder cumplir, pero ello tornaría excesivamente onerosa la prestación, rompiéndose el equilibrio contractual.

En el caso concreto, el artículo 2455 del ordenamiento legal invocado, prevé un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor mediante el cual, el arrendatario puede exigir la rebaja del arrendamiento proporcionalmente al monto de las pérdidas sufridas, ya que el arrendatario se encuentra ante un obstáculo insalvable que lo coloca en una posición de no poder cumplir con la obligación del pago de la renta, circunstancia diversa a la imprevisión en la que el deudor del contrato se encuentra en una situación de poder cumplir que tornaría excesivamente onerosa la prestación.

c) Opinión de Ramón Sánchez Medal.

Al entrar al estudio de esta figura, el maestro Sánchez Medal considera que existen dos formas o maneras de proteger a un acreedor a plazo de una suma de dinero, contra los efectos de la pérdida considerable e imprevisible del valor de cambio o poder adquisitivo de la moneda nacional a causa de la inflación, en virtud de que solo pueden tener su origen en cualquiera de estos dos hechos: "o en una intervención directa del legislador para que se puedan revisar y modificar o rescindir los contratos afectados gravemente por el desequilibrio posterior a su celebración y debido a la mencionada desvalorización monetaria; o bien en una cláusula o estipulación especial acordada expresamente por las mismas partes en el texto del propio contrato que haya previsto y regulado de antemano la situación planteada; pero nunca compete al juez hacerlo si no existe la autorización precisa en la ley o sin haberlo previsto y facultado las partes en el mismo contrato, ni a pretexto de que al celebrarse éste no pudieron prever los contratantes que sobrevendrían después cambios inesperados y extraordinarios que aumentarían o menguarían de manera excesiva el valor real de las obligaciones pecuniarias de uno de ellos." ³⁸

³⁸ SANCHEZ MEDAL, Ramón, *op. cit.*, pág. 99.

Debe ser misión del legislador y no del juez, ni de la doctrina, la admisión de la revisión contractual, en virtud del peligro que entraña para el comercio jurídico y para la seguridad del tráfico.

Continúa manifestando el maestro Sánchez Medal que en nuestro Código Civil no existe disposición especial que permita la revisión del contrato para rescindirlo o modificarlo por aplicación de la teoría de la imprevisión, y por esa razón "la Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha sustentado en dos ejecutorias (amparo 1863/58, José de la Luz Valdés, Sem. Jud. de la Fed., 6ª época, tomo XXIV, 4ª parte, pág. 62. y amparo 1947/80, Hidrogenadora Nacional, S.A., en el Informe de 1980 de la 3ª Sala de la Corte, págs. 31 y 32).

En ésta última ejecutoria aprobada por unanimidad de cinco votos, se sostuvo que el art. 1796 del Código civil del D.F., siguiendo el sistema rígido de los contratos, acorde con el principio relativo a los efectos de la declaración de voluntad, dispone que aquellos obligan a las partes al exacto cumplimiento de las prestaciones expresamente pactadas, y además, a las consecuencias que de los mismos se deriven, según su naturaleza, conforme a la buena fe, al uso o a la ley; precepto que en esas condiciones, no deja lugar a su interpretación a fin de aplicar la teoría de la imprevisión en razón de esa buena fe, que obviamente constituye un principio general de derecho, pues precisamente, con base en ella, el obligado debe conducirse como persona consciente en el cumplimiento cabal de sus obligaciones".³⁹

En este sentido, cabe mencionar que gran parte de la doctrina nacional ha rechazado acertadamente la pretensión de que el art. 1796 del Código civil, que establece que los contratos desde que se perfeccionan obligan no solo a lo expresamente pactado por las partes, sino también a aquello que es conforme a la buena fe; pudiera servir de fundamento a la teoría de la imprevisión.

El maestro Sánchez Medal, expresa que "la teoría de la imprevisión ha tenido fervientes partidarios en el derecho comparado y en la doctrina extranjera, pero que no son aprovechables para nuestro Derecho positivo al cual en cambio, es perfectamente aplicable la sabia observación de Ripert: "dando al juez el poder de revisar el contrato

³⁹ *Idem*, pág. 100.

conforme a la buena fe, se despierta en los contratantes esta inmensa esperanza: no estar obligados y esta buena fe del legislador engendra la mala fe del contratante." ⁴⁰

En nuestra opinión, estamos totalmente de acuerdo con el maestro Sánchez Medal, quien expone magistralmente este tema, rechazando la aplicación de la teoría de la imprevisión en el derecho mexicano, avocándose al principio de la seguridad contractual así como el de la rigidez de los mismos, aclarando que correspondería al legislador reformar la ley, a efecto de que pueda ser empleada la teoría de la imprevisión o cláusula rebus sic stantibus y no a un simple Juzgador, el intentar conducirse equitativamente ante una controversia de esta índole.

d) Opinión de Rafael Rojina Villegas.

El maestro Rojina Villegas, al entrar al estudio de este tema, considera que en el Derecho mexicano si puede ser aplicable la teoría de la imprevisión y pretende acreditarlo mediante la crítica a la postura del maestro Borja Soriano; ya analizada en este trabajo.

Rojina Villegas señala que Manuel Borja Soriano, estatuye que "en el Derecho Mexicano no tenemos los fundamentos que invoca Bonnacase para sostener en el Derecho francés la modificación de los contratos en términos de equidad y, por lo tanto, para que el juez esté capacitado jurídicamente para modificar un contrato.

Estima que en el Derecho mexicano, el juez debe respetar el principio de obligatoriedad, si las partes no se ponen de acuerdo en la modificación; considera que ni se tiene el principio de equidad en materia de contratos respecto a su celebración, cumplimiento e interpretación, ni existe tampoco el principio de equidad por lo que se refiere a la accesión, ni hay precepto alguno que permita al juez conceder términos de gracia." ⁴¹

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Tomo 5º, *Obligaciones*, Vol. II, 6ª Edición, Porrúa, México, 1995, pág. 222.

Al no existir estas tres bases consideradas por Bonnecase, según Borja, nos obligan a concluir que en el Derecho mexicano no debe aplicarse la teoría de la imprevisión.

A este respecto, el autor en comento, considera contrario al pensamiento de Borja Soriano, que en nuestro derecho si existen los tres fundamentos que afirma Bonnecase, que textualmente están reconocidos en el Código Civil y Procesal Civil, y principalmente, "en todo el sistema de contratos, que reconoce el principio de equidad y buena fe en la celebración, en la vigencia, en el cumplimiento y en la interpretación de los mismos".⁴²

Al igual que otros autores, el maestro Rojina Villegas considera que el precepto básico al analizar este tema, es el artículo 1796 del Código Civil, en el sentido de que los contratos no solamente obligan a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que se derivan de la buena fe, del uso o de la ley. Aquí considera este autor, que se encuentra el principio de equidad referido por Bonnecase. Asimismo, manifiesta que en el artículo 1882 del Código Civil y en su capítulo preliminar, hay una regla de equidad indiscutible para el juez; si éste no puede resolver el caso ante una laguna de ley, procederá con equidad tratando de evitar un lucro indebido a un gravamen innecesario. Especialmente se previene que ante la falta de norma, el juez tiene que resolver el caso procurando la mayor reciprocidad en las operaciones onerosas, y evitando un perjuicio para aquel que procura una liberalidad. Este, según el referido maestro Rojina es un principio básico del Código Civil que se ha querido consagrar para reconocer la equidad ante las lagunas de la ley.

Entrando al análisis de otro de los fundamentos afirmados por Bonnecase, Rojina manifiesta que "por lo que toca a que no tenemos términos de gracia, el Código Procesal Civil dice que cuando el demandado confiesa la demanda, el juez está obligado a conceder términos de gracia. Ahora bien, si el deudor goza de un término de gracia cuando confiesa la demanda, a mayoría de razón debe tener un término de gracia ante circunstancias extremas que le imposibiliten cumplir puntualmente".⁴³

⁴² *Idem*, pág. 223.

⁴³ *Ibidem*.

Rojina Villegas concluye en el sentido de que también en nuestro Derecho hay todo ese conjunto de datos para fundamentar la facultad del juez, a efecto de que pueda modificar, en términos de equidad, un contrato cuyo cumplimiento exacto traería consigo la ruina del deudor, aunque reconoce que no se ha facultado a los jueces a aplicar la equidad en la solución de estas controversias, en virtud de que los legisladores han promulgado legislaciones de emergencia como paliativo a estos grandes conflictos, sin que se haya facultado a los jueces para los casos concretos.

En nuestra opinión, no coincidimos con el maestro Rojina Villegas, en el sentido de que únicamente el deudor se ve gravemente afectado al ocurrir un hecho imprevisible en el cumplimiento de un contrato, ya que el acreedor también sufriría un detrimento al recibir la contraprestación con una reducción equitativa del juzgador. Bajo este mismo orden de ideas, consideramos que en nuestro Derecho, los contratos se rigen conforme a su obligatoriedad y la buena fe de los contratantes, razón por la que no resulta acertado pensar que el cambio de las condiciones económico-contractuales, únicamente perjudican al deudor y no al acreedor, quien de alguna manera arriesga los recursos económicos entregados por virtud del contrato, al primero de los mencionados, y que si ve seriamente afectado su patrimonio.

En lo que si concordamos, es en el sentido de que en México la cuestiones de imprevisión, se han querido resolver creando leyes de emergencia y no facultando a los jueces, situación que no vemos del todo mal, pues así no se corre con el grave riesgo de dejar a los contratantes en conflicto, en manos de un juzgador para que aplique la equidad en la solución de la controversia.

De esta manera, sería necesaria la participación del poder legislativo, al permitir que el Juzgador al revisar dichas condiciones sentencie la reducción de las prestaciones pecuniarias, atribuyéndole de esta manera un arbitrio desmedido al Juzgador para aplicar un concepto ético en la resolución del contrato, como en su caso lo constituye la equidad.

e) Opinión de Miguel Angel Quintanilla.

Miguel Angel Quintanilla Garcia en su obra intitulada "Derecho de las Obligaciones", señala que la teoría de la imprevisión o de la cláusula rebus sic stantibus,

tiene aplicación en la vida del contrato y las necesidades económicas que cambian constantemente, y que desde luego afectan al contrato; así pues, el juez al interpretar los contratos debe tomar en cuenta esas circunstancias económicas o trastornos de la época, para modificar el contenido de las obligaciones contractuales, o resolverlas, haciendo así mas equitativo para las partes su cumplimiento.

El autor de referencia realiza un análisis detallado de nuestro Código Civil vigente en el Distrito Federal, y señala que "no se encuentra un artículo como el 1134 del Código Civil francés, que diga que los convenios legalmente celebrados equivalen a la ley, pero en cambio, si se encuentra un precepto expreso como lo es el artículo 1796, que consagra el principio de la buena fe".⁴⁴

Otro artículo importante que reconoce en la equidad una regla de interpretación de los contratos, lo es el 1857, que señala que cuando fuese imposible resolver las dudas sobre la interpretación del contrato, si éste fuere oneroso, las dudas se resolverán en favor de la mayor reciprocidad, y al respecto, el autor señala que "la reciprocidad de intereses no es otra cosa que la buena fe y la equidad".⁴⁵

Miguel Angel Quintanilla García, abiertamente reconoce la existencia de la teoría de la imprevisión en los siguientes casos:

"a) Para el usufructuario que sufre la expropiación de la cosa por causa de utilidad pública (acontecimiento imprevisible), que trastorna las relaciones entre el propietario y usufructuarios, dispone el artículo 1403: "si la cosa usufructuada fuere expropiada por causa de utilidad pública, el propietario está obligado, bien a sustituirla con otra de igual valor y análogas condiciones, o bien a abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que debería durar el usufructo. Si el propietario optare por lo último, deberá afianzar el pago de los réditos".

b) En el arrendamiento de fincas rústicas, el arrendatario tiene derecho a que se le rebaje la renta (modificación de prestación) cuando se presenten los casos extraordinarios

⁴⁴ QUINTANILLA GARCIA, Miguel Angel, "Derecho de las obligaciones", 3ª Edición, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1993, pág. 151.

⁴⁵ *Idem.*

de que habla el artículo 2455 y que constituye un ejemplo clásico de la teoría de la imprevisión.”⁴⁶

La exposición de motivos del Código Civil hace mención a los principios de la buena fe, desapareciendo el contrato de derecho estricto a la manera romana o individualista y liberal del siglo XIX, en donde el contrato era absolutamente inmodificable, pues era ley para las partes y solo otra ley podía modificarlo; pero el Código Civil siguiendo las nuevas ideas de interés social y colectivo, rompió los modelos clásicos y abiertamente en los preceptos que se han mencionado, le otorgó al juez la posibilidad de no atenerse a los términos estrechos de las fórmulas añejas y obsoletas por las partes. El juez, señala el autor “gracias a la nueva reglamentación, se encuentra autorizado al interpretar el contrato, a seguir los principios de la buena fe y la equidad entre los contratantes”.⁴⁷

Desde nuestro muy personal punto de vista, consideramos erróneo el pensamiento de Miguel Angel Quintanilla García, respecto de la aplicación de la imprevisión en los artículos 1043 y 2455 del Código Civil, ya que respecto del primero de los artículos relativos a la obligación del propietario para substituir el bien al usufructuario que ha sido desposeído en virtud de una expropiación por causa de utilidad pública, o bien de abonar el interés legal del importe de la indemnización, debemos recordar que el usufructo no es un contrato, sino que contrario a lo que piensa el autor, éste es un derecho real que no necesariamente nace por vía contractual, motivo por el que no debemos confundir la aplicación de las normas contempladas por la ley a los derechos reales, con los contratos.

Asimismo, por lo que se refiere a una correcta interpretación del artículo 2455 del ordenamiento legal invocado, es prudente hacer notar que los supuestos contemplados por dicha disposición no se refieren a la imprevisión, sino que contemplan supuestos relativos a los casos fortuitos extraordinarios, como el incendio, la guerra, la peste, la inundación insólita, la langosta, el terremoto u otro acontecimiento igualmente desacostumbrado y que los contratantes no hayan podido razonablemente prever.

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 153.

⁴⁷ *Ibidem*.

En el caso concreto, el artículo 2455 del ordenamiento legal invocado. prevé un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor mediante el cual, el arrendatario puede exigir la rebaja del arrendamiento proporcionalmente al monto de las pérdidas sufridas, ya que el arrendatario se encuentra ante un obstáculo insalvable que lo coloca en una posición de no poder cumplir con la obligación del pago de la renta, circunstancia diversa a la imprevisión en la que el deudor del contrato se encuentra en una situación de poder cumplir que tornaría excesivamente onerosa la prestación.

f) Opinión Manuel Bejarano Sánchez.

El maestro Bejarano Sánchez, señala que "el contrato obliga a los contratantes y debe ser cumplido sin excusa ni pretexto lo que se resume en el principio latino: *pacta sunt servanda*. Pero ese cumplimiento ineludible del contrato, ¿Debe darse en todo evento, aún cuando produzca un resultado económico inequitativo e inesperado, debido al cambio imprevisto de las circunstancias que prevalecían cuando se concertó el acto?" ⁴⁸

El autor citado, ejemplifica la figura de la imprevisión, señalando el caso del sujeto que se obliga a vender cien mil balas de determinado calibre, cada mes, durante el año próximo, a razón de un peso la unidad y dos meses después de celebrado el contrato, estalla una guerra civil en el país y el precio por unidad aumenta considerablemente.

Del ejemplo planteado, el autor realiza diversas interrogantes tales como: ¿Debe, no obstante, cumplirse puntualmente el contrato? o, por el contrario, ¿Deberá éste ser ajustado a las nuevas circunstancias?.

La teoría de la imprevisión adopta la posición contenida en la última interrogante planteada, al postular que la fuerza obligatoria del contrato debe ceder y deben ser ajustadas las cláusulas del mismo, cuando el acto se tornó inequitativo por el cambio imprevisto de las circunstancias.

Ese ajuste o revisión del contrato, debe ser efectuado por los jueces, quienes tendrán así el poder de pasar sobre los términos del contrato para adaptarlo a las nuevas

⁴⁸ BEJARANO SANCHEZ, Manuel, "Obligaciones Civiles", 3ª Edición, Harla, México, 1984, pág. 166.

condiciones económicas y equilibrar las prestaciones, impidiendo que sea sumamente oneroso para una de las partes y notoriamente favorable para la otra.

Bejarano Sánchez, señala que “en nuestro país se ha admitido la imprevisión expresamente en algunos Códigos civiles de los Estados, como los de Jalisco y Aguascalientes, y se ha olvidado en la mayoría de ellos, como en el Código Civil del Distrito Federal, que la aplica solo al caso particular del arrendamiento de fincas rústicas previsto en el artículo 2455”.⁴⁹

El Código Civil de Jalisco en vigor desde el primero de enero de 1936, consagra la teoría de la imprevisión en los artículos 1771 y 1772, preceptos que dice el autor no han producido ningún efecto indeseable sobre la seguridad de las convenciones y que además no comprenden las fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico o social, ni los cambios de posición o circunstancias de los contratantes en la sociedad, sino aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevienen por hechos de carácter general y que establecen una desproporción absoluta entre lo pactado y lo que actualmente debiera corresponder a la terminología empleada en el contrato.

Por nuestra parte, consideramos que el autor en cita no se compromete en relación a la aplicación o no aplicación de la teoría de la imprevisión en nuestro derecho, y únicamente se limita a señalar en forma acertada que las disposiciones del Código Civil de Jalisco de 1936 no comprendían fluctuaciones o cambios de todo sistema económico o social, cuyas circunstancias en la actualidad han dado pauta en nuestro país para que multitud de deudores de la banca pretendan acogerse a la aplicación de dicha teoría en los contratos de crédito.

g) Opinión Sergio T. Azúa Reyes.

El maestro Azúa Reyes en su obra intitulada “Teoría General de las Obligaciones”, analiza a autores nacionales y extranjeros que han hablado de la teoría de la imprevisión, inclinándose por los defensores de la teoría de la imprevisión. Aclara que no obstante que el Código Civil para el Distrito Federal y la gran mayoría de los de los Estados no

⁴⁹ *Idem*, pág. 168.

contienen disposiciones tan específicas como las de los Códigos Civiles de Italia y Portugal, la presencia de una disposición como la del artículo 2455 del Código Civil del Distrito Federal, "nos demuestra la validez de la teoría, pues partiendo del principio que establece que al darse las mismas causas deben producirse las mismas consecuencias, no existe razón para que en los casos de alteración de las condiciones no se modifiquen las obligaciones de una de las partes como sucede en la actualización de la hipótesis del mencionado artículo 2455".⁵⁰

Continúa Azúa Reyes mencionando que en el artículo anteriormente referido, "se dan los requisitos que fundamentan la teoría de la imprevisión:

1.- Que la alteración de las circunstancias sea notoria; 2.- Que el cambio se deba a casos fortuitos extraordinarios, es decir, que no se hayan podido razonablemente prever; 3.- Que en tales circunstancias haya derecho a un ajuste de las obligaciones del deudor que sea proporcionado al beneficio que recibe a cambio."⁵¹

El autor en cita, considera que en este caso lo correcto no es rescindir el contrato, sino revisarlo para adaptarlo en términos de equidad según las nuevas circunstancias.

Por último, el maestro Azúa Reyes, hace la distinción entre caso fortuito e imprevisión, señalando que no son lo mismo; puesto que cuando nos encontramos ante un caso fortuito, el deudor se encuentra imposibilitado para cumplir en forma absoluta, y ante la imprevisión, el deudor si puede cumplir pero es inequitativo su cumplimiento.

En nuestra opinión, consideramos que el autor cae en una grave contradicción, en virtud de que manifiesta que el artículo 2455 del Código Civil para el Distrito Federal podría ser el fundamento de la teoría de la imprevisión, siendo que como se ha mencionado en varias ocasiones en este trabajo, ese artículo contempla el caso fortuito del arrendatario que sufre pérdidas, mas no por imprevisión y, posteriormente, el referido autor, instituye que el caso fortuito y la imprevisión contractual, son dos cosas distintas. motivo por el cual, no estamos de acuerdo con el autor en cita.

⁵⁰ AZUA REYES, Sergio T, "Teoría general de las obligaciones", 1ª Edición, Porrúa, México, 1993, pág. 142

⁵¹ *Idem*, pág. 143.

h) Opinión de Carlos Sepúlveda Sandoval.

El maestro Sepúlveda Sandoval, en su obra intitulada "De los Derechos Personales, de Crédito u Obligaciones", al referirse a este tema señala que "La máxima jurídica que nos fuera legada por el derecho romano, *pacta sunt servanda*, -indica que los contratos legalmente celebrados deben ser cabal y puntualmente cumplidos-, no presupone un rígido y estricto acatamiento de las normas contractuales, cuando éstas no atiendan a una igualdad o justo equilibrio en las estipulaciones convenidas por las partes, o bien, cuando por circunstancias ajenas a la voluntad de los contratantes o imposibles de prever, el cumplimiento de dichas prestaciones se haga imposible, o siendo posible, traiga consigo la ruina económica del deudor".⁵²

El autor hace referencia como muchos otros al artículo 1796 del Código Civil, en cuanto a que los contratos también obligan a todas las consecuencias que se derivan de la buena fe, del uso, de la equidad y de la ley.

"Esas circunstancias que traen consigo un desequilibrio entre las prestaciones contractuales, o bien, la imposibilidad de su cumplimiento, o siendo posible éste acarree la ruina económica del deudor, han dado lugar en la doctrina a la teoría de la imprevisión, la cual sostiene la modificación al principio de la obligatoriedad de los contratos, en razón de la equidad y la buena fe".⁵³

El referido autor, manifiesta que la legislación civil mexicana consagra gran número de dispositivos que plasman los principios de la buena fe, equidad y cooperación, que pueden ser el fundamento de la teoría de la imprevisión, pero reconoce que en la referida legislación civil existe el criterio de no admitir la modificación de los contratos cuando sobrevengan condiciones que traigan consigo el agravamiento de las prestaciones, "en aras de preservar la seguridad en la libre contratación", motivo por el cual, excepcionalmente se acepta la posibilidad de la alteración.

⁵² SEPULVEDA SANDOVAL, Carlos, "De los derechos personales, de crédito u obligaciones", 1ª Edición, Porrúa. México. 1996, pág. 130.

⁵³ Idem, pág. 131.

En nuestro personal punto de vista, consideramos que el autor en cita es partidario de la aplicación de la teoría de la imprevisión, aunque termina reconociendo que en la legislación civil mexicana, prácticamente no se contempla la misma.

Del mismo modo en que nos referimos a autores anteriores en éste capítulo, criticamos la postura del autor, en el sentido de que el deudor es el único que se ve afectado al sobrevenir causas imprevisibles en el cumplimiento del contrato, sino que también el acreedor se ve afectado al tener que recibir una contraprestación diferente a la estipulada originalmente. Asimismo, consideramos que este autor analiza a diversos autores sin proponer una solución al problema de la imprevisión tan en boga en nuestros días.

i) Opinión de Rafael de Pina.

El maestro de Pina, en su obra intitulada "Elementos de Derecho Civil", al entrar al estudio de este tema, analiza las opiniones de dos grandes autores mexicanos, Manuel Borja Soriano y Rafael Rojina Villegas, el primero de ellos considera que no es posible la aplicación de la teoría de la imprevisión en nuestro derecho, en virtud de que no se contienen los ordenamientos legales que la validen, aunado a que en el derecho mexicano no se encuentran todos los fundamentos de la tesis de Bonnecase para la aplicación de la teoría de la imprevisión, sino que únicamente el del término de gracia, que ha sido ampliamente tratado en este capítulo; y el segundo, contrario al maestro Borja Soriano, manifiesta que en el derecho mexicano si se encuentran consagrados los fundamentos de los que habla Bonnecase, motivo por el cual si es aplicable la teoría de la imprevisión, pero que los legisladores en vez de facultar al Juez, para que en la solución de un conflicto de esta naturaleza aplique criterios de equidad, se han dedicado a dar leyes de emergencia especiales, sin llegar al fondo del asunto.

El maestro de Pina, al analizar a su colega Rojina Villegas, manifiesta que su posición es un tanto conservadora, y por consiguiente nada conforme con el sentido de nuestro derecho.

Para el autor en cita, "la teoría de la imprevisión es aplicable en los casos para los que está elaborada, en el sistema jurídico civil mexicano por una razón fundamental y clara. Esta razón la encontramos en la declaración constitucional expresa por los principios generales del derecho civil como fuente formal del derecho positivo civil mexicano".⁵⁴

Continúa el referido autor manifestando que: "si los principios generales del derecho son fuente legal de nuestro derecho civil, ¿Cómo podría un juez frente a un caso de imprevisión, negar al interesado los beneficios de la aplicación de una teoría tan plena de elementos espirituales y de fundamentación tan justiciera?".⁵⁵

Al parecer el autor se aboca más al problema de la ética y la moral que este problema conlleva, que al problema de que la legislación mexicana contemple la aplicación de la teoría de la imprevisión, en virtud de que señala que la necesidad de aceptar la teoría de la imprevisión, con todas sus consecuencias, puede fundarse además en las exigencias éticas que siempre deben inspirar a las normas del derecho positivo, por lo que se debe rechazar a los autores que opten por el sistema de la rigidez de los contratos.

El maestro concluye recordando que el Código Civil para el Distrito Federal no es la fuente única del derecho civil, sino que también se encuentran admitidos en tal sentido los principios generales del derecho, entre los cuales se halla evidentemente el de la equidad contractual.

En nuestro punto de vista, consideramos que el maestro no se acoge a la postura de los autores que analiza en su libro, pero considera admisible la aplicación de la teoría de la imprevisión con base a una buena voluntad, a una ética y una equidad, pero no da las bases para convencernos de su postura.

⁵⁴ DE PINA, Rafael, "Elementos de derecho civil mexicano", 6ª Edición, Vol. III, Porrúa, México, 1993, pág. 275.

⁵⁵ *Idem.*

j) Opinión de Raúl Ortiz Urquidi.

El maestro Ortiz Urquidi, en su obra intitulada "Derecho Civil", al analizar la aplicación de la teoría de la imprevisión en el Código Civil para el Distrito Federal, manifiesta que: "Pues bien, para nosotros no hay la menor duda: no la acoge en forma expresa mediante una norma general, clara y precisa, como lo hacen los códigos acabados de citar, pero si implícitamente como nos autoriza a afirmarlo el contenido de los preceptos que a continuación invocaremos y cuya sistemática interpretación y lógica armonización de todos ellos en conjunto, nos conduce a llegar a la conclusión, de que nuestro Derecho Positivo no puede quedar al margen de la solución de justicia que nos brinda la teoría que nos ocupa."⁵⁶

Para dar sustento a su postura, el autor en análisis afirma que la lesión no sólo existe al momento de la contratación sino que también cuando se presenten cambios en las circunstancias posteriores al cumplimiento. Esta causal de rescisión se funda en el artículo 17 del Código Civil.

Bajo otro orden de ideas, sostiene que en el derecho positivo mexicano se puede aplicar la teoría de la imprevisión ya que es la finalidad que se persigue en los artículos 20 y 1857 del Código Civil, en los que se establece una regla de interpretación por la cual, para evitar perjuicios en un contrato oneroso, debe resolverse en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Además, considera que la cláusula "Rebus Sic Stantibus", busca que el acreedor, no abuse de su derecho en perjuicio del deudor, encontrando su fundamento en el artículo 1912 del citado ordenamiento.

El maestro Ortiz Urquidi, opina que además del caso de los arrendamientos rústicos, previsto por el artículo 2455 del Código Civil, ya analizado en éste capítulo, la teoría de la imprevisión también se consigna en los artículos 2395 y 2396 del ordenamiento legal citado, relativos al contrato de mutuo con interés.

⁵⁶ ORTIZ URQUIDI, Raúl, "Derecho Civil, Parte General", Porrúa, México, 1977, pág. 432.

Resulta interesante analizar lo que a este respecto señala el doctor Ortiz Urquidi: "En efecto, el primero de estos artículos, o sea el 2395, consignando obviamente en el caso concreto el mutuo con interés; la teoría en cuestión estatuye, que: "cuando el interés sea tan desproporcionado (interés lesivo conforme al artículo 17) que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia, o de la ignorancia del deudor, a petición de éste, el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal (9% anual); según el propio artículo 2396 al disponer que si se ha convenido un interés más alto que el legal, el deudor después de seis meses contados desde que se celebró el contrato, puede reembolsar el capital, o cualquiera que sea el plazo fijado para ello, dando aviso al acreedor con dos meses de anticipación y pagándole los intereses vencidos."⁵⁷

En nuestro particular punto de vista, consideramos que al igual que otros autores analizados en éste capítulo, el doctor Ortiz Urquidi intenta sustentar sus argumentos en disposiciones que mas bien se refieren a la equidad, la lesión, etc., pero no logra demostrar la posibilidad de que la teoría de la imprevisión pueda ser aplicada en la solución de controversias de ésta índole.

k) Opinión de Ignacio Galindo Garfias.

El maestro Galindo Garfias, en su obra intitulada "Teoría General de los Contratos", al analizar la revisión del contrato por riesgo imprevisible, parte de la idea del principio de la fuerza obligatoria del contrato contenido en el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, numeral que señala que: la fuerza obligatoria de un contrato inicia desde que se perfecciona éste y que obliga a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley (pacta sunt servanda).

El doctor Galindo Garfias estatuye: "la aplicación rigurosa del principio pacta sunt servanda en los contratos de ejecución diferida, en el caso de una grave alteración de las circunstancias que prevalecían en el momento de la celebración del contrato y su ejecución, y siempre que dicha alteración sea de tal manera grave que de aplicarse el

⁵⁷ *Idem*, pág. 434.

contrato estrictamente en los términos estipulados, haría de ese negocio a causa de la excesiva onerosidad un instrumento de perjuicio para el deudor y produciría una ganancia notoriamente desproporcionada en favor del acreedor. Esta situación creada justifica la revisión del contrato por razones de equidad y otorga al juez la facultad de restablecer el equilibrio que debe existir entre las prestaciones convenidas".⁵⁸

Por lo que se refiere al Código Civil para el Distrito Federal, aunque no consigna una disposición expresa acerca de la modificación del contrato por causa de la alteración imprevisible de las circunstancias, contiene sin embargo un principio semejante al que expresa el artículo 1135 del Código Civil Francés, que dice Galindo Garfias parece estar implícito en el artículo 1796 de acuerdo con el cual, los contratantes están obligados al cumplimiento no sólo de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Galindo Garfias dice que: "si se admite que pudiera proceder en casos excepcionales la imprevisión contractual, requeriría necesariamente una decisión judicial y el juzgador en estos casos estaría obligado a proceder con gran cautela y prudencia, al decretar la modificación de los efectos de un contrato por imprevisibilidad de la alteración de las circunstancias que prevalecían en el momento de la celebración del negocio, en relación con las que existen en el momento de su ejecución, siempre que se trate de contratos de ejecución sucesiva; solo procedería la aplicación del principio (*rebus sic stantibus*) si la citada alteración es de tal naturaleza grave, que produzca un desequilibrio notorio entre las prestaciones y siempre que se trate de circunstancias de carácter general que afecten a la situación económica de una región y cuando dicha alteración no haya podido ser prevista razonablemente por los contratantes".⁵⁹

De lo expuesto por el autor se desprende, su falta de decisión para admitir la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos regulados por el derecho civil mexicano, ya que Galindo Garfias únicamente se concreta a señalar las facultades que se le deben otorgar al juzgador para reducir las prestaciones derivadas del contrato, pero en ningún momento señala bajo qué parámetros o circunstancias debe reducir el juzgador las

⁵⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Teoría General de los Contratos*, Porrúa, México, 1996, pág. 271.

⁵⁹ *Idem*, pág. 272.

condiciones económicas del contrato, motivo por el cual no compartimos las ideas expuestas por el autor en cita.

1) Opinión de Néstor de Buen Lozano.

El maestro de Buen Lozano, al entrar al estudio de la teoría de la imprevisión, la encuadra como una institución que limita el alcance de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

El autor señala que: "nuestros Códigos Civiles mexicanos no han recogido expresamente la teoría de la imprevisión, ya que son de fuerte asiento liberal y en ellos se marca rigurosamente la obligación de cumplir puntualmente los compromisos legalmente celebrados. Tal es la tendencia, idéntica en ambos Códigos, del artículo 1935 del Código Civil de 1870 y del artículo 1419, de 1884. Con menor rigidez el Código Civil vigente se inclina por la misma solución. Sin embargo en la actualidad puede citarse el texto del artículo 2455 relativo al arrendamiento de fincas rústicas, que de manera excepcional admite la posibilidad de una rebaja de la renta, en caso de que sobrevenga una situación extraordinaria".⁶⁰

El maestro De Buen señala que "los autores mexicanos se colocan frente a la teoría de la imprevisión en dos posiciones antagónicas. De un lado, los que estiman que no existe un principio general de derecho que favorezca la revisión del contrato por el juez y consideran que en todo caso, establecer el sistema será función del legislador. Tal es la opinión de Borja Soriano, originalmente de Rojina Villegas y de Gutiérrez y González entre otros. En el campo contrario, los que defienden la tesis de la imprevisión afirmando que esta tiene su apoyo, están encabezados por Celso Ledesma y el propio Rojina Villegas, quien en su mas reciente edición del tomo V, relativo a las obligaciones, de su Derecho Civil Mexicano, acepta que con ciertas restricciones y respecto de los casos no especialmente previstos, los jueces podrán resolver con base en la equidad la aplicación de la teoría de la imprevisión.

⁶⁰ DE BUEN LOZANO, Néstor, *"La decadencia del Contrato"*, 2ª Edición, Porrúa, México, 1986, pág. 254.

Apoya un punto de vista semejante Reyez Tayabas, quien categóricamente sostiene que debe ceder el dogma de la intangibilidad absoluta de los contratos. En igual sentido, se inclina Alfredo Villarino Espinosa, quien fundándose en los principios de equidad y buena fe que expresa el Código Civil vigente, admite la aplicación de la teoría de la imprevisión".⁶¹

Concluye su exposición Néstor de Buen, señalando que: "la teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad sobrevenida en los contratos, como suele denominarse por la doctrina moderna, está ya fuertemente enraizada en el derecho moderno, bien con base en principios generales de equidad y reciprocidad, bien con apoyo en reglas generales, o en disposiciones específicas; el hecho cierto es que la obligatoriedad de los contratos ha sufrido un grave quebranto, cuyo alcance es de tal naturaleza que rompe con toda la teoría del contrato. Donde se tenga en cuenta la imprevisión, el contrato quedará a un lado, de ello no cabe la menor duda".⁶²

Nuestro personal punto de vista, concuerda plenamente con las ideas expuestas por el maestro De Buen Lozano, ya que la incorporación de esta teoría al derecho civil mexicano, traería como consecuencia la destrucción del principio de obligatoriedad contenido en el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal y, desde luego, daría pauta para que el deudor contractual por una variación sin importancia del contrato pretendiera invocar la aplicación de la teoría.

m) Opinión de Maria Carreras Maldonado

La doctora Carreras Maldonado, en su artículo intitulado "Revisión del Contrato por cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias", publicado en el libro del Cincuentenario del Código Civil, acepta la doctrina italiana de la excesiva onerosidad sobrevenida, como la mejor forma legislativa para plasmar la teoría de la imprevisión, afirmando lo siguiente:

⁶¹ *Idem*, pág. 246.

⁶² *Ibidem*.

a) De acuerdo con las tendencias actuales, el contrato ha perdido su fuerza de ley, de manera que pueda autorizarse su revisión sin que afecte la teoría general del contrato.

b) No se ataca la autonomía de la voluntad porque la partes continúan teniendo libertad, dentro de los límites que la ley permite, para contratar y para terminar sus derechos y deberes.

c) No va en contra de la seguridad contractual porque ésta se encuentra ya sumamente debilitada; pero además, la revisión tendrá lugar únicamente en casos excepcionales por la realización de un acontecimiento extraordinario e imprevisible, que haya originado un desequilibrio en las prestaciones de las partes.

d) Hay un mejor respeto a la voluntad contractual, puesto que al presentarse una excesiva onerosidad imprevisible, si se exige al deudor un cumplimiento estricto de los términos del contrato, la prestación a su cargo será distinta de aquella por la cual manifestó su voluntad. Será una obligación distinta de la aceptada por él, al revisar el contrato y restablecer el equilibrio entre las prestaciones a cargo de las partes. se hará una adecuación, más semejante a lo que originalmente los contratantes convinieron.

e) Al aplicarse la teoría de la imprevisión no se libera al deudor como en el caso fortuito, sino solamente se evita la excesiva onerosidad sobrevenida.

f) La equidad y la buena fe en la ejecución del contrato, son plenamente respetadas cuando ambas partes se protegen a través del equilibrio de sus prestaciones.

g) Continúa respetándose al principio "*Pacta sunt servanda*" para todos los casos, que son la generalidad, en que no hay variaciones en las circunstancias originales en las cuales se contrató, o sea, las situaciones tomadas en consideración para expresar la voluntad en determinado sentido.

h) Se imprime a los contratos un sentido social, ya que de acuerdo con Raymundo M. Salvat son:

"Más que una fuente generadora de derechos individuales e individualistas en sus fines, combinaciones protegidas por la ley para llegar a los fines siguientes: Creación y distribución de la riqueza para satisfacción de los seres humanos.".⁶³

La autora manifiesta que para que fuera posible la aplicación de la teoría de la imprevisión en nuestro derecho, deberían respetarse las siguientes bases:

1.- Revisión del contrato para lograr nuevamente la equivalencia de las prestaciones y evitar, por lo tanto, la excesiva onerosidad, a cargo de una de las partes. El perjuicio, puede distribuirse de manera que no sufran ambas partes, lo cual es equitativo, puesto que el acontecimiento que hace cambiar la situación original, es ajeno a ellas.

2.- Intervención del juez, quien podrá resolver con conocimiento de las circunstancias especiales de cada caso concreto. No debe considerarse peligroso el arbitrio judicial, puesto que el fallo, puede ser revisado por una autoridad jerárquica superior. La intervención del legislador será apropiada cuando el acontecimiento extraordinario e imprevisible afecte a una colectividad, de manera que la solución pueda obtenerse a través de una ley.

3.- La intervención del juez debe ajustarse a las siguientes normas:

3.1.- La alteración de las circunstancias bajo las cuales se contrató ha de ser consecuencia de un acontecimiento extraordinario y que las partes no pudieron razonablemente prever.

3.2.- La variación de circunstancias debe haber producido una desproporción entre las prestaciones de las partes.

3.3.- La alteración de las circunstancias debe ser totalmente ajena a las partes.

⁶³ CARRERAS MALDONADO, María, "Revisión del Contrato por cambio imprevisible de las circunstancias." en el cincuentenario del Código Civil", Unam, México, 1978, pág. 13.

3.4.- La revisión tendrá lugar solo en relación a contratos de ejecución a largo plazo y en los de tracto sucesivo.

3.5.- El lapso entre la celebración del contrato y su ejecución debe ser considerable para que la alteración sea imprevista.

3.6.- Debe haber una relación de causa a efecto entre el acontecimiento extraordinario e imprevisto y el desequilibrio de las prestaciones.

3.7.- La onerosidad debe ser excesiva en si misma y no sólo en relación a determinado deudor, porque de acuerdo a su situación económica le resulte gravosa.

3.8.- Que el deudor no haya dado cumplimiento a la obligación a su cargo.

3.9.- Que la revisión se demande desde que se produce el desequilibrio de las prestaciones.

3.10.- No conceder la revisión del contrato cuando se trate de contratos aleatorios.

3.11.- No conceder la revisión del contrato, si hubo dilatación injustificada en el cumplimiento de las obligaciones.

3.12.- El juez deberá previamente pedir a las partes las proporciones de ajuste de las prestaciones, procurando el común acuerdo, y de no ser éste posible, con vista en las pruebas rendidas y con pleno conocimiento del alcance del desequilibrio, sentenciará estableciendo las modificaciones pertinentes a fin de restablecer la equivalencia".⁶⁴

Por último, la maestra manifiesta que "es un problema de integración de la voluntad por parte del juez frente a las nuevas condiciones, ya que el juez solo debe tomar en cuenta para dictar sentencia si el contrato puede seguir cumpliendo con su

⁶⁴ *Idem*, pp 21 y ss.

finalidad, o ajustar las prestaciones a las nuevas circunstancias o dar por terminado el contrato".⁶⁵

Consideramos valiosos los razonamientos de la maestra Carreras Maldonado, debido a que la misma fija las bases o los parámetros bajo los cuales el juzgador puede reducir equitativamente las prestaciones que se han convertido en excesivamente onerosas para uno de los contratantes, e incluso el criterio de la jurista en el sentido de que el juzgador debe buscar un punto de equilibrio en la reducción de las prestaciones debido a la imprevisión, lo consideramos sumamente valioso, sin embargo, somos conscientes de que en nuestro país, la ley es el instrumento fundamental para que el juzgador resuelva una controversia de ésta naturaleza entre los contratantes, razón por la que estimamos prudente el criterio del maestro Borja Soriano, en el sentido de dejar la responsabilidad de la reducción de las prestaciones de un contrato debido a la imprevisión, al legislador, en la inteligencia de que éste después de recoger el sentimiento de sus representados lo plasmará en una ley que será obligatoria para todos los destinatarios de la norma, acotando de esta manera la desmedida discrecionalidad que le otorgan los defensores de esta teoría al juzgador.

III.- LEGISLACION POSITIVA MEXICANA.

Ahora toca analizar el derecho positivo mexicano, por lo que empezaremos por el Código Civil para el Distrito Federal.

a) Código Civil para el Distrito Federal.

Como se ha analizado en el transcurso de este trabajo, al estudiar la teoría de la imprevisión y su aplicación en la legislación positiva mexicana, varios autores hacen alusión al artículo 1796 del Código Civil vigente, que data de 1928, numeral que a la letra dispone:

⁶⁵ *ibidem*.

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.”

Antecedentes notables del artículo citado, son el artículo 1392 del Código Civil de 1884 y el artículo 1276 del Código Civil de 1870. Algunos autores consideran como fuente originaria de este artículo el 1135 del Código Civil francés.

Para saber si el Código Civil para el Distrito Federal admite o no la aplicación de la teoría de la imprevisión, es necesario analizar en primer lugar, la intención del legislador.

En este sentido, observamos que en la exposición de motivos del propio Código, no se hace ninguna referencia al tema en comento, por lo que hay que dar por ciertas algunas hipótesis.

En esos tiempos la doctrina que imperaba en nuestro país era la francesa, dentro de la cual sus principales autores no se habían puesto de acuerdo respecto de si la legislación admitía o no la teoría de la imprevisión, de donde se puede concluir que los redactores de nuestro Código Civil no tomaron posición sobre la admisión de dicha teoría. lo que, para efectos de nuestro estudio, representa un primer problema. Ya hemos visto como nuestra doctrina de la primera parte del siglo fue casi unánime en desechar la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus en nuestro derecho civil, y apoyaron sus argumentos en autores franceses. No fue sino hasta la segunda mitad de nuestro siglo, en que la doctrina mexicana se mostró partidaria de la admisión de la teoría de la imprevisión.

En efecto, tal y como quedo de manifiesto, en nuestro derecho, el contrato se rige por el principio de que los efectos que produce el acuerdo de voluntades no se limitan a lo convenido por las partes, sino que comprenden las consecuencias no previstas por los otorgantes, pero que derivan de la ley de acuerdo con la naturaleza del contrato, los usos o la buena fe (artículo 1796), y esta fuerza obligatoria no depende de formalidad alguna, sino de la voluntad de las partes que han querido asumir recíprocamente derechos y obligaciones para alcanzar el fin en el que han puesto sus expectativas los otorgantes.

El maestro Galindo Garfias, en su obra intitulada "Estudios de Derecho Civil", señala que "los efectos del contrato celebrado conducen a lograr el objetivo propuesto por las partes y por ello estipulan, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, todas aquellas cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieren a los requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley".⁶⁶

Lo anterior, deriva de lo dispuesto por el artículo 1839 del Código Civil para el Distrito Federal, que contempla la circunstancia de que las cláusulas esenciales y las naturales se entienden implícitas en el contrato, con la salvedad de que las segundas pueden ser excluidas por convenio de las partes, en tanto que las cláusulas esenciales no pueden serlo y su exclusión dará lugar a la inexistencia del negocio jurídico. Como se sabe, las cláusulas accidentales forman parte integrante del contrato, solo en el caso de que los contratantes las incluyan expresamente en él.

Por ésta razón, dice Galindo Garfias: "los efectos que el contrato ha de producir serán aquellos propios de su naturaleza. Pero el contenido de todas las cláusulas esenciales, naturales y accidentales debe ser conforme a la buena fe".⁶⁷

Efectivamente, el autor en cita señala que el artículo 1796 no faculta al interprete o juzgador para decidir si los efectos del contrato coinciden: a) Con lo expresamente querido y declarado por las partes; b) Con la naturaleza del propio contrato y c) Con el uso o mejor "los usos".

Para dilucidar dichos puntos, los artículos 1851 a 1857, señalan al juzgador las reglas de interpretación a las que debe atenderse: a) Debe prevalecer la intención de las partes sobre la literalidad de las cláusulas; b) La interpretación ha de llevarse a cabo en caso de duda en el sentido más amplio para que el contrato produzca efectos; c) Por lo que se refiere a las circunstancias accidentales del contrato, el interprete ha de procurar el equilibrio de las prestaciones en los contratos onerosos o la menor transmisión de

⁶⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *op. cit.*, pág. 332.

⁶⁷ *Idem*, pág. 333.

obligaciones si el contrato es gratuito; y d) Solo en el caso de que fuere absolutamente imposible conocer cual es la intención de los contratantes, el contrato será declarado nulo.

Aunque se ha discutido en la doctrina acerca de la connotación y el concepto mismo de lo que jurídicamente ha de entenderse por "uso", en la teoría general de las obligaciones, para los efectos del desarrollo de este trabajo, se toma la noción de "uso" en el sentido de una práctica reiterada para interpretar normalmente los efectos de un contrato.

En la labor de interpretación dice Galindo Garfias "la buena fe tiende a lograr fuerza obligatoria a la intención de las partes, por encima de las palabras literales de las cláusulas o de las formalidades del contrato, así pues, la buena fe debe entenderse en el sentido de que los efectos del contrato deben ser aquellos que las partes se propusieron alcanzar".⁶⁸

Ahora bien, frente al principio expresado de que los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos, se postula una regla de justa interpretación de bienes y servicios.

Siempre se invoca como última ratio; en principio debe ser temperada por razones de equidad y de buena fe en las obligaciones contractuales de ejecución diferida "siempre que las condiciones que prevalecieron en el momento de la celebración del contrato subsistan cuando las prestaciones se hagan exigibles", porque una alteración grave y general de las circunstancias significa que se ha operado un cambio en la base del negocio, lo cual hace necesaria la revisión del contrato, para ajustar los derechos y obligaciones de las partes a fin de lograr un equilibrio de las prestaciones.

Ignacio Galindo Garfias, señala que "desde la época de los glosadores en los contratos de tracto sucesivo, ésta cláusula se entendía implícita en el contrato, porque si no fuera así, se produciría una desproporción tan injusta entre las obligaciones de las partes que la ejecución del contrato sería ruinosa.

⁶⁸ *Ibidem*.

Esta posibilidad de revisión de las cláusulas del contrato por aplicación del principio *rebus sic stantibus*, presupone que la alteración de las circunstancias obedece a causas razonablemente imprevisibles; pero no se requiere que tales circunstancias hagan imposible la ejecución de las obligaciones contraídas por una de las partes. Basta que se produzca una excesiva onerosidad por el cumplimiento del contrato. La buena fe con la que deben proceder las partes impone la revisión del contrato para restablecer el equilibrio económico de las prestaciones y evitar la inequidad de los efectos del contrato.”

69

La revisión contractual procedería si se reunieran los siguientes requisitos: 1) Que el cumplimiento de la obligación del deudor fuera diferida y no instantánea; 2) Que se tratara de contratos conmutativos; 3) Que entre el momento de la celebración del contrato y el cumplimiento de la obligación se produjera una alteración grave de la circunstancias que prevalecían en el momento de la celebración del contrato; 4) Que el equilibrio producido en las prestaciones daría lugar a una situación en tal manera gravosa que la ejecución del contrato resultara inicua, puesto que nada justifica que el contrato produjera efectos que ninguna de las partes han tenido en cuenta en el momento de la celebración del contrato, si de ello resultara la ruina de una de ellas y el lucro excesivo de la otra.

“Para encontrar el fundamento jurídico de esta posibilidad de revisión del contrato, se han recurrido a diversas argumentaciones, ya de naturaleza objetiva (falta de equivalencia de las prestaciones), ya de naturaleza subjetiva (riesgo que las partes han tomado en cuenta en la formación de la voluntad), ya tomando en cuenta la finalidad económica y la naturaleza del contrato de que se trata (intercambio de bienes y servicios). Siempre se invoca como última ratio, el principio de la buena fe que de acuerdo con la posición de Larenza, el desequilibrio de las prestaciones hace imposible que el contrato cumpla su finalidad y por ende se desvirtúa su función, que ha sido la razón por la cual las partes lo han querido celebrar.”⁷⁰

Es importante apuntar que de acuerdo con el sistema contractual adoptado en el Código Civil para el Distrito Federal, la solución de la imprevisión no se obtiene por medio de la revisión del contrato, es decir, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no

⁶⁹ *Ibidem*, pág. 334.

⁷⁰ *Ibidem*.

puede tener lugar en nuestro sistema, aún en situaciones como aquellas que se han producido recientemente en nuestro país con motivo de las frecuentes devaluaciones monetarias.

El maestro Galindo Garfias señala que "de acuerdo con la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, el principio que rige respecto del pago de las obligaciones contraídas en México en moneda extranjera, se cumplirá entregando moneda corriente al tipo de cambio al momento en que se haga el pago; pero si el deudor demuestra que la moneda recibida (tratándose de las obligaciones de mutuo) fue moneda nacional de cualquier clase, o prueba que originalmente la obligación se contrajo en moneda nacional y se pacto el pago en moneda extranjera, el cumplimiento de la obligación se hará en moneda nacional al tipo de cambio que se hubiere tomado en cuenta al efectuarse la operación para hacer la conversión de la moneda nacional recibida a la moneda extranjera, o sino es posible fijar ese tipo, al que haya regido el día en que se contrajo la obligación (artículo 9º transitorio de la Ley Monetaria).

En el caso previsto en el precepto legal citado, la función de la buena fe tiene efectos protectores del prestatario que estipula obligaciones en dólares o en otra moneda extranjera, pero que recibe efectivamente del mutuante moneda nacional equivalente a la cantidad pactada en moneda extranjera al tipo de cambio que rige en el momento en que se celebra el contrato, y el acreedor pretende el pago en moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional, al tipo que rige en el momento de ejecución de la obligación contraída por el mutuuario al devolver la cantidad recibida".⁷¹

De lo anterior se desprende que el sistema de interpretación contractual del Código Civil para el Distrito Federal, es a todas luces rígido y basado en la buena fe de los celebrantes, ya que como ha quedado expresado en renglones anteriores. los artículos 1851 a 1857 señalan las bases o parámetros bajo las cuales el juzgador debe interpretar un contrato, no permitiendo nuestra legislación que éste se salga o viole dichos parámetros, lo que implica que si de acuerdo a la teoría de la imprevisión se faculta al juzgador para que discrecionalmente de acuerdo a las bases de equidad y justicia revise y reduzca las prestaciones económicas, esto resulta imposible de acuerdo a nuestra

⁷¹ *Ibidem*, pág. 335.

legislación, ya que de realizar dicha labor el juzgador, estaría contraviniendo el artículo 1796 así como los invocados numerales 1851 a 1857 del Código Civil.

Sirve de apoyo para corroborar el sistema de rigidez de los contratos que opera en nuestro derecho civil, el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que es del tenor literal siguiente:

“CONTRATOS INAPLICABILIDAD DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION. *El artículo 1796 del Código Civil del Distrito Federal, supletoriamente aplicado, siguiendo el sistema rígido de los contratos, acorde con el principio relativo a los efectos de la declaración de voluntad, dispone que aquellos obligan a las partes al exacto cumplimiento de las prestaciones expresamente pactadas, y además, a las consecuencias que de los mismos se deriven, según su naturaleza, conforme a la buena fe, al uso o a la ley, precepto que, en esas condiciones, no deja lugar a su interpretación a fin de aplicar la teoría de la imprevisión en razón de esa buena fe, que obviamente constituye un principio general de derecho, pues precisamente, con base en ella, el obligado debe conducirse consciente de su responsabilidad en el cumplimiento cabal de sus obligaciones. cualquiera que resulte la magnitud de su contenido, aun cuando sobrevengan acontecimientos que no se previeron o no pudieron preverse y que la modifiquen, sin que ello impida, por otra parte, que de existir causas imprevisibles que alteren fundamentalmente la economía de un determinado grupo social, no apreciado por las partes, se modifiquen las condiciones de los contratos relativos mediante disposiciones de carácter general.*

Amparo directo. Hidrogenadora Nacional, S.A. 15 de octubre de 1980. 5 votos. Ponente: J Ramón Palacios Vargas. Secretario: Agustín Urdipilleta Trueba”.

b) Código Civil para el Estado de Guanajuato.

Otro código que recoge la teoría de la imprevisión es el del Estado de Guanajuato. Este ordenamiento publicado en 1967, contempla entre las formas de terminación de los contratos la teoría de la imprevisión.

En su artículo 1351, leemos lo siguiente:

"Artículo 1351.- Los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida se resuelven por:

I.- El aviso que una de las partes dé a la otra, cuando así se hubiere estipulado en el contrato, con la anticipación y en la forma que se hubiere convenido;

II.- La realización del hecho o acto que se hubiere estipulado en el contrato o se establezca en la ley como causa de terminación del mismo;

III.- La circunstancia de que la prestación de una de las partes hubiere llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, ajenos a su voluntad y que no sean consecuencia de la ejecución normal del contrato.

Esta causa de resolución no surtirá efecto si la contraparte acepta modificar equitativamente las condiciones del contrato."

El artículo anterior, se complementa con lo señalado por los artículos 1352 y 1354, que literalmente establecen:

"Artículo 1352.- En los casos de los artículos 1349, fracción IV, 1350 y 1351 fracciones II y III, para que opere la terminación del contrato será necesaria la resolución judicial.

Artículo 1354.- En el caso a que se refiere el artículo 1350 los efectos de la rescisión serán retroactivos entre las partes, salvo el caso de contrato de ejecución continuada o periódica, respecto de las cuales el efecto de la rescisión no se extiende a las prestaciones ya efectuadas. Se aplicará esto último a los casos de resolución de los contratos previstos en el artículo 1351."

Acerca del mencionado artículo 1351, fracción III, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció el siguiente precedente para la interpretación y aplicación de la cláusula rebus sic stantibus:

“CONTRATOS: CAUSAS EXTRAORDINARIAS E IMPREVISIBLES QUE PUEDAN ALTERAR SU CUMPLIMIENTO (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUANAJUATO).

El artículo 1351, fracción III, del Código Civil para el Estado de Guanajuato, exonera de la obligación de cumplir un contrato de ejecución diferida, continuada o periódica a aquella parte cuyo cumplimiento se haya vuelto sumamente onerosos por causas extraordinarias e imprevisibles ajenas a su voluntad y que no sean una consecuencia normal de su ejecución. Las causas extraordinarias o normativas que alteran la ejecución normal del contrato y que invoque una de las partes para excusarse de su cumplimiento deben ser valoradas por el Juez haciendo uso de un criterio recto en el que impere la lógica, motivo por el cual no debe dar tal carácter a aquellas causas que razonablemente puedan tener en cuenta el común de las gentes al contratar, ni debe con apoyo en dicho precepto, dispensar de la obligatoriedad en el cumplimiento que todo convenio entraña para las partes, puesto que si se contrató a sabiendas de que se podía ocurrir la causa que después se invoca para liberarse de la obligación, debe inferirse que se hizo asumiendo el riesgo que ella implica y, por lo consiguiente, dicha causa no le excusa del cumplimiento de la obligación.

Amparo Directo 341/77.- Gonzalo Alberto Díaz Vargas. 19 de junio de 1978. Unanimidad de cuatro votos. Ponente J. Ramón Palacios Vargas.”

De lo anterior, se puede observar que en este Código se pone de manifiesto una clara y poderosa influencia de la doctrina italiana que habla sobre la onerosidad sobrevenida.

Nosotros consideramos que si bien el Código Civil para el Estado de Guanajuato contempla la teoría de la imprevisión, no precisa la influencia que sobre el contrato ejerce

el cambio de las circunstancias, porque van directamente a los efectos que como consecuencia de dicho cambio pueden o no producirse.

Además, en cuanto al tipo de cambios en las circunstancias, no se precisan los requisitos para caer bajo el supuesto del artículo 1351 del citado Código.

Por último, en cuanto a los efectos del contrato, siguen la tradición del Código Civil Italiano.

c) Código Civil para el Estado de Aguascalientes.

Este código que data de 1947, en sus artículos 1733, 1734, 1736 y demás relativos y aplicables, contempla la posibilidad de que el juzgador aplique la teoría de la imprevisión en las relaciones contractuales, mismos que son del tenor literal siguiente:

“Artículo 1733.- El consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato, por lo tanto, salvo aquellos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, los contratos podrán declararse rescindidos cuando, por haber variado radicalmente las condiciones generales del medio en que debían tener cumplimiento, sea imposible satisfacer la verdadera intención de las partes y resulte, de llevar adelante los términos aparentes de la convención una notoria injusticia o falta de equidad que no corresponda a la causa del contrato celebrado. Este precepto no comprende la fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico o social ni los cambios de posición o circunstancia de los contratantes en la sociedad, sino sólo aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevienen por hechos de carácter general y que establecen una desproporción absoluta entre lo pactado y lo que actualmente debiera corresponder a la terminología empleada en el contrato.

Artículo 1734.- En todo caso de aplicación del artículo anterior, la parte que haya obtenido la cesación de los efectos de un contrato deberá indemnizar a la otra, por mitad, de los perjuicios que le ocasione la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato.”

Es prácticamente una copia al Código Civil del Estado de Jalisco, que entró en vigor en 1936.

Este dispositivo legal, regula de una forma mas clara la forma en que puede aplicarse la teoría de la imprevisión a los contratos, y establece la forma en que debe ser indemnizada la parte perjudicada por la aplicación de la teoría de la imprevisión.

Asimismo, aclara que no podrá solicitarse la reducción de las prestaciones por imprevisión en tratándose de fluctuaciones de la moneda y cambios normales de la economía, lo que desde luego, reduce la posibilidad a todos los deudores inconformes de solicitar al juez la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, para reducir sus prestaciones por cualquier motivo.

d) Código Civil para el Estado de Jalisco.

Este Código de 1995, se constituye como una obra revolucionaria de la legislación moderna, en virtud de que contempla figuras jurídicas que ninguna otra legislación civil estatal previene.

Este dispositivo legal, incorpora la figura de la reducibilidad, la cual es definida por el legislador en la exposición de motivos como aquella que opera en un contrato sinalagmático cuando al momento de otorgarse se pactan prestaciones superiores a las referidas en la ley o cuando sobrevienen hechos o causas que no existían al momento de otorgarse el acto jurídico y que de haber existido reducirían o anularían las prestaciones otorgadas; continúan manifestando que con la reducibilidad no se pretende la anulación del contrato sino su objetivo básico es cumplir con el principio de equidad en que está inmersa toda la legislación civil, además de que con ello se da plena vigencia a la revaluación que se hace de la "teoría de la imprevisión"...

En tratándose de la teoría de la imprevisión, el Código Civil del Estado de Jalisco, que entró en vigor el 14 de septiembre de 1995, en el capítulo denominado "de la resolución o rescisión", dispone:

“Artículo 1787.- El consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato; por tanto, salvo aquellos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los negocios de ejecución a largo plazo o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios que rompan con la reciprocidad, la equidad o la buena fe de las parte, podrá intentarse la acción tendiente a la recuperación de este equilibrio y cuando el demandado no estuviere de acuerdo con ello, podrá optar por su resolución.”

Este Código, al igual que el del Estado de Aguascalientes ya analizado, establece la forma en que deberá ser indemnizada la parte agraviada o perjudicada.

“Artículo 1788.- En todo caso de aplicación del artículo anterior, la parte que haya obtenido la cesación de los efectos de un contrato deberá indemnizar a la otra, por mitad, de los perjuicios que le ocasione la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato, incluyendo gastos y demás erogaciones que tuvieren que hacerse para lograr las mismas prestaciones en los términos que sean usuales o justos en ese momento. Sólo podrá liberarse de este compromiso la parte que ofreciere a la otra llevar adelante las prestaciones aludidas en términos hábiles, aun cuando ésta última rehusare la proposición.”

Aún y cuando resulta encomiable el esfuerzo realizado por los legisladores que elaboraron los Códigos Civiles de Guanajuato, Aguascalientes y Jalisco, resulta claro que en un conflicto de materia mercantil, no es posible la aplicación supletoria de la legislación civil local, sino que de acuerdo con el artículo 2º del Código de Comercio en vigor, el cual fue reformado en mayo de 1996: *“A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal.”*

Este artículo antes de ser reformado, disponía prácticamente lo mismo con la salvedad de que señalaba que la legislación aplicable supletoriamente era la del derecho común, creándose una confusión en el sentido de saber si la legislación aplicada supletoriamente era la civil de cada una de las Entidades Federativas, o bien, la civil en materia Federal, extremo que ha sido solventado, en la reforma reciente al Código de

Comercio, en el que ya expresamente se señala que la supletoriedad corresponde al Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Ahora bien, como ya se ha manifestado en este capítulo, el Código Civil en materia federal, que es el mismo que el del Distrito Federal, no contempla la posibilidad de aplicación de la teoría de la imprevisión, sino que por el contrario, en su artículo 1796, contempla la figura de la cláusula pacta sunt servanda, la cual va en franca contravención a la rebus sic stantibus.

Por lo anterior, es por lo que consideramos que para que tuvieran verdadera aplicación práctica los códigos civiles estatales, primero debería realizarse una reforma en materia federal, con objeto de que pudiera aplicarse la supletoriedad de estos a casos tan concretos como el de la teoría de la imprevisión.

Capítulo tercero.- LA RESOLUCION DE LOS CONTRATOS.

I.- NOCION.

En el capítulo anterior de este trabajo, se analizó el tratamiento que nuestra legislación da a la revisión de los contratos por causas imprevisibles a las partes, que se presentan durante la vigencia del contrato.

Toca ahora analizar, los efectos que produce la citada imprevisión, que pueden consistir en la frustración o terminación del contrato o en la reducción por el juzgador de las prestaciones económicas del mismo, de acuerdo a principios de equidad.

II.- MODOS GENERALES DE TERMINACION DEL CONTRATO.

El distinguido profesor Ramón Sánchez Medal señala que: "en un sentido amplio puede decirse que el contrato termina por frustración del mismo o por extinción de sus efectos".⁷²

Un contrato se frustra cuando no produce efecto a causa de hechos o circunstancias contemporáneas a su celebración, aunque también puede extinguirse o dejar de producir efectos a causa de hechos o circunstancias supervinientes, acaecidas con posterioridad a la celebración del contrato.

III.- LA FRUSTRACION DEL CONTRATO.

Ramón Sánchez Medal dice que: "el vocablo frustración, no es ajeno a las fuentes de las obligaciones, ya que en derecho penal es conocida la figura del delito frustrado. Al efecto, se distingue entre tentativa y delito frustrado, porque en éste la ejecución es completa, en el sentido de que el agente ha desarrollado toda la actividad necesaria para

⁷² SANCHEZ MEDAL, Ramón, *op. cit.*, pág. 117.

llegar a su consumación, sin que ésta opere por circunstancias ajenas a su voluntad. El delito frustrado es completo en la ejecución subjetiva pero incompleto en la objetiva; el delito tentado es incompleto, tanto en la una como en la otra".⁷³

Trabucchi señala que: "frustrar significa quedar sin efecto un propósito contra la intención de quien quería llevarlo a cabo, significación que hace más adecuada la expresión de frustración del contrato, que la denominación surrealista de patología del contrato".⁷⁴

De esta manera hay frustración del contrato en los cinco casos que a continuación se enuncian y comentan:

1) Cuando falta alguno de los elementos de existencia del contrato; consentimiento u objeto y se trata por consiguiente, de un contrato inexistente.

2) Cuando el contrato está afectado de nulidad absoluta, misma que se presenta si el contrato recae sobre un objeto imposible o ilícito, por ejemplo, una compraventa entre particulares sobre un bien del dominio público o un arrendamiento de una casa de asignación; o si el fin o el motivo determinante del contrato es ilícito, por ejemplo, un contrato de obra a precio alzado para construir una casa que las partes convienen se destinará a la explotación de juegos prohibidos. Esto casos son causa de invalidez del contrato y producen generalmente la nulidad absoluta del mismo.

3) Cuando hay falta de capacidad de alguna de las partes A veces la falta de ella equivale en realidad a la ausencia del consentimiento, como el contrato celebrado por un demente completo o por un niño o bien ha habido algún vicio del consentimiento (error, dolo o violencia), o cuando no se ha llenado la formalidad exigida por la ley, en todos estos supuestos por el principio de conservación, que tiende a conservar la eficacia de los actos jurídicos, el contrato produce provisionalmente sus efectos hasta en tanto no se deduzca la acción de nulidad.

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ TRABUCCI, Alberto, "Instituciones de derecho civil", Tomo I, Trad. de la décimo quinta edición italiana con notas de Luis Martínez Calcerada. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, pág. 134.

4) Cuando una de las partes, mediante la explotación de la suma ignorancia, de la notoria inexperiencia o de la extrema miseria de la otra parte, ha obtenido a través del contrato un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que aquella se obliga, cuyos supuestos configuran la lesión y dan nacimiento a la nulidad del contrato.

5) Cuando sin ser nulo el contrato, porque produce efectos respecto a determinadas personas, es sin embargo ineficaz con respecto a otras personas a las que les es inopinable. Opera en este caso el principio de la relatividad (efectos directos entre las partes que han celebrado el contrato) pero parcialmente no opera el principio de la oponibilidad del contrato frente a terceros (efectos indirectos o reflejos del contrato respecto de terceros).

Ramón Sánchez Medal, señala que: "este fenómeno jurídico se presenta en el contrato celebrado por el falso procurador, que no tiene poder o ha traspasado los límites del mandato, pues el acto no es nulo porque produce efectos entre el tercero y el falso procurador, haciendo responsable a este de los daños y perjuicios; pero no produce efectos frente al supuesto representado. En éste caso la falta inmediata de producción de efectos puede desaparecer en forma retroactiva si posteriormente el supuesto representado ratifica el contrato, que es el caso inverso al de nulidad relativa en que provisionalmente se producen sus efectos, pero pueden desaparecer éstos retroactivamente al intentarse la acción de nulidad"⁷⁵

IV.- CAUSAS DE TERMINACION DEL CONTRATO.

El maestro Ramón Sánchez Medal indica que: "un contrato que se ha celebrado válidamente y ha empezado a producir sus efectos, puede dejar de producir éstos o extinguirse éstos mismos a consecuencia de hechos o acontecimientos posteriores a dicha celebración y que constituyen propiamente las causas de terminación del contrato"

⁷⁶

Los motivos o las causas de terminación de un contrato son las siguientes:

⁷⁵ SANCHEZ MEDAL, Ramón, *op cit.*, pág. 119.

⁷⁶ *Idem.* pág. 120.

1) El agotamiento natural del contrato, o lo que es lo mismo la ejecución total de las obligaciones derivadas del mismo; este es el modo natural y ordinario de terminación del contrato, al igual que el vencimiento de plazo en los contratos duraderos.

2) El vencimiento de un término. En algunos contratos particularmente en los de ejecución duradera, se establece un plazo para la terminación del contrato. Así ocurre, por ejemplo, en el arrendamiento a plazo fijo, en el comodato a término, en la aparcería, en el mutuo, en la asociación y en la sociedad.

La fijación de un plazo puede ser, a veces, esencial al mismo contrato, como ocurre en la promesa de contrato y producir, además, al vencimiento del plazo, no precisamente la terminación del contrato, sino la caducidad misma de los derechos derivados del propio contrato, según acontece también en el mismo contrato de promesa, cuando sin culpa de ninguno de los promitentes y por inactividad de éstos mismos no se celebró el contrato definitivo dentro del plazo pactado en la promesa.

Finalmente, el término concedido a una de las partes para la ejecución del contrato puede ser de tal manera esencial, que una vez vencido el plazo y no ejecutado por dicha parte, el contrato debiera tenerse por resuelto. Es lo que en el Código Civil italiano se denomina "plazo esencial" y se halla previsto en su artículo 1457.

Si el término fijado para la prestación de una de las partes debiera considerarse esencial en interés de la otra, ésta salvo pacto o uso en contrario, si quisiera exigir su ejecución a pesar del vencimiento del término, deberá dar noticia de ello a la otra parte dentro de tres días. En su defecto, el contrato se entenderá resuelto de derecho aunque no se hubiere pactado expresamente la resolución.

3) La muerte de uno de los contratantes. Sánchez Medal señala que: "hay contratos en los que por ley, la muerte de uno de los contratantes pone fin al contrato, como sucede en el mandato cuando muere el mandante o el mandatario, esto ocurre generalmente en los contratos duraderos y que se celebran "intuitu personae", como por ejemplo, el comodato. Sin embargo existe la excepción en el arrendamiento, que aunque

es un contrato duradero e "intuitu personae", por lo que toca al inquilino, no concluye con la muerte del arrendatario, a menos que exista pacto expreso que lo establezca".⁷⁷

En varios otros contratos al fallecer una de las partes, es potestativo para la otra la continuación del contrato o la terminación del mismo, como acontece en el contrato de obra a precio alzado, cuando fallece el empresario y en el contrato de aparcería cuando muere el aparcerero.

Finalmente, la muerte de una de las partes puede ser causa de la terminación del contrato en los casos en que haya pacto expreso en ese sentido, como ocurre en el arrendamiento. Por otra parte, la muerte de una persona puede establecerse directamente como hecho para la terminación de un contrato, según acontece en la renta vitalicia al acaecer la muerte de la persona, sobre cuya vida se constituyó dicha renta.

4) La incapacidad sobreviniente de una de las partes, cuando se trata de un contrato duradero e intuitu personae, puede también poner fin al contrato; en el mandato, en la sociedad, en el contrato de obra a precio alzado y en la prestación de servicios profesionales.

5) Por voluntad unilateral de una de las partes, cuando en casos excepcionales a la regla general de la intangibilidad del contrato, en aquellos casos en que faculta el legislador a uno de los contratantes, para desistirse unilateralmente del contrato, como ocurre en el caso del arrendamiento por tiempo voluntario o de una sociedad, de renuncia o de revocación del mandato, del desistimiento del transporte, del contrato de obra a precio alzado y de la prestación de servicios profesionales, del desistimiento de la promesa con arras penitenciales y de la expresa denuncia unilateral por el síndico en los contratos bilaterales, pendientes de ejecución al ocurrir la quiebra de una de las partes.

6) Por mutuo consentimiento de las partes, en virtud de que ambos contratantes pueden ponerse de acuerdo para revocar o resolver voluntariamente el contrato que han celebrado, como ocurre, por ejemplo, en el arrendamiento y en la sociedad.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 121.

El profesor Sánchez Medal dice que: "aunque el mutuo disenso es un modo general de poner fin a cualquier contrato, no siempre es plenamente eficaz para dejar sin efecto el contrato, ya que en los contratos traslativos de propiedad o de derechos reales, se requiere una retransmisión para dejar las cosas en el estado que antes tenían, retransmisión que puede tropezar con el obstáculo de los derechos adquiridos por los terceros sobre los mismos bienes, durante el tiempo intermedio".⁷⁸

7) La quiebra de una de las partes, en cuyo caso cuando se trata de contratos bilaterales pendientes de ejecución total o parcialmente, puede la otra parte exigir al síndico que declare si va a cumplir o rescindir el contrato, aun cuando no hubiese llegado el momento de su cumplimiento, pudiendo el contratante no quebrado suspender la ejecución del contrato hasta que el síndico cumpla o garantice el cumplimiento de su prestación.

8) Por resolución del contrato bilateral. La rescisión o resolución de un contrato sinalagmático, dice Sánchez Medal "puede producirse por cualquiera de estas causas:

a) Por incumplimiento de una de las partes;

b) Por imposibilidad superviniente de las obligaciones a cargo de una de las partes en el contrato bilateral y que es admitida por nuestra legislación en el capítulo relativo al contrato de arrendamiento y;

c) Por excesiva onerosidad superviniente, fundada en la teoría de la imprevisión que no acoge nuestra legislación ni admite la mayoría de nuestra doctrina, pero que es aceptada por algunos de los autores".⁷⁹

A continuación, analizaremos la resolución de los contratos por las tres causas mencionadas por el autor en cita.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 122.

⁷⁹ *Ibidem*, pág. 123.

a) La resolución de los contratos por incumplimiento de una de las partes.

Enneccerus, Kipp y Wolff, señalan que "el derecho a resolver un contrato puede fundarse en un convenio o en la ley; agregan que el Código Civil alemán regula en primer término, el derecho convencional de resolución, pero declara que las disposiciones sobre el mismo son aplicables en lo pertinente a los derechos legales de resolución que se dan en los contratos bilaterales por causa de imposibilidad de la prestación imputable a la otra parte y por razón de mora del contrario, además, la redhibición en la compraventa y en otros contratos onerosos de enajenación, como también en los contratos de obra, es tratada por analogía de la resolución convencional."⁸⁰

En virtud del contrato, el derecho de resolución puede atribuirse lo mismo al celebrarse aquel que posteriormente, bajo condición o sin ella, sin limitación temporal o con ella, y posiblemente incluso de un modo tácito. Si se otorga bajo condición solo podrá ejercitarse después del cumplimiento de ésta.

Los autores en cita, llaman resolución a "la declaración dirigida a la otra parte de que el contrato concluido con eficacia plena debe ser considerado como no concluido. Por tanto, hay que distinguirla rigurosamente:

a) De la denuncia, pues ésta solo extingue la relación contractual para lo futuro.

b) De la revocación, ya que ésta sólo se refiere, por regla general a declaraciones de voluntad que no han llevado todavía a consumar la conclusión del negocio y que rompen la atadura de la parte que revoca.

c) De la declaración de que se rechaza la prestación y se exige la indemnización por incumplimiento, pues en este caso subsiste el contrato, ya que se exige, en virtud del mismo, el interés de cumplimiento.

d) De la declaración de impugnación, pues en virtud de ésta se hace valer un vicio del cual el negocio jurídico estaba afecto de antemano."⁸¹

⁸⁰ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. "Tratado de derecho civil", Tomo I, Bosh, Barcelona. 1966. pág. 194.

⁸¹ *idem*, pp 194 y 195.

En virtud del ejercicio del derecho de resolución, se extingue la relación obligatoria como si nunca hubiere sido concluida, por consiguiente, el total efecto del contrato se suprime con efecto retroactivo.

Los autores anteriormente citados, señalan que la resolución se hace mediante una declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte contratante. La declaración es un negocio jurídico que determina el efecto jurídico que se califica de querido, o sea, el de que el contrato se considera como no celebrado es pues irrevocable. Por tanto, las obligaciones contractuales extinguidas no podrán restablecerse sino mediante conclusión de un nuevo contrato, que necesitaría, en su caso, la forma prescrita para el mismo.

De ésta forma, el ejercicio del derecho de resolución de los contratos en el derecho alemán posee las siguientes características:

1.- La declaración de resolución no puede hacerse, por regla general, bajo condición.

2.- Si los interesados son varios de uno u otro lado, ya desde el principio, ya a consecuencia de una sucesión mortis causa, el derecho de resolución solo puede ejercitarse por todos y contra todos. Si por cualquier causa el derecho de resolución se extingue para uno de los interesados, se extingue también para los demás.

Los autores contemplan el derecho de resolución por razón de alteración de las circunstancias, es decir, por la desaparición de la base del negocio y al efecto, manifiestan lo siguiente:

“La ley manda que los contratos sean cumplidos (pacta sunt servanda), principio fundamental de todos los ordenamientos jurídicos desarrollados. Pero, ahora bien, el que realiza un negocio jurídico, parte de representaciones más o menos conscientes sobre las circunstancias de hecho, económicas, jurídicas y de otra índole que justifican su resolución de realizar el negocio jurídico para alcanzar el fin propuesto. En el caso de que el negocio jurídico haya de continuar surtiendo efecto en lo futuro, tienen también importancia sus representaciones sobre el futuro desenvolvimiento de éstas

circunstancias y, muy frecuentemente, el sujeto cuenta con que perduren las existentes al tiempo de concluir el negocio.”⁸²

De ésta manera, Enneccerus, Kipp y Wolff se preguntan: ¿Qué ocurre pues cuando posteriormente se revela el error de estas representaciones, cuando el fin propuesto no es asequible por la mudanza de las circunstancias?; y al efecto manifiestan que “en tanto estas representaciones hayan quedado fuera del contenido del negocio, no pueden ser atendidas en principio, por exigirlo así el interés de la seguridad del tráfico. Si el sujeto activo quiere que sean atendidas, tiene que llevarlas al contenido del contrato, vistiéndolas en la forma de una condición. Si la otra parte la admite, no puede protestar de que el negocio no surta su efecto o de que lo pierda, si la condición no se cumple o se cumple subrayando de esta manera que siempre ha sido una necesidad el atribuir una cierta consideración, en determinados casos, al fin del negocio y a las circunstancias decisivas para su consecución, tanto cuanto las representaciones sobre las circunstancias básicas al tiempo de la conclusión del negocio, eran erróneas, como cuando posteriormente experimentan una alteración esencial.”⁸³

En la antigua teoría del derecho común, se desarrolló la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual todo contrato obligatorio solo era vinculante mientras las circunstancias bajo las cuales fue concluido, no se hubiesen modificado en lo fundamental.

Este principio fue reconocido también en algunos códigos, como en el *codex maximilianeus bavaricus civilis*, pero la jurisprudencia del derecho común se apartó definitivamente del pensamiento de la cláusula por razón de sus peligros para la seguridad contractual.

La guerra de 1914 a 1918 y los trastornos económicos consiguientes a la misma (escasez de las materias primas, dificultades de la fabricación y después la desvalorización del dinero), tuvieron por consecuencia en numerosos casos tan profundas alteraciones de las relaciones económicas, que el obligar al deudor a atenerse al contrato, hubiera estado en absoluto desacuerdo con la justicia y la equidad.

⁸² *Ibidem*, pág. 208.

⁸³ *Ibidem*.

De esta manera se tomaron en aquellos tiempos las siguientes medidas:

1.- Por de pronto, se intentó cuando se trataba de contratos de suministro concertados por largo plazo, evitar al deudor la prestación material, desenvolviéndose al efecto el concepto de la imposibilidad económica y equiparando ésta a la imposibilidad material.

En lugar de semejante amplificación del concepto de imposibilidad, Krückmann pretendía auxiliar al deudor con una excepción derivada de su interés contrapuesto. En virtud de su ejercicio, el deudor que por consecuencia de los trastornos económicos tropezase con dificultades excesivas, podría invocando el artículo 242 del Código Civil alemán, substraerse a la necesidad de tener que cumplir.

2.- Posteriormente, se advirtió que la doctrina de la imposibilidad no daba satisfacción plena a las dificultades del deber de prestación suscitadas, especialmente como consecuencia de la desvalorización del dinero. Se enfiló el problema por el lado de la contraprestación, o sea en el aspecto pecuniario, desarrollándose la necesidad de la revalorización. Al deudor obligado a prestar, se le otorgó por razón de una alteración extraordinaria del valor de la prestación calculada y expresada en moneda desvalorizada, y por razón de la ruptura plena de la igualdad, (equivalencia) de las prestaciones recíprocas presupuesta al concluirse el contrato, el derecho a exigir la elevación de la contraprestación o a resolver el contrato si la otra parte se negaba a la revalorización.

3.- La idea de la equivalencia, condujo en definitiva al reconocimiento de un derecho de resolución por causa de la alteración de las circunstancias. Este derecho se fundamentó, en parte, en la antigua doctrina de la cláusula rebus sic stantibus y, parte, en la doctrina de la presuposición de Windscheid. Se señaló la posibilidad de convenir la cláusula tácitamente y se intentó derivarla del principio de la buena fe y de esta manera el tribunal del Reich reconoció en numerosas decisiones un derecho de resolución, cuando por consecuencia de una de las alteraciones esenciales de la situación económica, producidas por la guerra o por la revolución, la prestación se hubiera convertido desde el punto de vista económico, en otra completamente distinta de la que originalmente

pensaron y quisieron las partes, de suerte que el forzar al cumplimiento resultase contrario a la buena fe.

4.- Los referidos autores, señalan que "en un nuevo estadio de la evolución, el derecho de resolución por alteración de las circunstancias fue fundado también en la desaparición de la base del negocio, entendiéndose por base del negocio, las representaciones de los interesados al tiempo de la conclusión del contrato, sobre la existencia de ciertas circunstancias básicas para su decisión, en el caso de que estas representaciones no hayan sido conocidas meramente, sino constituidas por ambas partes, en base al contrato, como por ejemplo, la igualdad de valor, en principio, de prestación y contraprestación en los contratos bilaterales (equivalencia), la permanencia aproximada del precio convenido, la posibilidad de reponer la provisión de las mercancías y otras circunstancias semejantes."⁸⁴

La fundamentación que se apoya en el defecto de la base del negocio, hace posible satisfacer la necesidad de un derecho de resolución, no sólo en los casos en que las bases económicas del negocio han desaparecido en virtud de una alteración posterior de las circunstancias, sino también en aquellos en que de antemano esas bases no existían. Se trata de configurar este caso como el del error sobre la base fija de la transacción.

Enneccerus, sostiene que "recientemente el tribunal del Reich ha fundado el derecho de resolución, por alteración de las circunstancias en la desaparición de la base del negocio y de igual modo ha empleado en defecto de la base del negocio, para deducir del mismo un derecho de resolución cuando una circunstancia puesta como base para ambas partes, no existiera ya al concluirse el contrato y, por cierto en un caso en que era improcedente la impugnación por error por tratarse de un mero error en los motivos".⁸⁵

De esta forma, concluye Enneccerus "que todas las fórmulas para solucionar el problema de la imprevisión solo dan líneas directrices generales y no debe aplicarse esquemáticamente, sino sólo teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias del caso concreto, siendo decisivo el que el derecho de resolución sea una exigencia

⁸⁴ *Ibidem*, pp 211 y 212.

⁸⁵ *Ibidem*.

apremiante de la buena fe, según la situación en conjunto, habida cuenta de la finalidad del contrato".⁸⁶

Desde nuestro personal punto de vista, la solución planteada por Enneccerus para resolver el problema de la imprevisión, es radical, ya que algunas otras legislaciones no propugnan por la resolución del contrato sino por una revisión judicial cuyo propósito sea la reducción equitativa de las prestaciones, amén de que la solución de resolver el contrato trae graves consecuencias para los acreditantes, que suministran dinero en virtud de contratos de mutuo que de alguna manera ponen en riesgo el numerario al celebrar dichos actos jurídicos, para que, posteriormente, resulten afectados por la resolución del pacto, imputando una responsabilidad al acreditante que no le corresponde, ya que la esencia de la resolución es una causa que no le es imputable, como en su caso lo constituye la variación económica de las condiciones del pacto.

Por su parte, los maestros Marcelo Planiol y Jorge Ripert, manifiestan que: "si bien el derecho romano admitió la resolución por incumplimiento en el caso del arrendamiento, en que el carácter sucesivo de las prestaciones hace más sensible la correlación entre las obligaciones, no hizo lo propio en cuanto a la venta; en la práctica se suplió esa deficiencia por medio de una cláusula expresa, usual en cuanto al vendedor, por la que se estipulaba la resolución por falta de pago del precio en el plazo convenido (*lex commissoria*). En los contratos innominados, la parte que cumplía su obligación sin recibir la contra-prestación, disponía de una acción restitutoria (*conditio causa data causa non secuta*). Pero ello no constituyó, desde el punto de vista técnico, la resolución del contrato; la *conditio* se daba en una época en que los contratos sinalagmáticos no eran todavía más que pactos amparados por una acción a fin de sancionar el enriquecimiento sin causa."⁸⁷

Asimismo, el derecho canónico introduce la facultad de solicitar a los tribunales la resolución de un contrato por el que cumplió lo prometido, sin que la otra parte hubiere cumplido su promesa.

⁸⁶ *Ibidem*, pág. 213.

⁸⁷ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. "Tratado práctico de derecho civil francés", Tomo V, Cultural, S.A., La Habana. Cuba. 1935, pág. 594.

Posteriormente, la idea de liberar a los contratantes de sus obligaciones por virtud del incumplimiento de su contraparte, fue adoptada por el derecho francés, que en su artículo 1184 del Código Civil, la ha consagrado en una disposición de carácter general: "La condición resolutoria se sobrentiende en todo caso en los contratos sinalagmáticos, para el supuesto en que una de las partes no satisfaga sus obligaciones".

Anteriormente, los tratadistas decían que la resolución por incumplimiento podía pedirse aún faltando toda cláusula expresa, y el código francés ha adoptado de ellos la disposición. Se debe tener en cuenta la distinción que se hace entre esta resolución y la que procede en caso de cláusula expresa, puesto que exige la intervención de los tribunales con facultades de apreciación y el derecho de conceder un plazo para el cumplimiento.

Planiol y Ripert dicen que: "la jurisprudencia creada por los tribunales franceses, al realizar la interpretación del artículo 1184 del Código Civil francés, consideran como requisito indispensable la circunstancia de que el incumplimiento sea imputable al deudor.

En efecto, la resolución se da de pleno derecho y el acreedor no tiene opción alguna, a menos que se presente la imposibilidad total y definitiva del cumplimiento." ⁸⁸

Los autores en cita, al referirse a la mora como causa de incumplimiento de las obligaciones, señalan que "ciertas sentencias al declarar que en determinados casos no es necesario incurrir en mora para los fines de obtener la resolución, parecen admitir que en términos generales si lo es, como cuando se trata de obtener una indemnización de daños y perjuicios". ⁸⁹

Los maestros Planiol y Ripert, aclaran que dado que la demanda judicial determina la mora, carece de sentido el requisito de haber incurrido en mora, en cuanto se trata de obtener la resolución judicial, y arguyen que esta situación tiene como pretensión el interés de colocar al deudor en estado de mora culposa, siempre que resulte imputable al mismo el incumplimiento y de esta manera justificar la resolución a título de daños y

⁸⁸ *Idem*, pág. 597.

⁸⁹ *Ibidem*, pág. 598.

perjuicios y con abono de éstos, en caso de incumplimiento voluntario, o al menos culposo.

De esta manera, de acuerdo al derecho francés, la parte que no obtiene el cumplimiento puede pedir la resolución del contrato, pero la responsable del incumplimiento no puede fundarse en éste para pretender la resolución.

El acreedor podrá a su elección, pedir el cumplimiento o la resolución, por consiguiente, mientras no se haya hecho el pronunciamiento en cuanto a la resolución, el acreedor que la hubiere solicitado puede interesarse por el cumplimiento y a la inversa, puede después de haber pedido el cumplimiento reclamar la resolución, pero no, cuando hubiere previamente renunciado a una de las dos soluciones, sin que signifique tal renuncia el hecho de elegir en primer término una de las dos acciones.

De esta forma, el deudor no puede oponerse y lo único que podría alegar sería el cumplimiento, y podrá proceder al mismo siempre que los tribunales en uso de sus facultades den concesiones de plazos.

En relación a los efectos de la resolución de los contratos, Planiol y Ripert señalan que "la jurisprudencia francesa declara que la resolución surte efectos como en los casos de condición resolutoria expresa, es decir, retroactivamente, y restituye las cosas al mismo estado como si la obligación no hubiera existido en ningún momento."⁹⁰

A lo asentado por la jurisprudencia francesa, los autores dicen que: "sería más exacto aseverar que el contrato deja de producir efectos y que si hubiese sido cumplido, sus efectos pasados han de ser liquidados, porque como es lógico, si ha mediado cumplimiento en cualquier grado, será imposible hacer como si no se hubiera realizado, y de ésta forma podría decretarse la restitución de las cosas todavía existentes."⁹¹

Por último, es frecuente que en los contratos de tracto sucesivo, sea muy marcada su disolución como causa de cesación de efectos de los mismos, pero esto es únicamente

⁹⁰ *Ibidem*, pág. 606.

⁹¹ *Ibidem*, pág. 607.

aplicable para los efectos futuros y no para los que se hayan realizado con anterioridad al amparo de la vigencia del contrato.

De lo anterior, se desprende que esencialmente nuestro Código Civil actual, contempla la resolución de los contratos en las condiciones que especifica la jurisprudencia francesa, con la salvedad de que en nuestro derecho, la mora implica un incumplimiento de las obligaciones tanto a cargo del acreedor como del deudor, sin considerar si es menor o mayor grado.

a.1) Resolución en el derecho mexicano. (Pacto comisorio).

Al analizar este tema, el maestro Ernesto Gutiérrez y González, señala que: "el Código civil de 1870, siguiendo los pasos del Código de Napoleón, estableció el mismo sistema del artículo 1184, en tres artículos: 1465, 1466 y 1537, disposiciones que se reprodujeron idénticas por el Código civil de 1884 en sus artículos 1349, 1350 y 1421.

El Código civil de 1928, suprimió una importantísima parte del artículo 1537 del Código de 1870 (1421 del de 1884), que corresponde al último párrafo del artículo 1184 del Código francés".⁹²

El legislador de 1928, suprimió la necesidad de una declaración judicial para que proceda la rescisión del contrato en donde una de las partes comete el hecho ilícito de incumplir sus obligaciones, debido a que como manifiesta el autor en cita, "percatándose de los errores en que incurrieron los Códigos de 1870 y 1884 y antes el de Napoleón al confundir dos instituciones totalmente diversas como eran la Lex Commissoria y la Resolución Canónica, quiso poner orden y estableció uno solo de los dos sistemas y se decidió con todo tino y visión de las necesidades jurídicas modernas, por la Lex Commissoria."⁹³

Baudry Lacantinerie, es citado por el maestro Borja Soriano en relación a la definición de pacto comisorio: "Se llama pacto comisorio la cláusula por la cual las partes

⁹² GUTIERREZ y GONZALEZ, *Ernesto, op. cit.*, pág. 651.

⁹³ *Idem*, pág. 653.

convienen en que el contrato será resuelto si una u otra de ellas no cumple con su obligación. El pacto comisorio no es sino una condición resolutoria de naturaleza particular”.⁹⁴

El pacto comisorio puede ser: tácito o expreso.

a.1.1) Pacto comisorio tácito.

El primer párrafo del artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, dispone que: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.”

El artículo transcrito contiene el pacto comisorio tácito, debido a que aún y cuando las partes no pactaran expresamente la resolución de un contrato en caso de incumplimiento, la ley determina precisamente como sanción por ese hecho ilícito, la facultad de resolverlo por la víctima del hecho ilícito.

a.1.2) Pacto comisorio expreso.

El pacto comisorio expreso, es una cláusula en un contrato, en la cual se plasma de manera expresa el texto del artículo 1949 comentado, o se inserta una cláusula que sin transcribirlo en su literalidad, equivale al contenido de esa norma.

El maestro Gutiérrez y González, al entrar al análisis de los criterios de nuestro más alto tribunal en el país en relación a este tema, considera que han incurrido en una grave equivocación, debido a que según él, para que exista el pacto comisorio, debe derivar de una condición resolutoria, en el sentido de que una de las partes incumpla con su obligación; así como que el pacto comisorio sólo opera de pleno derecho cuando se pacta expresamente, de lo contrario es requisito la declaración judicial.

“En efecto, por condición resolutoria se entiende el acontecimiento futuro de realización contingente, de cuyo cumplimiento depende la resolución de derechos y

⁹⁴ BORJA SORIANO, *Manuel, op. cit.*, 478.

obligaciones; cumplida la condición, produce por regla general, efectos retroactivos, y todo debe desaparecer con ella.”⁹⁵

Uno de los elementos esenciales de la condición dice Gutiérrez, “es la contingencia; por ello, si se estipula una condición, en donde no haya contingencia en el sentido que se precisa, no habrá esa figura y si se habla de “condición”, será en un sentido meramente gramatical, pero no jurídico”.

De ahí que concluya el autor en cita que cuando una condición depende de actos u omisiones voluntarias de la personas interesadas en ella, no hay contingencia para los efectos jurídicos, pues se necesita que la realización del acontecimiento quede al azar y no a la voluntad de las partes.

Por eso dice Gutiérrez y González: “puedo afirmar que la resolución por incumplimiento contenida en el artículo 1949, no se puede estimar como una “condición” en sentido técnico, ya que el hecho ilícito que ahí se menciona depende de la voluntad del que incumple o de hechos ajenos al contrato, y por lo mismo falta la contingencia del acto”.⁹⁶

En relación a la manifestación de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que el pacto comisorio sólo opera de pleno derecho cuando se pacta expresamente, y si es tácito precisa entonces de la declaración judicial, expone: “Este es un absurdo que hace ver como los señores ministros que dictaron esas ejecutorias ignoran los antecedentes históricos del pacto comisorio. No hay razón lógica para que si se pacta expresamente la resolución ipso iure, ésta opere, y en cambio si no se dice nada, aunque exista el pacto tácito, no opere de pleno derecho; con este criterio están demostrando su ignorancia sobre el contenido del artículo 1949 que como norma supletoria, como cláusula natural, opera siempre que las partes no digan otra cosa en contrario.”⁹⁷

De lo anterior, se puede concluir que el maestro Gutiérrez y González considera que aunque el pacto comisorio contenido en el artículo 1949 del Código Civil para el

⁹⁵ *Idem*, pág. 657.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*, pág. 658.

Distrito Federal, no se plasme de forma expresa, se encuentra implícito en los contratos, motivo por el que según él, no es necesaria su declaración judicial.

En este sentido parece que el maestro Borja Soriano difiere del maestro Gutiérrez y González, ya que, para el primero la resolución de un contrato no opera de pleno derecho: "es solamente un favor que la ley entiende conceder a esta parte y la misma es libre de no usar de este favor; ella puede, si lo prefiere, exigir por las vías de derecho la ejecución del contrato. La parte respecto de la cual la obligación no se ha ejecutado, tiene pues una opción que ejercer: lo que excluye la posibilidad de una resolución que opere de pleno derecho."⁹⁸

Con el tiempo, ha ido cambiando la tendencia legislativa y jurisprudencial con relación al pacto comisorio, considerando la dificultad de tiempo que representa la solicitud ante una autoridad judicial para resolver un contrato, motivo por el que se ha aceptado que el pacto comisorio opera ipso iure a no ser que se pacte expresamente la necesidad de ocurrir ante un juez, para solicitar la resolución del contrato, por lo que se considera una cláusula natural del contrato.

Por lo que respecta a que si resulta imprescindible solicitar ante una autoridad judicial la resolución del contrato o no, el maestro Borja Soriano, manifiesta que en principio si debe ser demandada judicialmente, como se desprende de la palabra exigir contenida en los artículos 1350 del código de 1884 y 1949 del código de 1928. Pero puede suceder que el contratante que ha faltado al cumplimiento de su obligación así lo reconozca y de acuerdo con el otro contratante consienta en la resolución.

Hablando de contratos unilaterales, como señala el citado autor: "Es lógica la afirmación que recoge la cabeza de este apartado, toda vez que el artículo 1949 del Código determina cómo el pacto se entiende implícito en las obligaciones recíprocas, por lo cual si en los contratos unilaterales las obligaciones son para una sola de las partes, y los beneficios para la otra, no podrá operar este pacto".⁹⁹

⁹⁸ *Ibidem*, pág. 489.

⁹⁹ *Ibidem*, pág. 661.

Bajo el mismo orden de ideas, el maestro Borja Soriano, considera que la resolución por incumplimiento sólo es aplicable a los contratos bilaterales: "Como el artículo 1949 del código de 1928 se refiere al caso de obligaciones recíprocas, debe concluirse que sólo a los contratos bilaterales es aplicable la resolución por incumplimiento de una de las partes". ¹⁰⁰

La utilidad práctica de que el pacto comisorio opere ipso iure, sin necesidad de declaración judicial, es evidente, en virtud de que como lo manifiesta el maestro Gutiérrez y González:

"a).- Si se resuelve de pleno derecho el contrato, el acreedor se evita un juicio -de larga o corta duración-, que para él implica gastos, de dinero y tiempo. Basta con que haga una interpelación fehaciente a su deudor, constatando el incumplimiento en que éste incurrió, para que en esa forma se evite el procedimiento judicial, costoso y cansado.

b).- El acreedor afectado por el hecho ilícito del incumplimiento, al resolver ipso iure el contrato, se ve protegido en sus intereses porque se libera de las obligaciones que contrajo y puede disponer, si es el caso, de la cosa que fue objeto y materia del contrato.

c).- Además, importa una gran economía procesal, y evita a la autoridad judicial una serie de engorrosos trámites que por desgracia día con día se multiplican". ¹⁰¹

En cuanto a que si al resolverse un contrato sin declaración judicial, se transgreden la garantías individuales consagradas en los artículos 14 y 16 de la Constitución General de la República, esto resulta falso, ya que la parte que sufrió la resolución del contrato en su perjuicio, puede reclamar su derecho si lo tiene ante la autoridad judicial, por lo que en ningún momento se le dejaría en estado de indefensión.

En caso de que hubiera incumplimiento de un contrato por caso fortuito o fuerza mayor, resulta claro que no es posible que opere el pacto comisorio, pues éste reposa sobre la idea de culpa, sobre la idea de un hecho ilícito, y en el incumplimiento por fuerza

¹⁰⁰ *Ibidem*, pág. 486.

¹⁰¹ GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto, *op. cit.*, pág. 662.

mayor, si bien sus resultados son objetivamente iguales, la sanción no puede aplicarse, toda vez que en un caso hay culpa y en otro no.

En este sentido, el maestro Borja Soriano, estatuye que: "no se incurre en resolución, sino en tanto que la inejecución es imputable al deudor: si esta inejecución se debe a una causa extraña, a un caso de fuerza mayor, la teoría de la *lex commissoria* queda sin aplicación posible. Sin duda, entonces el contrato está disuelto, pero lo está por el juego de la imposibilidad de ejecución y la teoría de los riesgos".¹⁰²

Es importante mencionar que el artículo 1949 consagra derechos opcionales, es decir, "la víctima del hecho ilícito por habersele violado un contrato, tiene conforme el artículo 1949 que se estudia, la facultad de ejercitar, según lo desee, la acción tendiente a exigir el cumplimiento del contrato, o bien la de declarar resuelta de pleno derecho la convención."¹⁰³

Borja Soriano, al igual que Gutiérrez y González, considera que la parte afectada tiene un derecho opcional: "Tiene así la elección entre dos acciones que tienen papeles absolutamente distintos. Una tiende a asegurar a la parte que la ejerce el beneficio del contrato y a permitirle por consiguiente alcanzar el fin que se ha propuesto al contratar... La otra acción tiene una función bien diferente: supone que una de las partes quiere, en defecto de ejecución, hacerse desligar de los vínculos del contrato".¹⁰⁴

Aunado a lo anterior, la parte inocente que sufre el incumplimiento culpable de su contraparte, tiene derecho de acuerdo con el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, a reclamar el pago de daños y perjuicios, no importando si decide la ejecución forzosa o en su caso la rescisión del contrato.

En este sentido, resulta claro que el incumplimiento debe ser llevado a cabo por una de las partes, pues si ambos han faltado a sus respectivas obligaciones, no procede la resolución, siempre, que el incumplimiento por parte del actor no sea consecuencia necesaria del otro incumplimiento, es pues, absolutamente indispensable:

¹⁰² BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, pág. 487.

¹⁰³ GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto, *op. cit.*, pág. 665.

¹⁰⁴ BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, pág. 488.

"a) que quien solicita la resolución haya empezado por cumplir con su obligación; b) que él, por su parte, no haya hecho nada que obstaculice el cumplimiento de la obligación por parte del otro; c) que, aún en el caso de incumplimiento, no de después con sus actos por cumplida la obligación del primero; d) que quede patentizado el incumplimiento por parte del otro contratante. Es decir, que la parte que reclama está completamente limpia de cargo, habiendo cumplido escrupulosamente con sus deberes y la otra sea la que de modo consciente haya faltado a sus obligaciones".¹⁰⁵

El autor en cita, realiza una comparación entre la condición resolutoria tácita y la condición resolutoria expresa, al manifestar que: "El principio es que la resolución pronunciada en virtud de la disposición de los artículos 1349 del código de 1884 y 1949 del código de 1928 produce los mismos efectos que el acontecimiento de la condición resolutoria expresa, salvo las diferencias que se señalan en el número siguiente"¹⁰⁶

Las diferencias que ve el referido autor entre la condición resolutoria tácita y la condición resolutoria expresa son: "la ley no establece sino dos diferencias entre la condición resolutoria tácita y la condición resolutoria expresa, en cuanto a sus efectos respectivos: por una parte, la primera no opera de pleno derecho; por otra parte, puede dar lugar a indemnización de daños y perjuicios".¹⁰⁷

En este tema, parece que los maestros Gutiérrez y González y Borja Soriano, analizan la condición resolutoria desde dos perspectivas; mientras el primero manifiesta que al hablar de resolución de un contrato, no puede considerarse que dependa de una condición, en virtud de que ésta depende de un acontecimiento futuro de realización contingente; el segundo considera a la condición pero respecto a los efectos que produce.

b) La resolución por imposibilidad superviniente de las obligaciones a cargo de una de las partes, también conocida como el caso fortuito o fuerza mayor.

Al analizar este tema, el maestro Marcel Planiol, manifiesta que: "La expresión "caso fortuito" conviene al supuesto en que se designa el origen accidental e imprevisto

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ *Ibidem*, pág. 490.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pág. 491

del obstáculo que impidió el cumplimiento de la obligación y que se debe al azar, extraño al deudor e inesperado. En cambio por "fuerza mayor" se indica la índole invencible del obstáculo, sobre el cual el deudor no puede triunfar".¹⁰⁸

Parecería que el autor en cita considera que es necesario que existan los dos caracteres necesariamente: la imposibilidad de cumplimiento (1), que debe ser al mismo tiempo invencible e imprevisible (2).

"Es conveniente agregar que las dos expresiones, caso fortuito y fuerza mayor, son además equivalentes al término más general del art. 1147: *causa extraña no imputable al deudor*, ya que los rasgos distintivos del caso fortuito y de la fuerza mayor no tienen más significación que la de demostrar que no puede imputarse en modo alguno al deudor el incumplimiento de su obligación".¹⁰⁹

Por su parte, Julien Bonnecase señala que el caso fortuito y la fuerza mayor, son causas de extinción de las obligaciones en el Código Civil francés, previsto en los artículos 1302 y 1303 de dicho ordenamiento legal, y al referirse a dichos numerales, señala que "el código civil francés únicamente toma en consideración las obligaciones que recaen sobre una cosa cierta y determinada, pero que esta eventualidad también puede afectar a las obligaciones de hacer o de no hacer y aún aquellas cuyo objeto está constituido por cosas designadas únicamente en género, a pesar del aforismo tradicional: *genera non pereunt*".¹¹⁰

Asimismo, señala dicho autor que: "nadie está al abrigo de una enfermedad, que impida cumplir el hecho prometido, pero que siempre se deberá atender al texto de los numerales invocados que mencionan que la imposibilidad para cumplir no debe ser imputable al deudor sino resultar de la fuerza mayor".¹¹¹

En nuestro derecho, el maestro Miguel Villoro Toranzo, señala que "hay numerosos hechos que deben su existencia a factores totalmente ajenos al hombre que no por eso dejan de producir efectos en el orden social: tempestades, plagas,

¹⁰⁸ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge, *op. cit.*, pág. 155.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ BONNECASE, Julien, "Elementos de derecho civil". Traducción de José M. Cajica Jr., Tomo II. Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana, 1985, pág. 470.

¹¹¹ *Idem*.

inundaciones, muertes, inmigración o paso de las aves, producción de frutos silvestres, que los juristas nunca se han sentido muy agusto al tratarlos y que al respecto falta una teoría jurídica que los estudie en forma completa".¹¹²

El citado autor, dice que "el derecho es un instrumento para regular las relaciones humanas y que cuando las fuerzas de la naturaleza repercuten en dichas relaciones, el resultado siempre tiene algo de imprevisible, de incontrolable y por tal motivo la actitud de los juristas siempre ha consistido en reducir hasta donde se pueda el elemento imprevisible y en tratar de controlarlo por medio de ficciones jurídicas y de esta manera, han aparecido las doctrinas sobre la fuerza mayor y sobre el caso imprevisto y entre otras las ficciones jurídicas de la voluntad del que muere sin testamento y de la responsabilidad patronal sobre los riesgos profesionales de sus trabajadores. De esta manera la tendencia del derecho es encontrar a alguien a quien se pueda hacer responsable por lo menos de una parte de las consecuencias jurídicas de los hechos naturales."¹¹³

En el Digesto se define a la figura o esquema jurídico de la fuerza mayor como "el impetu de cosa mayor que no se puede repeler", como puede ser un terremoto, una inundación o una tempestad. Además de estos hechos naturales, también se considera de fuerza mayor, algunos pero de tanta monta que es imposible determinar los individuos responsables de los mismos, como los daños causados por una invasión del enemigo o por una incursión de piratas.

De esta manera, Villoro Toranzo entiende por fuerza mayor, "a todas aquellas fuerzas ante las cuales el hombre se halla totalmente impotente tanto para repelerlas como para predecirlas y evitarlas".¹¹⁴

La fuerza mayor, interviene en dos formas en el orden jurídico; o causando daños que por definición no serán imputables a nadie, o haciendo imposible el cumplimiento de determinadas obligaciones. Cuando por fuerza mayor el deudor no puede cumplir una obligación, desaparece la responsabilidad del deudor y éste queda exonerado del cumplimiento de la obligación.

¹¹² VILLORO TORANZO. *Manuel, "Introducción al estudio del derecho"*, 2ª Edición, Porrúa, México. 1974. pág. 338.

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ *Ibidem.*

Respecto del caso fortuito, el autor en cita dice que "los teóricos del derecho no se ponen de acuerdo sobre la identidad o diferencia entre las figuras o esquemas jurídicos de la fuerza mayor y del caso fortuito; pero que sin embargo todos están de acuerdo en que una y otra producen los mismos efectos jurídicos: exonerar al obligado de todo género de responsabilidad, pues como dice el artículo 1105 del Código Civil español. nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos fueren inevitables". ¹¹⁵

El Digesto, explica el caso fortuito como un accidente que no puede ser previsto por la inteligencia humana. Posteriormente, señala Villoro, "se ha precisado más la noción de caso fortuito diciendo que es aquel suceso inesperado e involuntario que no puede ser previsto y que, teniendo su origen en motivos independientes de la voluntad del obligado. exime a este de la responsabilidad que le correspondería de no haber mediado el accidente, por ejemplo, cuando alguien creyendo que tira sobre un blanco, hiere inesperadamente a un hombre que se hallaba oculto tras el mismo, o cuando un automovilista manejando a una velocidad moderada, no puede impedir atropellar al que imprevistamente se atraviesa en su camino, se trata de casos fortuitos; se llaman pues fortuitos a estos casos, ya que el daño se atribuye más a la suerte que al hombre". ¹¹⁶

El maestro Villoro Toranzo señala que el caso fortuito y la fuerza mayor, si bien es cierto tienen en común el eximir de responsabilidad al sujeto, entre sí tienen dos grandes diferencias que a saber son:

a) La fuerza mayor, difiere del caso fortuito, tanto como por su elemento esencial, como porque también desaparece el carácter anónimo de la causa.

En efecto, el elemento esencial del caso fortuito es la imposibilidad de prever los efectos de un hecho, en tanto que el elemento esencial de la fuerza mayor es la inevitabilidad de los hechos. Para un particular, la guerra de 1939-1945 era previsible pero no la podía evitar. En las regiones sísmicas, los terremotos pueden ser previstos, pero no evitados, y lo mismo se puede decir de algunas zonas marítimas respecto de los ciclones. De ésta manera, guerras, terremotos y ciclones son siempre casos de fuerza mayor, pero

¹¹⁵ *Ibidem*, pág. 339.

¹¹⁶ *Ibidem*.

no necesariamente casos fortuitos puesto que pueden ser previstos. En cambio, los accidentes que se dieron como ejemplo en párrafos anteriores, lo mismo que muchos accidentes de trabajo, son casos fortuitos y no de fuerza mayor, ya que hubieran podido evitarse si se hubiera podido prever lo inesperado.

b) La otra diferencia de estas dos figuras, estriba en que la fuerza mayor siempre opera en forma anónima, sin que se pueda hacer responsable a ningún individuo por los daños causados, mientras que en el caso fortuito siempre hay una gente que sería responsable si éste hubiera podido prever el accidente, siempre hay alguien que padece un error invencible o inculpable.

De ésta manera, señala Villoro Toranzo "éstas dos diferencias hacen que el derecho trate en forma diversa la repetición de la fuerza mayor y la del caso fortuito. La fuerza mayor puede repetirse sin que se altere su elemento esencial y siempre será inevitable y anónima y por lo mismo, siempre que se pruebe que existe fuerza mayor, quedarán sin responsabilidad aquellos afectados por la misma y en cambio, la realización de un caso fortuito está avisando que en circunstancias que hasta ese momento se juzgaban seguras, se puede producir un accidente y habrá por consiguiente que examinar las circunstancias en que se produjo el accidente y poner remedio a las mismas para evitar la repetición del caso imprevisto. En el ejemplo planteado del herido por un disparo dirigido a un blanco, habrá que verificar como pudo el herido llegar sin ser visto a la zona detrás del blanco y, en su caso, clausurar la entrada que haya permitido tal acceso. En cuanto puedan preverse los efectos de un hecho, ya no existe el caso fortuito."¹¹⁷

El maestro Villoro Toranzo, califica de desafortunada la redacción del artículo 2111 del Código Civil mexicano, ya que, "lo que quiere decir el artículo citado es que nadie está obligado al caso fortuito y que no hay caso fortuito, cuando conscientemente se da causa o se contribuye a un hecho jurídico que podría ser interpretado como caso fortuito por deber su existencia a alguna fuerza imprevista. Además, en un esfuerzo de responsabilizar a alguien de los efectos naturales el artículo cuestionado, permite a los deudores de una obligación aceptar expresamente la responsabilidad por los casos

¹¹⁷ *Ibidem*, pág. 340.

fortuitos y menciona la posibilidad que en algunos casos la misma ley imponga esa responsabilidad a algunos particulares".¹¹⁸

Por su parte, el maestro Rojina Villegas manifiesta que: "La teoría general para la responsabilidad civil compensatoria y moratoria, y para la especial que resulte de la pérdida o del demérito en la conservación de la cosa, tiene una excepción fundamental que se refiere al incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor. Hay un principio tradicional en el derecho, según el cual a lo imposible nadie está obligado. Principio que recibe una aplicación expresa en el Código Civil, al determinar que nadie está obligado al caso fortuito, porque implica una imposibilidad que puede ser absoluta desde el punto de vista físico, o de tal manera difícil para el deudor, que cumplir con la prestación a pesar del caso fortuito, sería imponerle una carga injustificada y una situación demasiado gravosa. Por esto dispone el Código Civil en su artículo 2111: "Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone".¹¹⁹

El artículo transcrito es claro, al mencionar que nadie se obligará al caso fortuito, como regla general. Puede, sin embargo haber responsabilidad en el caso en que el contratante haya dado causa, o lo provoque, lo acepte expresamente o cuando la ley lo imponga.

El autor en cita, ejemplifica el caso en que la ley impone responsabilidad a un contratante al presentarse el caso fortuito o fuerza mayor.

"Efectivamente, en el contrato de comodato la ley señala, que en dos ocasiones el comodatario responderá del caso fortuito: 1ª Cuando pudiendo salvar la cosa dada en comodato, prefiere salvar la propia. Se supone que el comodatario debe tener la diligencia máxima y está gozando gratuitamente de una cosa ajena, cuando haya un riesgo, debe salvar primero la cosa dada en comodato y después la propia. Basta que incurra en esta omisión para que se le haga responsable del caso fortuito; 2ª Cuando el comodatario reciba la cosa estimada. Será suficiente que se haga un avalúo, aunque no se diga con qué objeto, para que la ley interprete la voluntad del comodante, en el sentido de que el

¹¹⁸ *Ibidem*, pág. 341.

¹¹⁹ ROJINA VILLEGAS, *Rafael*, op. cit., pág. 359.

objeto de valorizar la cosa, fue para que el comodatario devuelva su importe, si se pierde por caso fortuito.”¹²⁰

El maestro Rojina, define al caso fortuito como: “el acontecimiento natural inevitable, previsible o imprevisible, que impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación... En cuanto a la fuerza mayor, entendemos el hecho del hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide también en forma absoluta el cumplimiento de la obligación.”¹²¹

Por su parte, el maestro Manuel Borja Soriano, señala que “se ha llamado caso fortuito al acontecimiento de la naturaleza y fuerza mayor al hecho del hombre”.¹²²

El autor en cita, considera que cualquiera que sea el sentido en que se tomen las expresiones caso fortuito y fuerza mayor, sus efectos jurídicos son los mismos.

Como hemos visto, por regla general, cuando el deudor se ve imposibilitado de cumplir su obligación por caso fortuito o fuerza mayor, según la máxima conocida que dice que a lo imposible nadie está obligado, ese deudor queda liberado de su obligación.

Ya hemos visto como caso de excepción a esta regla, que en algunos casos la ley impone al contratante que sufre el caso fortuito o fuerza mayor, la pena de responder a sus obligaciones. Asimismo, hay casos en los que no obstante que el incumplimiento se debe a caso fortuito, subsiste la responsabilidad del deudor; 1.- si ha dado causa o contribuido a él; y 2.- si el deudor ha aceptado expresamente que será responsable de los daños y perjuicios que se originaren por incumplimiento, aún cuando éste se deba a caso fortuito o fuerza mayor.

En el primer caso, no se hace propiamente una excepción a la regla general de que el caso fortuito es liberatorio de responsabilidad, pues más bien se aplica otro principio que obliga a responder de la culpa o negligencia.

¹²⁰ *Idem*, pp 359 y 360.

¹²¹ *Ibidem*, pp 360 y 361.

¹²² BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, pág. 474.

En este sentido, el maestro Rojina Villegas, manifiesta que: "una manifestación de esta primera hipótesis la tenemos en el caso de que ocurriese el acontecimiento fortuito, encontrándose en mora el deudor..."

Una segunda manifestación de la primera hipótesis que estamos analizando, o sea, cuando el deudor haya dado causa o contribuido al caso fortuito lo tenemos en el caso previsto por el artículo 2019 del Código vigente al igual que el 1443 del anterior, pues dispone dicho precepto que: "Cuando la deuda de una cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiere sido el motivo de la pérdida, a no ser que, habiendo ofrecido la cosa al que debió recibirla, se haya éste constituido en mora." ¹²³

Puede también el deudor aceptar de forma expresa su responsabilidad derivada del caso fortuito, la cual se encuentra reconocida como principio general en el artículo 2011 del Código Civil y en el 1462 del ordenamiento anterior.

En los preceptos citados, se requiere que exista una declaración de voluntad expresa por parte del obligado para responder del caso fortuito, de manera que no sería aceptable un caso de voluntad tácita, aún cuando se pudiera establecer en forma indubitable, derivándola de ciertos hechos o datos; tampoco el juez podría a base de presunciones humanas inferir la obligación de responder del caso fortuito, debiendo observar la misma regla para la fuerza mayor.

Existen casos de protección para el deudor por la naturaleza del contrato, en los cuales a pesar de que se hubiere obligado expresamente a responder del caso fortuito, la ley no le otorga efectos al pacto respectivo. "En el Código anterior el artículo 2332 disponía expresamente: "Será nulo el convenio de que todas las pérdidas que resultaren por caso fortuito, sean de cuenta del mediero de ganados." En el mismo sentido estatuye el artículo 2757 del Código en vigor. Además, en el artículo 2455 se dispone en forma irrenunciable que el arrendatario tendrá derecho a una rebaja proporcional de la renta cuando perdiere más de la mitad de los frutos de una finca rústica, por casos fortuitos extraordinarios." ¹²⁴

¹²³ ROJINA VILLEGAS, *Rafael*, op. cit., pág. 366.

¹²⁴ *Idem*, pág. 367.

Cabe distinguir entre la imposibilidad en el cumplimiento de las obligaciones originarias y las que ya se han creado.

En efecto, la imposibilidad en el cumplimiento de una obligación por caso fortuito o fuerza mayor, implica que la contraprestación ya haya surgido, pero su funcionamiento se ve interrumpido por un hecho posterior, como es el obstáculo que vuelve imposible el cumplimiento de una prestación que pudo física y jurídicamente constituirse o nacer a la vida jurídica.

En nuestro derecho, de acuerdo con el artículo 1828 del Código vigente, la imposibilidad en la prestación debe ser absoluta, de tal manera que el obstáculo impida física o jurídicamente su nacimiento o su cumplimiento.

El artículo referido hace hincapié en que la imposibilidad en la prestación debe ser en virtud de un obstáculo insuperable, dejando de tomar en cuenta obstáculos que sin ser insuperables, sólo son extraordinarios, pero superables aún cuando de difícil vencimiento.

Estamos de acuerdo con el maestro Rojina Villegas, cuando señala que: "No nos oponemos a que por una consideración racional, ética y económica, como dicen Enneccerus-Lehmann, sea jurídico sostener en el derecho mexicano que ante tales obstáculos extraordinarios, si debe haber una modificación de equidad en el cumplimiento de las obligaciones, pero no una liberación, que solo debe de admitirse ante el caso fortuito o la fuerza mayor que implican obstáculos inevitables e insuperables".¹²⁵

No debe confundirse la imposibilidad económica con la imposibilidad física o jurídica en cuanto al cumplimiento de las deudas.

En nuestro derecho, sólo podrá admitirse tal equiparación cuando la citada imposibilidad económica constituya un obstáculo insuperable para poder satisfacer la prestación, pero siempre y cuando no derive de la falta de elementos pecuniarios en el deudor para cumplir, sino de una imposibilidad general para adquirir las cosas, las materias primas o la mano de obra, en atención a esas circunstancias extraordinarias. de

¹²⁵ *Ibidem*, pág. 382.

tal suerte que se configure un verdadero caso de fuerza mayor por tratarse de un obstáculo inevitable en el pago o cumplimiento.

c) La resolución por excesiva onerosidad sobreviniente, fundada en la teoría de la imprevisión.

Hemos analizando en capítulos que anteceden, la teoría de la imprevisión en forma genérica, y como causa de resolución de los contratos, así como su no incorporación a la mayoría de las legislaciones locales del país, motivo por el cual nos ceñiremos a lo expresado en el capítulo anterior.

Capítulo cuarto.- LOS CONTRATOS DE CREDITO Y LA TEORIA DE LA IMPREVISION.

En este capítulo, corresponde analizar las obligaciones mercantiles, así como los principales contratos de crédito y financiamiento, y la posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión como causa de terminación de los mismos.

I.- OBLIGACIONES MERCANTILES.

El concepto de obligación mercantil, deviene del de obligación civil, es decir, es el vínculo jurídico por el cual un sujeto debe cumplir frente a otro una prestación que tiene carácter mercantil, porque el acto que la origina es de naturaleza mercantil, un contrato mercantil.

En este mismo sentido, el maestro Oscar Vázquez del Mercado, manifiesta que: "Las normas del derecho mercantil cambian en parte las normas del derecho común, para adaptarse a las exigencias de la actividad mercantil, sin embargo, no existe un sistema de derecho de las obligaciones mercantiles diverso al sistema de obligaciones civiles."¹²⁶

De tal forma, a la formación de los contratos mercantiles, se aplican las mismas normas generales de la materia civil y que forman parte del derecho general de las obligaciones, como sucede en lo referente a los elementos esenciales del contrato: la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa.

II.- PRINCIPIOS PROPIOS DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS MERCANTILES.

a) Solidaridad.

El maestro Javier Arce Gargollo, en su obra intitulada "Contratos Mercantiles Atípicos", estatuye que: "El artículo 1987 del C.c. dispone que "habrá solidaridad pasiva

¹²⁶ VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, "Contratos mercantiles", 6ª Edición, Porrúa, México, 1996, pág. 150.

cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida." Sus características son: "la pluralidad de sujetos y la unidad del objeto, con indeterminación de partes en la exigencia de un mandato tácito y recíproco entre los deudores".¹²⁷

Asimismo, al hablar de la solidaridad, el autor en cita, manifiesta que el Código Civil, en su artículo 1988, establece que ésta "no se presume, resulta de la ley o de la voluntad de las partes."¹²⁸

Contrario a lo manifestado por el maestro Arce, en el sentido de que la solidaridad en materia mercantil no se presume, el maestro Vázquez del Mercado señala que: "En el Derecho Mercantil se presume la solidaridad en las obligaciones. En el Derecho Civil, cuando los deudores de una obligación son más de uno, cada cual, salvo algunas excepciones, quedan obligados hasta un límite, que es su cuota. Si un deudor es insolvente, el acreedor no puede exigir la cuota respectiva y, por lo tanto, deja de obtener el monto total de su crédito."¹²⁹

Bajo el mismo orden de ideas, el autor en cita señala que: "sin embargo, aún cuando en el Código de Comercio no hay un precepto similar al artículo 1988 del Código Civil, se encuentran declaraciones que establecen la solidaridad, por ejemplo en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el artículo 4º dice que en las operaciones que la ley reglamenta se presume la solidaridad; en el artículo 154 se señala que el aceptante, girador, avalista, endosante, se presumen solidariamente obligados; por su parte, el artículo 159 menciona que todos los que aparezcan en la letra se presumen obligados solidariamente.

En igual forma, la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su artículo 7º indica que las personas que realicen actos en nombre de la sociedad, antes del Registro de ésta, responderán solidariamente por dichas operaciones; el artículo 21, señala la responsabilidad solidaria del administrador por no separar de las utilidades el monto debido para formar el fondo de reserva; los socios colectivos y comanditados son

¹²⁷ ARCE GARGOLLO, Javier, "Contratos mercantiles atípicos", 3ª Edición, Porrúa, México, 1996, pág. 18.

¹²⁸ *Idem*, pág. 19.

¹²⁹ VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *op. cit.*, pág. 151.

solidariamente responsables de las obligaciones sociales, según los artículo 25, 51 y 207, y así otras más disposiciones”.¹³⁰

El autor en cita señala que: “a pesar de no existir una declaración expresa, la solidaridad en las obligaciones mercantiles debe siempre presumirse, salvo prueba en contrario. La norma de solidaridad en las obligaciones mercantiles en la legislación, doctrina y jurisprudencia de los países cuyas disposiciones legales fueron base para dictar la nuestras (Francia, España, Italia), ha sido transmitida a nosotros pese a que no se encuentra establecida expresamente en una única disposición”.¹³¹

Desde nuestro particular punto de vista, consideramos erróneo el razonamiento del maestro Vázquez del Mercado, ya que si en el Código de Comercio no se establece en forma genérica la solidaridad en obligaciones el orden mercantil, sino que muy específicamente algunas disposiciones legales como en su caso acontece con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y Ley General de Sociedades Mercantiles, no hay argumento jurídico válido que apoye la generalización que el autor realiza de la solidaridad en las obligaciones mercantiles.

Amén de lo anterior, creemos justa la apreciación del maestro Arce, en el sentido de que en el caso concreto debemos seguir la regla genérica del artículo 1988 del Código Civil para el Distrito Federal, en el sentido de restringir la solidaridad de las obligaciones para aquellos casos en que las partes la pacten expresamente.

b) Onerosidad.

Vázquez del Mercado dice que “es normal que la actividad mercantil como actividad económica se ejercite profesionalmente, es decir, aquel que lo desarrolla lo hace con el fin de obtener una ganancia, y por esto, la regla en las relaciones jurídico-mercantiles es que todo acto tienda a realizar ese fin; por lo tanto, existe en materia mercantil una presunción de onerosidad, aunque si bien los contratos específicamente

¹³⁰ *Idem*, pág. 152.

¹³¹ *Ibidem*.

mercantiles son siempre onerosos, como por ejemplo el seguro, la fianza de empresa, contrato de crédito, etc".¹³²

El referido autor manifiesta que: "no hay una norma general que establezca la onerosidad, pero que sin embargo, en el Código de Comercio hay preceptos que confirman este principio. Así el artículo 304 dice que salvo pacto en contrario, el comisionista tiene derecho a exigir retribución por su trabajo, igual derecho asiste al depositario en el depósito de acuerdo con el artículo 333 y en el artículo 591 se señala el derecho del porteador a recibir el porte convenido."¹³³

Nosotros consideramos que con independencia de lo que razona el maestro Vázquez del Mercado para calificar la onerosidad de los actos de comercio, es precisamente el artículo 75 del Código de Comercio en vigor, quien en forma más amplia enumera un catálogo de actos de comercio cuya esencia es darles el carácter de mercantiles o bien por la persona que los realiza (comerciante), o en su caso, por la esencia del propio acto.

c) Prohibición de los términos de gracia en materia mercantil.

El artículo 84 del Código de Comercio, establece que: "en los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia y cortesía".

Al respecto, el maestro Javier Arce Gargollo, señala que: "el precepto citado está copiado del artículo 61 del Código de Comercio español, que con un texto más explícito señala como excepción los plazos que pueden pactar las partes o los que la ley expresamente conceda y que el precepto en cuestión se dictó con el objeto de evitar todas las dilaciones extracontractuales que en España permitían las ordenanzas de bilbao".¹³⁴

El maestro Joaquín Garriguetz, por su parte, indica que: "el artículo 61 del Código de Comercio español, va dirigido a los Tribunales para prohibirles la concesión de ningún

¹³² *Ibidem*, pág. 153.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ ARCE GARGOLLO, Javier, *op. cit.*, pág. 11.

término de gracia que no esté previsto en el contrato o se apoye en una disposición terminante de derecho y en este punto difiere abiertamente el derecho mercantil del derecho civil, donde se concede a los Tribunales la facultad de señalar un plazo cuando pueda deducirse que ésta ha sido la voluntad del acreedor." ¹³⁵

El maestro Arce Gargollo menciona que: "la norma mercantil que prohíbe términos de gracia deroga a los artículos 404 y 508 que autoriza a los jueces a conceder un término de gracia al deudor que confiesa los hechos de una demanda, se allana sobre obligación vencida, cuyo cumplimiento está garantizado". ¹³⁶

El autor en cita, indica que: "el concepto de "término de gracia", también llamado de cortesía o judicial, tiene una connotación jurídica propia: el juez lo fija a su prudente arbitrio. El plazo de gracia está mencionado en la ley de las XII tablas, en las partidas de Alfonso X, en la Novísima Recopilación y en el Código de Napoleón, concluyendo el autor que el citado artículo 84 del Código de Comercio es una regla impuesta por la necesidad de garantizar la rapidez y la seguridad de las transacciones". ¹³⁷

d) Términos y mora.

d.1) Términos.

En el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, el término es un elemento básico, sobre todo cuando las partes han considerado útil una prestación, cuando ésta se cumple en un determinado término.

El maestro Vázquez del Mercado, manifiesta que: "en la actividad del comercio, se impone una rapidez en la ejecución de las obligaciones, de ahí que los términos dilatorios de la ejecución aceptable en el derecho civil, no son compatibles con la celeridad y la escrupulosa consideración del tiempo, propios de la contratación moderna por lo que la exigencia de rapidez en el planteamiento y liquidación de las relaciones obligatorias del

¹³⁵ GARRIGUES, Joaquín, "Curso de derecho mercantil", 6ª Edición, Tomo II, Porrúa, México, 1984, pág. 11.

¹³⁶ ARCE GARGOLLO, Javier, *op. cit.*

¹³⁷ *Idem*, pág. 12.

derecho mercantil, ha determinado la disposición que fija el término de cumplimiento de las obligaciones en el derecho mercantil".¹³⁸

A diferencia con el derecho civil, si la obligación mercantil no se cumple, no cabe la posibilidad de conceder ningún plazo, de ahí que la ley establezca que en los contratos mercantiles no se conceden términos de gracia o cortesía y en todos los cómputos, de días, meses y años, se entenderán los días de 24 horas, los meses según estén designados en el calendario y los años de 365 días.

Vázquez del Mercado, expone que: "el contenido del artículo 83 del Código de Comercio es una norma que garantiza la rapidez y seguridad de las relaciones mercantiles, puesto que el comercio no permite la dilación en el cumplimiento de las obligaciones."¹³⁹

d.2) Mora.

La mora en términos generales, es el retardo en el cumplimiento de una obligación, esto es, cuando se debe una prestación y no se efectúa oportunamente por el deudor.

El maestro Joaquín Garrigues dice que: "según el concepto civilista de la mora, no es mora todo retraso en el cumplimiento, sino solo el retraso culpable o dicho en otros términos, el retraso imputable al deudor. El retraso producido por caso fortuito o de fuerza mayor no es mora en sentido técnico. Por ello el deudor que incurre en mora está obligado a indemnizar al acreedor."¹⁴⁰

La mora, es siempre imputable al que cae en ella, es la violación a un deber, el deber de cumplir. Existe siempre, sin embargo la posibilidad de probar que la falta o retardo de la prestación debida es imputable a causas ajenas al deudor, porque nadie está obligado al caso fortuito, dice el artículo 2111 del Código Civil para el Distrito Federal.

¹³⁸ VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *op. cit.*, pág. 155.

¹³⁹ *Idem*, pág. 155.

¹⁴⁰ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, pág. 6.

Cuando hay imputabilidad de la mora, la consecuencia es la de imponer la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados, así lo establece el artículo 2104 del Código Civil para el Distrito Federal.

En las obligaciones de naturaleza civil, los requisitos de la mora son, el vencimiento de la obligación, la falta de la prestación por el deudor, e interpelación por el acreedor al deudor.

En el derecho mercantil, no es requisito de mora la interpelación del acreedor, respecto de los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento por voluntad de la partes o de la ley. En este caso, los efectos de la morosidad comienzan al día siguiente del vencimiento del plazo. Principio que obedece a la idea de que en el comercio el comerciante no puede tener improductivo su dinero, no es compatible con las exigencias de la vida comercial y, en consecuencia, la mora implica pago de intereses.

El pago de intereses, responde únicamente a la idea de que el deudor de una suma de dinero, por el hecho de no entregarla a su acreedor en el momento previsto, se beneficia de los productos de un capital que no le corresponde a él, sino al acreedor y por ello debe compensar a este abonándole el fruto del dinero. El interés representa, por tanto, una pura compensación por falta de disponibilidad del capital, con independencia de la causa, por la cual se ha producido esa falta de disponibilidad.

Vázquez del Mercado señala que: "se entra en mora sin necesidad de requerimiento judicial y el artículo 85 del Código de Comercio, marca los efectos de la morosidad. Los efectos de la morosidad, comenzarán en los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento y en los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor le reclame al deudor, judicial o extrajudicialmente, ante el escribano o testigos.

Consecuencia de lo anterior es que si la obligación es a plazo, cuando este se vence, el deudor no puede retardar ni un día más el cumplimiento de la misma, bajo pena de incurrir en mora. El solo vencimiento del plazo implica la mora si el deudor no cumple en los términos convenidos en el contrato."¹⁴¹

¹⁴¹ VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *op. cit.*, pág. 156

e) La prescripción en materia mercantil.

La prescripción que reglamenta el Código de Comercio en el título segundo, es únicamente la prescripción negativa o extintiva, es decir, el medio de extinguir obligaciones. No regula este ordenamiento la llamada usucapión o prescripción positiva, como medio de adquirir la propiedad y otros derechos reales, pues esto lo comprende el Código Civil para el Distrito Federal, como materia propia de los bienes.

El maestro Arce Gargollo, señala que: "el código de comercio no contiene un conjunto sistemático y completo de normas, trata únicamente de algunos supuestos aislados de prescripción. De éste modo la norma supletoria, cuando no hay disposición expresa en el Código de Comercio debe buscarse en el Código Civil, además debe tomarse en consideración que la dispersión de las leyes mercantiles a originado que algunos preceptos sobre ésta materia se encuentren en ordenamientos especiales".¹⁴²

El citado autor, también manifiesta que: "en términos generales, la prescripción mercantil opera en plazos más cortos que los señalados para la extinción de obligaciones civiles. El Código de Comercio establece los plazos de uno, tres y cinco años, para diversos supuestos, y la norma general de diez años, para los plazos no previstos, que es igual a la de derecho civil."¹⁴³

f) La cláusula penal.

En los contratos mercantiles nos encontramos una regla propia cuando las partes quieren aplicarla, en caso de incumplimiento de una de ellas y que se ha identificado como la cláusula penal.

Vázquez del Mercado, señala que: "el incumplimiento de las obligaciones mercantiles, encuentra su reglamentación en las disposiciones de derecho común. En el

¹⁴² ARCE GARGOLLO, Javier, *op. cit.*, pág. 20.

¹⁴³ *Idem.*

artículo 1949 del Código Civil se establece que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultase imposible". ¹⁴⁴

El Código de Comercio, adiciona a la anterior regla que en los contratos mercantiles en que se fije una pena de indemnización a quien no cumpliere, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita, pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra según dispone el artículo 88 del Código de Comercio.

El maestro Rafael de Pina, dice que: "cuando en un contrato mercantil se haya fijado una pena para el caso de incumplimiento la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena establecida; pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación o por que ésta no se preste en la forma convenida". ¹⁴⁵

Al reclamarse la pena convencional el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido daño o perjuicio, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla probando que el acreedor no ha sufrido daño o perjuicio alguno.

g) El lugar de pago.

Respecto al lugar para cumplir las obligaciones, el artículo 86 del Código de Comercio, establece que las obligaciones mercantiles habrán de cumplirse en el lugar determinado en el contrato o en caso contrario en aquel que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquellas o arbitrio judicial.

¹⁴⁴ VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *op. cit.*, pág. 161.

¹⁴⁵ DE PINA, Rafael, *op. cit.*, pág. 199.

Cuando se fija en donde debe cumplirse el contrato, la parte obligada habrá de hacerlo de la manera señalada, y el juez del lugar que se determina en el contrato, será el competente en caso de que el acreedor tenga que exigir el cumplimiento conforme lo establece el artículo 1104 fracción II del Código de Comercio.

Vázquez del Mercado, señala que: "si es la naturaleza del negocio o la intención de las partes el criterio que deba considerarse adecuado para el señalamiento del lugar de cumplimiento, el juez competente lo será el del lugar del domicilio del deudor, dado que debe entenderse que así fue la intención de las partes y si omitieron designar el lugar del cumplimiento de la obligación, el artículo 1105 del Código de Comercio establece que si no se hace la designación del lugar para cumplir la obligación, para exigir su cumplimiento sea competente el juez del domicilio del deudor".¹⁴⁶

III.- LOS CONTRATOS MERCANTILES.

La fuente más importante de las obligaciones mercantiles, está constituida por los contratos. En efecto, la actividad de los comerciantes consiste esencialmente en contratar.

El maestro Rafael de Pina, nos dice que: "de acuerdo con nuestra legislación civil, contrato es el acuerdo de dos o más personas que produce o transfiere obligaciones y derechos. Es una especie del género convenio que es el acuerdo para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones".¹⁴⁷

a) Elementos esenciales del contrato.

Son elementos esenciales del contrato, en cuanto requeridos para su existencia: el consentimiento, y el objeto que puede ser materia del mismo.

¹⁴⁶ VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *op. cit.*, pág. 160.

¹⁴⁷ DE PINA, Rafael, *op. cit.*

a.1) El consentimiento.

Es la manifestación de voluntad, que debe ser libre, esto es, sin vicios (error, violencia, dolo, mala fe), por lo que una persona da su aprobación para celebrar un contrato.

El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El consentimiento tácito resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto los casos en que por disposición legal expresa, o por convenio la voluntad debe manifestarse expresamente, según dispone el artículo 1803 del Código Civil.

Los contratos celebrados por teléfono según dispone el artículo 1805 del Código Civil para el Distrito Federal, deben considerarse como contratos entre presentes.

En el derecho mercantil tiene una gran importancia el problema de los contratos celebrados entre personas que se encuentran en lugares distintos. es frecuente en esta materia la propuesta y aceptación de contratos a distancia, por medio de correspondencia y de esta manera el artículo 80 del Código de Comercio, establece que los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.

Rafael de Pina, nos dice que: "nuestro Código de Comercio adopta en los contratos por correspondencia el sistema de la declaración, es decir los contratos que se celebran por correspondencia o telegráficamente, cuando este medio es convenido, se perfeccionan, surten todos sus efectos, desde la fecha de la carta o telegrama que contiene la aceptación".¹⁴⁸

La correspondencia telegráfica solo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido ese medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes si así lo hubiesen pactado.

¹⁴⁸ *Idem*, pág. 200.

a.2) El Objeto.

De acuerdo con el artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal, son objeto de los contratos: 1º la cosa que el obligado debe dar; 2º el hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Para poder ser objeto de contrato, las cosas deben reunir los requisitos siguientes: 1º existir en la naturaleza; 2º ser determinadas o determinables; 3º estar en el comercio. Las cosas futuras pueden ser objeto de contrato.

El hecho positivo o negativo (acción u omisión) objeto del contrato debe ser: 1º posible. Es imposible el hecho que no puede existir, porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo imposible para su realización. No se considera imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, por sí o por otra persona en lugar de él. 2º lícito. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. El artículo 77 del Código de Comercio establece que las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción.

b) La génesis del contrato mercantil.

Joaquín Garrigues señala que: "el sistema legal español descansa en el principio de que la declaración unilateral no tiene fuerza vinculante: lo que ata y liga es solo el contrato. De aquí la gran importancia práctica que tiene la determinación del momento de la perfección del contrato, ya que a partir de él los interesados quedan vinculados jurídicamente y no pueden revocar su declaración".¹⁴⁹

El citado autor nos dice que: "la génesis del contrato atraviesa esquemáticamente tres fases o momentos: la oferta o propuesta, la aceptación y el acuerdo o perfección del pacto".¹⁵⁰

¹⁴⁹ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, pág. 13.

¹⁵⁰ *Idem*, pág. 14.

b.1) La oferta o propuesta.

Es la declaración de voluntad encaminada a la perfección de un contrato y comprensiva de los elementos esenciales del mismo, no es un negocio jurídico, sino una declaración de voluntad unilateral, que de acuerdo al sistema jurídico español es que la propuesta del contrato no vincula por si mismo al que la hace, sino precisamente cuando deja de ser propuesta para convertirse en consentimiento; es decir, cuando es aceptada. Y así como el destinatario de la propuesta no tiene obligación de contestar ni para aceptarla ni para rechazarla, así también el autor de la propuesta puede revocarla antes de ser aceptada. De ésta suerte la voluntad de contratar, para ser vinculante, debe persistir hasta el momento en que el contrato se perfecciona. Si antes de llegar ese momento el proponente fallece, la propuesta no vincula a su heredero.

Joaquín Garríguez dice que: "es excepción a la regla de no obligatoriedad de la promesa antes de ser aceptada el caso de que la propuesta se haga "en firme" y siempre que sea acompañada de un plazo. El señalamiento de este plazo contiene una renuncia implícita al derecho de revocación mientras el plazo no expire". ¹⁵¹

b.1.1) Requisitos de la oferta o propuesta.

- Debe de contener todos los elementos esenciales del contrato al que va dirigida o, al menos, los criterios para su determinación, es decir, si falta algún elemento esencial, entonces no se trataría de una verdadera propuesta, sino de una invitación para que el destinatario sea quien formule la propuesta.

- La propuesta ha de ser encaminada a la conclusión de un contrato.- Por ello no son propuestas verdaderas aquellas en que no hay intención de obligarse, tal es el caso de las ofertas acompañadas de la leyenda "sin compromiso" o "salvo variación de precios", o el de los pedidos meramente informativos por los cuales se solicitan noticias de las mercancías disponibles y de los precios.

¹⁵¹ *Ibidem.*

- La oferta ha de ser dirigida a alguien, es decir, a alguna persona, sea determinada o indeterminada.- Como hemos visto, para que la oferta al público se considere verdadera oferta de contrato que vincula desde el momento en que se produzca la aceptación de alguien, es preciso que contenga todos los elementos esenciales del contrato, por lo que las ofertas que van dirigidas al público en general, por medio de anuncios en la prensa o en el radio, etc, no ofrecen dificultad cuando cuentan con los restantes elementos esenciales de toda oferta, ya que en el tráfico mercantil no se mira la personalidad de los contratantes, en virtud de que a la determinación de éstos, se sustituye su determinabilidad.

b.1.2) Duración.

La propuesta debe ser mantenida por algún tiempo, la cual suele ser breve, porque los motivos que determinan la propuesta cambian constantemente, en virtud de las variaciones del mercado.

“Nuestro C. de c. no señala ningún plazo de vigencia de la propuesta contractual. A falta de señalamiento por el propio oferente (sea de modo directo y expreso, sea de un modo indirecto, como si, v.g., indica el medio con el que ha de ser comunicada la respuesta: carta telégrafo, etc.), los Tribunales habrán de decidir si la revocación de la propuesta fue o no extemporánea, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato y las circunstancias de los interesados”.¹⁵²

b.2) La aceptación.

Es la declaración dirigida al proponente de querer concluir el contrato como ha sido propuesto.

“La aceptación debe de ser de tal manera clara, que no haya duda de que la voluntad del aceptante es la de adherirse a la oferta...”

¹⁵² *Ibidem*, pp 15 y 16.

Por otra parte, la aceptación debe dirigirse precisamente al proponente u oferente, ya que dirigida a una persona diversa, no tiene fuerza de aceptación..."¹⁵³

Resulta importante destacar, que cualquiera que sea la forma de la aceptación, debe ser lisa y llana, es decir, no se admite condición del aceptante, porque vendría a considerarse una propuesta y, además, el proponente queda libre de su compromiso. (artículo 1810 del Código Civil para el Distrito Federal).

En palabras de Joaquín Garrigues "una aceptación limitada o condicionada equivale a rechazar la propuesta formulando otra, con el consiguiente cambio de posición de los interesados".¹⁵⁴

b.3) Acuerdo o perfección del pacto.

Cuando la oferta y aceptación coinciden, el contrato se perfecciona, debe distinguirse sin embargo, el perfeccionamiento del contrato entre presentes y entre ausentes.

En este sentido, el artículo 1805 del Código Civil, dispone que la oferta sin plazo entre presentes, no presenta dificultad porque es aceptada inmediatamente, en caso contrario, queda desligado el proponente.

Si la oferta se hace sin plazo a una persona ausente, el proponente queda obligado a sostenerla durante tres días, más el tiempo necesario para ida y vuelta por correo de la propuesta y la aceptación, como lo dispone el artículo 1806 del Código Civil.

Los contratos celebrados por correspondencia, quedan perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta, si se trata de contratos mercantiles, según establece el artículo 80 del Código de Comercio. En el artículo 56 de la Ley Federal de Protección al

¹⁵³ VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *op. cit.*, pág. 158.

¹⁵⁴ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, pág. 16.

Consumidor, se establece que las ventas a domicilio se perfeccionan 5 días a partir de la firma, entre tanto el contrato puede revocarse.

c) La forma de los contratos.

El artículo 78 del Código de Comercio dispone que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados. Pretende establecerse así en materia mercantil el principio de la libertad de forma.

Sin embargo, como menciona el maestro De Pina: "el artículo 79 del Código de Comercio exceptúa de la regla expresada: a) A los contratos que con arreglo al mismo ordenamiento u otras leyes deban reducirse a escritura pública o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia; b) A los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exija escritura, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las requiera la ley mexicana. En esos casos, los contratos que no llenen la forma o solemnidad requerida, no producirán obligación ni acción en juicio." ¹⁵⁵

A este respecto, es aplicable lo dispuesto en el artículo 1833 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece que cuando la ley exija determinada forma no será válido, salvo disposición legal en contrario; pero que si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede reclamar que se dé al contrato la forma legal exigida.

"Se conoce con el nombre de forma de un negocio jurídico, el medio exigido por la ley para la manifestación de la voluntad de las partes, a falta de la cual el negocio jurídico no puede producir el efecto legal que el derecho le atribuye." ¹⁵⁶

Teóricamente, en derecho mercantil se ha intentado agilizar el sistema de contratación, a efecto de dar celeridad a los negocios, por ello se ha justificado el principio

¹⁵⁵ DE PINA, Rafael, *op. cit.*, pág. 201.

¹⁵⁶ *Idem*, pág. 202.

de la libertad de forma, aunque ha ido perdiendo fuerza con el tiempo, en virtud de que los dispositivos legales han acrecentado las exigencias formales, en beneficio de la certeza y seguridad jurídicas.

Bajo el mismo orden de ideas, el maestro Arce Gargollo, señala que: "la evolución de los sistemas de comunicación necesariamente influyen en la forma de celebración de los actos de comercio y, que esto ha sido previsto todavía con cierta timidez por el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito, que dispone que las instituciones de crédito podrán pactar la celebración de sus operaciones y la prestación de servicios con el público mediante el uso de equipos y sistemas automatizados, estableciendo en los contratos respectivos los medios de identificación del usuario y la operación."¹⁵⁷

El autor citado, considera que "por analogía la disposición legal citada en el párrafo anterior, y otras normas similares, pueden incluirse en variados contratos o, incluso, en condiciones generales de contratación, para establecer nuevos instrumentos de celebración de contratos mercantiles, calificando éstos contratos como forma impuesta por voluntad de las partes, pues estas previamente se estipulan en un contrato normativo, en el que las partes han aceptado que en los futuros contratos que celebren que el consentimiento se expresará de un cierto modo."¹⁵⁸

d) Contrato de Adhesión.

Esta figura no se encuentra contemplada por nuestro Código Civil o en el Código de Comercio, pero si esta prevista por algunos artículos de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

El maestro Arce Gargollo, señala que: "Se caracterizan estos contratos por el hecho de que una de las partes redacta unilateralmente las cláusulas del contrato y la contraparte se adhiere, sin posibilidad de discutirlos."¹⁵⁹

¹⁵⁷ ARCE GARGOLLO, Javier, *op. cit.*, pág. 48.

¹⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁹ *Ibidem.* pág. 32.

El autor citado, manifiesta que la figura plantea dos problemas importantes: "El primero es si se trata de un verdadero contrato; el segundo es la normativa que debe existir para evitar los abusos que se pueden producir a la parte que se adhiere".

"Respecto del primer problema hay dos posturas doctrinales: una de ellas dice que no hay contrato y la considera como un acto jurídico unilateral, pues el consentimiento no es contractual, sino acto de adhesión. La otra tesis, que tiene hoy mayor aceptación, considera que hay un *verdadero contrato*, pues la adhesión es igual a una aceptación de la oferta y el consentimiento es contractual." ¹⁶⁰

Nosotros consideramos que en el contrato de adhesión existe la libertad del contratante para contratar o no, pero no hay, para el que se adhiere, posibilidades para discutir y fijar el contenido del pacto.

Como hemos mencionado, estos tipos de contratos, se encuentran regulados en la Ley Federal de Protección al Consumidor, en su artículo 90, que atribuye facultades a dicha dependencia para juzgar y dictaminar ciertos modelos de contratos y determinar que los mismos no contienen prestaciones desproporcionadas para el consumidor, para lo cual, lleva a cabo un registro de contratos de adhesión, cuando impliquen o puedan implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas o altas probabilidades de incumplimiento.

El concepto de contrato de adhesión de la Ley Federal de Protección al Consumidor, es muy amplio, e incluye también lo que se conoce como condiciones generales del contrato, y en su artículo 85 se señala que se entiende por contrato de adhesión, el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aún cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato.

Desde nuestro muy personal punto de vista, y tomando en consideración que las contrataciones de servicios primarios como lo son el suministro de gas butano, el de telefonía local, etc, requieren de cierta rapidez y eficacia, es justificable que los pactos se

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp 32 y 33.

manejen mediante formatos preestablecidos, ya que la importancia de los servicios es vital para los consumidores y pensar en discutir las condiciones y términos del contrato, acarrearía serios perjuicios económicos y sociales al consumidor.

e) Clasificación de los contratos mercantiles.

El maestro Javier Arce Gargollo, manifiesta que: "a los contratos mercantiles le es aplicable la clasificación de los civiles, que regula o reconoce nuestro Código Civil, pero que sin embargo, por el distinto carácter que tienen los negocios jurídicos mercantiles. se ha ideado como clasificación complementaria a las de los contratos civiles, algunas particularmente aplicables a los mercantiles, que atiende a su función económica".¹⁶¹

En el campo del derecho mercantil, y con clara inspiración en la tradicional clasificación de contratos civiles, Rocco "distingue entre negocios jurídicos unilaterales y plurilaterales. A su vez los negocios jurídicos plurilaterales pueden ser; contratos donde los intereses de las partes son distintos y opuestos; y los actos complejos o negocios colectivos en el que los intereses son iguales y comunes".¹⁶²

El maestro Arce Gargollo, dice que: "los contratos mercantiles según su función, causa o finalidad económica, pueden clasificarse en:

i) Contratos de *cambio*, que procuran la circulación de la riqueza (bienes y servicios), ya sea dando un bien por otro, "*do ut des*" (compraventa, permuta, cesión de crédito, contrato estimatorio, suministro, operaciones bursátiles), ya sea dando un bien a cambio de un hacer o servicio, "*do ut facias*" (el transporte y los contratos de obra por empresa en general).

ii) Contratos de *colaboración*, en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica (empresa) de la otra (contratos de comisión, de mediación, de agencia, de concesión, de publicidad, de edición, cinematográficos, de asistencia técnica, de "*leasing*", de "*factoring*").

¹⁶¹ *Ibidem*, pág. 51.

¹⁶² ROCCO, Alfredo, "Principios de derecho mercantil", México, 1947, pág. 314.

iii) Contratos de *prevención de riesgos*, en los que una parte cubre a la otra las consecuencias económicas de un determinado riesgo (el seguro en todas sus clases).

iv) Contratos de *conservación o custodia* de cosas (el depósito).

v) Contratos de *crédito*, en los que al menos una parte concede crédito a la otra (entran en esta categoría el préstamo, la cuenta corriente y los contratos bancarios en general, aunque también hay contratos bancarios de custodia).

vi) Contratos de *garantía*, dirigidos a asegurar el cumplimiento de obligaciones (fianza, prenda e hipoteca).¹⁶³

f) Criterios de distinción.

Según Arce Gargollo, para determinar cuando un contrato es civil o mercantil, existen diversos criterios que a continuación se exponen:

"a) Una primera opinión señala que la nota característica de los contratos mercantiles es el *fin de lucro o de provecho*, sin atender a la cualidad de las personas, ni a ninguna otra consideración. Este criterio se enuncia, aunque no como único elemento distintivo, en los arts. 75-I y II y 371 del C. de c., para determinar la mercantilidad de la compraventa.

b) Un criterio de orden práctico establece que los contratos mercantiles son aquellos que constituyen alguno de los *actos de comercio* enumerados por el artículo. 75 del C. de c. Del análisis detallado de los actos de comercio que enumera el precepto citado, se desprende que, en su mayoría, éstos se producen mediante la celebración de un contrato. Por ejemplo, la palabra contrato aparece en las fracciones IV, XV, XVI y XXII; la de operaciones, como sinónimo de contrato, en las fracciones XII, XIII, y XIV; y, hacen referencia a operaciones que se celebran por medio de contratos las fracciones I, II, III y XXIII.

¹⁶³ ARCE GARGOLLO, Javier, *op. cit.*, pág. 52.

En la propia legislación mercantil, las normas sobre contratos mercantiles en particular corresponden al Libro segundo del ordenamiento, que se denomina: "De los actos de comercio y de los contratos mercantiles en general."

c) Otro criterio derivado de la materia que regula o debe reglamentar el derecho mercantil, y que puede servir de base para determinar la mercantilidad de un contrato, es la que ha sostenido Rodríguez Rodríguez sobre el contenido de esta rama del Derecho privado.

Este autor, considera que el derecho mercantil es el derecho de los actos en masa realizados por empresas.

d) Una posición que se abre paso en la doctrina es la tesis que considera que los contratos mercantiles son aquellos que surgen de las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa o que están vinculados a una actividad empresarial." ¹⁶⁴

El autor en cita, señala que "sin dejar de hacer referencia a los actos de comercio que enumera el artículo 75 del Código de Comercio, y con la consideración de que más de la mitad de ellos se refieren a la empresa en forma expresa o implícita; la mercantilidad de un acto jurídico o de un acto, estará muchas veces, en función de la existencia de: un sujeto empresario o comerciante, del objeto-cosa que sea de naturaleza mercantil (industria, buque, título de crédito, marca), o del fin de lucro o especulación que anima a la operación" ¹⁶⁵

g) Las operaciones de crédito.

Raúl Cervantes Ahumada, señala que "la vida comercial moderna no podría ser concebida sin el crédito, ya que la mayor parte de la riqueza, es riqueza crediticia". ¹⁶⁶

¹⁶⁴ *Idem*, pp 26 y 27.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ CERVANTES AHUMADA, Raúl, "Títulos y Operaciones de Crédito", 1ª reimpresión, México, D.F., Herrero, 1992. pp. 213.

Por el crédito, se desenvuelven y multiplican los capitales y se realiza el fenómeno fundamental de la producción.

El autor citado nos dice que “en un sentido genérico, crédito (del latín credere), significa confianza, de una persona en quien se cree, a la que se tiene confianza, de dice que es persona digna de crédito. Más no siempre que hay confianza hay crédito, en sentido jurídico, y si hay ocasiones en que el crédito se concede con ausencia de confianza.”¹⁶⁷

“En sentido jurídico, habrá un negocio de crédito cuando el sujeto activo, que recibe la designación de acreditante, traslade al sujeto pasivo, que se llama acreditado, un valor económico actual, con la obligación del acreditado de devolver tal valor o su equivalente en dinero, en el plazo convenido.”¹⁶⁸

De esta manera en el concepto jurídico de crédito, se comprende lo mismo la traslación de propiedad de un bien tangible (contrato de mutuo), que la transmisión de un valor económico intangible (casos en que se presta la firma o contrae una obligación por cuenta del acreditado).

g.1) La operación de crédito y operación bancaria.

La operación de crédito, en sentido estricto, es un negocio jurídico en que el crédito existe (mutuo, depósito irregular, aval, etc.).

El maestro Cervantes Ahumada nos dice que “con cierta impropiedad, nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito comprende bajo el rubro de tales operaciones, a negocios jurídicos en los que, en sentido estricto y como fundamental elemento, no se da el fenómeno del crédito (depósito bancario regular, depósito en almacenes generales, fideicomiso, etc.) y es que por razones prácticas, el término “operación de crédito”, se ha extendido al campo de aquellos negocios que bien, si no son

¹⁶⁷ *Idem*, pág. 214

¹⁶⁸ *Ibidem*.

estrictamente crediticios tienen relación normal con lo negocios de crédito, principalmente por alguno de los sujetos del negocio.”¹⁶⁹

El citado autor, señala que “no debe confundirse el término “operación de crédito”. en sentido estricto, con “operación bancaria”, ya que propiamente hablando no puede decirse que existan jurídicamente operaciones bancarias, toda vez que las operaciones consisten en un negocio jurídico de tipo general, que se califica de bancario solo por el sujeto”.¹⁷⁰

Los bancos al realizar su función, celebran contratos de depósito de documentos, de mutuo, etc, que en principio pueden ser realizados por cualquier persona y que sólo se califican de bancarios porque un banco interviene en su celebración.

h) Los contratos de crédito.

El maestro L. Carlos Dávalos Mejía, dice que “las figuras jurídico mercantiles que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito considera operaciones, en el Código francés, en el italiano, en el español, en el alemán y en el estadounidense, se consideran precisamente contratos mercantiles e inclusive, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece con toda claridad que la operaciones por ella organizadas son contratos (Arts. 224, II, 293, 294, 295, 302, 321, 322, 326, etc.)”¹⁷¹

i) Naturaleza y clasificación de los contratos de crédito.

De acuerdo con las características que presenta el contrato de crédito en el derecho mexicano, en opinión del maestro Dávalos Mejía “son dos los grupos en que pueden dividirse:

¹⁶⁹ *Ibidem.*

¹⁷⁰ *Ibidem.* pág. 215.

¹⁷¹ DAVALOS MEJIA. L. Carlos, “Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras”, México, Harla, 1984. pág. 288.

i.1) Contratos de crédito privados.

Aquellos contratos en cuyo perfeccionamiento pueden participar cualquier persona, sin otro límite que no estar disminuido legalmente de su capacidad para ejercer el comercio;

i.2) Contratos de crédito bancarios.

Aquellos contratos en cuyo perfeccionamiento, cualquiera que sea el lugar o rol que adopte, es necesaria *a fortiori legis* la participación de una institución de crédito o de una organización auxiliar de las instituciones de crédito".¹⁷²

j) La función bancaria.

Ahora toca analizar la función que ejerce la banca, la cual consiste en la intermediación profesional en el comercio del dinero y del crédito.

"Por una parte, los bancos recolectan el dinero de aquellos que no tienen manera de invertirlo directamente, y lo proporcionan en forma de crédito a quienes necesitan del dinero. Los que llevan su dinero al banco conceden crédito a éste, y el banco, a su vez, lo concede a sus prestatarios".¹⁷³

Destaca que la banca realiza sus operaciones con capital del público inversionista, debido a que como señala Ludwig Von Mises, "Solamente son banqueros aquellos que prestan el dinero de terceros; los que meramente prestan su propio capital son capitalistas, pero no banqueros".¹⁷⁴

¹⁷² *Idem*, pág. 292.

¹⁷³ CERVANTES AHUMADA, Raúl, *op. cit.*, pág. 215.

¹⁷⁴ VON MISES, Ludwig, "Teoría del Dinero y del Crédito", Traducción de Antonio Riaño, Madrid, 1936, pág. 297.

j.1) Operaciones activas y pasivas.

Para la realización de su función de intermediación en el comercio del dinero y del crédito, los bancos celebran gran variedad de negocios u operaciones.

j.1.1) Operaciones activas.

Aquellas por medio de las cuales, el banco concede crédito a sus clientes (préstamos, descuentos, apertura de créditos, etc.)

j.1.2) Operaciones pasivas.

Aquellas por medio de las cuales, el banco se allega capitales (depósitos, creación y colocación de obligaciones a cargo del banco, etc.).

j.2) Servicios bancarios.

Los constituyen las operaciones de simple mediación (intervención en la creación de obligaciones y en su colocación; fideicomisos, operaciones de mediación en pagos, etc.

J.3) Operaciones de custodia.

Como su nombre lo indica, operaciones en las que el banco de los bancos

Corresponde ahora analizar las operaciones bancarias pasivas en general. para posteriormente entrar al estudio de las operaciones activas de los bancos, las cuales forman parte importante en el desarrollo del presente capítulo.

k) Operaciones bancarias pasivas.

Las operaciones bancarias pasivas consisten, en esencia, en la admisión de capital ajeno para su inversión lucrativa, en las formas previstas por la ley.

Como se ha mencionado, resulta irrelevante para este estudio un análisis de las operaciones bancarias pasivas en particular, en virtud de que son aquellas en las que la institución de crédito se allega de recursos de los clientes, para invertirlos con fines lucrativos, y lo que ahora nos interesa es el estudio de las operaciones en las que los bancos otorgan financiamientos o créditos a los particulares.

l) Operaciones bancarias activas.

Todas las llamadas operaciones bancarias activas tienen la nota común de consistir en concesiones de crédito hechas por el banco; "se trata de que éste proporciona dinero a cambio de promesas de restitución... En esto precisamente, como ya se dijo, consiste la particularidad del negocio bancario; en recibir dinero del público para poderlo proporcionar a quien lo necesite; en la diferencia entre lo que paga por obtener el dinero y lo que cobra por proporcionarlo radica el beneficio bancario."¹⁷⁵

De las operaciones de esta especie que enumera la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, son operaciones de crédito activas las siguientes: reporto, apertura de crédito, descuento de crédito en libros, créditos confirmados, créditos de habilitación o avío y créditos refaccionarios.

A continuación, analizaremos algunas de las operaciones bancarias activas en las que en la actualidad diversos deudores bancarios han invocado la aplicación de la imprevisión contractual.

¹⁷⁵ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, "Derecho Mercantil", Tomo II, México, Porrúa, 1982, pág. 85.

1.1) Apertura de crédito.

El artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone: "En virtud del contrato de apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que estipulen".

"Conforme al contenido del transcrito artículo 291, en el contrato de apertura de crédito se producen dos efectos: uno inmediato, que consiste en la concesión del crédito por el acreditante al acreditado; y un efecto futuro y eventual al retirar las partidas puestas a su disposición por el acreditante, o utilizar la firma de éste en la asunción de obligaciones por cuenta del acreditado."¹⁷⁶

1.1.1) Naturaleza jurídica.

Para analizar la naturaleza jurídica de la apertura de crédito, es conveniente entrar al estudio de las diversas teorías que al efecto se han expuesto, que dentro de las más relevantes tenemos a:

1.1.1.1) Teoría del mutuo.

Cervantes Ahumada señala "que siguiendo la ley del menor esfuerzo, los juristas han pretendido enmarcar la figura jurídica de contrato de apertura de crédito, dentro del tradicional marco del mutuo".¹⁷⁷

¹⁷⁶ CERVANTES AHUMADA, *Revil*, op. cit., pág. 252.

¹⁷⁷ *Idem*.

A esta teoría, se ha adherido la jurisprudencia francesa, que ve en la apertura de crédito un préstamo condicional.

El autor citado, opina que "esta teoría ha sido superada desde hace algún tiempo, ya que el préstamo mercantil es un contrato real traslativo de propiedad de la cosa prestada al prestatario y que del artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se desprende claramente que no se da el fenómeno de transmisión de dominio, cuando menos en el primer momento del contrato y menos aún cuando el objeto del mismo es la firma, es decir, el crédito que el acreditante pone a disposición del acreditado al asumir obligaciones por cuenta de éste".¹⁷⁸

1.1.1.2) Teoría del mutuo consensual y de los actos ejecutivos.

Giuseppe Donadio nos dice que "para superar las objeciones a la teoría del mutuo, se pretendió que la apertura es un mutuo consensual, seguido de actos ejecutivos (los actos de disposición del crédito). En realidad, las objeciones no fueron superadas, ya que la teoría por una parte, desnaturaliza al mutuo, y por otra no explica los efectos inmediatos de la apertura de crédito."¹⁷⁹

1.1.1.3) Teoría del mutuo depósito.

Alfredo Rocco, ha dicho que "la apertura de crédito, es en realidad un mutuo, con simultáneo depósito de la suma mutuada: el mutuante, en vez de entregar la suma al mutuario, se constituye depositario irregular de ella".¹⁸⁰

¹⁷⁸ *ibidem*.

¹⁷⁹ *GIUSEPPE, Donadio, "De la naturaleza Jurídica de la Apertura de Crédito, en Escritos Jurídicos en memoria de Ageo Arcángel", Vol. I, Pádua, 1939, pág. 133.*

¹⁸⁰ *ROCCO, Alfredo, "La naturaleza Jurídica del Cheque", Vol. II, Roma, 1933, pág. 98.*

I.1.1.4) Teoría del contrato preliminar.

Como su nombre lo menciona, esta teoría ve en la apertura de crédito un contrato preliminar, o promesa de contrato de celebrar en el futuro un contrato de préstamo. Se trataría de una promesa de mutuo.

El contrato preliminar da solo derecho a exigir la celebración de un contrato futuro, y en la apertura de crédito se producen desde luego los efectos de un contrato definitivo; por un lado, la obligación del acreditante de poner el crédito a disposición del acreditado; y por otro, la obligación del acreditado de pagar los "intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen" (artículo. 291 in fine).

I.1.1.5) Teoría del contrato preliminar mixto.

Ante las objeciones realizadas a la teoría anterior, se establece que se trata de un contrato preliminar mixto, que produciría por un lado y de inmediato el efecto de acreditar la suma al acreditado, y prepararía los actos de disposición, como contratos definitivos. "Puede objetarse que en esta teoría el contrato preliminar queda desnaturalizado".¹⁸¹

I.1.1.6) Teoría del contrato especial, autónomo y definitivo, de contenido complejo.

"Podemos concluir, con la que consideramos mejor doctrina, que el contrato de apertura de crédito es un contrato especial, diverso de otros contratos, autónomo, en el sentido de que por sí mismo produce sus propios efectos y de contenido complejo, esto es, que produce un doble efecto: el primero inmediato y esencial, que consiste en que el acreditante pone una cantidad a disposición (todavía no en propiedad) del acreditado (obligación de hacer); y el segundo efecto, que consiste en las posteriores disposiciones que del crédito haga el acreditado".¹⁸²

¹⁸¹ CERVANTES AHUMADA, Raúl, *op. cit.*, pág. 253.1

¹⁸² *Idem.*

I.1.2) Diversas clases de apertura de crédito.

I.1.2.1) Por el objeto:

I.1.2.1.1) De dinero.

Quando el acreditante se obliga a poner a disposición del acreditado una suma determinada de dinero, para que el acreditado disponga de ella en los términos pactados.

I.1.2.1.2) De firma.

Quando el acreditante ponga a disposición del acreditado su propia capacidad crediticia, para contraer por cuenta de éste una obligación.

I.1.2.2) Por la forma de disposición.

I.1.2.2.1) Apertura de crédito simple.

Quando el crédito se agota por la simple disposición que el acreditado haga del crédito, sin que el acreditado tenga derecho, una vez que ha dispuesto del crédito, a volver a disponer de él, aunque no se haya vencido el término pactado.

I.1.2.2.2) Apertura de crédito en cuenta corriente.

El acreditado podrá disponer del crédito en la forma convenida, y si hace remesas en abono del saldo, podrá volver a disponer del crédito, dentro del plazo pactado.

I.1.3) Garantías.

"En un inútil artículo 298, la ley dice que "la apertura de crédito, simple o en cuenta corriente, puede ser pactada con garantía personal o real". Decimos que la disposición es

inútil, porque, sin que sea necesaria autorización legal expresa, puede, en términos generales, establecerse garantía para cualquier crédito".¹⁸³

I.1.4) Otorgamiento de títulos de crédito por el acreditado.

Resulta común que cada disposición que el acreditado realice se documente por medio de un título de crédito, generalmente un pagaré.

I.1.5) Término del contrato y extinción del crédito.

Es necesario que el contrato contemple la duración, término, y los plazos en que el acreditado deba pagar las obligaciones a su cargo. Para el caso de que no se fijara plazo para tal pago, deberá hacerse al expirar el término establecido en el contrato, y si tampoco se estableció plazo, la obligación del acreditado se considerará vencida al mes siguiente de haberse extinguido el crédito, como lo dispone el artículo 300 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

La referida ley, en su artículo 301, establece como causas de extinción del crédito, las siguientes:

I.- Por haber dispuesto el acreditado de la totalidad de su importe, a menos que el crédito se haya abierto en cuenta corriente;

II.- Por la expiración del término convenido, o por la notificación de haberse dado por concluido el contrato, conforme al artículo 294, cuando no se hubiere fijado plazo. (Art. 294.- Aviso de terminación del contrato que puede dar cualquiera de las partes);

III.- Por la denuncia que del contrato se haga en los términos del citado artículo;

IV.- Porque falten y/o disminuyan las garantías pactadas, si el acreditado no las sustituye oportunamente;

¹⁸³ *Ibidem*, pp 254 y 255.

V.- Por hallarse cualquiera de las partes en estado de suspensión de pagos, de liquidación judicial o de quiebra;

VI.- Por la muerte, interdicción, inhabilitación o ausencia del acreditado, o por disolución de la sociedad a cuyo favor se hubiere concedido el crédito."

La extinción del crédito hace cesar las obligaciones del acreditante, y con la extinción surgen, contra el acreditado, las obligaciones de pago de las prestaciones derivadas del contrato de apertura de crédito.

I.2) La cuenta corriente.

Este no es un contrato exclusivamente bancario, sino que puede ser celebrado por particulares.

El maestro Cervantes Ahumada, al citar a Paul Esmein, define a la cuenta corriente: "Cuando dos personas y en particular dos comerciantes, están en continuas relaciones de negocios, que las convierten a menudo en acreedora y deudora la una de la otra, naturalmente son inducidas, y para simplificar las cosas, a no liquidar cada operación a su vencimiento. La liquidación se hará en bloque, ya sea al fin de la serie de operaciones o de las relaciones de negocios, ya sea en fechas regularmente fijadas, si se prosiguen dichas operaciones por largos periodos." ¹⁸⁴

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 302, establece: "En virtud del contrato de cuenta corriente los créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes se anotan como partidas de abono o de cargo en una cuenta, y solo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituye un crédito exigible y disponible".

A efecto de evitar confusiones del contrato de cuenta corriente con otros similares, toca ahora realizar las siguientes distinciones:

¹⁸⁴ *Ibidem*, pág. 259.

El maestro Joaquín Garríguez elabora las siguientes comparaciones:

"a.1) La llamada cuenta corriente simple, cuyo ejemplo más conocido es el del tendero, a quien los clientes no pagan en cada operación, sino que el tendero abre una cuenta que se liquida periódicamente. Propiamente no hay aquí cuenta corriente porque, como ya indicamos, en la cuenta corriente ambas partes se conceden crédito, al hacerse remesas recíprocas, y en el ejemplo, la concesión del crédito es unilateral.

a.2) La apertura de crédito en cuenta corriente. Ya estudiamos este contrato, y vimos que el único deudor es el acreditado. Por ello no puede equipararse a la cuenta corriente.

a.3) La llamada cuenta corriente de cheques, en la que el único acreedor es el cuentahabiente del banco.

a.4) La llamada cuenta de gestión, como es la que abre el comisionista para anotar las remesas que le hace el comitente y los desembolsos que el gestor haga por cuenta de éste. En realidad se trata sólo de un medio contable, y no de una verdadera cuenta corriente." ¹⁸⁵

1.2.1) Naturaleza jurídica.

El maestro Cervantes Ahumada manifiesta que la cuenta corriente es "un acuerdo normativo que establece las reglas generales a las que se sujetarán, con pérdida de individualidad, los créditos que resulten de las remesas recíprocas de los cuenta-corrientistas." ¹⁸⁶

Por su parte, el maestro Joaquín Rodríguez, señala que "el contrato de cuenta corriente, es un convenio típico caracterizado porque tiene como contenido la fijación del régimen jurídico, de las sucesivas prestaciones que entre ellas se ejecuten." ¹⁸⁷

¹⁸⁵ GARRIGUES, Joaquín, *op. cit.*, pág. 106, tomo II.

¹⁸⁶ CERVANTES AHUMADA, Raúl, *op. cit.*, pág. 261.

¹⁸⁷ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, *op. cit.*, pág. 104.

Nosotros apoyamos la opinión del maestro Cervantes Ahumada, ya que efectivamente la cuenta corriente se caracteriza por las múltiples remesas de dinero que el beneficiario deberá ir liquidando en los plazos y condiciones que se estipulen en la misma con el pago del rédito expresamente convenido en el pacto que el dio origen.

1.2.2) Elementos del contrato.

El maestro Joaquín Rodríguez, nos dice que "en la legislación mexicana no hay preceptos especiales sobre la capacidad, consentimiento y forma de éste contrato".¹⁸⁸

Por su parte el maestro L. Carlos Dávalos Mejía, a ese respecto menciona que "como todo contrato mercantil, la cuenta corriente debe reunir determinados requisitos de forma y de sustantividad que le permitan identificarse de los demás".¹⁸⁹

Consideramos más acertada la opinión de Rodríguez Rodríguez, ya que este autor indica que para identificar los elementos del contrato de cuenta corriente, es necesario acudir a las disposiciones de carácter general, y en casos muy especiales, en virtud del principio de la analogía, a la aplicación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y en algunos otros casos, a la Ley de Instituciones de Crédito.

Es necesario subrayar que para su existencia, debe de constar en documento escrito, en el que se patentice el consentimiento tácito, derivado de la actuación de las partes para que de esta se deduzca aquella.

Rodríguez Rodríguez, hace especial hincapié en el elemento intencional de éste contrato, que consiste en el acuerdo de las partes respecto del régimen de asiento y liquidación de las remesas que se hagan la una de la otra, con independencia de la efectiva realización, anotación y liquidación de remesas, que corresponde a la ejecución de la operación.

¹⁸⁸ *Idem.*

¹⁸⁹ DAVALOS MEJIA, L. Carlos, *op. cit.*, pág. 303.

Asimismo, el citado autor subraya que "la ley mexicana nada dice sobre los caracteres de las remesas, aunque la doctrina separa las remesas materiales, que consisten en el envío material de un valor (dinero o mercancías), que debe asentarse en cuenta, y las remesas jurídicas consistentes en la transmisión de un crédito. Ahora como las remesas independientemente de su calidad, ya se trate de mercancías, dinero, títulos valores, créditos, etc, han de convertirse en una partida de la cuenta, es necesario que reúnan ciertas condiciones. La doctrina habla de que las remesas han de ser fungibles, ciertas, líquidas, transmisoras de propiedad; en la inteligencia que todas éstas calidades del crédito son resultantes de la remesa".¹⁹⁰

I.2.3) Efectos del contrato.

"La teoría clásica veía el principal efecto de la cuenta corriente en la novación de los créditos que entran a ella, los que se consideraban sustituidos por el crédito derivado del saldo final".¹⁹¹

Nosotros consideramos indudable que el crédito se modifica al entrar en la cuenta; aun cuando no fuera más que por el retraso de inexigibilidad. Pero la novación es todo un sistema, una forma de extinción de las obligaciones y no se puede decir que hay novación por la simple modificación de una de las modalidades.

En este punto, el maestro Cervantes Ahumada manifiesta que "El efecto principal de la inclusión de un crédito en la cuenta, es que el crédito incluido pierda su exigibilidad".

¹⁹²

Nuestra legislación acepta la teoría moderna, ya que, los créditos incorporados en títulos se entienden incluidos "salvo buen cobro" (artículo. 306); la inclusión del crédito en la cuenta no afecta la validez del mismo crédito; (artículo. 304); por la inclusión de un crédito no se pierden las garantías y el cuenta-corrientista podrá valerse de ellas en cuanto resulte acreedor del saldo (artículo. 305). Los créditos que entran en la cuenta sufren una compensación global, para que solo sea exigible el saldo final (artículo. 302).

¹⁹⁰ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, *op. cit.*, pág. 104.

¹⁹¹ CERVANTES AHUMADA, Raúl, *op. cit.*, pág. 261 y 262.

¹⁹² *Idem*, pág. 262.

1.2.4) Indivisibilidad de la cuenta.

Es indivisible en el sentido de que los créditos en ella incluidos no pueden separarse y pierden su individualidad y su exigibilidad. "Todas las operaciones que entran en el cauce de la cuenta, son arrastradas por la corriente de la misma, para fundirse en un solo saldo final, en la época de la clausura".¹⁹³

1.2.5) Clausura y terminación de la cuenta.

Dentro de la vigencia de la cuenta, si es de plazo amplio, pueden darse clausuras periódicas, para determinar el saldo. El artículo 308 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que para el caso en que no haya sido convenida la duración de los períodos, debe entenderse que la duración del período para la clausura es de seis meses, si no hay uso en contrario.

Una vez clausurada la cuenta, se determinará el saldo, el cual será líquido y exigible a la vista, esto es, será disponible si no se ha pactado otra forma de exigibilidad. El saldo puede llevarse al nuevo período de la cuenta, como primera partida del mismo, y causará intereses al tipo convenido y a falta de convenio al tipo legal.

La terminación de la cuenta se produce por expiración del plazo convenido, y si el contrato carece de plazo, por denuncia. Cualquiera de los cuenta-corrientistas podrá a falta de convenio en cada época de clausura de la cuenta, denunciar el contrato, dando aviso al otro cuenta-corrientista por lo menos diez días antes de la fecha de la clausura. (artículo. 310 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito)

Por último, el artículo referido, dispone que la muerte o incapacidad superviniente de un cuenta-corrientista no implica la terminación forzosa de la cuenta corriente; pero los herederos o los representantes legales del otro cuenta-corrientista pueden exigir la terminación.

¹⁹³ *Ibidem.*

1.2.6) Prescripción.

"Como los créditos incluidos en la cuenta corriente pierden su exigibilidad, es claro que deja de correr para ellos la prescripción. Como el saldo de cada clausura es disponible (artículo. 302) si no se pacta otra forma de exigibilidad, tampoco será afectado por la prescripción, la que no comenzará a correr hasta que el cuenta-corrientista acreedor reclame el saldo." ¹⁹⁴

El artículo 309 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, señala que prescribirán en seis meses, a partir de la correspondiente clausura, las acciones para la rectificación de los errores de cálculo, de las omisiones o duplicaciones que hayan afectado la liquidación respectiva.

1.3) Crédito de habilitación o avío.

Es la apertura de crédito en la que el importe del crédito concedido tiene que invertirse en la adquisición de materias primas y materiales, y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de la empresa. (Artículo 321 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

El artículo 322 del ordenamiento legal invocado, dispone que el crédito se garantiza con las materias primas y materiales adquiridos y con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque sean futuros o pendientes.

"El sentido de este crédito queda bastante claro en su castizo nombre español, ya que se trata de créditos que tienden a aviar la empresa, es decir, a dotarla de los elementos indispensables para su normal producción. Por su destino económico, el crédito de avío supone que con él se van a adquirir las materias indispensables para la

¹⁹⁴ *Ibidem*, pág. 263.

producción (materia prima o fuerza de trabajo) o atender los gastos indispensables para ello.”¹⁹⁵

Como ya mencionamos, el crédito de avío es una apertura de crédito de destino especial, con garantía prendaria legalmente establecida.

I.3.1) Forma del contrato.

De acuerdo con el artículo 326 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el contrato de habilitación o avío:

a.1) Expresará el objeto de la operación, la duración y la forma en que el beneficiario podrá disponer del crédito materia del contrato.

a.2) Fijará con toda precisión los bienes que se afecten en garantía, y señalará los demás términos y condiciones del contrato.

a.3) Se consignará en contrato privado que se firmará por triplicado ante dos testigos conocidos y se ratificará ante el encargado del registro de que habla la fracción IV.

a.4) Será inscrito en el Registro de hipotecas que corresponde según la ubicación de los bienes afectos en garantía, o en el Registro de Comercio respectivo, cuando en la garantía no se incluya la de los bienes inmuebles.

I.3.2) Destino del crédito.

Debe destinarse a los fines previstos en el contrato. A este respecto el maestro Rodríguez Rodríguez, manifiesta que “El conseguir que la inversión tenga ese destino constituye *no sólo un derecho, sino una obligación del acreditante*”.¹⁹⁶

¹⁹⁵ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, *op. cit.*, pág. 98.

Es un derecho "porque sólo en la medida en que el crédito se invierte en materias primas y materiales, o en salarios y gastos similares, la desaparición del dinero va acompañada de la aparición de valores económicos, que representan la garantía objetiva del acreditante, lo que descansa en la suposición de que con el crédito se han comprado o producido las cosas que sirven de garantía".¹⁹⁷

Es por ello que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone que el acreditante deberá cuidar que el importe del crédito se invierta precisamente en los objetos determinados en el contrato, y si se probare que se le dio otra inversión a sabiendas del acreedor, éste perderá su privilegio.

Para lo anterior, el artículo 327 de la ley faculta al acreditante a designar un interventor que cuide del exacto cumplimiento del contrato.

1.3.3) Garantía.

Como ya hemos mencionado, en este tipo de contratos de crédito, la garantía del acreditante se constituye sobre las materias primas y materiales adquiridos y con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque éstos sean futuros o pendientes. Asimismo, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 329, dispone que la garantía es una prenda que queda en poder del deudor.

Es posible también que el acreditado otorgue como garantía complementaria pagarés a la orden del acreditante a medida que vaya disponiendo del crédito, en la cuantía de estas disposiciones, siempre y cuando los vencimientos de los pagarés sean posteriores a los del crédito.

¹⁹⁶ *Idem.*

¹⁹⁷ *Ibidem*, pág. 99.

I.4) Crédito refaccionario.

El artículo 323 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito lo define diciendo que "en virtud del contrato de crédito refaccionario, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de aperos, instrumentos útiles de labranza, abonos, ganado o animales de cría; en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos permanentes, en la apertura de tierra para el cultivo, en la compra o instalación de maquinarias y en la construcción o realización de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa del acreditado".

Es una apertura de crédito con destino a la adquisición de maquinaria, a la realización de obras necesarias para la producción de la empresa, con garantía sobre los inmuebles adquiridos y los bienes que forman parte de ésta.

En cuanto a las diferencias entre el crédito de habilitación o avío y el refaccionario, el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, manifiesta que "Como puede advertirse, los créditos refaccionarios se diferencian de los créditos de avío en la mayor permanencia de los bienes que deben de adquirirse con su importe. En los créditos de avío estos medios de producción se consumen o emplean en un solo ciclo de producción, en tanto que en los créditos refaccionarios esos medios son de carácter permanente, o bien tienen una larga duración que hace posible su empleo durante varios ciclos productivos. Aunque con incorrección, podría sintetizarse esta diferencia afirmando que los créditos de avío sirven para la adquisición de capital circulante y los créditos refaccionarios para la de capital fijo."

198

I.4.1) Forma del contrato.

La forma de este contrato es idéntica a la del contrato de habilitación o avío, por lo que nos remitiremos a la misma.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pág. 100.

I.4.2) Garantía.

En este tipo de contratos, independientemente de cualquier garantía personal o real, la garantía objetiva consiste en las fincas, construcciones, edificios, maquinarias, aperos, muebles y útiles y por los frutos o productos futuros pendientes de la empresa a cuyo fomento haya sido destinado el crédito.

El artículo 332 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone que "la garantía que se constituya por préstamos refaccionarios sobre fincas, construcciones, edificios y muebles inmovilizados, comprenderá:

- I) El terreno constitutivo del predio;
- II) Los edificios y cualesquiera otras construcciones existentes al tiempo de hacerse el préstamo o edificados con posterioridad a él;
- III) Las accesiones y mejoras permanentes;
- IV) Los muebles inmovilizados y los animales fijados en el documento en que se consigue el préstamo, como pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería; y
- V) La indemnización eventual que se obtenga por seguro en caso de destrucción de los bienes dichos."

Asimismo, el artículo 333 del citado ordenamiento legal, establece que en virtud de la garantía indicada en el artículo anterior, el acreedor tiene derecho de preferencia para el pago de su crédito con el producto de los bienes gravados, sobre todos los demás acreedores del deudor, con excepción de los llamados de dominio y de los créditos hipotecarios inscritos con anterioridad.

m) Otros contratos de crédito y financiamiento.

m.1) Contrato de préstamo.

El artículo 358 del Código de Comercio dispone que "se reputa mercantil el préstamo que se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio y no para necesidades ajenas de éste".

El maestro Vázquez del Mercado considera que "el préstamo mercantil presupone una doble circunstancia, una objetiva y una subjetiva. Objetiva, cuando la cosa prestada se destine a actos de comercio. Subjetiva, que alguno de los contratantes sea comerciante".¹⁹⁹

m.1.1) Clases de préstamo.

El préstamo puede consistir en dinero, títulos o especie.

"El dinero en el préstamo mercantil funciona siempre como cosa fungible, por ello el deudor pagará devolviendo una cantidad igual a la recibida si se pacta el pago en moneda extranjera, la alteración que sufra será en daño o beneficio del prestador, señala el artículo 359 del Código de Comercio".²⁰⁰

Los títulos se entregan y reciben como cosas fungibles. De aquí que la obligación del deudor consiste en devolver otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones o sus equivalentes si aquellos se hubiesen extinguido. El prestatario adquiere la propiedad de los títulos recibidos y puede, en consecuencia, disponer de ellos.

Asimismo, el artículo 358 del Código de Comercio, establece el caso de préstamos de especie que son cosas fungibles que no entran en la categoría de dinero o títulos, en

¹⁹⁹ VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *op. cit.*, pág. 186.

²⁰⁰ *Idem.*

los que el prestatario puede devolver la misma especie y calidad o equivalente por haberse extinguido, en metálico.

m.1.2) Duración del contrato de préstamo.

El contrato puede ser por tiempo determinado o indeterminado. En el primer caso, deberá restituirse la cosa dentro del tiempo señalado. En el segundo caso, no puede exigirse al deudor, sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya sea judicial o extrajudicial, ante un notario o dos testigos.

m.1.3) Intereses.

En este tipo de contratos, el interés no es un elemento, a pesar de que es mercantil. La razón es que el contrato es accesorio. "El carácter mercantil del préstamo procede no del mismo contrato de préstamo, sino de la operación a que se destinan las cosas prestadas."²⁰¹

En cuanto al cómputo del rédito por mora; como en cualquier contrato mercantil la demora en el pago, genera el cobro de intereses moratorios.

El artículo 362 del Código de Comercio, dispone que "Los deudores que demoren el pago de sus deudas deberán satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto el seis por ciento anual.

Si el préstamo consistiere en especie, para computar el rédito se graduará su valor por los precios que las mercaderías tengan en la plaza en que deba hacerse la devolución, el día siguiente al del vencimiento, o por el que determinen peritos si la mercadería estuviere extinguida al tiempo de hacerse su valuación.

Y si consistiere el préstamo en títulos o valores, el rédito por mora será el que los mismos títulos o valores devenguen, o en su defecto el seis por ciento anual,

²⁰¹ *Ibidem*, pág. 187.

determinándose el precio de los valores por el que tengan en la bolsa, si fueren cotizables o, en caso contrario, por el que tuvieren en la plaza el día siguiente al del vencimiento”.

m.1.4) La capitalización de intereses.

Los intereses en sentido amplio representan la retribución que a título de compensación se le entrega al acreedor en accesoria al cumplimiento de una obligación.

En sentido estricto, los intereses consisten en las utilidades que se obtienen del capital y que en materia bancaria deberá agregarse a este concepto la frase que se ha aplicado a un proyecto de inversión.

En nuestro tiempos, el cobro de intereses por las instituciones financieras ha cobrado especial relevancia dada la recesión económica en que incurrieron las finanzas públicas de nuestro país, con motivo de la considerable disminución de las divisas de los fondos de reserva del Banco de México, circunstancia que fue abatida por el Gobierno Federal, mediante la restricción de circulante en nuestra economía productiva.

En efecto, las instituciones bancarias, fijaron en los contratos tasas de interés de escala móvil, cuya función consistía en que al encarecerse el circulante en nuestra economía, los intereses estipulados en los contratos bancarios de préstamo en sus diversas especies, se incrementaban en forma por demás desproporcionada, haciendo prácticamente imposible su pago por los deudores.

Bajo el mismo orden de ideas, es prudente destacar que los intereses tal y como lo afirma el autor en cita, no son otra cosa que la utilidad lícita que obtienen las instituciones bancarias por los préstamos de dinero que realizan a sus clientes; dinero que captan de los diferentes ahorradores que invierten su dinero en los instrumentos financieros que la Ley de Instituciones de Crédito contempla. En suma, la institución bancaria se encuentra obligada a pagar por concepto de intereses, las cantidades de dinero que se generan en favor de los inversionistas, de acuerdo a las tasas y parámetros autorizados por el Banco de México y otras autoridades financieras del país, de tal suerte que las sumas de dinero que presten a sus clientes, deben ser enteradas con los réditos correspondientes que se

generen, con el fin de que la institución bancaria a su vez se encuentre en la posibilidad de liquidar a sus ahorradores.

El Código de Comercio, en su artículo 363, contempla la hipótesis de que los intereses vencidos y no pagados puedan ser sumados al capital que haya sido prestado al cliente de la institución bancaria, extremo que ha traído múltiples debates y que en la actualidad la Suprema Corte de Justicia debate en contradicción de tesis la licitud de dicho pacto.

Es costumbre en la práctica bancaria que en los contratos de crédito celebrados con sus clientes, se pacten intereses ordinarios y moratorios.

A los primeros se les identifica como el costo financiero que le corresponde a la institución bancaria, por otorgar el crédito en favor de su cliente; éstos réditos representan una prestación accesoria a la obligación principal, por lo que en esta tesitura, el derecho a los intereses es un derecho de accesión, que el propietario de un capital puede reclamar como propio.

Aristóteles señalaba sobre los intereses lo siguiente: "pecunia non parit pecuniam. el dinero debe ser estéril"; por su parte el Cristianismo sustentaba "dad prestado sin esperar por eso nada".

De esta forma, debemos entender que el interés visto desde el punto de vista legal, no es otra cosa que la utilidad que el prestatario obtiene por dar una suma de dinero en favor de su deudor.

Situación distinta guardan los intereses moratorios, que implica el pago de una cantidad extraordinaria por el deudor a su acreedor en virtud de el incumplimiento en los plazos y condiciones estipulados en el contrato de crédito correspondiente.

Es de explorado derecho que una de las grandes diferencias entre los contratos civiles y los mercantiles es el afán de lucro de que se encuentran revestidos los segundos, extremo que al parecer no es entendible por los deudores, ya que estos con gran

frecuencia, pretenden regirlos por las disposiciones de contrato de mutuo en materia civil, arguyendo que los intereses no pueden superar al monto del capital contratado.

Bajo este tenor, nosotros consideramos que la clave de la solución del problema de ninguna manera consiste en acudir al Código Civil, invocando una supuesta supletoriedad de dicho dispositivo legal, a la materia comercial, ya que esta, en los artículos 361, 362, 363 y 364, contemplan un sistema completo del pacto de intereses entre las partes en los contratos de crédito mercantiles.

Efectivamente, el artículo 361 del Código de Comercio, preceptúa que "toda prestación pactada a favor del acreedor, que conste precisamente por escrito, se reputará interés".

De una correcta interpretación, podemos inferir que aún cuando el interés es una cláusula accesoria del contrato de préstamo, el legislador no olvidó que los préstamos mercantiles, por su propia naturaleza son lucrativos y que por ende cualquier estipulación en tal sentido implicará un beneficio económico en favor del acreedor.

Por su parte el artículo 362, del ordenamiento legal invocado, señala que "los deudores que demoren el pago de sus deudas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto el seis por ciento anual".

La hipótesis contemplada por el numeral en cita, contiene las obligaciones conocidas como de plazo vencido, es decir, aquellas que señalan un término que necesariamente ha de llegar y que, una vez que dicho extremo se presenta, obviamente el acreedor está en la posibilidad de exigir su pago y los réditos que esta devengue.

En forma por demás desafortunada, nuestro más alto tribunal en el país ha sostenido que la determinación de intereses de tasa variable, supone un procedimiento complejo, sujeto a factores y conocimiento cuyo manejo escapa al común de la gente y que tal situación es un hecho notorio, mientras que los organismos financieros tiene a su disposición, todo tipo de elementos y personal capacitado para hacerlo, juzgando en forma por demás subjetiva agrega la Suprema Corte que es de elemental justicia que el

banco informe al obligado sobre la acusación y en su caso en monto de tales intereses, pues lo que para el primero puede ser un procedimiento de rutina, con el que está familiarizado, para el segundo es un problema sumamente difícil de solucionar y en tal virtud, para sostener que una persona ha entrado en mora por no pagar dicho concepto, es menester demostrar que la misma tuvo oportuno conocimiento del saldo a su cargo.

De lo anterior se desprende, que el criterio de nuestro más alto Tribunal, además de romper con el principio de estricto derecho, propio del derecho civil y mercantil, suple la queja del deudor y contraviene lo dispuesto por el citado artículo 362 del Código de Comercio, numeral que en forma categórica señala que desde el día siguiente del vencimiento del plazo del crédito, el acreedor puede exigir los réditos devengados de este.

El artículo 363 del ordenamiento legal invocado, contempla una doble hipótesis, la primera es una prohibición expresa de que los intereses devengados y no pagados no podrán generar intereses, sin embargo dicha prohibición no es absoluta, ya que la segunda parte de tal dispositivo legal señala que sin embargo los intereses podrán capitalizarse.

El dispositivo legal en comento, no señala la forma en que los contratantes pueden realizar la capitalización de intereses, sin embargo, nosotros consideramos que es suficiente la estipulación en el contrato, para que pueda llevarse a cabo dicha capitalización.

De esta manera, si el citado precepto no distingue la forma en que debe llevarse a cabo la capitalización de intereses, el interprete de la ley no tiene porque señalar la forma en que se debe de llevar a cabo tal capitalización.

La capitalización de intereses no es otra cosa que la suma de los intereses vencidos y no pagados por el deudor al capital, que incrementan desde luego el monto de este y que a su vez genera nuevos intereses al amparo de lo pactado por las partes, extremo que ha sido prohibido por el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal, numeral que dispone que las partes no pueden bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.

Una comparación de tal dispositivo legal con el artículo 363 del Código de Comercio de vigor, podría llevarnos a pensar que el dispositivo comercial contempla una hipótesis diversa a lo dispuesto por el primero.

En efecto, el artículo 363 del Código de Comercio, contempla la hipótesis de los intereses vencidos y no pagados, mismos que son susceptibles de capitalizarse, mientras que el artículo 2397 del Código Civil, señala una hipótesis diversa, consistente en convenir que los intereses que aún no se hayan generado puedan ser capitalizados; al respecto es un argumento socorrido por los deudores, el contemplado por el artículo 2397 del Código Civil, sin embargo, nosotros consideramos que si el Código de Comercio no contempla una prohibición similar a la del artículo 2397, mediante la cual el primero de los dispositivos legales pueda suplir las deficiencias del Código Comercial, no es susceptible de aplicar supletoriamente dicho dispositivo civil, y aún más, pensar que el artículo 2397 del Código Civil pudiera ser aplicable a la legislación mercantil, estaríamos obligados a razonar que el artículo citado, no prohíbe la capitalización de intereses vencidos, ya que el supuesto contemplado por dicho dispositivo legal, únicamente prohíbe la capitalización de intereses que aún no se han generado, hipótesis diversa de la contenida en el artículo 363 del Código Mercantil.

m.2) Contrato de arrendamiento financiero.

Por contrato de arrendamiento financiero debe entenderse aquel en virtud del cual la arrendadora financiera se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso y goce temporal, a plazo forzoso, a una persona física o moral, obligándose ésta a pagar como contraprestación, que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, una cantidad de dinero determinada o determinable, que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios, y a adoptar al vencimiento del contrato, alguna de las opciones terminales; compra de los bienes, prórroga del contrato, participación en el precio de venta de los bienes.

Este contrato es considerado mercantil, en virtud de que se encuentra regulado por una ley de naturaleza mercantil (Ley General de Organizaciones y Actividades

Auxiliares del Crédito), dispositivo que establece que la práctica del mismo corresponde a una organización considerada auxiliar de crédito, es decir, una empresa a través de la cual se realizan las operaciones. "La empresa, pues, es un elemento determinante para establecer la mercantilidad de este contrato, en tanto que ella implica el ejercicio profesional de una actividad económica con un fin de intermediación para proporcionar un servicio que tiene como base, a su vez, una actividad de financiamiento. El servicio que consiste en la transmisión del o de los bienes adquiridos, obliga a quien los recibe a cubrir a la arrendadora una contraprestación, lo que trae aparejado una utilidad, esto es, se logra la especulación mercantil." ²⁰²

m.2.1) Forma.

El artículo 25 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito en su párrafo tercero dice que los contratos de arrendamiento financiero deberán otorgarse por escrito y ratificarse ante la fe de notario público, corredor público titulado, o cualquier fedatario público, de los que se colige que es forzosa su celebración por escrito, para que pueda ser ratificada ante un fedatario público.

m.2.2) Sujetos.

Las partes intervinientes en el contrato son: la arrendadora financiera y el arrendatario.

m.2.3) Operatividad.

m.2.3.1) Pagarés.

Como se indicó al definir al contrato de arrendamiento financiero, el arrendatario debe pagar como contraprestación una cantidad de dinero determinado o determinable.

²⁰² *ibidem*, pág. 536.

Los pagarés que suscribe el arrendatario en favor de la arrendadora financiera documentan la entrega del dinero y garantizan el pago del arrendamiento financiero, pero nunca sustituyen el pago que como contraprestación debe cumplir el arrendatario, pues de conformidad con el artículo 26 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, se entiende que la suscripción y entrega de los títulos, no extingue la obligación del arrendatario de cubrir la renta pactada.

m.2.3.2) Determinación de los bienes para arrendar.

“Como en virtud del contrato, la arrendadora financiera se obliga a adquirir determinados bienes, particularidad del mismo en su operación es la de que el arrendatario, conforme al artículo 30 de la ley que lo regula, deberá seleccionar al proveedor, fabricante o constructor y autorizar los términos, condiciones y especificaciones que se contengan en el pedido u orden de compra, identificando y describiendo los bienes que se adquirirán.”²⁰³

m.2.3.3) Entrega de los bienes adquiridos.

Una vez que el arrendatario haya hecho la selección a que nos hemos referido, la arrendadora cumplirá por su parte adquiriéndolos del proveedor, fabricante o constructor, para entregarlos en los términos del contrato. “En el contrato podrá establecerse que la entrega se haga directamente al arrendatario de tal manera que se produzca la figura de la entrega virtual, porque éste acepta que los bienes quedan a su disposición. La entrega material se produce en momento posterior, cuando de quien se adquieren los entrega real y físicamente al arrendatario”.²⁰⁴

A este respecto, el maestro Arce Gargollo, manifiesta que: “A diferencia del arrendamiento civil, en el financiero la entrega del bien no es determinante del momento en que nace la obligación de pagar el precio”.²⁰⁵

²⁰³ *Ibidem*, pág. 539.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ ARCE GARGOLLO, *Javier*, *op. cit.*, pág. 69.

m.2.3.4) Cargas del arrendatario.

Quando el arrendatario ha recibido los bienes, ya sea de la arrendadora financiera o del proveedor, fabricante o constructor, real o virtualmente, y salvo pacto en contrario, dice el artículo 31 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, asume el riesgo de los vicios o defectos ocultos de los bienes, que impidan su uso parcial o total, así como la pérdida parcial o total de los mismos por robo, destrucción o daños.

m.2.4) Obligaciones del arrendatario.

m.2.4.1) Seleccionar al vendedor.

Esta obligación consiste en seleccionar al proveedor, fabricante o constructor y aprobar por escrito los términos, condiciones y especificaciones del bien. "Esta primera relación de la arrendataria con el vendedor se complementa con los derechos que posteriormente le cederá la arrendadora financiera contra el vendedor respecto del bien arrendado (art. 30, fracción I)".²⁰⁶

m.2.4.2) Recibir el bien.

El arrendatario debe recibir el objeto arrendado de parte del vendedor (entrega jurídica) o de la arrendadora financiera (entrega material). "Si la arrendataria es ya propietaria del bien y lo enajena a la arrendadora financiera, la arrendataria ya está en posesión del bien y la obligación de recibirlo no existe; solo se produce un cambio en el título y la *naturaleza de la posesión* del bien mencionado. Así, la *posesión originaria* que tiene como propietaria la futura arrendataria se convierte en *posesión derivada* (art. 791 del C.c.)"²⁰⁷

²⁰⁶ *Idem*, pág. 171.

²⁰⁷ *Ibidem*.

m.2.4.3) Pagar el precio.

El deber más importante de la arrendataria es pagar el precio en los términos pactados, es decir, las rentas periódicas. La renta debe cubrirse antes de recibir la cosa, y esta obligación continúa o persiste aunque el objeto arrendado se pierda, salvo pacto en contrario.

En este sentido, el maestro Javier Arce Gargollo, manifiesta que "En la Convención de UNIDROIT el arrendatario puede retener las rentas hasta que el arrendador subsane o cumpla su obligación de entregar el equipo (art. 12.3). Esta norma me parece más justa que la de la LOAAC, pues pretende conservar el equilibrio de las prestaciones contractuales."²⁰⁸

En relación con el lugar de pago, la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito no establece norma supletoria para el caso de que las partes no lo acuerden; debe entenderse que es el domicilio del arrendatario. Asimismo, el retraso en el pago periódico de las rentas del arrendamiento financiero puede dar lugar al pago de intereses moratorios, que generalmente se pactan en el contrato.

m.2.4.4) Usar la cosa.

De acuerdo con el artículo 29 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, la arrendataria debe usar el bien solamente para el uso convenido o el que sea conforme a la naturaleza o destino del bien arrendado.

"Es importante notar que en el arrendamiento financiero la arrendataria puede considerarse mas que un simple usuario temporal, pues su relación con el bien lo acerca a los derechos que sobre la cosa tiene un propietario (aunque carece de la facultad de disposición y los cambios sobre la cosa requieren autorización del arrendador)".²⁰⁹

²⁰⁸ *Ibidem*, pág. 172.

²⁰⁹ *Ibidem*.

m.2.4.5) Conservar la cosa y darle mantenimiento.

Contrario al arrendamiento civil, estos deberes son propios del arrendatario. El arrendatario debe recuperar los bienes en caso de despojo, perturbación o de cualquier acto de tercer que afecte el uso o goce de los bienes.

m.2.4.6) Contratar un seguro.

Este deber corresponde a la arrendataria y generalmente se pacta en el contrato. De acuerdo con lo estipulado en la parte final del artículo 35 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, la arrendataria tiene la obligación de pagar la prima y los gastos del seguro, más no forzosamente la de contratar el seguro.

m.2.4.7) Ejercitar la opción.

Aun y cuando para varios autores la opción que debe ejercitar la arrendataria no es una obligación, esta se hace responsable de los daños y perjuicios que le cause a la arrendadora financiera al omitir elegir una. El ejercicio del derecho comprende notificar por escrito la elección, por lo menos un mes antes del vencimiento del contrato.

m.2.5) Obligaciones de la arrendadora financiera.

m.2.5.1) Adquirir el bien objeto del arrendamiento.

Esta primera obligación consiste en que la arrendadora financiera debe adquirir el bien, una vez que ha sido instruida por la arrendataria, respecto del proveedor, fabricante o constructor al que se le va a adquirir el bien.

Esta obligación puede no existir para el caso de que la arrendadora financiera sea propietaria del bien.

Una excepción a la obligación de la arrendadora financiera de adquirir el bien, se presenta en el caso en que la arrendadora adquiera el bien de la arrendataria, es decir, el caso del lease back, contemplado en el artículo 24 fracción III de la Ley de la materia.

m.2.5.2) Entregar el bien.

El deber de entregar el bien, coincide con lo establecido para el arrendamiento civil aunque como señala el maestro Arce Gargollo, "tiene ciertas particularidades. Conforme a la LOAAC, la entrega debe hacerla el vendedor (proveedor, fabricante o constructor) directamente a la arrendataria, y para efectos del cumplimiento de la obligación de la arrendadora financiera, se entiende entregada la cosa (art. 28)".²¹⁰

A diferencia del arrendamiento civil, en el financiero la entrega del bien no es determinante del momento en que nace la obligación de pagar el precio (art. 2246 del Código Civil), sino que salvo pacto en contrario, el pago debe hacerse desde la firma del contrato, aunque no se haya efectuado la entrega de los bienes. (art. 28 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito).

m.2.5.3) Cesión de derechos contra el vendedor.

Resulta una práctica común que la arrendadora financiera ceda a la arrendataria los derechos que tenga respecto a garantías, servicios y responsabilidad del proveedor y exonerar a la arrendadora de cualquier responsabilidad derivada de los vicios del objeto arrendado.

"En la Convención de UNIDROIT se establece que las obligaciones del proveedor pueden ser invocadas por el arrendatario como si fuera parte (art. 10.1). En otro artículo de esta Convención se señala que si el equipo no es entregado al arrendatario o se entrega con retardo, éste puede rechazarlo o resolver el contrato (art. 12.1)".²¹¹

²¹⁰ *Ibidem*, pág. 169.

²¹¹ *Ibidem*.

m.2.5.4) Conservar la cosa.

Las obligaciones de conservar la cosa arrendada durante el arrendamiento, garantizar el uso, y hacer las reparaciones necesarias, que en el arrendamiento civil son a cargo del arrendado, desaparecen en el arrendamiento financiero con motivo, principalmente, de la cesión de los derechos que tiene el arrendador contra el vendedor y que ejercita la arrendataria.

“Si en el arrendamiento civil el incumplimiento de la obligación del arrendador de conservar la cosa arrendada y garantizar el uso, dando derecho al arrendatario a dejar de pagar el precio, en el arrendamiento financiero, por disposición expresa (art. 31, in fine) subsiste el deber de la arrendataria de pagar la contraprestación.”²¹²

m.2.5.5) Cumplir con la opción.

Como deber que deriva del propio contrato de arrendamiento financiero, la arrendadora se encuentra en a obligación de cumplir con la opción que ejercite la arrendataria. Es por ello que la arrendadora financiera deberá celebrar un contrato definitivo, con base en la opción elegida por la arrendataria.

Para el caso en que la arrendadora financiera se oponga al ejercicio de la opción, dicho incumplimiento generará responsabilidad por daños y perjuicios.

m.2.5.6) Contratar seguro.

No es esta una obligación que en todos los casos corresponda a la arrendadora financiera; aunque es usual que contractualmente se establezca a cargo de la arrendataria.

²¹² *Ibidem*, pág. 170.

En caso de que la arrendataria se abstenga de contratar el seguro del bien arrendado, la arrendadora financiera lo puede hacer, cobrándole a la arrendataria los gastos de este, salvo pacto en contrario. Para el caso de que ninguna de las partes contrate el seguro, si la cosa se daña o se pierde, la arrendataria no se libera de su obligación de pago del precio estipulado.

m.2.6) Opciones Terminales.

Al dar el concepto de arrendamiento financiero, quedó señalado que una de las características del mismo es que el arrendatario debe optar por alguna de las opciones terminales a que se refiere el artículo 27 de la ley de la materia.

Si el contrato no contiene opción, no arrendamiento financiero sino otra figura semejante a este como puede ser el arrendamiento puro.

El maestro Díez Picazo, define a la opción como: "por virtud del llamado contrato de opción, una de las partes, concedente de la opción, atribuye a la otra, beneficiario de la opción, un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado periodo de tiempo y unilateralmente, la celebración de un determinado contrato".²¹³

"La opción que previene la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito confiere al arrendatario optante, aceptante o beneficiario de la opción, el derecho a elegir entre:

- 1) adquirir el bien;
- 2) prorrogar el contrato de arrendamiento;
- 3) participar del precio de la venta a un tercero;
- 4) otras que autorice la Secretaría de Hacienda."²¹⁴

²¹³ DIEZ PICAZO, Luis, "Fundamentos de derecho civil patrimonial", 2ª Edición, Madrid, Tecnos, 1983, pág. 217

²¹⁴ ARCE GARGOLLO, Javier, *op. cit.*, pág. 176.

1) Por lo que respecta a la primera opción, cuando el arrendatario decide adquirir el bien, el precio que se fije para la venta, debe ser siempre menor a aquel que pagó la arrendadora financiera al adquirirlo.

“Dada la constante disminución del valor del peso y el aumento progresivo de los llamados bienes de consumo y de capital, pudiera darse que en poco tiempo esta opción, en la forma actualmente estructurada, deje de funcionar”.²¹⁵

2) En relación con la opción de la arrendataria de prorrogar el contrato de arrendamiento, una vez que concluye el plazo original de vigencia, se prorroga, y en teoría se fija una renta más baja.

Decimos que teóricamente se fija una renta más baja, porque la práctica ha venido demostrando que las rentas, cualquiera que sea el bien, a medida que transcurre el tiempo, van en aumento, a pesar de que se pretenda legislar para evitarlo.

3) En relación con la tercera opción terminal, consistente en participar con la arrendadora financiera en la venta del bien a un tercero, esta debe realizarse en la proporción y términos que se establezcan en el contrato.

4) Por último, por lo que hace a las opciones que autorice la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, esta es totalmente genérica y amplia, en virtud de que dicha dependencia gubernamental tiene la facultad de autorizar cualquier opción, aunque en la práctica no sea así.

m.2.7) Naturaleza jurídica.

La mayoría de los autores no se han puesto de acuerdo en el tipo de naturaleza jurídica que el contrato de arrendamiento financiero posee, debido a que cuenta con variados ingredientes de orden económico, operativo y jurídico, aunado a que al haber sido regulado por la legislación mexicana, se ha perdido un poco el interés en encontrar su naturaleza jurídica.

²¹⁵ VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *op. cit.*, pág. 540.

Por ejemplo, la ley francesa de 2 de julio de 1966-, de arrendamiento con opción de compra; otros no ocultan sus vacilaciones, como BROSETA PONT, en quien puede leerse que la naturaleza jurídica del contrato es compleja. Pensamos que quizá participe de algunas notas del arrendamiento, al que se añade una opción de compra a favor del arrendatario.²¹⁶

Otros autores, consideran que es un contrato de crédito, al lado de los demás, pero la mayoría manifiestan que es un nuevo contrato, único y autónomo.

El maestro Díaz Bravo, señala: "No encuentro convincentes los argumentos de estos últimos. Tengo para mí que el calificar de *sui generis* un contrato implica colocarlo en un símil propio, de tal manera que, al contemplarlo a distancia, se le distinga fácilmente de los demás. En otras palabras: un contrato tiene naturaleza jurídica propia cuando, examinados sus elementos subjetivos y objetivos a la luz de las normas reguladoras de los contratos, se encuentra que la trama formada por tales elementos no coincide con la de ningún otro contrato".²¹⁷

Hay diversas tesis que intentan desentrañar la naturaleza jurídica del contrato, como por ejemplo:

a) Las que analizan un solo aspecto del contrato y pretenden ubicarlo dentro de algún contrato típico ven:

i) Un mandato por el que la arrendadora financiera compra el bien que le encarga el arrendatario.

ii) Un arrendamiento con ciertas variantes.

iii) Una venta en abonos, aunque esta opinión, de gran aceptación tiene algunas variantes.

²¹⁶ DIAZ BRAVO, Arturo, "Contratos Mercantiles", 3ª Edición, México, Harta, 1989, pág. 106.

²¹⁷ *Idem*, pág. 107.

iv) Como compraventa con reserva de dominio como la modalidad que regula el Código Civil, en la que establece que el comprador adquiere el bien cuando cumple con el último pago parcial y durante la vigencia del contrato se le considera arrendatario.

b) Las tesis que suponen que el arrendamiento financiero es combinación de dos contratos típicos:

i) Como arrendamiento-venta, es una venta bajo la forma de arrendamiento financiero.

ii) Un arrendamiento con *promesa universal de venta*, es un contrato mixto, formado por un arrendamiento y una promesa unilateral de venta por parte del arrendador.

iii) La legislación fiscal mexicana no reconoce de forma expresa la naturaleza jurídica que tiene el arrendamiento financiero. Sin embargo, en sus disposiciones se le considera como compraventa y como arrendamiento, una mezcla de ambos.

c) Las tesis que suponen al arrendamiento financiero como un contrato *sui generis*.

i) Para Frisch, el arrendamiento financiero "es un contrato *sui generis* que de conformidad con el artículo 1858 del C.c., que se refiere a los contratos innominados, nos parece admisible a la luz de este Código".

ii) Cogorno opina que es un contrato de *crédito*, y entiende el crédito como respaldo financiero. "La finalidad e intención de las partes (en el arrendamiento financiero) es el crédito."

iii) Para León Tovar es "un negocio jurídico de naturaleza crediticia, una técnica de financiación", una operación financiera *sui generis*.

iv) Sánchez Lorenzo, entre los autores españoles, expresa que hay una clara tendencia actual a configurarlo como institución atípica.

v) Broseta Pont afirma que "la naturaleza jurídica del contrato es *compleja* y, agrega que quizá participe de algunas notas del arrendamiento, al que se añade una opción de compra en favor del arrendatario".²¹⁸

d) Algunos criterios de nuestro más alto Tribunal en el país, han sustentado a su juicio, las características del arrendamiento financiero. Una de ellas, señala que se trata de una operación compleja, que participa de la notas de una operación de crédito, se compone de elementos diversos y tiene *naturaleza mercantil*. Otra señala que es un contrato diferente del arrendamiento civil y de la compraventa en abonos y, por tanto, no puede ser subsumido en estas figuras.

Estamos de acuerdo con la conclusión a la que llega el maestro Javier Arce Gargollo quien afirma que "actualmente el arrendamiento financiero es un contrato típico, perteneciente a las operaciones de crédito que regula el derecho bancario. Se trata de un solo negocio jurídico que produce diversas obligaciones para las partes y que se complementa con otras relaciones jurídicas que no son parte del contrato, sino que, en ocasiones, lo preceden y conviven (relaciones con el vendedor), o se derivan de él (contrato definitivo en la ejecución de la opción)."²¹⁹

h) Reintegración de los bienes a la arrendadora financiera.

En caso de que la arrendataria no cumpliera con sus obligaciones estipuladas en el contrato, la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, en su artículo 33, faculta a la arrendadora financiera para solicitar a la autoridad judicial que decreta a su favor la posesión de los bienes dados en arrendamiento.

"Consideramos que no es correcto que se diga que la arrendadora financiera puede demandar la posesión de los bienes arrendados. Creemos que lo que, en su caso

²¹⁸ ARCE GARGOLLO, Javier, *op. cit.*, pp 189 y 190.

²¹⁹ *Idem*, pág. 190.

procede, es pedir se decrete la devolución de los bienes, toda vez que la arrendadora financiera, aún cuando no esté en la tenencia material de los mismos, no deja de ser poseedora originaria. El artículo 791 del Código Civil, establece que el propietario que entrega una cosa concediendo que se retenga temporalmente en calidad de arrendatario por un tercero, conserva su título de propietario y el de poseedor original".²²⁰

n) La teoría de la imprevisión en los contratos de crédito.

A continuación analizaremos la posibilidad de aplicación de la teoría de la imprevisión a estos contratos.

Del análisis de los mas importantes contratos de crédito y financiamiento, podemos concluir que tienen una eminente naturaleza mercantil, en virtud de las partes que participan y por supuesto el lucro que se busca en los mismos.

Asimismo, el Código de Comercio y los demás ordenamientos que regulan la materia mercantil, no contemplan la teoría de la imprevisión como causa de la resolución de los contratos, sino que más bien se acogen a la cláusula pacta sunt servanda, es decir, a la corriente de que los contratos deben ser cumplidos por quienes los celebran.

Como se ha visto a lo largo de este trabajo, no es posible aplicar la teoría de la imprevisión a los contratos de crédito, en virtud de que la legislación mercantil no contempla expresamente su admisión, aunado a que existen criterios de nuestro más alto Tribunal en el país como el que a continuación se transcribe:

"CONTRATOS INAPLICABILIDAD DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION. El artículo 1796 del Código Civil del Distrito Federal, supletoriamente aplicado, siguiendo el sistema rigido de los contratos, acorde con el principio relativo a los efectos de la declaración de voluntad, dispone que aquellos obligan a las partes al exacto cumplimiento de las prestaciones expresamente pactadas, y además, a las consecuencias que de los mismos se deriven, según su naturaleza, conforme a la buena fe, al uso o a la ley, precepto que, en esas condiciones, no deja lugar a su interpretación a fin de aplicar la teoría de la imprevisión en razón de esa buena fe, que obviamente constituye un principio general de derecho, pues precisamente, con base en ella, el obligado debe conducirse consciente de su responsabilidad en el cumplimiento cabal de sus obligaciones,

²²⁰ VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, op. cit. pág. 541.

cualquiera que resulte la magnitud de su contenido, aun cuando sobrevengan acontecimientos que no se previeron o no pudieron preverse y que la modifiquen, sin que ello impida, por otra parte, que de existir causas imprevisibles que alteren fundamentalmente la economía de un determinado grupo social, no apreciado por las partes, se modifiquen las condiciones de los contratos relativos mediante disposiciones de carácter general.

Amparo directo. Hidrogenadora Nacional, S.A. 15 de octubre de 1980. 5 votos. Ponente: J Ramón Palacios Vargas. Secretario: Agustín Urdipilleta Trueba".

No obstante lo anterior, existen algunos autores que a partir del error de diciembre de 1994, en el que la economía del país se vio gravemente colapsada, y los créditos contratados con Bancos se volvieron prácticamente de imposible liquidación, iniciaron un movimiento prodefensa de deudores de la Banca, denominado Barzón.

Este grupo se encuentra encabezado por el licenciado Cesar Fentanes, quien considera que si es posible la aplicación de la teoría de la imprevisión a los contratos de naturaleza mercantil, teoría que a continuación exponemos:

n.1) Opinión de Cesar Fentanes Méndez.

Un tratado internacional es un contrato, convenio o acuerdo de voluntades celebrado entre los legítimos representantes de dos o más Estados, para crear obligaciones o derechos recíprocos, instrumento jurídico que es considerado como una Ley Internacional.

Es decir, la Constitución otorga al Presidente de la República el consentimiento del Estado Mexicano para obligarse en Tratados Internacionales, que muchos tratadistas consideran como la facultad presidencial de legislar internacionalmente.

Si esa legislación internacional, llevada a cabo por el Presidente de la República, es ratificada por los representantes de cada uno de los Estados de la Federación, ante el Pacto Federal, que son los Senadores de la República, es decir, si la mayoría de los Senadores aprueba o ratifica ese tratado internacional, conocido también como legislación internacional; por ese hecho jurídico de la ratificación o aprobación, por la Cámara de

Senadores, esa legislación o contrato internacional se transforma en Ley Suprema de toda la Unión.

Por mandato del artículo 133 Constitucional ese Tratado Internacional que ingresa para su discusión y aprobación bajo la forma de un instrumento jurídico que sólo obliga internacionalmente al Estado Mexicano, por la aprobación de la mayoría de los miembros de la Cámara de Senadores, sale de ésta, convertido en Ley Suprema de toda la Unión, a la que los jueces de cada Estado de la República deberán adaptar sus resoluciones a pesar de que hubiere disposiciones en contrario en las propias Constituciones Estatales o en cualquier Código Estatal.

El Tratado convertido en Ley Suprema de toda la Unión, una vez promulgado y publicado en el Diario Oficial de la Federación surte sus efectos dentro de todo el territorio nacional como cualquier ley.

De manera que, todos y cada uno de los artículos del Tratado Internacional, que por ratificación senatorial se convirtió en Ley Suprema de toda la Unión, pasan a formar parte del orden jurídico interior de la Nación, en todo lo que resulten aplicables a los actos jurídicos de los particulares y en lo especial cuando se sometan al conocimiento de los Tribunales Federales o del Fuero Común.

De conformidad con lo anteriormente manifestado y en relación con la Convención de Viena sobre "EL DERECHO DE LOS TRATADOS", que se firmó en Mayo de 1969, se aceptó por los países firmantes, y al ser ratificada por el Senado Mexicano, se convirtió en Ley Suprema, la inclusión de la Cláusula "Rebus Sic Stantibus", en todos los contratos que se celebren dentro del territorio de la República, es decir, se admite que con base en la teoría de la imprevisión, y por un cambio fundamental de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para contratar, que constituyeron el motivo determinante de la voluntad para expresar el consentimiento de las partes, se pueda dar por terminado el contrato si ese cambio modifica radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía están pendientes de cumplirse en virtud de ese contrato.

En efecto el artículo 62 de la Convención de Viena sobre El Derecho De los Tratados, convertido en Ley Suprema de toda la Unión se debe leer de la siguiente forma:

ARTICULO 62. CAMBIO FUNDAMENTAL EN LAS CIRCUNSTANCIAS.

1.- Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un contrato (tratado) y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el contrato (tratado) o denunciarlo (o retirarse de él), a menos que:

a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el contrato (tratado); y,

b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que toda vía deben cumplirse en virtud del contrato (tratado).

Es decir, mediante la expresión relacionada con el orden interno de ese artículo 62 mencionado, por mandato del artículo 133 Constitucional, se ha convertido en Ley Suprema la cláusula "Rebus Sic Stantibus" no importando que en los Códigos de los Estados, en las Leyes Particulares se consagre la cláusula "Pacta Sunt Servanda", como norma fundamental de los contratos.

Como la teoría de la imprevisión funciona en perjuicio de las dos partes de un contrato, por equidad y por justicia las dos partes deberán sufrir los perjuicios derivados de la cláusula "Rebus Sic Stantibus".

Pero si tenemos en cuenta además que de acuerdo con el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, a ellas les incumbe el deber jurídico y por lo mismo la responsabilidad del otorgamiento del crédito toda vez que como requisito formalísimo y previo al otorgamiento, el Banco deberá realizar un análisis de la situación presente y de la previsible en el futuro del acreditado, de la viabilidad del proyecto de inversión que sirve de base para el otorgamiento de los financiamientos, añadiendo además que la Comisión Nacional Bancaria vigilará que los Bancos cumplan con la realización de ese análisis previamente al otorgamiento y firma del contrato de crédito respectivo, es decir, el Banco analizará y tendrá a su cargo la responsabilidad correspondiente del estudio de la situación futura previsible del proyecto de inversión.

Tomando en cuenta todo lo anterior, una solución adecuada con la teoría de la imprevisión que forma parte del orden jurídico nacional, por haberse convertido en Ley

Suprema de toda la Unión, en el caso de los créditos refaccionarios o avíos podría consistir en la venta del producto obtenido con el crédito y que la venta se aplicara íntegramente al pago del crédito que por esa operación quedaría extinguido, y de ese modo no le causaría más daños y perjuicios al acreditado que la privación de toda clase de ganancia, y la pérdida de lo invertido.

El banco además en esas condiciones y por efecto de la Ley Suprema de toda la Unión, dejaría de cobrar una parte del monto del crédito registrado en sus libros contables, misma parte insoluta que podría repercutir como pérdida contra las utilidades del ejercicio fiscal, resarcándose de ese modo un 35% del impuesto sobre la renta correspondiente y un 10% del reparto de utilidades a los trabajadores con lo que su aparente pérdida disminuiría.

De esa manera, el gobierno federal dejaría de recaudar la deducción por la pérdida del Banco con lo que justamente asumiría una parte de la imprevisión por cualquier error en el manejo de la economía nacional.

Pretender la solución de renegociar mediante los UDIS, conllevaría el absurdo jurídico de pactar de antemano que la imprevisión o el riesgo será siempre a cargo de una de las partes, es decir, volver "Pacta Sunt Servanda" la "Rebus Sic Stantibus" en beneficio de una sola de las partes.

También esa solución sería contraria a derecho, porque independientemente del negocio principal del crédito o de la inversión por un particular frente al banco o por el banco frente a su acreditado, se pactaría un negocio adicional, relativo a la moneda que en el mundo del derecho se conoce como cláusula monetaria.

Las instituciones financieras son las responsables de prever la viabilidad del crédito, atentos a lo dispuesto por el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, en virtud del cual, los bancos deben realizar un estudio financiero de los acreditados, para verificar si es posible que el contrato se lleve en buenos términos, motivo por el que al ser un mandato legislativo, se vuelve una obligación, la cual fue incumplida por la banca, lo que motivo a que cuando surgió el llamado error de diciembre los acreditados se vieran en la imposibilidad de cumplir.

De acuerdo con el artículo 2º del Código de Comercio, a los contratos mercantiles les resultan aplicables las disposiciones del Código Civil en materia federal; sobre las causas que rescinden o invalidan las obligaciones derivadas de los contratos mercantiles.

Así resulta que el caso fortuito como causa que invalida obligaciones y responsabilidades por el incumplimiento de obligaciones civiles es jurídicamente aplicable a las obligaciones derivadas de los contratos mercantiles.

Por tal motivo, equipara el caso fortuito o fuerza mayor a la imprevisión, y en tal virtud, considera que es posible justificar el incumplimiento de los deudores por caso fortuito o fuerza mayor.²²¹

A este respecto, es necesario recordar la teoría del maestro Alberto G. Spota, quien realiza un estudio del caso fortuito o fuerza mayor, y sus diferencias con la imprevisión, la cual se encuentra contenida en el capítulo primero de este trabajo.

Esta teoría se basa en que la alteración de las circunstancias estipuladas en el contrato emanen de una fuerza mayor.

En efecto, dicha tesis surgió de entre los administrativistas de la primera época y tuvo la denominación de fuerza mayor imprevisible, nomenclatura que implica una contradicción, ya que, los institutos de la fuerza mayor y de la imprevisión tienen en común que en ambos existe un evento extraordinario e imprevisible. Empero, se distinguen en que la fuerza mayor obsta a que el deudor de la obligación la pueda cumplir, por ejemplo, la promesa de entregar mercaderías extranjeras cuya importación se prohíbe por la autoridad estatal.

En cambio, en la imprevisión contractual dice Spota "el deudor está en situación de poder cumplir, pero ello tornaría excesivamente onerosa la prestación, rompiéndose el equilibrio contractual, destacando que en el caso de la imprevisión, lo que se quiebra es el

²²¹ FENTANES MENDEZ, Cesar, "La nulidad del pacto de obligaciones en moneda extranjera (Dolarización y Fuga de Capitales)", 1ª Edición, Torno 1 de la serie "Aspectos Jurídicos del Capitalismo Salvaje Mexicano". Ediciones Cesar Fentanes Méndez, Mc Allen, Texas, E.U.A., 1997, pág. 159 y ss.

equilibrio contractual y no la igualdad de las prestaciones." ²²²

El otro supuesto en el cual la obligación queda extinguida "es en el del caso fortuito, o sea, aquellos acontecimientos extraordinarios imprevisibles, o que aún previstos no pueden evitarse, situaciones que también nos dejan frente a un supuesto de imposibilidad de cumplir la prestación; ejemplo, la obligación de dar una cosa situada en el extranjero y que por acto del estado se prohíbe la introducción de esa mercadería, evidentemente que el deudor que tenía esa obligación de dar, se halla en la imposibilidad absoluta de cumplir con esa prestación.

A su vez, puede darse el caso de que la imposibilidad sea no objetiva, sino subjetiva, es decir, dependiente de la persona del deudor, que no se refiere al objeto mismo de la prestación, sino a la situación del sujeto con relación a esa prestación: por ejemplo, la enfermedad del deudor si se trata de un caso de locación de obra, siendo relevante la cualidad del locador de obra. En este supuesto, la enfermedad puede ser una causa que extinga la obligación". ²²³

La tesis expuesta, no encaja en los supuestos de imprevisión por excesiva onerosidad, ni tan siquiera la puede explicar, ya que, recordemos que el caso fortuito y la fuerza mayor, son acontecimientos que escapan de la voluntad de los contratantes, por ejemplo, la destrucción de la cosa objeto de la compraventa por causas naturales, extremo que no se presenta en la excesiva onerosidad de las prestaciones, que de suyo pueden ser previstas por los contratantes a la celebración del mismo, lo que implica un cumplimiento ineludible del contratante.

Por tal razón, estamos totalmente de acuerdo con el maestro Spota, y en contra del pensamiento del licenciado Fentanes, en virtud de que confunde la imprevisión con el caso fortuito o fuerza mayor, cuando son dos figuras diferentes, aunado a que como ya se mencionó, tampoco es posible considerar la aplicación del Tratado Internacional consignado en la Convención de la Haya, para aplicar la teoría de la imprevisión como causal de rescisión o resolución de un contrato, en virtud de que dicho tratado únicamente

²²² SPOTA G., Alberto, *op. cit.*, pág. 572.

²²³ *Idem.*

opera en relaciones internacionales, que trascienden fronteras y no en tratándose de contratos celebrados en territorio nacional, al amparo de las leyes civiles de nuestro país.

Efectivamente, el tratado internacional acogido por nuestro país, únicamente es aplicable en contratos celebrados por mexicanos con extranjeros, para cuyo caso efectivamente son aplicables las disposiciones estipuladas en los tratados internacionales, y no así para aquellos contratos celebrados en territorio nacional y al amparo de las leyes de los Estados Unidos Mexicanos, ya que pensar en la forma que lo hace el licenciado Fentanes, de alguna manera sería tratar de quitar la jerarquía del tratado internacional y el objeto para el cual fue suscrito, que no es otro más que el regir las relaciones contractuales entre nacionales y extranjeros.

Para analizar la posible incorporación de la imprevisión contractual a los contratos de crédito, es imprescindible hacer un estudio histórico del entorno económico y social bajo el cual se ha generado la inquietud de los deudores de la banca para la incorporación de esta figura a los contratos, y para tal efecto, resulta prudente recordar que las causas fundamentales de las crisis económicas recurrentes de nuestro país, datan desde la época del Presidente Adolfo Ruiz Cortinez, quien ordenó la devaluación de nuestra moneda en relación al dólar, moneda de los Estados Unidos de América, de un valor de \$8.50., a \$12.50 por dólar. Posteriormente, existió un breve lapso de estabilidad económica y adecuado manejo de las finanzas públicas en los periodos presidenciales de los licenciados Adolfo López Mateos y Gustavo Díaz Ordaz, quienes mantuvieron una ordenada política financiera, evitando medidas demagógicas y populistas.

El licenciado Torreblanca Senties, dice que "con posterioridad, el licenciado Luis Echeverría Álvarez devaluó la moneda y provocó una gran crisis financiera; lo mismo sucedió con José López Portillo, que no es más que una muestra de la pésima administración de las finanzas públicas en los gobiernos de los presidentes citados, así como el desmedido gasto público y la gran corrupción que caracterizó a dichos gobiernos y que a la postre llevaron a nuestro país a la bancarrota".²²⁴

²²⁴ TORREBLANCA SENTIES, José Manuel, "Comentarios a resoluciones judiciales relacionados con Instituciones Bancarias", *Ars Iuris, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, Número 18, México, 1998, pág. 229.

La mala administración de Luis Echeverría y de José López Portillo, trajo como consecuencia una inflación y consecuente devaluación de la moneda en forma descomunal por el licenciado Miguel de la Madrid.

Por último con el señor Carlos Salinas de Gortari, se vivió una economía de ficción que provocó de manera inmediata y directa una de las crisis económicas más graves de nuestro país, aún cuando la devaluación del peso le correspondió a nuestro actual presidente Ernesto Zedillo, quien tuvo que pagar por los errores y abusos de su predecesor.

Las anteriores circunstancias nos permiten razonar que las crisis financieras en México con la consecuente inflación, la devaluación de la moneda y el incremento en el costo de la vida, son acontecimientos previsibles y ordinarios, que se presentan con regular frecuencia en nuestro país, por lo que consideramos que estas son causas previsibles a todas luces.

Ahora bien, debido a la inflación que se genera en forma sostenida en nuestro país, esto obligó a las instituciones financieras a que las tasas de interés que se pactaban en los contratos de crédito celebrados con sus clientes, fueran de las conocidas como de escala móvil, es decir, que se encontraban vinculadas a los índices inflacionarios de nuestro país, de tal forma que si la inflación crecía de acuerdo a los índices que el Banco de México emite, evidentemente las tasas de interés también subían, por lo que el error del manejo de las finanzas públicas por Carlos Salinas de Gortari, trajo como consecuencia una evidente inflación en el país, lo que a la postre generó el incremento de las citadas tasas móviles de interés, y consecuentemente la imposibilidad de pago por los deudores de la banca.

Si bien es cierto que la inflaciones recurrentes en nuestro país son absolutamente previsibles por las instituciones bancarias y sus clientes, no es menos cierto que los deudores de la banca se encontraron en la imposibilidad material de liquidar sus créditos, circunstancia que generó un movimiento social económico conocido como: El Barzón, quienes no únicamente pugnan por reducir las obligaciones de pago de sus créditos al amparo de la imprevisión, sino que también de alguna manera han sostenido teorías tan absurdas como la de la inexistencia legal de las instituciones bancarias al amparo del

pueril argumento de que el ejecutivo federal no ejecutó el decreto de privatización bancaria en los plazos que al efecto se habían señalado en el mismo.

Por todo lo anterior, se puede colegir que el problema de las deudas bancarias de los deudores de nuestro país no obedece a una imprevisión contractual, como atinadamente lo afirma el maestro José Manuel Torreblanca Senties, sin embargo, tal circunstancia debe de ser atendida al amparo de una reforma legal que al efecto lleve a cabo el legislativo federal, mediante la cual realice una reducción equitativa de las prestaciones contractuales de tal forma que sea posible la liquidación del crédito a cargo del deudor y que desde luego mediante la liquidación de dicho crédito no se vea mermado el patrimonio de la institución bancaria por la reducción a las prestaciones.

o) Consideraciones Finales.

Como punto final, en este trabajo consideramos prudente aportar una forma de solución al conflicto de aplicación de la teoría de la imprevisión, debido a que como ha quedado de manifiesto, la misma no se encuentra contenida en prácticamente toda la legislación civil y mercantil de Nuestro País.

A nuestro personal juicio, merece especial relevancia la tesis sustentada por la doctora Carreras Maldonado, quien se dedica a proponer una forma en que podría ser contemplada la teoría de la imprevisión en las relaciones contractuales en general, teoría que ya hemos analizado pero a continuación recordaremos:

En su artículo intitulado "Revisión del Contrato por cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias", publicado en el libro del Cincuentenario del Código Civil, acepta la doctrina Italiana de la excesiva onerosidad sobrevenida como la mejor forma legislativa para plasmar la teoría de la imprevisión afirmando lo siguiente:

"a) De acuerdo con las tendencias actuales, el contrato ha perdido su fuerza de ley, de manera que pueda autorizarse su revisión sin que afecte la teoría general del contrato.

b) No se ataca la autonomía de la voluntad porque la partes continúan teniendo libertad, dentro de los límites que la ley permite, para contratar y para terminar sus derechos y deberes.

c) No va en contra de la seguridad contractual porque ésta se encuentra ya sumamente debilitada; pero además, la revisión tendrá lugar únicamente en casos excepcionales por la realización de un acontecimiento extraordinario e imprevisible, que haya originado un desequilibrio en las prestaciones de las partes.

d) Hay un mejor respeto a la voluntad contractual, puesto que al presentarse una excesiva onerosidad imprevisible, si se exige al deudor un cumplimiento estricto de los términos del contrato, la prestación a su cargo será distinta de aquella por la cual manifestó su voluntad. Será una obligación distinta de la aceptada por él. Al revisar el contrato y restablecer el equilibrio entre las prestaciones a cargo de las partes, se hará una adecuación más semejante a lo que originalmente los contratantes convinieron.

e) Al aplicarse la teoría de la imprevisión no se libera al deudor como en el caso fortuito, sino solamente se evita la excesiva onerosidad sobrevenida.

f) La equidad y la buena fe en la ejecución del contrato, son plenamente respetadas cuando ambas partes se protegen a través del equilibrio de sus prestaciones.

g) Continúa respetándose al principio "*Pacta sunt servanda*" para todos los casos, que son la generalidad, en que no hay variaciones en las circunstancias originales en las cuales se contrató, o sea, las situaciones tomadas en consideración para expresar la voluntad en determinado sentido.

h) Se imprime a los contratos un sentido social, ya que de acuerdo con Raymundo M. Salvat son:

"Más que una fuente generadora de derechos individuales e individualistas en sus fines, combinaciones protegidas por la ley para llegar a los fines siguientes: Creación y distribución de las riquezas para satisfacción de los seres humanos.". ²²⁵

La autora manifiesta que para que fuera posible la aplicación de la teoría de la imprevisión en nuestro derecho, deberían respetarse las siguientes bases:

"1.- Revisión del contrato para lograr nuevamente la equivalencia de la prestaciones y evitar, por lo tanto, la excesiva onerosidad a cargo de una de las partes, El perjuicio, puede distribuirse de manera que no sufran ambas partes, lo cual es equitativo, puesto que el acontecimiento que hace cambiar la situación original, es ajeno a ellas.

2.- Intervención del juez, quien podrá resolver con conocimiento de las circunstancias especiales de cada caso concreto. No debe considerarse peligroso el arbitrio judicial, puesto que el fallo, puede ser revisado por una autoridad jerárquica superior. La intervención del legislador será apropiada cuando el acontecimiento extraordinario e imprevisible afecte a una colectividad, de manera que la solución pueda obtenerse a través de una ley.

3.- La intervención del juez debe ajustarse a las siguientes normas:

3.1.- La alteración de las circunstancias bajo la cuales se contrató ha de ser consecuencia de un acontecimiento extraordinario y que las partes no pudieron razonablemente prever.

3.2.- La variación de circunstancias debe haber producido una desproporción entre las prestaciones de las partes.

3.3.- La alteración de las circunstancias debe ser totalmente ajena a las partes.

²²⁵ CARRERAS MALDONADO, María, "Revisión del Contrato por cambio imprevisible de las circunstancias, en el cincuentenario del Código Civil", Unam, México, 1978, pág. 13.

3.4.- La revisión tendrá lugar solo en relación a contratos de ejecución a largo plazo y en los de tracto sucesivo.

3.5.- El lapso entre la celebración del contrato y su ejecución debe ser considerable para que la alteración sea imprevista.

3.6.- Debe haber una relación de causa a efecto entre el acontecimiento extraordinario e imprevisto y el desequilibrio de las prestaciones.

3.7.- La onerosidad debe ser excesiva en sí misma y no sólo en relación a determinado deudor, porque de acuerdo a su situación económica le resulte gravosa.

3.8.- Que el deudor no haya dado cumplimiento a la obligación a su cargo.

3.9.- Que la revisión se demande desde que se produce el desequilibrio de las prestaciones.

3.10.- No conceder la revisión del contrato cuando se trate de contratos aleatorios.

3.11.- No conceder la revisión del contrato, si hubo dilatación injustificada en el cumplimiento de las obligaciones.

3.12.- El juez deberá previamente pedir a las partes las proporciones de ajuste de las prestaciones, procurando el común acuerdo, y de no ser éste posible, con vista en las pruebas rendidas y con pleno conocimiento del alcance del desequilibrio, sentenciará estableciendo las modificaciones pertinentes a fin de restablecer la equivalencia".²²⁶

Por último, la maestra manifiesta que "es un problema de integración de la voluntad por parte del juez frente a las nuevas condiciones, ya que el juez solo debe tomar en cuenta para dictar sentencia si el contrato puede seguir cumpliendo con su

²²⁶ *Idem*, pp 21 y ss.

finalidad, o ajustar las prestaciones a las nuevas circunstancias o dar por terminado el contrato".²²⁷

Consideramos valiosos los razonamientos de la maestra Carreras Maldonado, desde la óptica que la misma fija las bases o los parámetros bajo los cuales el juzgador puede reducir equitativamente las prestaciones que se han convertido en excesivamente onerosas para uno de los contratantes, e incluso el criterio de la jurista en el sentido de que el juzgador debe buscar un punto de equilibrio en la reducción de las prestaciones debido a la imprevisión, sin embargo, somos conscientes de que en nuestro país la ley es el instrumento fundamental para que el juzgador resuelva una controversia de esta naturaleza entre los contratantes, razón por la que estimamos prudente el criterio del maestro Borja Soriano, en el sentido de dejar la responsabilidad de la reducción de las prestaciones de un contrato debido a la imprevisión, al legislador, en la inteligencia de que este después de recoger el sentimiento de sus representados lo plasmará en una ley que será obligatoria para todos los destinatarios de la norma, acotando de esta manera la desmedida discrecionalidad que le otorgan los defensores de esta teoría al juzgador.

A efecto de demostrar la inaplicabilidad de la imprevisión a los contratos bancarios de crédito, a continuación realizamos un breve análisis de los elementos que la profesora Maria Carreras Maldonado propone para la implantación de la imprevisión contractual en nuestro derecho, en la inteligencia de que tal análisis lo realizamos a la luz de la teoría propuesta por la citada autora, en virtud de que consideramos que esta teoría es la que contiene en forma completa el análisis de la cláusula *rebus sic stantibus*:

a) Respecto del primer argumento que maneja la maestra Carreras Maldonado, en el sentido de que de acuerdo a las tendencias actuales el contrato ha perdido su fuerza de ley, de manera que puede autorizarse se revisión, sin que afecte la teoría general del contrato, es prudente afirmar que la frase de que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes, es una expresión que dice Sánchez Medal, no debe entenderse literalmente, ya que la misma revocación del contrato por voluntad bilateral en ambos contratantes no es omnipotente, debido a que solo produce efectos para el futuro y no retroactivamente y además, cuando el contrato ha creado derechos reales, deben estos retransmitirse, concluyendo en el sentido de que "la expresión de que el contrato tiene fuerza de ley,

²²⁷ *Ibidem*.

debe ser aceptada solo en forma metafórica, en el sentido de que ninguna de las partes puede sustraerse al deber de observar el mismo contrato, sino que ha de cumplirlo y respetar la palabra dada (*pacta sunt servanda*).²²⁸

Del análisis de las aseveraciones del maestro Sánchez Medal, podemos colegir que si bien es cierto que ha perdido vigencia el efecto que los antiguos llamaban como fuerza de ley, no es menos cierto que los contratantes deben cumplir el contrato en los términos y condiciones que los hayan estipulado, por lo que en tratándose de los contratos de crédito, es evidente que las partes deben de estar y pasar por lo pactado en el contrato, sin mayor excusa o argumento que aleguen para no cumplir con el mismo.

b) En relación al segundo parámetro que señala la profesora María Carreras Maldonado, en el sentido de que mediante la inclusión de la imprevisión no se ataca a la autonomía de la voluntad, ya que las partes continúan teniendo libertad dentro de los límites que la ley permite para contratar y para terminar sus derechos y deberes, debemos decir que la propuesta de la profesora Carreras Maldonado nos parece bastante razonable, ya que, señala que una vez aprobada judicial o legalmente la aplicación de la imprevisión, las partes están en la aptitud de ejercitar nuevamente su libertad contractual, para fijar las nuevas bases bajo las cuales se regiría el contrato, circunstancia que no es tomada en consideración por los favorecedores de esta doctrina en nuestro país en los tiempos actuales, ya que estos pretenden que la reducción de las prestaciones en el contrato de crédito, específicamente en cuanto al pago de intereses, sea al tipo legal. Situación que es totalmente desventajosa para las instituciones financieras, debido a que el interés contemplado por el artículo 362 del Código de Comercio en vigor, equivale al 6% anual, tasa que definitivamente es obsoleta en nuestros tiempos, y que dicho sea de paso, requiere de una reforma del legislador federal que la actualice acorde a los tiempos actuales y evidentemente a la situación económica que reina en nuestro país.

c) En relación con el tercer parámetro que la autora considera en el sentido de que la aplicación de la teoría de la imprevisión no va en contra de la seguridad contractual, porque ésta se encuentra ya sumamente debilitada; pero además, la revisión tendrá lugar únicamente en casos excepcionales por la realización de un acontecimiento extraordinario e imprevisible, que haya originado un desequilibrio en las prestaciones de las partes; nos

²²⁸ SANCHEZ MEDAL, Ramón, *op. cit.*, pág. 79.

parece acertado su razonamiento, en virtud de que únicamente se revisarán los contratos en casos excepcionales en los que exista un acontecimiento extraordinario e imprevisible, que haya originado un desequilibrio en las prestaciones de las partes y no se rompa con la seguridad contractual, debido a que solo se realizará la revisión en casos excepcionales.

d) Por lo que hace a la manifestación de la autora en el sentido de que hay un mejor respeto a la voluntad contractual, puesto que al presentarse una excesiva onerosidad imprevisible, si se exigiera al deudor un cumplimiento estricto de los términos del contrato, la prestación sería distinta de la que contrataron originalmente, y al revisar el contrato y restablecer el equilibrio de las prestaciones a cargo de las partes, se hará una adecuación semejante a la convenida originalmente; estamos de acuerdo, con la salvedad de que debe especificarse o regularse estrictamente la forma en que las prestaciones pueden equilibrarse, para evitar injusticias y sobre todo que el juzgador abuse de su poder, aún y cuando pueda ser revisado por otras instancias.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, como ya ha quedado asentado con anterioridad, en los contratos de crédito bancarios, no se presenta la excesiva onerosidad imprevisible, ya que, dadas las crisis financieras recurrentes que venimos padeciendo en nuestro país desde principios de los años setenta, han traído como consecuencia que la inflación sea el parámetro para fijar las bases del cobro de intereses tanto ordinarios como moratorios, por lo que se ha recurrido a las escalas móviles de intereses, consistentes básicamente en los parámetros financieros que hoy conocemos como CETES, BONDES, TIIE, CPP, etc., cuya naturaleza va íntimamente ligada a la inflación de nuestra economía.

e) En relación al quinto parámetro que dice la maestra Carreras hay que considerar para aplicar la teoría de la imprevisión, en el sentido de que no se libera al deudor como en el caso fortuito, sino solo se evita la excesiva onerosidad sobrevenida; estamos totalmente de acuerdo, y consideramos que esa debe ser la función principal al aplicar esta teoría, en virtud de que debe evitarse la excesiva onerosidad sobrevenida, pero nunca el incumplimiento de las obligaciones estipuladas por las partes, lo que si generaría una inseguridad contractual.

f) El sexto parámetro que la maestra Carreras maneja, en el sentido de que la equidad y la buena fe en la ejecución del contrato, son plenamente respetadas cuando ambas partes se protegen a través del equilibrio de sus prestaciones, consideramos un tanto ambiciosa la pretensión de la autora, ya que debemos recordar que la materia civil y mercantil en nuestro país, es de estricto derecho.

En efecto, el artículo 14 de la Constitución General de la República, consagra como garantía individual del gobernado, la norma de que en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser pronunciada conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a la falta de esta se fundará en los principios generales del derecho. Dicho dispositivo tiene especial relevancia, porque nos obliga a razonar que en el mismo no se contiene la libertad del juzgador para que en un caso de excepción aplique su justo criterio, como en la especie lo propone la profesora Carreras Maldonado para la imprevisión, por lo que de incorporar la imprevisión a nuestra legislación civil, implicaría pasar por alto la garantía constitucional enunciada, o bien, realizar una reforma derogatoria de dicho principio, lo que definitivamente consideramos que no sería recomendable, en virtud de una causa de excepción como en el caso lo constituye la imprevisión.

g) Por lo que hace al séptimo parámetro, en el que la maestra Carreras dice que sigue respetándose el principio *pacta sunt servanda* para todos los casos que son la generalidad, en que no hay variaciones en las circunstancias originales en las cuales se contrató, no estamos de acuerdo, en virtud de que las apreciaciones de la maestra Carreras se encuentran fuera de todo sustento jurídico, ya que la *pacta sunt servanda* y la teoría de la imprevisión, son absolutamente irreconciliables, fundados en que la primera de las teorías señaladas exige el cumplimiento irrestricto de los contratantes siempre y cuando las cláusulas sean lícitas, mientras que la segunda de las posturas señaladas, permite al juzgador aplicar su criterio reduciendo las condiciones económicas del mismo, de tal forma que los contratantes estén en la posibilidad de cumplirlo.

Efectivamente, la profesora Carreras Maldonado, pretende que en la generalidad de los contratos rija el principio *pacta sunt servanda*, y excepcionalmente, la teoría *rebus sic stantibus*, pero se abstiene de señalar en que casos concretos debe operar la reducción de las prestaciones en los contratos en virtud de la imprevisión, lo que

consideramos sumamente peligroso, ya que, quien no se encuentre en el caso de excepción pretenderá invocarlo, como en el caso que nos ocupa acontece con los deudores de la banca que en su momento celebraron contratos de crédito.

h) También estamos de acuerdo con el octavo parámetro que considera la maestra Carreras, en el sentido de que se imprime a los contratos un sentido social, aunque eso más bien parece un deseo y no una realidad, en virtud de que en la mayoría de los casos, los contratantes buscan su beneficio particular antes del beneficio general.

En relación a la forma en que a juicio de la maestra Carreras Maldonado, debe regularse la teoría de la imprevisión en nuestro derecho, consideramos lo siguiente:

1.- Compartimos totalmente lo manifestado por la autora, en el sentido de que deberá revisarse el contrato, con objeto de lograr nuevamente la equivalencia de las prestaciones y evitar la excesiva onerosidad a cargo de una de las partes, a efecto de buscar la equidad, aunque repetimos que la facultad al juzgador para que analice este tipo de situaciones debe ser muy clara y precisa, para evitar mayores injusticias e inequidades, y a ese efecto consideramos que la ley deberá contener un parámetro generalizado para resolver este tipo de situaciones, como en la especie acontece con el artículo 1734 del Código Civil para el Estado de Aguascalientes y el 1788 del Código Civil del Estado Jalisco.

Efectivamente, los dispositivos en comento, contemplan una base por la que la persona que obtenga la reducción equitativa de las prestaciones que se tornaron excesivamente onerosas en su perjuicio, debe indemnizar a su cocontratante por la mitad de los perjuicios que le hubiere causado la reducción de las prestaciones, que desde luego, resulta ser un parámetro mas acorde con la realidad, económica de nuestro país, diverso al contemplado por el artículo 362 del Código de Comercio, cuyo parámetro es totalmente obsoleto, e incapaz de resarcir los daños que se le pudiesen ocasionar a un contratante en materia mercantil, ya que el pago del interés del 6% anual, no remedia de ninguna manera la falta de poder adquisitivo de nuestra moneda, que en la actualidad se presenta..

2.- Diferimos de la maestra Carreras, en el sentido de que la intervención del juez deberá llevar implícito el conocimiento de las circunstancias especiales de cada caso concreto, en virtud de que como ya se ha manifestado, el artículo 14 de la Constitución General de la República, consagra como garantía individual del gobernado, la norma de que en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva, deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a la falta de esta se fundará en los principios generales del derecho.

Dicho dispositivo tiene especial relevancia, porque nos obliga a razonar que en el mismo no se contiene la libertad del juzgador para que en un caso de excepción aplique su justo criterio, como en la especie lo propone la profesora Carreras Maldonado para la imprevisión, por lo que de incorporar la imprevisión a nuestra legislación civil, implicaría pasar por alto la garantía constitucional enunciada, o bien, realizar una reforma derogatoria de dicho principio, lo que definitivamente consideramos que no sería recomendable, en virtud de una causa de excepción como en el caso lo constituye la imprevisión.

3.- En relación a las normas a las que debe ajustarse el juez para determinar si es posible la aplicación de la imprevisión al caso que se le presenta, las consideramos incorrectas, de acuerdo con lo manifestado en el punto inmediato anterior.

Es importante reiterar que compartimos la forma en que la maestra Carreras Maldonado percibe la aplicación de la teoría de la imprevisión en la legislación mexicana, pero también consideramos que debe legislarse en aspectos como la forma de reducción equitativa de las prestaciones para evitar el desequilibrio de estas, a efecto de dejar lo menos posible al arbitrio judicial; por tal motivo, consideramos viable la implementación del artículo 1788 para el Estado de Jalisco, y su correlativo del Estado de Aguascalientes, numerales que disponen que la parte que haya obtenido la cesación de los efectos de un contrato deberá indemnizar a la otra, por mitad de los perjuicios que le ocasione la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato, incluyendo gastos y demás erogaciones que tuvieren que hacerse para lograr las mismas prestaciones en los términos que sean usuales o justos en ese momento. Sólo podrá liberarse de este compromiso la parte que ofreciere a la otra llevar adelante las prestaciones aludidas en términos hábiles, aun cuando ésta última rehusare la proposición.

Con disposiciones como esta, se restringe de buena manera la facultad del juzgador para reducir equitativamente las prestaciones que se han vuelto excesivamente onerosas. Por tal razón, repetimos que estamos de acuerdo en algunos de los aspectos de la teoría de la doctora Carreras Maldonado, a excepción de que a nuestro juicio debe regularse en forma mas estricta su aplicación, a efecto de evitar la intromisión exagerada del juzgador en la búsqueda de la equidad contractual.

CONCLUSIONES.

1.- En el derecho romano, la teoría de la imprevisión constituye un antecedente remoto, existiendo algunas aplicaciones del principio susceptibles de señalarse, tales como la aseveración de Paulo, en el sentido de que en los contratos interesa el momento en que se celebren, y no el momento de su ejecución (*in stipulatione id tempo expectatu quae contrahimus*), o la de Africano, con el principio de (*solutionibus et liberationibus*), expresada como una cláusula tácita según la cual se cumple si permanece invariada la situación en el momento de celebrarse la convención (*tacite enim inesse ahec conventio estipulatio videtur si in eadem maneat*).

2.- Juristas de la Edad Media, como Bártolo y Baldo, con el propósito de subsanar la situación de que las cargas económicas al momento de la ejecución del contrato se volvieran excesivamente onerosas para una de las partes, sostuvieron que en los contratos existe sobreentendida la cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual el contrato se resuelve cuando al llegar el momento de la ejecución ha sido modificada la situación de recíproco sacrificio y ventajas presentes por las partes al momento de la convención.

3.- La cláusula *rebus sic stantibus* renació en el derecho contemporáneo, en forma implícita y mediante el *standard* jurídico de la buena fe contractual, como ocurrió en la doctrina jurisprudencial alemana, y con motivo de la inflación monetaria que originó la primera guerra mundial de este siglo XX, lo que fue establecido en el moderno Código Civil italiano de 1942, que constituyó la fuente mediata de las posteriores codificaciones que contemplaron la figura jurídica.

4.- De las diversas teorías de la imprevisión expuestas en el primer capítulo de nuestro trabajo, nosotros consideramos que la más adecuada a nuestra legislación civil mexicana, es la conocida como la de la buena fe contractual, que obliga a los contratantes a cumplir con lo estipulado en el contrato, no obstante el cambio de las condiciones económicas del mismo, en virtud de la devaluación monetaria, ya que, es imprescindible que se respete la regla moral expuesta por los alemanes, en el sentido de que es injusto que el acreedor reciba una moneda envilecida, cuando en realidad prestó una moneda con un poder adquisitivo importante.

5.- De los autores nacionales que exponen la imprevisión contractual, consideramos que el mas claro expositor es el maestro Ramón Sánchez Medal, quien señala que para proteger al acreedor a plazo de una suma de dinero contra los efectos de la pérdida considerable e imprevisible del valor de cambio o poder adquisitivo de la moneda nacional a causa de la inflación, existen únicamente dos grandes remedios jurídicos; dar una intervención directa del legislador para que se puedan revisar y modificar o rescindir los contratos afectados por el desequilibrio posterior a su celebración; o bien en una cláusula o estipulación acordada expresamente por las mismas partes en el texto de propio contrato que haya previsto o regulado de antemano la situación planteada.

6.- De la tesis expuesta por el maestro Manuel Borja Soriano, podemos recoger su propuesta en el sentido de que es necesaria la intervención del legislador que fije los parámetros necesarios para solucionar la desproporción en las condiciones económicas de un contrato, mediante la creación de una ley general, atentos a que en nuestro derecho los contratos se rigen conforme a la obligatoriedad y la buena fe de los contratantes.

7.- De la teoría expuesta por la profesora Carreras Maldonado, podemos recoger las bases que propone para la incorporación de la teoría de la imprevisión a nuestra legislación civil, tales como el hecho de que se deban de revisar los casos particulares en que se presente la desproporción en las condiciones económicas en los contratos, sin que ello implique que estemos de acuerdo con la postura de esta autora, en el sentido de conceder libertad al juzgador para que a su justo criterio reduzca equitativamente las prestaciones económicas que se volvieron onerosas por causas ajenas a los contratantes.

8.- El Código Civil para el Distrito Federal, no contempla la figura de la imprevisión como causa de rescisión de los contratos, sino que al contrario, el artículo 1796, contiene implícita la cláusula pacta sunt servanda, lo que implica que las partes deben estarse a lo estipulado en el contrato, debiendo cumplir necesariamente con las obligaciones contraídas en el mismo, con independencia de que hayan variado las condiciones económicas, por lo que si sobreviene una excesiva onerosidad en el mismo, no es dable invocar la imprevisión contractual.

9.- Las legislaciones civiles de los Estados de Aguascalientes, Guanajuato y Jalisco, contemplan la imprevisión contractual, para los contratos civiles de ejecución periódica, continuada y diferida, facultando a la parte afectada para pedir la resolución del contrato en aquellos casos en los cuales no sea susceptible la reducción de las prestaciones que se han convertido en excesivamente onerosas, y, que por ende imposibilitan al contratante para cumplir adecuadamente con ellas.

10.- La resolución de los contratos conocida también como pacto comisorio, es la cláusula mediante la cual, las partes convienen en que el contrato será resuelto si una u otra de ellas no cumple con su obligación.

11.- El maestro Ernesto Gutiérrez y González, señala que el pacto comisorio tácito, consiste en lo expresado por el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, que dispone que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, en el entendido de que cuando las partes no pactan expresamente la resolución de un contrato en caso de incumplimiento, la ley determina precisamente como sanción la facultad de resolverlo.

12.- El pacto comisorio expreso, consiste en la cláusula que se contiene en un contrato, en la cual se plasma de manera expresa el texto del artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal y sus equivalentes en las demás legislaciones civiles de nuestro país, o se inserta una cláusula que sin transcribir dicho dispositivo legal, equivale al contenido del mismo.

13.- Respecto a la solicitud judicial para rescindir un contrato, nosotros nos adherimos al pensamiento del maestro Manuel Borja Soriano, en el sentido de que de la propia literalidad de los artículos 1350 del Código Civil de 1884, y 1949 del vigente, se desprende tal requisito, al señalar dichos dispositivos la palabra "exigir", de lo que resulta ser obligatorio para la parte que pretenda rescindir el contrato acudir ante las autoridades judiciales, y no potestativo como indebidamente lo señala el maestro Ernesto Gutiérrez y González, quien manifiesta que la resolución de los contratos se entiende implícita en los mismos.

14.- Por regla general, cuando el deudor se ve imposibilitado para cumplir su obligación por caso fortuito o fuerza mayor, ese deudor queda liberado de su obligación, partiendo de la máxima jurídica que dice que a lo imposible nadie está obligado, sin embargo, hay casos en los que no obstante que el incumplimiento se deba a un caso fortuito, subsiste la responsabilidad del deudor, cuando éste a dado causa o contribuido a él y cuando el deudor ha aceptado expresamente que será responsable de los daños y perjuicios que se originaron por su incumplimiento, aún cuando este se deba a caso fortuito o fuerza mayor.

15.- De acuerdo a la naturaleza de los contratos de crédito, estos se dividen en contratos de crédito privados y bancarios, entendiéndose por los primeros aquellos pactos en cuyo perfeccionamiento puede participar cualquier persona, sin otro límite que no estar disminuido legalmente de su capacidad para ejercer el comercio, y por los segundos, aquellos pactos en cuyo perfeccionamiento cualquiera que sea el lugar o rol que adopte, es necesaria *a fortiori legis* la participación de una institución de crédito o de una organización auxiliar de las instituciones de crédito.

16.- De acuerdo a lo señalado por el maestro Cervantes Ahumada, con cierta impropiedad, nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito comprende bajo el rubro de tales operaciones, a negocios jurídicos en los que, en sentido estricto y como fundamental elemento, no se da el fenómeno del crédito (depósito bancario regular, depósito en almacenes generales, fideicomiso, etc.) y es que por razones prácticas, el término "operación de crédito", se ha extendido al campo de aquellos negocios que bien, si no son estrictamente crediticios tienen relación normal con lo negocios de crédito, principalmente por alguno de los sujetos del negocio.

17.- Del análisis de los mas importantes contratos de crédito y financiamiento, podemos concluir que tienen una eminente naturaleza mercantil, en virtud de las partes que participan y por supuesto el lucro que se busca en los mismos, aunado a que el Código de Comercio y los demás ordenamientos que regulan la materia mercantil, no contemplan la teoría de la imprevisión como causa de la resolución de los contratos, sino que más bien se acogen a la cláusula *pacta sunt servanda*, es decir, a la corriente de que los contratos deben ser cumplidos por quienes los celebran.

18.- Cesar Fentanes Méndez, sostiene la obligatoriedad de la imprevisión en los contratos de crédito, pretendiendo fundarla en la jerarquía del tratado internacional de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, suscrito por los intervinientes en mayo de 1969, misma que fue ratificada por el Senado Mexicano, convirtiéndose en Ley Suprema, documento en el que se incluyó la incorporación de la cláusula rebus sic stantibus, argumento que nosotros consideramos inaplicable a nuestra legislación comercial, en virtud de que dicha convención internacional únicamente es aplicable a los contratos internacionales celebrados por nacionales con extranjeros, y no así para aquellos contratos celebrados en territorio nacional y al amparo de las leyes de los Estados Unidos Mexicanos, ya que pensar en la forma que lo hace el licenciado Fentanes, de alguna manera sería tratar de quitar la jerarquía del tratado internacional y el objeto para el cual fue suscrito el mismo, que no es otro más que el regir las relaciones contractuales entre nacionales y extranjeros.

19.- De acuerdo al criterio del maestro Torreblanca Senties, las crisis económicas recurrentes en nuestro país, han generado un colapso en la economía y las finanzas sin precedente, lo que nos permite razonar que estas crisis financieras en México con la consecuente inflación, la devaluación de la moneda y el incremento en el costo de la vida, son acontecimientos previsibles y ordinarios, que se presentan con regular frecuencia en nuestro país, por lo que consideramos que estas son causas previsibles a todas luces.

20.- Debido a la inflación que se genera en forma sostenida en nuestro país, esto obligó a las instituciones financieras a que las tasas de interés que se pactaban en los contratos de crédito celebrados con sus clientes, fueran de las conocidas como de escala móvil, es decir, que se encontraban vinculadas a los índices inflacionarios de nuestro país, de tal forma que si la inflación crecía de acuerdo a los índices que el Banco de México emite, evidentemente las tasas de interés también subían, por lo que el error del manejo de las finanzas públicas por Carlos Salinas de Gortari, trajo como consecuencia una evidente inflación en el país, lo que a la postre generó el incremento de las citadas tasas móviles de interés, y consecuentemente la imposibilidad de pago por los deudores de la banca.

21.- De todo lo anterior, se puede colegir que el problema de las deudas bancarias de los deudores de nuestro país no obedece a una imprevisión contractual, como atinadamente lo afirma el maestro José Manuel Torreblanca Senties, sin embargo, tal circunstancia

debe de ser atendida al amparo de una reforma legal que al efecto lleve a cabo el legislativo federal, mediante la cual realice una reducción equitativa de las prestaciones contractuales de tal forma que sea posible la liquidación del crédito a cargo del deudor y que desde luego mediante la liquidación de dicho crédito no se vea mermado el patrimonio de la institución bancaria por la reducción a las prestaciones.

BIBLIOGRAFIA.-

ALTERINI, Atilio A y LOPEZ CABANA Roberto M, Cuestiones modernas de responsabilidad civil, "El reajuste del precio en la compraventa inmobiliaria: una adecuada aplicación del impedimento para obrar abusivamente", La Ley, Buenos Aires, 1988.

ARCE GARGOLLO, Javier, "Contratos mercantiles atípicos", 3ª Edición, Porrúa, México, 1996.

AZUA REYES, Sergio T, "Teoría general de las obligaciones", 1ª Edición, Porrúa, México, 1993

BADENES GASSET, Ramón, "Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional". El riesgo imprevisible, Barcelona, 1946.

BEJARANO SANCHEZ, Manuel, "Obligaciones Civiles", 3ª Edición, Harla, México, 1984.

BONNECASE, Julien, "Elementos de derecho civil", Traducción de José M. Cajica Jr., Tomo II, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana, 1985.

BORJA SORIANO, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", 9ª Edición, Porrúa, México, 1984.

CARRERAS MALDONADO, María, "Revisión del Contrato por cambio imprevisible de las circunstancias, en el cincuentenario del Código Civil", Unam, México, 1978.

CERVANTES AHUMADA, Raúl, "Títulos y Operaciones de Crédito", 1ª reimpresión, México, D.F., Herrero, 1992.

DAVALOS MEJIA, L. Carlos, "Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras", México, Harla, 1984, pág. 288.

DE AQUINO, Tomás, "Summa Teológica".

DE BUEN LOZANO, Nestor, "La decadencia del Contrato", 2ª Edición, Porrúa, México, 1986.

DE PINA, Rafael, "Elementos de derecho civil mexicano", 6ª Edición, Vol. III, Porrúa, México, 1993.

DIEZ PICASO, Luis, "Fundamentos de derecho civil patrimonial", 2ª Edición, Madrid, Tecnos, 1983.

DIAZ BRAVO, Arturo, "Contratos Mercantiles", 3ª Edición, México, Harla, 1989.

ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. "Tratado de derecho civil", Tomo I, Traducción a la 39ª Edición Alemana por Blas Pérez González y José Alguer, Bosh, Barcelona, 1966.

FENTANES MENDEZ, Cesar, "La nulidad del pacto de obligaciones en moneda extranjera (Dolarización y Fuga de Capitales)", 1ª Edición, Tomo 1 de la serie "Aspectos Jurídicos del Capitalismo Salvaje Mexicano". Cesar Fentanes Méndez, Mc Allen, Texas, E.U.A., 1997.

FLAH, Liliy R y SMAYEVSKY, Miriam, "Teoría de la imprevisión", De Palma, Buenos Aires, 1985.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Teoría General de los Contratos", Porrúa, México, 1996.

GARRIGUES, Joaquín, "Curso de derecho mercantil", 6ª Edición, Tomo II, Porrúa, México, 1984.

GUISEPPE, Donadio, "De la naturaleza Jurídica de la Apertura de Crédito, en Escritos Jurídicos en memoria de Ageo Arcángel", Vol. I, Pádiva, 1939.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, "Derecho de las obligaciones", 9ª Edición, Porrúa, México, 1993.

LOPEZ DE ZAVALIA, F, "Teoría de los contratos, Parte General", Zavalia, Buenos Aires, 1971.

ORTIZ URQUIDI, Raúl, "Derecho Civil, Parte General", Porrúa, México, 1977.

PINO, Augusto, "La excesiva onerosidad de la prestación", Traducción de Federico Mallof. Bosh, Barcelona, 1959.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. "Tratado práctico de derecho civil francés", Tomo V, Cultural, S.A., La Habana, Cuba, 1935.

QUINTANILLA GARCIA, Miguel Angel, "Derecho de las obligaciones", 3ª Edición, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1993.

RIPERT, "La Regla Moral de las Obligaciones Civiles", Traducción, Bogotá, 1946

ROCCO, Alfredo, "La naturaleza Jurídica del Cheque", Vol. II, Roma, 1933.

ROCCO, Alfredo, "Principios de derecho mercantil", México, 1947.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín, "Derecho Mercantil", Tomo II, México, Porrúa, 1982.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Tomo 5º, Obligaciones, Vol. II, 6ª Edición, Porrúa, México, 1995.

SANCHEZ MEDAL, Ramón, "De los Contratos Civiles", 12ª edición, Porrúa, México, 1993.

SANCHEZ MEDAL URQUIZA, José Ramón, "La resolución de los contratos por incumplimiento", 4ª Edición, Porrúa, México, 1989.

SEPULVEDA SANDOVAL, Carlos, "De los derechos personales, de crédito u obligaciones", 1ª Edición, Porrúa, México, 1996.

SPOTA, Alberto, G. "Instituciones de Derecho Civil, Contratos, Vol. III, De Palma, Buenos Aires. 1975.

TRABUCCI, Alberto, "Instituciones de derecho civil", Tomo I, Trad. de la décimo quinta edición italiana con notas de Luis Martínez Calcerrada, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, "Contratos mercantiles", 6ª Edición, Porrúa, México, 1996.

VILLORO TORANZO, Manuel, "Introducción al estudio del derecho", 2ª Edición, Porrúa, México, 1974.

VON MISSES, Ludwig, "Teoría del Dinero y del Crédito", Traducción de Antonio Riaño, Madrid, 1936.

WINSCHIED, Bernardo, "Diritto delle Pandette", traducido y anotado por Fadda y Bensa, Torinese, Torino, 1931, tomo I.

LEGISLACION Y REVISTAS CONSULTADAS.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ed. Porrúa, México, 1997.

CODIGO CIVIL, para el Distrito Federal de 1928, Ed. Porrúa, México, 1998.

CODIGO CIVIL, para el Estado de Aguascalientes, Ed. Sista, México, 1997.

CODIGO CIVIL, para el Estado de Guanajuato, 2a edición. Ed. Distribuidores Librería Font. México. 1980.

CODIGO CIVIL, para el Estado de Jalisco, Ed. Mc Graw Hill, México, 1996.

CODIGO DE COMERCIO, Ed. Sista, México, 1998.

LEY DE GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO, Ed. Porrúa, México, 1996.

LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO, Ed. Porrúa, México, 1996.

LEY DE ORGANIZACIONES Y ACTIVIDADES AUXILIARES DEL CREDITO, Ed. Porrúa, 1996.

ARS IURIS, REVISTA DEL INSTITUTO DE DOCUMENTACIÓN E INVESTIGACIÓN JURÍDICAS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA". "Comentarios a resoluciones judiciales relacionados con Instituciones Bancarias", Número 18, México, 1998.