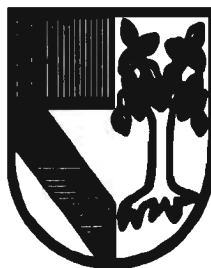


308909 5  
24.

**UNIVERSIDAD PANAMERICANA**

**FACULTAD DE DERECHO**

Con estudios incorporados a la  
Universidad Nacional Autónoma de México



**PACTA SUNT SERVANDA  
VS  
REBUS SIC STANTIBUS**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :  
**MARIA CECILIA BRIBIESCA VADILLO**

DIRECTOR DE TESIS: LIC. JAIME DEL ARENAL FENOCHIO

MEXICO, D. F.

1997

**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.

**POR UN IDEAL SE VIVE,  
SE LUCHA,  
SE TRIUNFA.**

A mis padres:  
Cecilia y Ricardo,  
La culminación de sus esfuerzos.

A Jorge:  
Con infinito amor.

A mis hermanos:  
Ricardo, Arturo, Elizabeth y Guillermo,  
firme apoyo en esta realidad.

A mi universidad y profesores,  
Con mi agradecimiento.

## INDICE

|  |          |
|--|----------|
| <b>INTRODUCCION</b>  | <b>I</b> |
| <br>   |          |
| I Los Fines del Derecho  | 1        |
| <br>   |          |
| 1 1 Fin del Derecho y Bien Común   | 6        |
| 1.2 La Seguridad y la Justicia como fines del Derecho                              | 9        |
| 1.3 La Equidad   | 18       |
| 1.3.1 Distinción básica entre los Principios Generales de Derecho y la Equidad     | 19       |
| 1.3.2 La Equidad en el Derecho Romano  | 21       |
| 1.3.3 La Equidad en los Sistemas Jurídicos Históricos                              | 22       |
| 1.3.3.1 La Justicia Primitiva  | 22       |
| 1.3.3.2 Evolución de la Equidad Judicial   | 24       |
| 1.3.3.3 La Equidad hasta el siglo XVIII  | 25       |
| 1.3.3.4 La Equidad en el Derecho Germánico   | 26       |
| 1.3.3.5 La Equidad en el Derecho Islámico  | 26       |
| 1.3.3.6 La Equidad en el Derecho Canónico  | 27       |
| 1.3.3.7 La "Equity" Anglosajona  | 28       |
| 1.3.4 La Equidad en los ordenamientos jurídicos modernos                           | 29       |
| 1.3.4.1 Equidad en los ordenamientos legislativos y jurisdiccionales de tipo común | 32       |
| 1.3.5 La Equidad en la época actual  | 34       |

|   |    |
|---|----|
| 1 3 6 Cuadro General de los Sistemas de formulación judicial del Derecho y aplicación de la Equidad | 35 |
| 1 3 7 La Coexistencia de Derecho Formal y de Derecho Equitativo                                     | 37 |
| 1 3 8 Necesidad de la Ley y necesidad de la Equidad   | 38 |
| 1 3 9 La Equidad en el Derecho Internacional  | 38 |
| 1 3 10 Existencia de ciertas conexiones entre los Principios Generales del Derecho y la Equidad     | 40 |
|   | 42 |
| II Buena Fe   |    |
|   | 42 |
| 2 1 Concepto de Buena Fe  |    |
| 2 2 Explicación de este principio en materia de ejecución contractual                               | 44 |
| 2 3 El origen de la ejecución de la Buena Fe, derivado del contrato de " <i>Bona Fidel</i> "        | 45 |
| 2 4 La Buena Fe como exigencia de cumplimiento  | 46 |
| 2 5 La ejecución de la Buena Fe, como principio del Derecho de Obligaciones                         | 48 |
| 2 6 Buena Fe Objetiva   | 51 |
| 2 7 Buena Fe Subjetiva y sus clases   | 53 |
| 2 8 Límites de aplicación de la Buena Fe, límites internos, ausencia de dolo o culpa                | 54 |
| 2 9 Límites externos, naturaleza del error legítimamente  | 56 |
| 2 10 La Buena Fe y la Equidad   | 58 |
| 2 11 Diligencia Contractual o Deber de Diligencia   | 59 |
| 2 12 El mejor esfuerzo  | 64 |

|   |     |
|---|-----|
| III <b>"Pacta Sunt Servanda"</b>  | 67  |
| 3 1 Concepto de <b>"Pacta Sunt Servanda"</b>  | 67  |
| 3 1 1 Los Principios Generales de <b>"Pacta Sunt Servanda"</b>                                | 68  |
| 3 1 2 Historia  | 69  |
| IV <b>"Rebus Sic Stantibus"</b>   | 71  |
| 4 1 Origen y Concepto de la Cláusula <b>"Rebus Sic Stantibus"</b>                             | 71  |
| 4 1 1 Antecedentes de la Cláusula <b>"Rebus Sic Stantibus"</b>                                | 71  |
| 4 1 2 La Teoría de la Imprevisión en el Derecho moderno                                       | 72  |
| 4 1 3 Generalidades   | 75  |
| 4 1 4 Concepto General  | 78  |
| 4 2 Requisitos  | 83  |
| 4 3 Contratos en los cuales es aplicable el principio   | 86  |
| 4 4 Presupuesto que posibilita la revisión del negocio  | 88  |
| 4 5 Requisitos  | 89  |
| 4 6 Efectos   | 91  |
| 4 7 Opiniones Doctrinales de la aceptación de la Teoría de la Imprevisión                     | 95  |
| 4 8 Autonomía del Principio   | 98  |
| 4 9 La aplicación de la Cláusula <b>"Rebus Sic Stantibus"</b> en el Derecho Positivo Mexicano | 102 |
| 4 9 1 Autores que no admiten la Teoría de la Imprevisión                                      | 102 |

|  |     |
|--|-----|
| 4 9 2 Autores que si admiten la Teoría de la Imprevisión   | 106 |
| 4 10 Legislación Positiva Mexicana   | 126 |
| 4 10 1 Código Civil del D F  | 126 |
| 4 10 2 Código Civil de Guanajuato  | 136 |
| 4 10 3 Código Civil de Jalisco   | 139 |
| 4 10.4 Código Civil de Morelos   | 144 |
| 4 11 Comentarios sobre la aplicabilidad de la Cláusula " <b>Rebus Sic Stantibus</b> " en nuestro Derecho                               | 146 |
| 4 12 La Cláusula " <b>Rebus Sic Stantibus</b> " en el ámbito del Derecho Internacional   | 148 |
| 4 12 1 Generalidades   | 148 |
| 4 12 2 La norma fundamental del Derecho Internacional  | 154 |
| V " <b>Hardship</b> " o Excesiva Onerosidad Sobveniente. Caso Fortuito y Fuerza Mayor  | 158 |
| 5 1 " <b>Hardship</b> " o Excesiva Onerosidad Sobveniente  | 158 |
| 5 1 1 Aplicaciones de los principios de <b>UNIDROIT</b> y la posibilidad de reajustar un contrato por la Excesiva Onerosidad Sobvenida | 162 |
| 5 1 1 1 La armonización y unificación del Derecho en la práctica   | 162 |
| 5 1 1 2 La discrecionalidad en los Principios del <b>UNIDROIT</b>  | 163 |
| 5 1 1 3 El principio de " <b>Pacta Sunt Servanda</b> "   | 165 |
| 5 1 1 4 Excesiva Onerosidad Sobvenida " <b>Hardship</b> " en el principio de " <b>Rebus Sic Stantibus</b> "                            | 166 |



|  |     |
|--|-----|
| 5.2 Caso Fortuito y Fuerza Mayor                     | 171 |
| 5.2.1 Caracteres                                     | 171 |
| 5.2.2 Categorías                                     | 172 |
| 5.2.3 Diferencias entre Caso Fortuito y Fuerza Mayor | 173 |
| 5.2.4 Efectos  | 174 |
| 5.2.5 Excepciones                                    | 174 |
| <br>   |     |
| CONCLUSIONES   | 176 |
| <br>   |     |
| BIBLIOGRAFIA   | 179 |

## INTRODUCCION

A lo largo de la Historia del Derecho se han venido desarrollando dos teorías sobre el cumplimiento de las obligaciones en el caso de que un suceso imprevisto llegara a cambiar, el equilibrio en las prestaciones contractuales, de tal manera que hiciere excesivamente gravoso el cumplimiento para una de las partes.

Estos dos principios son: el "*Pacta Sunt Servanda*" y el de "*Rebus sic stantibus*", que se refieren, en el primero de los casos a no cambiar ni variar las condiciones de lo pactado, y en el segundo de ellos a reajustar dichas condiciones, basándose en las circunstancias que se presten posteriormente, o bien a dejar sin efectos la obligación original.

Con este trabajo pretendemos estudiar ambas cláusulas de tal suerte que al final de esta tesis podamos llegar a una conclusión sobre cual de ellas estará mejor aplicada, basándonos en la seguridad jurídica, bien común, la buena fe y la equidad, principios que buscan salvaguardarse en el cumplimiento de cualquier obligación, previendo también en el presente análisis el caso fortuito, la fuerza mayor y la excesiva onerosidad superveniente o (*hardship*).

El objetivo de la presente tesis será el análisis de ambos principios, partiendo de sus conceptos generales, su origen histórico, su aplicación en el ámbito internacional, los casos en que se aplica en el Derecho Positivo Mexicano y aquellos en los que no; además de

analizar como estas teorías han podido impactar en los diferentes sistemas jurídicos del mundo y en los Principios del UNIDROIT, principios que rigen el derecho mercantil internacional actual.

De este modo, daremos al lector una visión global de lo que son estas dos teorías que según nuestra consideración tienen gran relevancia en los momentos actuales que estamos viviendo.

## CAPITULO I.

### LOS FINES DEL DERECHO.

La justicia y la seguridad jurídica son las dos caras del bien común o del orden público, ya que el derecho, es ésta regla de acción necesaria de las sociedades que el hombre forma en virtud de su naturaleza ya que no puede vivir y desarrollarse aisladamente.

Así, el derecho tiene por fin, establecer en el medio social un régimen de seguridad, de tranquilidad en el orden, es decir, "La Paz en la ciudad"; que se aplica para moralizar los hechos sociales.

La función en el Estado y más en el moderno que es unitario, consiste en promulgar, o decidir el derecho, ya que el derecho y el Estado aparecen uno con relación al otro, como medios necesarios, el Estado asegura el bien de la sociedad, que está llamado a regir, el bien de todos sus miembros, en consecuencia el bien común.

El derecho reposa sobre cierto número de datos esenciales que pueden reducirse a dos: Los hechos de la naturaleza exterior, y los hechos del hombre mismo, el primero es casi fijo, salvo cuando el hombre llega a modificarlo con su trabajo; el segundo por el contrario, es susceptible de variar en límites muy amplios. Este último se subdivide a su vez, en hechos del pasado (historia y tradición) y hechos del presente.

Los primeros constituyen, con los hechos de la naturaleza, el elemento estabilizador, conservador; los segundos el elemento progresista o dinámico.

Así pues, el fin del derecho consiste en garantizar, que por la justicia, el orden y la seguridad jurídica, se creen las condiciones, que permitan a los miembros del grupo, realizar el bien común.

El Estado tiene evidentemente un fin, cuando decide sobre el derecho; lo promulga, lo da, pero sin duda no arbitrariamente, sino en vista de obtener un resultado determinado. Así, el derecho, es una ciencia normativa que indica lo que debe ser ya que habla en imperativo.

Desde este punto de vista anterior, se ve al derecho, como una "ciencia", ya que establece normas, hechos positivos, textos, leyes, reglamentos y juicios que le confieren un carácter casi matemático, pero es aquí donde las mayores injusticias, las disposiciones más monstruosas o radicales ocurren, ya que si bien es cierto que el Estado promulga ciertas leyes para lograr el bienestar común y otorgar seguridad jurídica al ciudadano, es bien cierto que también esas disposiciones no por estar redactadas en textos que constituyen leyes han de ser necesariamente justas.

Para que una ley, sea justa debiera centrarse en tres círculos primordiales que a saber son: 1) vínculo con la forma, 2) vínculo con la realidad social y 3) vínculo con los valores trascendentales fijados en la definición del hombre.

Podemos decir, que la seguridad, descansa sobre elementos positivos y constituye un estado de hecho garantizado por el derecho, así la noción de justicia no debiera ser de ninguna manera arbitraria, no depende de la voluntad del hombre, y constituye un elemento del estado de orden público o de bien común.

El estado tiene por objeto y por misión, el favorecer el desenvolvimiento legítimo de las personas humanas que son sus súbditos, permitirles vivir, y desarrollarse conforme a su naturaleza.

"De este modo el Estado aparece como un agente capaz de organizar, o por lo menos facilitar entre los hombres el establecimiento de relaciones, no solamente de dominación y de subordinación, tampoco solamente de coordinación por la vía del contrato, sino más bien de cooperación o colaboración.

Por este medio también se logrará el éxito al conciliar la libertad y la autoridad, los derechos del individuo y los de la sociedad.

Desde el siglo XIII, Santo Tomás de Aquino, tomando como punto de partida, las dos verdades necesarias para el individuo, y para la sociedad, el valor sobreeminente de la persona humana y las exigencias del bien común, había dado la fórmula de esta conciliación que él expresa así: "El hombre no está ordenado a la sociedad política según todo su ser ni según todo lo que le pertenece", obligado a someterse a la sociedad, en tanto que miembro de un todo mayor que él, puede exigir de ella que lo considere, tal como es, y tome en cuenta que el espíritu, el alma inmortal, se encuentra en él, y no en la sociedad." (1)

Nada más alejado de toda preocupación finalista y teleológica que el positivismo jurídico del siglo XIX, donde el derecho es la expresión de una voluntad soberana, sea la de los individuos cuyo libre acuerdo se registra en un contrato que es la ley de las partes, o sea la del Estado, igualmente soberano, y creador él también de la ley a la cual se somete imponiéndola a sus súbditos.

Así pues sería oportuno colocar los fines del derecho, fuera del orden positivo mismo. Las leyes, son una creación del legislador. Este no obra sin designio preconcebido, sin ideal. La ley es para él un medio de llegar a un fin: la justicia, el bien común, la seguridad.

(1) Le Fur. Los fines del Derecho. Manuales Universitarios UNAM. México D.F. segunda edición, 1987.

Pero cada una de estas nociones representa un fin exterior al derecho positivo; se realiza fuera de él. Hay separación entre el fin, que es moral o político y el medio que es el derecho positivo. El derecho conduce hasta la entrada del dominio donde reinan la justicia, la moral o la política.

Así vemos, que en la norma jurídica, se expresa un momento de la vida real de una sociedad o de un pueblo, o un movimiento de un pensamiento ordenador concreto.

Cada ley en todo momento, es un acto de la sociedad que la promulga, la mantiene en vigor y la aplica. Es, en todo momento la forma sobre la cual la sociedad se piensa, se quiere y se realiza. La ley es un pensamiento concretado en un orden social de hecho. Así pues, si la regla de derecho debe su nacimiento a un acto de pensamiento y de voluntad de la sociedad, continúa existiendo por todo el tiempo que duran este pensamiento y este querer. Esta norma es principio de la organización que se da a sí misma, el fundamento de las leyes que impone.

Cada regla positiva es la actualización o formalización de un pensamiento y de una voluntad del cuerpo social, respondiendo a una de sus necesidades. Expresa la manera por la cual, sobre un punto particular, la sociedad se concibe a sí misma. Así, hay una idea de directriz final que explica la fundación y la duración del Estado, hay en cada ley particular una idea que encamina hacia la realización del fin del Estado.



Cada idea es un elemento de una concepción general del orden jurídico; cada ley, realizando una idea, realiza un fragmento de este orden, cuyo principio, esta incluido en la idea o en el fin del Estado. Esta idea es pensada mediante términos jurídicos como: "hechos del hombre", "falta", "culpa" etc., son conceptos sociales y técnicos que se agrupan en torno de una idea para realizarla y ello es el fin de su agrupamiento. Estos fines relacionados unos con otros, forman un conjunto coherente, un sistema que da al orden jurídico de un pueblo, su substancia espiritual, y a la sociedad su estructura.

Tenemos así que: "Cada regla de derecho es a la vez representación y acción; es una idea socialmente pensada y socialmente realizada, bajo una forma positiva y jurídica."

### 1.1 FIN DEL DERECHO Y BIEN COMUN.

Desde un punto de vista concreto, todo fin social responde siempre, directa o indirectamente, a una necesidad de los individuos que componen la sociedad. En último análisis, toda la organización social tiende a satisfacer una necesidad vital del hombre: en su origen, hay siempre la persecución de un bien natural o moral, o de lo que es considerado como tal, por los interesados.

El fin, que ha llegado a ser objeto de conocimiento y de representación, se llama la idea directriz; llevará el nombre de bien, cuando sea apreciado en su valor y su utilidad para el hombre.

La idea directriz y el bien común, tienen el mismo contenido objetivo, pero el segundo, implica un juicio de valor.

Las nociones de justicia y de derecho son morales. Todo sistema jurídico, se inspira pues en una concepción del bien común, es decir, de fines por los cuales ha optado la sociedad porque los encontró buenos. No es de extrañar, que las nociones de fin y de bien común tengan un fin objetivo; ello es de nuevo testimonio de la liga inevitable, entre el derecho positivo y la moral. Pero aquello que la sociedad declara "bueno" o "malo" depende de la concepción de vida que se haya hecho.

El bien común se aprecia en función del hombre, no del individuo, sino de la persona humana, espiritual y libre.

El bien común es el conjunto organizado de las condiciones sociales, gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual.

En este sentido se puede decir que el primero de los bienes comunes a los hombres, es la existencia misma de la sociedad, y la existencia de un orden en sus relaciones sociales.

Pero por otra parte, este orden social mismo es relativo al bien personal de cada miembro; está ordenado a este bien de la persona humana que tiene la misión de servir. Se "realiza" de cierta manera en ella.

Lo mismo pasa con la moralidad pública que si es la idea directriz de numerosas leyes e insituciones, más aún lo será en las almas, que es donde se inscriben las virtudes y donde se realiza la perfección moral. Así se dirá que el bien común relativo al hombre se realiza en él, le llega a ser inmanente, y manifiesta así su subordinación a la persona humana.

El bien común tiene por fundamento la superioridad o trascendencia final de la persona humana sobre la sociedad. Solamente que esa trascendencia no aparece plenamente sino con la noción de bien común, precisamente porque esta última es una noción moral, que implica un juicio moral sobre el hombre, la sociedad, y el valor de la sociedad para el hombre. Reconocemos con gusto que la noción de bien común no llega a ser plenamente inteligible sino cuando se ha resuelto el problema de las relaciones del individuo y de la sociedad. Su papel es prolongar, sobre el plan moral, las nociones de idea y de fin, de arraigarlas, si se puede decir, en la moral, y, por ello de verificarlas y humanizarlas.

## 1.2 LA SEGURIDAD Y LA JUSTICIA COMO FINES DEL DERECHO.

La seguridad y la justicia forman parte del bien común, y son fines del derecho positivo.

Pero es evidente que la seguridad y la justicia son profundamente diferentes, el conflicto es: si la seguridad, prevalecerá sobre la justicia o la justicia prevalecerá sobre la seguridad. Para saberlo, hay que analizarlas a ambas.

Así tenemos, que la justicia bajo sus especies diversas, constituye la única materia de derecho positivo y es ella la que realiza la unidad entre los elementos heterogéneos en los cuales el derecho positivo busca sus fines.

" La seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos, no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación." (2).

En otros términos, está en seguridad aquel (individuo en el Estado, Estado en la comunidad internacional) que tiene la garantía de que su situación no será modificada sino por procedimientos regulares, legítimos (conformes a la ley). La seguridad es societaria, es decir, siempre está ligada a una organización social.

(2) *idem.* p.p. 46-47

Ciertamente la seguridad es un estado subjetivo; es la convicción que se tiene de que la situación de la que se goza no será modificada por la violencia o por una acción contraria a las reglas y a los principios que rigen la vida social. Pero la seguridad es un sentimiento subjetivo que se define con relación a la sociedad. La convicción subjetiva debe estar fundada sobre la existencia de hecho de un estado de organización social, de un orden social. Así el individuo vive "en seguridad", como vive en "sociedad".

La consecuencia es que la seguridad es esencialmente una relación entre el individuo y un estado social objetivo, en el cual el individuo está incluido. La seguridad implica la confrontación de un sujeto, el individuo, con la armadura social objetiva que lo protege.

No puede por tanto definirse ni desde el único punto de vista objetivo o punto de vista de la sociedad, ni desde el solo punto de vista subjetivo; es una correlación entre el estado subjetivo del individuo y los medios sociales objetivos.

Puesto que la seguridad es esencialmente una relación, es claro que será concebida diferentemente según la idea que se tenga de las relaciones naturales del individuo y de la sociedad.

Una concepción individualista y liberal pondrá en primer plano la autonomía del individuo y el ejercicio de sus libertades; la sociedad garantizará ante todo la seguridad de esta libertad. En un régimen totalitario, la noción de seguridad cambiará; se deslizará del individuo a la sociedad; tendrá por fin esencial asegurar la vida, la duración, los bienes y la acción del grupo, mientras que el punto de vista del individuo se esfumará. Pero, después de haber elucidado la noción de seguridad, es preciso ver si ella es antinómica a la de justicia, y como puede ella proporcionar un fin al derecho positivo.

Esta dos nociones, son totalmente diferentes.

Se podrá decir, para expresar esta diferencia, que la justicia es una noción moral correlativa al derecho, mientras que la seguridad es un hecho, un estado de hecho, cuya definición no hace aparecer, directa y obviamente, la noción de derecho.

Entre la seguridad y la justicia, hay una diferencia de objeto. El de la justicia es el derecho. El de la seguridad es la posesión de un bien. No le corresponde legitimar la posesión del bien que protege; esta investigación del derecho, no es de su competencia (ni apreciar el valor absoluto de este bien que es asunto de la moral).

Está entendido que la integridad territorial y la independencia política son bienes de los Estados; está entendido que la vida, la propiedad, el libre ejercicio de ciertas actividades, son bienes para el individuo. Estos son presupuestos morales anteriores a la organización de la seguridad. Pero ella no investiga más que un hecho, y se contentaría con obtenerlo por medios de hecho.

Se encuentra sin embargo, con que la existencia de este hecho, es, para el individuo, bajo cierto aspecto, un derecho. Es por esto que ofrece materia al derecho positivo, que le proporciona un fin; por esto también el derecho positivo llega a ser uno de los instrumentos de la seguridad, ya que el derecho positivo le asegura esa finalidad.

Para Radbruch la justicia se divide en dos formas: justicia conmutativa, y justicia distributiva. A estas dos podríamos agregar una tercera que sería la justicia común o social que equilibra las dos primeras y les sirve de criterio supremo. (3)

Es un hecho extraño que esta última forma de justicia, la más importante tal vez para el jurista y el legislador, siga siendo la menos elaborada, la menos utilizada por las construcciones doctrinales.

(3) Gurvitch, Une Philosophie Antinomique du Droit; G. Radbruch, en Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, 1932. Pág.194

Supone, como lo ha notado justamente el autor del Derecho social, Gutvitch, relaciones de integración y no de yuxtaposición, relaciones societarias, y no relaciones interindividuales. Estas relaciones de integración son aquellas que ligan al individuo, tomado como miembro de la sociedad, con ésta tomada como un todo como un cuerpo que tiene una vida orgánica. (Ganzheit).

Ahora bien, en las sociedades políticas, en donde se desenvuelve el derecho positivo, estas relaciones son relaciones de justicia. La integración del individuo en el cuerpo político es una integración moral, regida por reglas de justicia.

Por una parte, en efecto, el hombre entra en el Estado como sujeto de derechos y de deberes. Es una cualidad que tiene por naturaleza, y lejos de perderse en la ciudad, por el contrario es ahí donde esta cualidad se manifiesta con todo su valor. Por otra parte el grupo tomado como una entidad, un todo, es separable de la persona misma de sus miembros; tiene su personalidad y es también sujeto de derechos y deberes.

En consecuencia sobre la base del derecho y de la justicia se desenvuelven las relaciones del cuerpo político con sus miembros; el derecho y la justicia, serán su regla. La justicia social es, en los miembros de la sociedad, la voluntad de dar a la sociedad lo que le es debido, tiene por correlativo el derecho de la sociedad o del Estado sobre sus miembros.



Nada de lo que ésta reclame del individuo puede ser exigido, sino sobre la base de la justicia social; de otra manera el estado cesaría de reclamar lo que le es debido. Es ella, como se ve, la que integra al individuo en el cuerpo social y lo liga a este último.

Ella, tiene como contraparte, a la justicia distributiva, que, asegura a cada individuo, los beneficios de la vida social, a los cuales tiene derecho.

Una, por tanto, sirve al bien común, y exige de los particulares todo lo que es necesario para constituir una sociedad, un orden concreto y estable; otra, coloca a la institución social al servicio de la persona humana; una, manifiesta por sus exigencias imperativas la trascendencia del bien común; la otra, asegura su retorno al hombre, en quien se realizan finalmente los valores sociales.

Es fácil mostrar ahora que todas las exigencias de seguridad que ofrecen una materia y un fin al derecho positivo, son al mismo tiempo exigencias de la justicia; y es precisamente bajo este aspecto como las considera el derecho positivo.

La seguridad es la posesión de hecho, tranquila y cierta, de su persona y de sus bienes, obtenida por medio de la sociedad. Ahora bien, esta posesión de hecho puede ser considerada bajo el ángulo del derecho. La tranquilidad de una posesión de hecho garantizada por la sociedad, he ahí el derecho del individuo, he ahí el fin de la sociedad y su deber.

Si la seguridad es una relación de hecho entre el individuo y la sociedad en la cual está integrado esta se desdoblará en una relación de justicia.

Así pues los sacrificios, que se exigen del individuo: contribución al establecimiento de sus instituciones, sumisión al orden legalmente establecido hasta que este sea modificado, reglamentación de las libertades individuales, maleabilidad bajo la acción de los gobernantes, de la administración, de la policía, todo esto le es exigido en nombre de sus obligaciones de justicia social. Si así sus actos son el objeto de una reglamentación, ésta será jurídica, porque será la actualización positiva de una obligación de justicia.

El individuo tiene a su vez el derecho de ser protegido contra sus iguales y contra los abusos de poder de los gobernantes y de la policía. Su derecho tiene el correlativo de una justicia de la sociedad, que encontrará su expresión en el derecho constitucional, administrativo, los reglamentos, y lo contencioso administrativo y las partes análogas del derecho positivo.

Por esto el ejercicio de la función de seguridad es el objeto de una reglamentación jurídica positiva que crece con el progreso mismo de la civilización.

Por otro lado vemos como "La justicia se ha convertido en un sueño de igualdad absoluta, que se traduce en una justicia social, pero también y al mismo tiempo es sueño de libertad, de respeto a cada persona humana, de exaltación de los derechos del hombre. Es justicia la supresión de toda prohibición, de las leyes represivas, de la opresión del estado. Con todo, por ahora, estos dos sueños son incompatibles.

Así la noción de la justicia general atiende generalmente a la moralidad, la conformidad de la conducta de un individuo a la ley moral. A ésta justicia Aristóteles la llama la justicia legal. Así la justicia es virtud social.

De este modo la justicia es "dar a cada quien lo que le corresponde", que cada uno tenga lo suyo, que se reparta en una comunidad de manera adecuada los bienes y las cargas." (4)

A manera de pequeñas conclusiones sobre la justicia y la seguridad, diremos los siguiente:

(4) Villey Michel. Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho. Ed: Universidad de Navarra S.A., Pamplona 1979. p.p. 67-77

Hemos mostrado que los fines del derecho son un elemento moral, una idea, incorporada a la regla del derecho positivo, realizada por ella en una sociedad histórica. Los fines del derecho son pues interiores a la regla del derecho, de la cual son el alma y el principio inmanente, y exteriores o trascendentes a la ley positiva que los encarna, imponiéndoles sus modalidades o determinaciones concretas.

Estos fines siempre están constituidos por un elemento, una idea de justicia.

Ciertamente, para comprenderlos, es necesario entender la noción de justicia en su sentido exacto. El derecho siempre tiene como materia o fin un elemento de justicia, que el derecho discierne en la vida social y reviste de un formulismo positivo.

Ciertamente la noción de seguridad permanece siempre distinta de la noción de justicia. Pero hay un ángulo bajo el cual la seguridad llega a ser un derecho para el individuo, o un derecho para la sociedad. Bajo este aspecto, la seguridad es jurídica y llega a ser materia del derecho positivo.

Resulta que la función de seguridad (que es una de las funciones esenciales de la sociedad), se ejerce enteramente entre estos dos polos: derecho del individuo (deber de la sociedad, derechos de la sociedad) deber del individuo; es decir, que se ejerce entera en un cuadro de justicia y de derecho, en donde se afirman frente a frente la trascendencia de la sociedad sobre el individuo, y su subordinación a la persona individual.

A continuación analizaremos la equidad.

### 1.3 LA EQUIDAD.

Está aceptada en el artículo 21 del Código de 1884 y en el artículo 20 del Código de 1928, según los cuales: "En caso de conflicto de derechos y a falta de ley expresa para el caso especial, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretende obtener un lucro.

Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observándose la mayor igualdad posible entre los interesados". La equidad se encuentra comprendida dentro de los principios generales de derecho, como los entiende del Vecchio, y su aplicación puede también considerarse comprendida dentro de la actividad del juez obligada por el artículo 17 contitucional. (5)

(5) Borja Soriano Manuel. Teoría General de la Obligaciones. Ed: Porrúa. México D.F. Tomo I, Sexta edición, 1968. Pág. 72.

### 1.3.1 DISTINCION BASICA ENTRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO Y LA EQUIDAD.

Es posible preguntarse, a primera vista, si los principios generales del derecho y la equidad no serán dos nociones tan sumamente diferentes.

Los principios generales del derecho son normas positivas, que forman parte del ordenamiento jurídico a que pertenecen. El juez recurrirá a ellas en caso de silencio o de obscuridad de los textos y representan el más alto grado de abstracción que se puede alcanzar en la ciencia del derecho.

La equidad, por el contrario, consiste en una competencia del juez que le permite solucionar situaciones concretas mediante la aplicación de normas generales. La equidad es subjetiva y concreta. Subjetiva, porque se encuentra en la conciencia del juez; concreta, porque consiste en la reacción del juez, ante el caso individual que se le presenta.

La equidad es el resultado de una convicción jurídica del juez.

La equidad actúa en cierto modo, fuera de la ley, es decir, al margen de los principios del derecho positivo; sin embargo, la equidad y los principios generales del derecho pueden conducir a un mismo resultado en definitiva que es el volver a la juridicidad natural, antecedente necesario de la juridicidad positiva. (6)

Encontramos a menudo, que las soluciones legales hieren el sentimiento de lo justo y de lo injusto, es en estos casos, donde se ocupa la equidad para evitar este rompimiento.

De este modo, vemos como la equidad es en cierto modo un "ser justo", un aspecto de la justicia del caso concreto, ya se ha dicho infinidad de veces, que la equidad, es: "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales", así partiendo de esto, el legislador debe encontrar el denominador común de los casos individuales para crear la norma general, mientras que el juez, por el contrario debe buscar la circunstancias individuales de cada caso, lo cual no impide, que en el caso en que lo común supere a lo individual, el método más seguro, sea actuar con justicia, y también con equidad, sea el de aplicar sin más la norma general fijada en el esquema legal. Si por el contrario lo individual supera lo genérico, entonces la justicia exige la aplicación del esquema genérico, sino una medida apropiada al caso concreto.

(6) Herrero de la Fuente Alberto. La equidad y los principios generales en el derecho de gentes. Madrid, España; Ed: Universidad de Valladolid, 1983.

### 1.3.2 LA EQUIDAD EN EL DERECHO ROMANO.

Es en el derecho romano, donde la equidad se opuso por primera vez al formalismo jurídico.

No se puede hablar del derecho romano como un conjunto único puesto que, al ser la obra de varios siglos, el pensamiento es diferente en las distintas épocas y, como consecuencia, también lo son sus concepciones.

La equidad en Roma revistió diferentes significaciones que, sin embargo, siempre tuvieron un punto de coincidencia. La *aequitas* romana es "una especie de exigencia moral", que sin confundirse con el derecho socialmente establecido, sirve a éste de "principio valorador e inspirador".

Esto quiere decir que la *aequitas*, es para los romanos el ideal, el modelo al que debe tender el derecho. La aplicación del derecho positivo a un caso concreto, sera "*iusta*", es decir conforme al "*ius*", pero que puede suceder que no sea "*aequa*", y que por consiguiente de lugar a una situación "*iniqua*". De aquí se deduce claramente que el concepto romano de *aequitas*, es muy semejante al nuestro actual de justicia.



En el derecho romano clásico la *iusticia*, era la justicia legal, la conformidad al derecho positivo, mientras que la *aequitas*, era lo que hoy entendemos por justicia objetiva. Y esta *aequitas* no era un concepto doctrinal y abstracto, sino una noción realista referida a un determinado momento de la conciencia social. La *aequitas* es la justicia, tal y como es sentida en el ambiente social de un tiempo dado, y que es el antecedente de la modificación de las instituciones jurídicas.

El desarrollo de la equidad, vino marcado por el establecimiento del procedimiento formulario, al lado del procedimiento de *leges actiones*. Coincidió con la aparición, debida a la *lex Aebutia*, del derecho pretoriano, destinado a combatir los excesos del formalismo jurídico, y que permitía al pretor, crear un derecho nuevo, completando o corrigiendo el derecho civil en vigor y adaptándolo a las nuevas condiciones económicas y sociales.

### 1.3.3 LA EQUIDAD EN LOS SISTEMAS JURIDICOS HISTORICOS.

#### 1.3.3.1 LA JUSTICIA PRIMITIVA.

Según Sumner Maine (7) en el periodo más antiguo el derecho, era creado por los mandatos personales de los gobernantes patriarcales, a quienes los súbditos, creían inspirados por la divinidad.

(7) Castán Tobeñas José. La formulación judicial del Derecho. Madrid España, 1964, Ed: Reus, segunda edición p.p. 30.

Siguió después un derecho consuetudinario, interpretado y aplicado por una aristocracia o pequeña clase privilegiada que pretendía el monopolio del conocimiento jurídico, el tercer estado lo marcaba la fijación por escrito de esas costumbres en Códigos como resultado de los conflictos sociales (las XII tablas en Roma).

La cuarta etapa consiste en la modificación del Derecho arcaico estricto por la ficción, la equidad y la legislación; estos instrumentos están destinados a poner el derecho en armonía con la sociedad progresiva, finalmente la jurisprudencia civilística teje con estas formas de derecho un todo coherente sistemático.

En este orden de ideas podemos ver que la ley, se aplicó mucho después de las primeras etapas, es decir aún no hay un sistema de normas positivas a aplicar en contraposición a las decisiones muy subjetivas y personales que tomaban, la familia el jefe de la tribu, o del clan. Así hay manifestaciones de una justicia arbitral o popular como reacción a esa justicia particular y privada que se excedía por el espíritu de venganza, así la justicia de ser privada paso a manos populares, con el tiempo se fueron separando las atribuciones de estos grupos hasta delimitarse perfectamente. Al ocurrir esto, aparece un poder legislativo, que es el responsable de crear la leyes, pero vemos como algunas veces éstas tienen lagunas que necesitan ser llenadas o simplemente no son buenas aplicándose a un caso concreto, así que vemos como nuevamente surge la equidad.

### 1.3.3.2 EVOLUCION DE LA EQUIDAD JUDICIAL.

Históricamente la equidad ha debido de preceder a la justicia, o dicho más exactamente, el modo históricamente primitivo de ser justo debió de consistir en la equidad; la misma *ley del Tali6n*, con toda su bárbara crudeza, implica una consideraci6n de 6stos factores, pues como ejemplo, el estropear un ojo o un diente al pr6jimo no se incluye bajo el concepto gen6rico de lesiones ni por tanto se aplica la pena en ambos casos, sino que respectivamente, se condena al autor a la p6rdida de otro ojo o de otro diente, y en general la justicia de muchos pueblos est6 fijada por las resoluci6nes t6picas adecuadas al caso concreto que fija un juez o alguien con autoridad. Pero en esta parte de la evoluci6n, 6sto no puede ser considerado realmente como la equidad arist6telica que hoy d6a conocemos y que es esa parte de la justicia, que sirve como correctivo a la ley positiva.

Se acude, en efecto a la equidad siempre que se experimenta la necesidad de corregir un r6gimen jur6dico que se estima duro o anticuado por la v6a poco directa, pero muy segura y cautelosa, de su aplicaci6n por los juristas, especialmente por determinadas magistraturas.

As6 dice Sohm, que todos los pueblos conocen un momento en su historia en que el sentimiento natural de la equidad se revela contra los modelos tradicionales y r6gidos del pasado.

La historia así nos muestra períodos donde la equidad es ese equilibrio tan buscado, mientras que en otras etapas no es posible su aplicación. Anteriormente vimos el caso del derecho romano.

### 1.3.3.3 LA EQUIDAD HASTA EL SIGLO XVIII

Se pueden distinguir en esta época, dos períodos: El primero de espontaneidad y naturalidad jurídica, de florecimiento y predominio del derecho consuetudinario; el segundo de renacimiento romanista y consiguiente restauración del espíritu dogmático del derecho Justiniano.

En la primera de estas dos fases no hay duda de la relevante importancia de la equidad judicial. La costumbre y las decisiones judiciales, se habían de hermanar y complementar como fuentes de creación del derecho, y en la segunda etapa, Sánchez Peguero, ve como característica de este período una transición del derecho consuetudinario al derecho imperativo y científico, que contrasta con la espontaneidad del pretor en los grandes tiempos de Roma.

En conclusión los grandes y destacados sistemas jurídicos medievales conocen la equidad judicial y le dan un papel con frecuencia importante.

#### 1.3.3.4 LA EQUIDAD EN EL DERECHO GERMANICO.

En todos sus períodos nos ha dejado el Derecho germánico huellas muy visibles de la aplicación de la equidad.

Así, en el período propiamente germánico o de los antiguos germanos el derecho, no está escrito, y es consuetudinario predominantemente, íntimamente fundido con la religión y los usos sociales, se desenvuelve y perfecciona por su inmediata aplicación en la vida.

Aquí vemos la clara aplicación de lo tópico al caso concreto y la equidad, vemos también que las ideas centrales de la filosofía de la Edad Media, recibida por los escritos de San Isidoro de Sevilla, era que se obligaba a los príncipes, no solo a mantener la justicia sino a hacer uso de la equidad.

#### 1.3.3.5 LA EQUIDAD EN EL DERECHO ISLAMICO.

En el mundo musulmán el derecho es hijo de la revelación. El juez debía atenerse a la palabra de Alah o la conducta del profeta, y esto dejaba poco sitio a la conducta del jurisconsulto y al progreso jurídico, y sin embargo el propio hecho de no estar delimitadas de modo preciso las normas religiosas y las normas jurídicas hacía preciso un singular esfuerzo para aplicar a la vida del derecho los altos principios del Korán.

Lo cierto es que las diversas escuelas jurídicas islámicas, dieron entrada a distintos procedimientos que coinciden en apelar a la equidad, como fuente del derecho, tanto para suplir las lagunas de las demás fuentes como para moderar el rigor de su aplicación, tales fueron el *ichtihad* o *istislah*, aplicados en la escuela de Malic y Abuhanifa, en donde estos principios se aproximan a la equidad de los pueblos occidentales.

#### 1.3.3.6 LA EQUIDAD EN EL DERECHO CANONICO.

La legislación de la iglesia, recogiendo el sentido cristiano de la equidad-benignidad, se manifiesta en numerosos pasajes del decreto de Graciano y en las Decretales de Gregorio IX, caracterizadas de todo formalismo y profundamente prácticos.

Las constituciones pontificias posteriores, el *Liber Sextus* y *Las Clementinas* continuaron esa honrosa tradición. Ahí donde tuvo entrada el Derecho Canónico, llevó este su espíritu de equidad. En Italia donde tanto se necesitaba un derecho mercantil moderno; en Portugal, en Cataluña influyeron y fueron muy fructuosas las decisiones dadas con criterios extraordinariamente libres y progresivos por la Iglesia Romana. En muchas ocasiones esta equidad canónica se considero con la autoritas suficiente para corregir las leyes de la potestad secular.

### 1.3.3.7 LA "EQUITY" ANGLOSAJONA.

En el derecho Inglés la equidad ejerció una función semejante a la realizada en el derecho romano. En todos aquellos casos en que la aplicación del precedente jurisprudencial sentado por los tribunales ordinarios producía un resultado que aparecía como contrario a la justicia, quienes resultaban perjudicados elevaban instancia al Rey para obtener de él la modificación de la sentencia. De ello se encargaba el canciller juzgando conforme a su conciencia. Ahora bien, como hasta la reforma los miembros de la Cancillería y el propio Canciller eran eclesiásticos, es decir, hombres conocedores del derecho romano y del Canónico, no puede extrañarnos que la *equity* inglesa, aplicada generalmente por cancelles de procedencia eclesiástica, tuviera su base en la *aequitas romano-canónica*, de la cual vino a ser una continuación.

A partir del siglo XVI la *Equity* comienza a desviarse ya de la *aequitas* y se convierte en un cuerpo de reglas, aplicables a distintas categorías de asuntos, frente al *common law* del que sin embargo casi solo se diferencia por los tribunales que la aplican y el sistema utilizado por éstos.

Las máximas de equidad surgidas de consideraciones éticas, fueron revistiendo de forma progresiva el carácter de reglas de derecho, hasta convertirse en un cuerpo de normas cuya aplicación, a partir de la *Judicature Act*, de 1873, que refunde las jurisdicciones del *common Law* y las de la *Equity*, es obligatoria para todos los tribunales, primando además en caso de conflicto, sobre el derecho común. (8)

#### 1.3.4 LA EQUIDAD EN LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS MODERNOS.

Siempre en los períodos de las grandes codificaciones, cuando el Estado se siente fuerte y aspira a unificar y reconstruir el Derecho Privado, se ha caracterizado por la pretensión, tan ambiciosa como pueril, de aprisionar en la ley todas las soluciones jurídicas y prescribir toda interpretación que no sea la emanada del propio legislador.

(8) M. Sorensen. Les sources du droit international, Copenhague, 1956, p. 196.



Pero ha sido sobre todo en el siglo XIX cuando a consecuencia de fenómenos diversos, pero muy enlazados como: la decadencia de la Teoría del derecho natural, el idealismo filosófico y el autoritarismo político, la codificación, el desarrollo de las escuelas dogmáticas y positivistas, que la concepción de las fuentes del derecho y su aplicación ha venido a estar dominada por un rígido tinte legalista, bajo el signo del positivismo jurídico, que caracteriza a esta centuria, han sido tónicas fundamentales de la metodología del derecho, como: La ecuación absoluta entre Derecho y Estado (estatalidad del derecho), la sobreestimación de las normas jurídicas positivas en el momento de su formulación (normativismo), y en concreto de la ley (legalismo), la vinculación neta del jurista, la reducción de la actividad de éste a una mera tarea lógica, reproductiva y ordenadora (dogmatismo), con renuncia a toda valoración (formalismo). (9)

Podría pensarse que en los tiempos modernos, y en circunstancias normales la concesión al juez de facultades de arbitrio de equidad es innecesaria por diversas causas: primera, porque la ley pone a disposición de los interesados una clase de jurisdicción de equidad, la de los amigables componedores, que ofrece a quienes voluntariamente la aceptan un medio de hacerse juzgar sin aplicación de las reglas de Derecho; segunda, porque aún la propia justicia oficial

(9) Metodología del Derecho. (ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas), Madrid, Revista de Derecho Privado. 1975, Pág. 378.

se esfuerza espontáneamente por atenuar por cuantos medios pone la técnica a su alcance el rigor del Derecho estricto y formal; tercera, porque las leyes suelen tener la suficiente elasticidad para que los magistrados lleven a los fallos sus convicciones de justicia. En las legislaciones incipientes, de principios rígidos y formalistas, pudo la equidad desempeñar una importantísima función. Más en las legislaciones maduras, de principios espiritualistas y flexibles, puede parecer que hay escaso sitio para ella.

Aquí podemos ver que la equidad, con una u otra etiqueta, de un modo franco o de un modo encubierto actúa intensamente en nuestros sistemas jurídicos. Es innegable en efecto, que la equidad ha penetrado en los sistemas jurídicos de base legalista de los pueblos actuales, manifestándose unas veces como un elemento que opera en el ordenamiento legislativo y jurisdiccional de tipo común y otras como un elemento que se canaliza a través de ordenamientos legislativos o jurisdiccionales especiales.

En lo que llevamos del presente siglo, el movimiento a favor del arbitrio judicial y la equidad, como reacción contra las exageraciones formalistas del anterior, se muestra pujante, impulsado por aquellas posiciones doctrinales que se esfuerzan por oponer al derecho rígido de una jurisprudencia dogmática un derecho enraizado en la vida misma y en la apreciación directa de los hechos sociales por el juez.

Y no se trata de una mera reacción doctrinal que no obedezca a causas sociales profundas. Es que estamos en un momento de transformación y cambios sociales que exige imperiosamente que el Derecho se adapte a las nuevas circunstancias.

Hoy por hoy, el derecho de nuestra época, se caracteriza por una nueva crisis del derecho, como la que caracterizó el período de derecho romano clásico, el de Inglaterra de los siglos XV y XVI y el de los siglos XVII y XVIII del derecho europeo continental.

#### 1.3.4.1 LA EQUIDAD EN LOS ORDENAMIENTOS LEGISLATIVOS O JURISDICCIONALES DE TIPO COMUN.

En el actual mundo civilizado occidental, imperan dos grandes sistemas de derecho. El que se llama Romano, romanizado o de derecho civil (porque tiene su origen en el *Corpus Iuris Civile*) difundido y perfeccionado por las escuelas de glosadores y comentaristas en toda Europa y transmitido después principalmente por España, al continente americano, y el Anglosajón o *Common Law*. En este derecho se conserva la supremacía de la costumbre general y jurisprudencial mientras que en el anterior predomina el derecho legal y codificado.

En los países del *Common Law* se aplica la equidad por este medio aplicable a determinadas categorías de asuntos y dotado todavía a veces de procedimientos especiales, aunque la *equity* en algunos sentidos a acabado con la idea estricta que tenemos de la equidad de los primeros tiempos en donde la justicia era más humana que la del *Common Law*. Porque ese derecho-equidad, como apunta Rabassa, capacita al tribunal o juez que aplica sus principios para resolver sus controversias con un arbitrio más amplio según las circunstancias de cada caso, que el de un tribunal ordinario de derecho, y sobre todo para conceder a las partes medios de reparación definitivamente más eficaces que los del derecho común en general.

Otro ordenamiento en el *Common Law*, que le da gran reconocimiento a la equidad, es el de los *STANDARDS* jurídicos, que no son otra cosa, que una vía abierta al derecho de equidad, pues llenan las mismas finalidades de ésta: conseguir la adaptabilidad del derecho privado a las necesidades nuevas de la vida y realizar la individualización de sus soluciones.

Finalmente la equidad se abre paso en el derecho angloamericano a través de la discrecionalidad judicial, muy vinculada de antiguo a la jurisprudencia inglesa apoyada en las nuevas teorías de la libertad del juez (*free judge*).

En cambio en los países de derecho codificado, bajo el período de la codificación es natural que los principios de equidad y arbitrio judicial fuesen casi totalmente olvidados.

El sistema de la Revolución Francesa consistía en no otorgar a los tribunales más facultad que la de colocar sobre el hecho que se controvertiese el texto de una regla jurídica preestablecida.(10)

Pero en definitiva, a pesar de ese ambiente desfavorable la equidad todavía sigue desarrollando un papel importante en los ordenamientos jurídicos modernos codificados. Los propios códigos civiles, no dejan de dedicarle no pocas disposiciones aisladas, que autorizan expresa o tácitamente su uso, en tesis generales y más propiamente en casos especiales.

### 1.3.5 LA EQUIDAD EN LA EPOCA ACTUAL.

Como hemos venido diciendo la orientación legalista del siglo XIX dió plena actualidad al predominio absoluto de la ley y al principio de que solo el legislador, podía interpretar las leyes, que ya habían apuntado en el *Liber Iudiciorum*, en *las Partidas*, y en *las leyes de Toro*, en la *Novísima Recopilación*.

(10) V. Dualde. Una revolución en la lógica del Derecho, México D.F., Ed: UNAM, Pág. 35

Así fuimos pasando por diferentes etapas de la historia y diferentes codificaciones y vemos como en nuestro sistema, no se registran en nuestra jurisprudencia invocaciones muy repetidas de la equidad, en razón de que el concepto de ella suele aparecer confundido con el de justicia.

Pero así y todo, hay a través de las páginas muchas huellas de la idea específica de la equidad.

Hoy en día en general, la jurisprudencia solo niega la posibilidad de alegar la equidad en los casos en que entiende ha de aplicarse normas de *ius strictum*, en las que no cabe acudir a otro principio extrapositivo que al de la legalidad.

#### 1.3.6 CUADRO GENERAL DE LOS SISTEMAS DE FORMULACION JUDICIAL DEL DERECHO Y APLICACION DE LA EQUIDAD.

La formulación judicial del derecho admite diversas formas o sistemas.

Uno de ellos se basa en establecer la posibilidad de que ciertos órganos distintos del jurisdiccional, las partes mismas por vía de transacción o los órganos componedores, particulares u oficiales, puedan solucionar los conflictos jurídicos sin atenerse a las prescripciones legales y los principios abstractos, creando la norma concreta y adaptada al caso que se plantee.

Otro es dar poderes al propio órgano jurisdiccional para que cree esa norma inducida de las circunstancias del caso, sin tener que atender a ninguna proposición legal general.

Pero al lado de estos sistemas extremos de formulación libre del derecho, existen formas atenuadas de formulación limitada, en las que, sobre la base del principio más o menos rígido de sujeción del juez a la ley, propio de los modernos regímenes de legislación codificada, se admite sin embargo, que pueda el juez en ciertos supuestos usar su arbitrio, y hacer a través de él aplicación de la equidad.

Hay que traer a colación a éste respecto la distinción que de antiguo se ha hecho entre la *equidad secundum legem*, la *equidad praeter legem* y la *equidad contra legem*.

La primera de ellas se dirige a aplicar un valor jurídico formal, la segunda a suplir el silencio de las leyes, integrando el derecho positivo.

La tercera, a corregir la ley, adaptándola a las exigencias de la justicia, tenida cuenta de las condiciones actuales de la sociedad que ha de regir, y de las especialidades del caso a que haya de plegarse.

La equidad *secundum legem* puede tener dos modalidades, puesto que puede revestir la forma de una *equidad interpretativa*, actuada a través de la interpretación, o de una *equidad legislativa*, que pone en juego el legislador mismo, mediante una remisión expresa o tácita a la equidad para la solución de algunas cuestión jurídica determinada (concreción de las normas flexibles e indeterminadas, directivas, estándares.)

### 1.3.7 LA COEXISTENCIA DE DERECHO FORMAL Y DE DERECHO EQUITATIVO.

La verdad entre estas dos posiciones se encuentra en un punto ecléctico, es decir, ni ley sin arbitrio de equidad, ni equidad sin ley positiva. Ya que un sistema de libertad absoluta puede sobreestimar la arbitrariedad. Un régimen simplista de omnipotencia legal puede imponer soluciones que no sean verdaderamente adecuadas a las exigencias de la justicia. Hay que superar la contraposición entre el derecho estricto, y la equidad, hermanando los imperativos del Derecho Normativo y del Derecho Libre, las exigencias de la ley y las de la vida. Sólo de su conciliación y síntesis caber esperar la plena realización de la justicia.



### 1.3.8 NECESIDAD DE LA LEY Y NECESIDAD DE LA EQUIDAD.

La necesidad de la ley para mantener ese orden social del que hemos venido hablando con anterioridad, y por consiguiente la sujeción del juez a ella, no pueden significar la anulación y el sacrificio de la equidad. Implica ésta la perfecta correspondencia entre el Derecho y la vida. Supone un derecho justo, pero no justo en abstracto o por modo formal, sino adaptado a las exigencias de la vida misma.

Se trata a un mismo tiempo de un elemento individualizador del derecho, que adapta la ley a las relaciones singulares, y un elemento dinámico que acomoda a las nuevas necesidades de cada momento. Es así la equidad la gran aproximación del Derecho a la vida. Y por serlo es el gran factor de su movilidad, el más genuino principio dinámico de desarrollo del derecho. El juego de la aequitas permite y ha permitido históricamente en gran medida atender a las nuevas necesidades sin acudir al camino espinoso de una revolución o transformación legislativa.

### 1.3.9 LA EQUIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

¿De qué manera puede un juez internacional, un tribunal arbitral, o el tribunal permanente de justicia internacional hacer uso de la equidad?

En primer lugar, el juez, puede atenuar la rigidez del derecho, mediante una aplicación de la regla jurídica, que satisfaga el ideal de justicia. En este sentido, puede decirse que toda aplicación del derecho, por muy conforme que sea al derecho internacional positivo, supone un cierto grado de equidad. (11)

Esta es sin duda, la forma más simple en que la equidad puede ser tomada en cuenta por el juez. En el extremo opuesto, el juez o las partes en conflicto, pueden determinar dejará a un lado la regla jurídica aplicable, por considerarla susceptible de dar lugar a un resultado injusto. Entre estas dos formas extremas de intervención de la equidad en el Derecho Internacional existe una tercera posibilidad: la equidad entra en la misma proporción que el derecho para poner fin a un litigio. Eso sucede, cuando no existe una norma aplicable al caso concreto y, para llenar la laguna, el juez crea una norma nueva según su conciencia. Se trata entonces según de Visscher, de un acto mixto, mitad jurisdiccional, mitad legislativo.

(11) De Visscher, Cours général de principes de droit international public, RCADI 86. (1954-11) Pág. 540.

### 1.3.10 EXISTENCIA DE CIERTAS CONEXIONES ENTRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA EQUIDAD.

A pesar de que la equidad, no puede ser asimilada a los principios generales del derecho, es preciso admitir, en primer lugar, que si la equidad ha sido introducida en el derecho internacional desde los compromisos de arbitraje o las comisiones de conciliación, hasta el Estatuto del Tribunal de la Haya, ello ha sido por la influencia de la *equity anglosajona*.

La jurisprudencia internacional ha puesto de relieve que la equidad desde el punto de vista del derecho internacional no tiene nada que ver directamente con la *equity inglesa*; sin embargo no se puede negar, que la *equity* ha influido sobre el derecho internacional.

Por un lado, a través de los tratados de arbitraje firmados entre países anglosajones. Por otro, a través de los jueces anglosajones que, a causa de su formación jurídica, han aplicado principios o máximas de la *equity* como si se tratara de la equidad. En realidad eran principios generales del derecho.

En segundo lugar, cuando el Tribunal de La Haya ha aplicado principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, no lo ha hecho en el sentido de aplicar principios bien determinados, desprendidos del derecho comparado, sino más bien bajo la forma de principios rectores del orden jurídico, del derecho natural, de la justicia, de la razón o de la utilidad social.

Como ha puesto de relieve De Visscher, no es posible prevalerse de la condición enunciada en el artículo 38, del Estatuto del Tribunal de Justicia, consistente en el reconocimiento por parte de las naciones civilizadas, para impugnar la aplicabilidad por parte del juez internacional de ciertos principios cuya autoridad es independiente de la voluntad de los Estados, muy próximos a la justicia natural, ni para establecer una distinción entre estos principios y las consideraciones de justicia y de utilidad social que sirven para asegurar la adaptación del derecho a las circunstancias de la vida. Así entendidos, los principios generales del derecho se asemejan, en cuanto a su finalidad, a la equidad como medio de adaptación de la norma general, al caso concreto.

## CAPITULO II.

### BUENA FE.

#### 2.1 CONCEPTO DE BUENA FE.

La buena fe contractual es aquella que debe presidir cada uno de los momentos del negocio: su nacimiento, su vida y su extinción.

Obviamente su interpretación, la averiguación de su sentido y alcance. Y la buena fe objetiva es incompatible con el aprovechamiento de las circunstancias sobrevenidas, con la deslealtad al equilibrio entendido y querido, con las conductas probas y honestas. Como la buena fe subjetiva es incompatible con la pretensión de no atender a las apariencias, a lo que se muestra como verdad, que en ocasiones, es la no alteración de las circunstancias. Y la buena fe es la clave de bóveda de la nueva concepción del contrato.

En la aceptación más amplia, válida a todas las aplicaciones de la buena fe en el Derecho buena fe significa rectitud y honradez que conducen de modo natural a la confianza.

Esa rectitud y honradez en la conducta de la persona impone en las relaciones con otra la fe o confianza, que hace sentir y pensar en el comportamiento leal.

Con acierto ha dicho la jurisprudencia uruguaya, precisando el concepto, que la buena fe implica confianza, seguridad y honorabilidad basadas en ella, por lo que se refiere, sobre todo, a la palabra dada. La voz fe, fidelidad, quiere decir que cada una de las partes se entrega confiadamente en la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que ésta no la engañará. Como consecuencia, espera un comportamiento consecuente.

La idea contraria, es la de mala fe, que importa doblez, alevosía. Por lo mismo que de "mala fe" es modo adverbial que significa, con malicia o con engaño.

De todas maneras, aclarando sobre la mayor extensión con que se aplica el concepto de buena fe, es preciso realzar "que la doctrina y la jurisprudencia han deducido, como principio supremo, que todas las relaciones jurídicas, en todos los aspectos y en todo su contenido, están sujetas al principio de la buena fe." (12)

(12) De Casso y Romero Ignacio. Diccionario de Derecho Privado, "Bona Fides", Tomo I, Madrid, Ed.Labor, 1950, pág 700.

## 2.2 EXPLICACION DE ESTE PRINCIPIO EN MATERIA DE EJECUCION CONTRACTUAL.

Este principio determina la extensión del contrato, como cuestión de orden general. Así lo ha expresado una sentencia uruguaya.

En efecto, en síntesis, ese fallo ha resuelto lo siguiente: en las relaciones jurídicas contractuales, la voluntad de las partes es la suprema ley, y así como en la letra de las leyes suele no estar todo el derecho, tampoco en las cláusulas literales de los contratos suele encontrarse expresamente todo lo que quisieron las partes contratantes. La misma ley, en un precepto esencial para el derecho contractual, ha establecido que los contratos obligan no sólo a lo establecido en ellos, sino también a todas las consecuencias conformes a la equidad, al uso y a la ley.

Girando siempre alrededor de la extensión del contrato, puede añadirse que la buena fe, para estos efectos, actúa tanto a favor como en contra del acreedor. En verdad, el acreedor puede exigir que la prestación no quede por debajo de lo que la buena fe reclama, y por otro lado, debe conformarse el acreedor y no exigir más cuando el deudor realice lo que la ejecución de buena fe le exige.

Por lo mismo, cabe destacar que los posibles afectados por este principio son tanto el acreedor, limitado así en su pretensión, como el deudor, exigido para superarse en ciertos casos.

### 2.3 EL ORIGEN DE LA EJECUCION DE LA BUENA FE DERIVADO DEL CONTRATO "*BONA FIDEI*".

Esta clasificación de los contratos atiende a la acción que protege al respectivo contrato, y, así, se distinguen los contratos de derecho estricto, de los que son de buena fe.

De los primeros nacen obligaciones de límites precisos e invariables, que están señalados al otorgarse el contrato, constituyendo obligación lo que está exclusivamente marcado por manifestación taxativa de las partes.

En cambio de los segundos, nacen obligaciones en cierto modo flexibles, debiéndose todo lo que sea conforme a la buena fe y a la lealtad que se deben los contratantes, no interesando, precisamente, si las partes han hecho referencia expresa a ello.

Vale también la pena, destacar que en los contratos de derecho estricto su eficacia es unilateral respecto de cada obligación que engendra, corriendo cada obligación su suerte independiente. En cambio, en los de buena fe, hay una bilateralidad que entraña reciprocidad obligatoria, por lo cual reconocen mayor elasticidad y amplitud.



## 2.4 LA BUENA FE COMO EXIGENCIA DE CUMPLIMIENTO.

La buena fe es exigencia del cumplimiento y, por tanto, forma parte de su contenido.

En efecto, el deber de prestación del deudor, el recíproco derecho del acreedor a la exigibilidad e, incluso, la total y armónica conducta de los interesados en la relación obligatoria, se rigen por el principio de la buena fe, para cuya cabal apreciación se han de considerar, la naturaleza de la obligación la ley y la costumbre. (13)

De esta forma, cada uno de los que intervienen en la relación jurídica debe guardar fidelidad a la palabra empeñada, y no defraudar la confianza o bien abusar de ella. Supone, por otra parte, conducirse "como cabía de esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes y aún participando en él, en virtud de otros vínculos jurídicos."

(13) Fucyo Carneri Fernando. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, Ed: Jurídica de Chile, Chile, 1992, segunda edición, p.p 174-180.

Esta exigencia de la buena fe, que regula la conducta del cumplimiento, constituye un módulo o patrón que solamente nos indica una orientación para la determinación última de lo que es y no es exigible en las circunstancias que ofrece el caso.

Por eso es que Larenzlo expresa diciendo: "que se trata de un módulo necesario de concreción", que "no da una regla apta para ser simplemente aplicada a cada caso particular y para leer en ella la solución ante presupuestos determinados".

Por el contrario, mediante este módulo o patrón se llega a un juicio valorativo considerando en cada supuesto las circunstancias concurrentes, como las de momento, lugar y otras.

Para el desarrollo del raciocinio y el arribo a una conclusión no se empleará, sin embargo, el criterio subjetivo del intérprete particular, el juez en el evento de un pleito, sino que valdrá "el pensamiento de un intérprete justo y equitativo, ajustándose la sentencia judicial a las exigencias generalmente vigentes de la justicia, al criterio reflejado en la conciencia jurídica del pueblo o en el sector social al que correspondan los participantes", como si se trata de comerciantes, artesanos, agricultores, etc., y entre ellos los de giros determinados que actúan según peculiaridades, a veces notables y diferenciadas con otras.

Y lo anterior es, en la medida que todo ello no se contradiga a las exigencias y al contenido objetivo de los valores representativos de "fidelidad" y "confianza".

En suma, no se trata de una aplicación simple del criterio de equidad, de quien resuelve el caso, sino de consideración de un módulo o medida necesaria de concreción, determinable en sentido objetivo, con la consideración desde luego, de las particulares circunstancias del caso.

Esa vara de medir, debidamente objetivada, aplicada razonablemente, fijará la exigibilidad en su contenido y extensión, y determinará en el caso concreto si hay o no realmente cumplimiento.

## **2.5 LA EJECUCION DE LA BUENA FE COMO PRINCIPIO DEL DERECHO DE OBLIGACIONES.**

La moderna doctrina alemana, también la jurisprudencia de ese país, que la ha confirmado, nos ofrecen una novedosísima concepción, trascendente, de la ejecución de la buena fe, sobre todo en la concepción de sistemas como el nuestro, donde se valora en gran medida la autonomía de la voluntad.

En efecto, se asevera que la ejecución de buena fe "representa un principio del derecho de las obligaciones, de forma que todas las demás normas, han de medirse por él, y, en cuanto se le opongan, han de ser, en principio, propuestas."(14)

Luego a contrario sensu, esta norma suprema no tiene un campo limitado y particular, como sucede, por el contrario, con tantos otros preceptos jurídicos coactivos.

Además dicen los Alemanes a propósito del art. 242 de su Código, que es la disposición pertinente para ellos, que el principio que de ese precepto emana es "irrenunciable, ya que representa el precepto fundamental de la juridicidad".

En efecto, no se puede menos que realzar lo novedoso y avanzado que resultan las ideas expuestas sobre "principio supremo" e "irrenunciabilidad" para aquellos que piensan con el criterio del dogma del poder de la voluntad, que crea, modifica y extingue las relaciones de obligación, bastando eso precisamente, la voluntad.(15)

(14) Ruggero Luzzato, La compraventa, traducción de la edición italiana por Bonet Ramón, Pág. 555, Ed: Reus, Madrid, 1973.

(15) Idem. Pág 560.

Dentro de la buena fe, encontramos el deber de diligencia, así, ha dicho la jurisprudencia alemana, con acierto, que de acuerdo al principio de la ejecución de buen fe, pesa sobre la persona que encarga una obra material, un adecuado deber de diligencia, cuando, conforme a lo estipulado, él mismo haya de facilitar locales, maquinarias o herramientas. También es corriente el caso de facilitación de la materia prima o substancia de que estará hecha la cosa.

Es parecido este deber de diligencia del acreedor a la debida colaboración que corresponde prestar al acreedor en las obligaciones de hacer, sobre todo de cierto tipo.

Sobre la diligencia contractual hablaremos más profundamente en las siguientes páginas.

Otro deber que aparece junto con la buena fe, es el deber de colaboración, directa o indirecta.

Conforme a la jurisprudencia alemana, el acreedor está obligado, por lo menos, mientras el deudor tenga en ello un interés digno de protección, a no impedir la prestación del mismo y, aún más, a hacerla posible, en tanto esto dependa de él. Es un claro deber de colaboración.

## 2.6 BUENA FE OBJETIVA.

Uno de los aspectos más intensos de la aplicación del principio de buena fe es la "*buena fe objetiva*", teniendo su campo de desarrollo en el derecho de obligaciones y en la teoría general del negocio jurídico. Incluso en la mayoría de los códigos se encuentra alguna norma general que lo establece.

En este caso la buena fe, como comportamiento de fidelidad, se sitúa en el mismo plano que el uso o la ley, es decir, adquiere función de norma dispositiva, de ahí su naturaleza objetiva que no se halla basada en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad, al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial. Esto se lleva a cabo en muy diversos aspectos.

En cuanto a su contenido, ve en la buena fe Ripert la estabilidad del elemento moral a través de la evolución de los diversos sistemas jurídicos, desde el Derecho Romano, en la teoría de las obligaciones a la que llega a informar en diversa medida, condenando la convención inmoral por su objeto o por su causa, reprimiendo el fraude o rigiendo la ejecución del contrato.

Nos interesa aquí su configuración principal, actuando de acuerdo con la naturaleza de las cosas, precisa que los efectos del contrato se extienden a todas las consecuencias, según su naturaleza, que sean conformes a la buena fe.

De esta manera el principio de la buena fe, sirve para suplir, integrar y corregir el contenido del negocio, en función interpretativa; o lo que es lo mismo, desde otro punto de vista, la fe interviene en la configuración de la norma del negocio jurídico, situándose en el mismo lugar, que los usos del tráfico, o la norma dispositiva, constituyendo por ello, en sí misma, norma dispositiva; fundamentada, por otra parte, en un objetivo criterio de conducta, y que hay que distinguir del propio criterio interpretativo de la declaración de voluntad, aunque esto sea también un subtipo de la llamada buena fe objetiva.

Con todo esto vemos, que la buena fe sirve, para atenuar una norma demasiado rígida, o para completar o llenar otra demasiado escueta; bien proceda de la ley o de los particulares. Y en este sentido, las aplicaciones son de lo más diverso y variado, pero por encima de ello, según afirma Betti con profundidad, "el carácter más relevante de esta forma de buena fe, no se haya circunscrita a los actos singulares del contratante, sino que abraza su entero comportamiento considerado en su intrínseca coherencia y totalidad, el propósito de cooperación, es decir, lo que es debido de una a otra parte. Es a este propósito lo que la buena fe valora en su totalidad a medida que es más conforme a los intereses de la contraparte, a la que se trata de satisfacer en su propósito mismo."(16)

(16) De los Mozos José Luis. El principio de Buena fe. Ed: Bosch, Barcelona, 1985. p.p 45-52

Como la llamada buena fe objetiva actúa sobre el contenido de la relación jurídica, nacida de la obligación, en particular, o del negocio, en general, se manifiesta en todos los aspectos de su vida cobrando sobre todo interés en el más típico de todos ellos en su cumplimiento, es decir en la actuación de sus efectos jurídicos. De ello da idea el propio ordenamiento positivo cuando establece aplicaciones concretas.

## 2.7 BUENA FE SUBJETIVA Y SUS CLASES.

Este campo es el más amplio, típico y propio de la aplicación del principio de la buena fe, incluso su tipología es aún más variada que la del anterior. Además, como veremos en el capítulo siguiente, en él, es donde aparece seguramente, por vez primera su instrumentación técnica en el Derecho patrimonial romano, si excluimos la esfera del *ius gentium*.

La buena fe subjetiva, se refiere a la correcta situación del sujeto dentro de la relación jurídica, no al contenido o a los efectos de la relación misma. Por eso la hemos calificado en contraposición a la buena fe objetiva, de buena fe sub-legitimante. Refiriéndose a la conciencia del sujeto, en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que deriva su derecho, según los casos.



En el primer supuesto, consiste en la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el Derecho, lo que se manifiesta en las relaciones no solo de los derechos reales, sino también en las más diversas. No obstante, aparece originariamente como propia y adecuada a aquel campo.

En todos los supuestos de aplicación, se trata de una conducta, o más bien de un acto, que de no mediar la buena fe, sería antijurídico o irregular.

La buena fe, debe ser ignorancia, pero legítima ignorancia, esto es, tal, que con el uso de la normal diligencia no hubiera podido ser superada. Esto pone en relación a la buena fe, evidentemente con el problema de sus límites internos, ausencia de dolo y de culpa, y también la buena fe tiene otros límites, cuando entra en relación con una norma rígida, o con un principio que naturalmente la limite. Por ejemplo: buenas costumbres, orden público.

## **2.8 LÍMITES DE APLICACION DE LA BUENA FE. LÍMITES INTERNOS (AUSENCIA DE DOLO O CULPA).**

En la aplicación de las normas hay supuestos en los que no entra la buena fe, bien porque se trata de la actuación del principio de orden público, bien porque la referencia extrajurídica a que remiten las normas es de naturaleza distinta, como sucede cuando la norma llama a las buenas costumbres o a la moral.

Ahora bien, es estos casos, aún en el segundo de los supuestos citados, existe, en definitiva, un orden preferente de aplicación, como si dijéramos que viene necesariamente impuesto por la jerarquía de los principios.

Pero hay otra esfera, en la limitación a la aplicación del principio de la buena fe, que es una limitación interna, y que radica precisamente en la consideración moral del contenido de la disposición del sujeto que actúa la buena fe, como creencia, confianza o error, la cual se revela, naturalmente, en el ámbito de la llamada buena fe subjetiva, de manera más ostensible, contraponiéndose, en todo caso, a la mala fe; relevancia que se concreta, precisamente, en todo lo contrario, sobre lo que la buena fe descansa (conocimiento del vicio propio o ajeno) y que, si tiene su estatuto propio, en las diversas esferas de aplicación de la mala fe, a propósito de la aplicación de la buena fe, encuentra un límite interno, que se concreta, jurídicamente, en la ausencia de dolo o culpa, incompatibles, de este modo, con la buena fe.

La buena fe solo se puede aplicar cuando estamos en la convicción de no haber obrado en contra de las normas jurídicas como menciona De Buen, no olvidemos que la buena fe cumple una función de norma de no haber realizado una injusticia.

La buena fe atiende a la relatividad de cada caso, y servirá para ver si ha habido mala fe, pero no se puede indicar otro tanto del dolo, y ni siquiera de la culpa, se trata de un requisito interno para que se pueda aplicar la buena fe, y para que exista en sí misma.

De modo que la relatividad de su acción depende de las diversas instituciones en que se actúe, pero no se trata aquí de su actuación sino de su misma consideración como tal, algo previo, anterior y general que se antepone a su actuación. Esto forma parte del contenido, es decir, la substancia de la buena fe, perteneciente al orden moral.

Tanto el concepto de dolo como el de culpa como expresiones de la ilicitud, dependen del campo concreto en el que actúan, y de él dependerá en definitiva, su apreciación en relación con la buena fe, sobre todo, por lo que atañe a la culpa, cuando se aproxima al error no excusable a error no culposo. Pero esta relatividad de la utilización del concepto de la buena fe no impide afirmar que su aplicación es incompatible con la existencia de dolo o culpa.

## 2.9 LIMITES EXTERNOS. NATURALEZA DEL ERROR LEGITIMAMENTE.

Los límites externos de la aplicación de la buena fe dependen de la diversa naturaleza de las instituciones en que la buena fe se aplique, o de la actuación de un principio superior, o de una norma rígida que lo impida.

Pero aparte de todo, en cada nuevo planteamiento, es decir, desde los diversos puntos de vista con que se considere la buena fe, nos hallaremos con una situación idéntica: una unidad de concepto, una identidad moral de origen, y una diversa instrumentación técnica, tanto para apreciar estos límites externos, como para determinar, en que ha de consistir el error legitimante.

En cuanto a esos límites externos, dependen de la norma que remite o no remite a la buena fe; si bien, no habiendo remisión alguna cabe que ésta se haga de forma implícita por razón de la materia, siempre que el campo de acción no sea propio de otro principio paralelo, como sucede con las buenas costumbres, o con la diligencia propia de un buen "*pater familias*", criterios, en el plano normativo, análogos a la buena fe, pero que adquieren una tipificación propia, a la que el ordenamiento se remite, en un caso para, como en el primero, señalar el campo de lo ilícito; mientras que en otro, como el segundo, se refiere a particulares deberes de diligencia. Por lo demás el ordenamiento unas veces sub-pone la materia de estos principios paralelamente, es decir, en un mismo plano; otras, en cambio, parece establecer una cierta jerarquía, que es el criterio al que atenerse predominantemente.

Los verdaderos límites externos de la buena fe, se dan cuando, por razón de la materia, interviene la aplicación del principio del orden público, sentido que hay que dar a la imposición que viene determinada por una norma de derecho estricto. La función de la buena fe en el derecho romano tenía una función correctiva y innovadora del *ius civile* por la *aequitas pretoria*, únicamente cuando se trate de normas de orden público, ha de detenerse el uso de la buena fe.

Y por orden público entendemos las que en conexión inmediata con las bases fundamentales que constituyen el orden social, de tal modo miran a la utilidad o interés de la comunidad, que se imponen incondicionalmente a la voluntad de los particulares, y se sustraen a su iniciativa, siendo inderogables por ellos.

## 2.10 LA BUENA FE Y LA EQUIDAD.

Ya en el derecho romano aparece la distinción entre *bona fides* y *aequitas*. La primera tenía un indudable carácter técnico, apareciendo como principio normativo asumido por la *intentio* de la fórmula de determinados juicios, los *bonae fidei indicia*; en cambio, la *aequitas* era un término general de referencia y comparación, aspiración y adecuación del derecho y modelo de la obra del pretor, o cuando mucho constituía un criterio para la determinación del *quantum* de la condena en la valoración de las lesiones extrapatrimoniales.

Con la vulgarización, parece que se confunden y mezclan ambos elementos, pero esto no parece propio del derecho clásico. Gayo, en (D.5,4,8.)

Así aunque vemos que la equidad y la buena fe son cosas totalmente diferentes en el plano doctrinal se relacionan, en que ambas penetran en la realidad provocando una constante renovación de tal manera que se pueda dar el progreso jurídico por medio de la adecuación a las necesidades de la vida social, pero conforme a los ideales inmutables de la justicia y de la equidad, ideales que se hallan impresos en la mente humana, de acuerdo con el derecho natural y con la propia tradición jurídica.

## 2.11 DILIGENCIA CONTRACTUAL O DEBER DE DILIGENCIA.

"En las relaciones contractuales, como en todo obrar social, se entrelazan las cuestiones éticas con las jurídicas. Al comportamiento ético, le falta la precisión que suele acompañar a las normas jurídicas, por eso al hablar de los valores que inspiran la contratación internacional nos debemos remitir a criterios o medidas que difícilmente podrían ser detallados en el derecho positivo.

"A lo largo de los principios encontramos que se hace referencia a las circunstancias del caso en todos los capítulos de los Principios.

Entonces, ¿Que tan objetivo podría considerarse la valoración de las circunstancias?, ¿Al otorgar tal grado de discrecionalidad al tribunal no se incurre en el defecto que se quería corregir, de vaguedad e inseguridad?".

"Esto que aparentemente pudiera ser una imperfección de los Principios se presenta como una de sus mejores características. Allan Farnsworth, las considera "válvulas de escape" que brindan flexibilidad para que el juez o árbitro utilice su sentido común al aplicar los Principios".

"El positivismo jurídico esta aún muy arraigado en Latinoamérica y estos criterios de discrecionalidad, de recurrir a "los deberes del buen padre de familia" al "sentido que le habrían dado personas razonables de la misma condición que las partes y en circunstancias similares" podría parecer a alguno "carentes de técnica jurídica"; sin embargo que mejor que desear que las relaciones sean de acuerdo a la buena fe".

"La doctrina liga a la buena fe los principios éticos, como la honestidad, la lealtad y el comprometerse a la palabra dada. El derecho romano denominaba a este modelo de hombre prudente, perito y diligente "buen padre de familia". El buen padre de familia era el hombre ideal de la sociedad romana.

Los jurisconsultos clásicos hicieron referencia al *diligens pater familias (et honestus)*, los jurisconsultos postclásicos y justinianeos fueron quienes definieron el modelo normativo de conducta. Otro criterio era el de comportarse como en sus propios asuntos.

Recurrir al criterio de la diligencia del buen padre de familia es buscar criterios de responsabilidad. El criterio de la diligencia del buen padre de familia, el buen padre de familia es el término medio entre el pesimista que prevee que todas las contrariedades se pueden presentar y el excesivamente optimista que considera que no se presentará ningún problema. En el plano normativo es análogo a la buena fe, pero en lugar de señalar el campo de lo ilícito, se refiere a particulares deberes de diligencia.

La expresión *diligentia* comprende, las virtudes de *cura, attentio animi, cogitatio, vigilantia, adsidutias, labor*. En el ámbito de la doctrina jurídica, tanto en el lenguaje técnico de los juristas como en el de los escritores literarios, la diligencia designaba, la cuidadosa, atenta y previsora conducta de quien desarrolla una tarea de gestión en los intereses del otro, ante quien debe cumplir una obligación.



En la época republicana y clásica del derecho romano, la noción de *diligentia* se contempla únicamente para las relaciones e instituciones jurídicas que conllevan una actividad de gestión o administrativa. Esta noción de *diligentia* aplicada a todas las obligaciones indicó más específicamente la directiva de conducta atenta y prudente del obligado únicamente excusable por caso fortuito o fuerza mayor.

En el período postclásico y Justiniano, la diligencia se reducía al *animus* de los sujetos de la relación jurídica y a considerar a la culpa como la falta del deber de diligencia. En la Edad Media, el *Aquinatense* la encuadra dentro de la virtud de la prudencia y define la diligencia como "*electio...recta eorum quae sunt ad finem*".

El código de Napoleón y los códigos latinoamericanos hicieron referencia también al buen padre de familia. La diligencia requerida, es aquella que es lícita esperar de una persona responsable y razonable.

Los anglosajones en lugar de referirse al buen padre de familia acuñaron la expresión "*reasonable man*", que ha sido modificado por motivos obvios por la "*dereasonable person*".

El concepto de persona razonable, o del buen padre de familia no es un concepto estadístico, ni es elevar la mediocridad a criterio de conducta "lo que una persona razonable hubiera hecho en esas circunstancias", es una referencia axiológica, deontológica. Es fruto de una valoración expresa de la conciencia social.

Es el modelo de un ciudadano en la sociedad donde se vive.

En los principios en varias ocasiones se sanciona la falta de diligencia, por ejemplo en el retardo en comunicar o notificar por los medios que resulten apropiados a las circunstancias a la otra parte sin demora, (aunque en algunos casos se añade a la expresión "sin demora" el adjetivo "justificada"), lo que resulte pertinente para el caso de retiro y revocación de la oferta, para notificar que no se está de acuerdo con alguna de las cláusulas estandar, para caso de error, para completar un término omiso en el contrato o para los casos en que se haya solicitado una autorización pública y no se haya informado del resultado para que la otra parte pudiera comenzar a cumplir con el contrato.

Por otro lado, en ocasiones la parte que ha sufrido la mora en el cumplimiento de una obligación puede preferir un cumplimiento demorado que resindir el contrato, esta figura se conoce como *Nachfrist* en Alemania, aunque se obtienen resultados similares a partir de otras herramientas conceptuales presentes en otros sistemas jurídicos." (17)

(17) Veytia Palomino Hernany. Valores que inspiran la contratación internacional. Discurso magisterial de ingreso a la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 2 de Diciembre de 1994. p.p 27-34.

## 2.12 EL MEJOR ESFUERZO.

"Otro punto interesante en la elaboración de los Principios relacionada con el valor de diligencia que ahora comentamos es lo que respecta al cumplimiento del contrato.

Alejandro Garro, miembro del Grupo de Trabajo que elaboró los Principios, relata sobre lo sucedido en la formación de este documento del Unidroit, para rescatar de la invalidez promesas que, aunque no expresamente acuñadas en términos de obligaciones de medios, los tribunales interpretaron como imponiendo un deber de "emplear los mejores esfuerzos" (*duty of best efforts*), en cumplir con lo prometido.

Probablemente ha sido la intención de acomodar los principios a la tradición jurídica de los países anglosajones que no reconocen la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, lo que llevó al profesor Fontaine a referirse en su borrador inicial a aquellas obligaciones en las que el deudor solo está obligado a un "deber de cuidado" (*duty of care*), en el cumplimiento de su prestación, en contraposición con el deber de obtener el resultado específico al que se refiere el contrato.

Pero en la reunión que tuvo lugar en Bristol en 1989, los miembros se inclinaron en favor de la expresión "deber de diligencia" (*duty of diligence*), expresión equivalente a la utilizada en el Artículo 1176 del Código Civil italiano, que luego de sucesivas discusiones fuera finalmente reemplazada por "deber de emplear los mejores esfuerzos" (*duty of best efforts*).

¿Qué debe entenderse por el mejor esfuerzo?, el adjetivo "mejor", podría significar que debe hacer todo lo posible y a cualquier costo para alcanzar cierto resultado, sin embargo para los norteamericanos "el mejor esfuerzo", significa hacer solo un esfuerzo no dos. Esta precisión vale la pena aclararla, sobre todo por la importancia que esta cláusula puede tener en contratos internacionales como el de distribución o agencia. ¿El mejor esfuerzo es el que se hace hasta que surge algún problema?

Las recomendaciones que se podrían hacer respecto a este punto serían dos: la primera es que valdría la pena que en las cláusulas de *best effort* se tratara de detallar lo más posible las obligaciones de las partes y segundo, que si la cuestión en controversia sobre si era una obligación de medios o de resultado era fácilmente previsible y las partes no lo previeron, entonces es porque no se estaba obligado a cumplir con tal prestación bajo tales circunstancias. Sin embargo el criterio de diligencia contractual en las cláusulas de *best effort*, cobra especial importancia en las llamadas obligaciones implícitas.

Porque, como es sabido, en un contrato las partes no solamente se comprometen a lo pactado, sino también a lo que se desprende de la naturaleza y finalidad del contrato; a las prácticas establecidas entre ellas y a los usos.

Las obligaciones de *Best effort* también son un criterio para evaluar el cumplimiento de una obligación. (art. 5.4.2 de principios del unidroit) y para determinar el grado de riesgo. (art. 5.5.4). (18)

(18) idem. p.p 34-36.

### CAPITULO III.

#### 3.1 *PACTA SUNT SERVANDA.*

"Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

Nos hemos referido ya al origen de esta norma en el derecho natural romano; su recepción por el derecho natural-ecolástico-medieval y ya en nuestro días, su aceptación como norma de derecho consuetudinario, o como "norma fundamental". No se trata aquí ni de hacer su historia, ni de elucidar, desde el punto de vista teórico, su pertenencia al derecho consuetudinario o a los principios generales de derecho, ni tampoco su carácter de norma fundamental, de todo el derecho internacional o solamente del derecho convencional, sino a su formulación normativa en la Convención de Viena.

Al enunciado tradicional "de que los pactos deben ser cumplidos" (todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas..."), la disposición añade: "...de buena fe". Es este un principio general del derecho y no solo una regla general de interpretación de los tratados, que cuenta con abundante reconocimiento jurisprudencial.

### 3.1.1 LOS PRINCIPIOS GENERALES DE *PACTA SUNT SERVANDA*.

La regla que consagra al contrato como ley para las partes reconoce en su origen y desarrollo diferentes connotaciones que trastocan no solo fundamentos doctrinales, sino diversas contingencias económicas y sociales en su evolución histórica.

Las circunstancias que han modificado los alcances de esta concepción en nuestro siglo y más aún, en las últimas décadas, indican una redimensión del "*pacta sunt servanda*", ya que no se puede prescindir de ellas en cualquier aproximación al tema.

El excesivo apego a esta máxima puede provocar importantes desequilibrios en el orden al sinalagma que ha existido en la génesis del negocio jurídico y su seguimiento dogmático puede en términos bíblicos convertirse en el apocalipsis del contrato.

La teoría de la imprevisión que aparece legislada en este siglo no es novedosa como se pretende, puesto que se le aplicó con distintas apoyaturas normativas a través del tiempo, como se deduce de las observaciones de Molina, quien hace referencia en su obra a diversas contradictorias versiones que sobre ella se han desarrollado.

### 3.1.2 HISTORIA.

En realidad existe cierto consenso en que no existió una formulación precisa de la teoría en el derecho romano, pero si ciertas aplicaciones prácticas; por ejemplo, Paulo expresó que en los contratos interesa el momento en que se celebren, y no, por tanto, el de la ejecución.

En ese sentido, Badenes Gasset ha dicho: "Los filósofos romanos también se preocuparon por esta cuestión, llegando a afirmar que no se puede obligar a nadie al cumplimiento de lo pactado si las condiciones son distintas de las que existían en el momento de contratar".

En apoyo de esta postura cita a Cicerón y a Séneca, en cuanto consideran ambos que para tener que cumplir lo prometido debe permanecer en el mismo estado de las cosas, lo que existía cuando se formuló la promesa.

La edad media conlleva la primera enunciación de carácter general que es considerada producto de la labor de los canonistas, quienes desenvuelven estas ideas sobre la cláusula tácita o sobrentendida. Es la consagración de la llamada "*Rebus Sic Stantibus*".



En realidad son los glosadores, (Bartolo, Baldo), quienes van ajustando la concepción que se vuelca en la doctrina y jurisprudencia italianas de los siglos XVI y XVII, con los cardenales Mantica y de la Luca, y es importante recordar que Alciato, 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". La Iglesia Católica, compenetrada en la concepción ética que la caracteriza, opuesta al lucro injusto, hizo, que los canonistas por una parte, la autoridad pontificia por medio de las Decretales de Graciano, y los padres de la Iglesia, como Santo Tomás de Aquino o Bartolomeo de Brescia, llegaran a expresar el principio general de que "los contratos de tracto sucesivo o dependiente de lo futuro se entienden obligatorios, mientras las cosas así sigan siendo". (19)

(19) Flah Lily y Smayevsky Miriam. Teoría de la Imprevisión. Ed: de Palma, Buenos Aires, 1989. Pág. 1-5.

## CAPITULO IV

### 4.1 ORIGEN Y CONCEPTO DE LA CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS.

#### 4.1.1 ANTECEDENTES DE LA CLAUSULA "REBUS SIC STANTIBUS".

Si bien en el Derecho Romano no era desconocido este problema (20), sería aventurado afirmar que se hubiera llegado a una formulación concreta de este principio aplicable a todos los supuestos de imprevisión. En realidad si bien se arbitraban soluciones inspiradas en el mismo, no fueron corolarios de una teoría general, sino aplicaciones basadas en la equidad a casos concretos, mediante "*condictios*".

Mas adelante en la época de los glosadores y postglosadores se llegó finalmente a la consagración de la cláusula "*Rebus sic Stantibus*", cuyo punto de partida se cree salió de uno de los pasajes del Digesto. Posteriormente la difusión de la misma se acrecentó por mediación de las orientaciones canónicas, pues los tribunales eclesiásticos medievales la utilizaron a menudo, argumentando que era contrario a la moral cristiana la ejecución de un contrato así como el cumplimiento de cualquier ley positiva que entrañase una notoria injusticia o gravámen para cualquiera de las partes que interviniera en una obligación.

(20) Se alude a dicha cláusula en el pasaje de Cicerón "*De officiis*".

#### 4.1.2 LA TEORIA DE LA IMPREVISION EN EL DERECHO MODERNO.

Esta cláusula parece ignorada por los primeros comentaristas del Código de Napoleón, lo cual es muy explicable por el predominio del individualismo, que consagró en su artículo 1134. Sin embargo aparece coetáneamente inserta en los códigos bávaro, prusiano y austriaco.

Su resurgimiento se produce principalmente en materia de contratos administrativos y a raíz de conflictos internacionales. En Francia, en un comienzo, la Corte de Casación se mostró hostil a la aplicación de este principio, y así, en el año de 1856, con motivo de la guerra con Crimea, mantuvo la eficacia de los contratos de seguros celebrados con anterioridad relativos al sorteo para el servicio militar (21). La misma tesis se sostuvo en el célebre "Caso Craponne", negando el aumento de un cánon por riesgo (22).

(21) Dalloz, 1856, 1 - 153.

(22) Dalloz, 1876, 1 - 193.

Pero al plantearse el caso de un contrato de servicios públicos modificó ese criterio en atención a la necesidad de preservar la continuidad y regularidad de los mismos, tesis esta que mantenía el Consejo de Estado.

Así se decidió en el célebre "*Leading Case*" (caso destacado), de la compañía de gas de Burdeos contra la Municipalidad de Burdeos, en donde se admitió una indemnización a favor de la compañía concesionaria, en virtud del alza del combustible, que era excepcional y superaba todos los límites calculados. Este fallo fué dictado en el año de 1916. (23). La misma solución se dió en el caso de las empresas de gas, desplazadas al aparecer el sistema de alumbrado eléctrico en el metro de París y otros análogos. Asimismo esta cláusula se robusteció con el aporte de la doctrina, y así tratadistas de la talla de Ripert, Hauriou, Bonnecase, etc., brindaron su contribución al estudio de este tópico.

Finalmente, debemos consignar que este principio ha tenido consagración en varios códigos, siendo Italia el país que le dió su formulación más acabada.

(23) Dalloz, 1916, 3 - 25.

En cuanto a la terminología dada a esta tácita estipulación "*Rebus sic Stantibus*", se mantuvo con el correr del tiempo siendo esta fórmula la que en la actualidad es usada por los autores alemanes e italianos especialmente. En Francia, en cambio se adoptó el nombre de "imprevisión", (24) expresión ésta utilizada por la mayoría de los tratadistas que han encarado el tema. En igual sentido se pronuncia el autor español Fernández de Velazco y varios autores argentinos. (25)

Hauriou la llama "Riesgo Imprevisible", locución que también adopta R. Sánchez Jiménez; mientras que Kalm utiliza el vocablo "Imprevisión o Alea Imprevisible".

Osti habla de una "*Sopravvenienza*" (supervenencia), voz esta empleada asimismo por otros autores italianos.

Windscheid y parte de la doctrina alemana se inclinan por "presuposición".

(24) La régie morale.

(25) Lafaille, II., Derecho Civil, t. 8, pág. 331; in fine; Rezzónico, Luis María., Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil, Ed. Depalma, 1966 2v.

Otros términos ideados han sido los siguientes: "imposibilidad de prestación" (Giovene, en un artículo de polémica con Osti); "*lassio superveniens*", lesión sobrevenida (Gisepe Pugliese); "*diritto al sopraprezzo*", derecho al sobreprecio (Mario Rica Barberis).

De lo expuesto anteriormente se advierte claramente la disparidad de criterios que existen al respecto sobre este tema, circunstancia que refleja la coincidencia doctrinaria en lo relativo a los fundamentos y naturaleza jurídica de este principio, signo que revela que no había alcanzado su plena madurez.

#### 4.1.3 GENERALIDADES.

Para el análisis de este tema, es necesario entender que se da, cuando una obligación concertada en una época normal, sufre cambios extraordinarios e imprevisibles, que hacen que la realización de la prestación, en el momento de su ejecución, sea de excesiva onerosidad par el obligado, o que lo constituya en ruina. (26)

(26) Como ejemplo en el caso de Argentina, a los contratos celebrados con anterioridad al estallido de la última guerra mundial, pero de cumplimiento a tracto sucesivo, sufrieron un terrible desequilibrio por ese motivo, a raíz del bloqueo de puertos, fluctuaciones de monedas extranjeras, cese de introducción de materias primas por vía de importación, escasez de materiales considerados necesarios para la industria militar, aumento de riesgos marítimos y aéreos, disminución del comercio internacional, etc.

Con base en esto, nace la llamada Teoría de la Imprevisión (*Rebus sic Stantibus*), que apoya al obligado perjudicado por la excesiva onerosidad, absolviéndolo de cumplir con el convenio o permitiendo que lo cumpla en condiciones equitativas.

A diferencia de esta postura, existe la de los autores que apoyan la llamada "*Pacta sunt Servanda*", que, como su nombre lo indica, exige al obligado a atenerse a lo pactado.

Este problema abre, pues, campo a la polémica (27), originando una revisión de principios y una nueva valoración de conceptos, donde algunas doctrinas imbuídas de un sentido social de los derechos, pugnan por romper con preceptos basados en cánones rígidos que, por su anquilosamiento, no han podido seguir el ritmo de la vida, (de la cual el derecho es expresión), y así aparecen normas inspiradas en un individualismo supuestamente superado, pero que, sin embargo, atan al juzgador, que debe fallar el derecho según como es y no como debiera o pudiera ser.

(27) Debe admitirse, que todavía no terminó la controversia, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia ni en el derecho positivo. (Lafaille, H., Derecho civil, t. 8, pág. 331)

La cuestión central de este problema consiste en saber si el contrato, una vez perfeccionado, debe permanecer inalterable, pese a que las circunstancias internas de un país o alguna situación de trascendencia internacional hayan roto el equilibrio contractual; o por el contrario, si una de las partes -que puede ser tanto deudor como acreedor- (28), puede prevalecerse de este estado de cosas, y para quedar liberado de tan injusto compromiso (29). En otros términos ¿La obligatoriedad del contrato es ilimitada, o pueden arbitrarse soluciones que posibiliten la revisión de los convenios, en los casos que reúnan las características ya mencionadas?

Asimismo y en caso afirmativo, surge otra pregunta ¿Quién haría esa revisión y en que forma se llevaría a cabo?

(28) En un arrendamiento por largo plazo el precio pactado puede, como consecuencia del encarecimiento en general de la vida, resultar en determinada fecha muy inferior al precio corriente de la vivienda y aún a los gastos de conservación del inmueble. (Planiol Ripert, t.6, núm. 391).

(29) Existe la posibilidad, según Stanler, de que un contrato técnicamente irreprochable o intrínsecamente justo al momento de concluirse, puede al cambiar las circunstancias convertirse en objetivamente injusto.



#### 4.1.4 CONCEPTO GENERAL.

La revisión de los contratos podría ser hecha (como en el caso de algunos países) por el poder legislativo, o por el poder judicial. La intervención del poder legislativo operaría de dos maneras diferentes: 1) ya sea dictando leyes que contemplen situaciones especiales creadas a raíz de acontecimientos no previstos, derogando o restringiendo efectos de contratos pactados en épocas de normalidad (29\*).

(29\*) El ejemplo más notable es la sanción de la famosa ley "*Faillot*", promulgada en Francia en 1918 y relativa a contratos que importaran entrega de mercadería o artículos en prestaciones sucesivas o sólo diferidas. Decía su artículo segundo que, fuera de las causas de resolución corrientes los contratos podían ser rescindidos si se estableciera que, a causa del estado de guerra, la ejecución de las obligaciones de uno de los contratantes entrañase cargas o le causase un perjuicio cuya importancia sobrepase en mucho las previsiones que pudieron razonablemente ser tenidas en cuenta en la época del contrato. Esta ley sólo se aplicaba a los contratos comerciales. En Argentina por ejemplo, la ley de moratoria hipotecaria y especialmente las leyes de alquileres -tanto en lo referente a zona urbanas como a arrendamientos rurales- o sea la llamada "legislación de emergencia", constituyen aplicaciones de este tipo.

2) Incorporando, mediante preceptos permanentes, principios generales para resolver los casos encuadrados en la teoría que se analiza (30).

(30) Este principio de la imprevisión, está formulado en los viejos códigos como el Bávaro (Código de Maximiliano de 1756), Código Prusiano de 1794 y Código Austriaco de 1812. El Código Polaco de las obligaciones de 1935, establece en su artículo 269: "Cuando por consecuencia de sucesos excepcionales, tales como guerra, epidemias, pérdida total de las cosechas y otros cataclismos naturales, la ejecución de la prestación chocaría con dificultades excesivas, o amenazaría a una de las partes con una pérdida exorbitante que las partes no han podido prever desde la conclusión del contrato, el Tribunal, puede, si lo juzga necesario según los principios de la buena fe y después de haber tomado en consideración los intereses de las dos partes, fijar el modo de ejecución, el monto de la prestación, y aún pronunciar la resolución de la convención."

El Código Civil de Italia de 1942, lo consagra con claridad en su artículo 1467: "Contrato con prestaciones recíprocas. En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación de una de las partes resulta excesivamente onerosa por ocurrir eventos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación, puede demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el art. 1458. La resolución no puede ser demandada si la onerosidad sobrevenida entra en el área normal del contrato. La parte contra la cual es demandada la resolución, puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato." Art. 1468 "en la hipótesis prevista en el artículo precedente, si una sola de las partes ha asumido obligaciones, puede exigir una reducción de su prestación o una modificación en la modalidad."

La revisión hecha por el poder judicial sería la que se efectuaría basándose en que todo contrato lleva implícita la cláusula "*Rebus sic Stantibus*", que opera como condición resolutoria "*Ex nunc*" (desde ahora) y, por lo tanto, permite la resolución del mismo cuando se dan los requisitos que hacen visible su aplicación, y que más adelante se considerarán.

Los sostenedores del principio de la autonomía de la voluntad son enemigos declarados de esta teoría, que supone que haría que fuera ilusoria la obligatoriedad en los contratos y atentaría contra la estabilidad de las convenciones, reduciendo así la seguridad de las transacciones.

Los que se encuentran dentro de esta corriente se niegan a aceptar que causa alguna pueda dejar sin efecto el vínculo contraído, ya que los contratos deben ser cumplidos estrictamente, aún en los supuestos que la ejecución de la prestación sea muy onerosa por causas de hecho que no pudieron racionalmente preverse al momento de constituirse la obligación.

Por razones, o por no reconocerle categoría de autónomo, algunos juristas se muestran contrariados al reconocimiento del principio aludido. (31)

(31) ....modalidad de la ejecución, suficiente para reconducirla a la equidad." Art. 1469 "Las normas de los artículos precedentes no se aplican a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes."

Sin embargo hay una serie de factores a favor de la admisión de la cláusula cuestionada. ¿Es lícito, acaso, permitir que por obra del azar una persona constriña a otra a ejecutar un acto que pueda llevarlo a la ruina, por la sola falta de no haber previsto lo que era imprevisible?, ¿El derecho puede tutelar situaciones como la expuesta y permitir que en su nombre y bajo su potestad se consume tal acto?.

La equidad, implícita en todo ordenamiento jurídico como norma de interpretación, y la buena fe que debe presidir el cumplimiento de los contratos, no pueden ser negados por un acatamiento ciego de lo convenido.

Por otra parte, la interpretación propugnada, es la que realmente respeta la voluntad originaria de las partes y la integridad del contrato, ya que es evidente, que exigir su cumplimiento en tales casos es, como afirma Fornieles: "ir contra la voluntad presunta y crear obligaciones que ni el deudor quiso asumir, ni pensó el acreedor en aprovechar" Esmein, Baudry-Lacantinerie, Colin-Capitant y Planiol.(32).

(32) Rezzónico Luis María. La fuerza obligatoria del contrato y la teoría de la imprevisión. Revista Argentina de Derecho Privado, año 1950, núms. 1 y 3.

## 4.2 REQUISITOS.

Para que se aplique la cláusula "*Rebus sic Stantibus*", deben de estar reunidas una serie de condiciones que hagan viable su funcionamiento. Aún en tales casos debe obrarse con prudencia y por ser normas de excepción debe considerarse con criterio restrictivo. Por eso Biblioni considera "peligroso como regla general y en lo normal falso" este principio. (33)

Dichos requisitos son los siguientes:

a) Debe tratarse de contratos de tracto sucesivo, cuyos efectos se proyecten hacia el futuro, y sus prestaciones deban cumplirse en forma diferida. Esta es una condición especial para que pueda funcionar esta cláusula, ya que es necesario que medie un intervalo de tiempo entre la conclusión de un contrato y su ejecución. Por ello, el nuevo Código Civil Italiano ya citado, dispone en sus artículos 1467: "En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida...".

(33) Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino, t.2 pág. 414.

b) Que surja un hecho excepcional, anormal, que afecte a toda una categoría de personas situadas en idénticas condiciones.

c) Que ese hecho sobreveniente no se hubiese previsto y que además no haya sido posible razonablemente tener en cuenta al contratar, por tratarse de un acontecimiento que escapa a las previsiones lógicas y ordinarias de la vida.

d) Que a raíz de tal hecho el cumplimiento de alguna de las prestaciones del contrato, imponga a uno de los obligados una gravosidad excesiva para poder efectuar lo convenido. Hay que tener en cuenta que lo que caracteriza a la figura objeto de este tema, es que el cumplimiento de lo estipulado -aunque notoriamente gravoso y desproporcionado con relación a lo que se pactó en su origen- resulta físicamente posible de realizar.

Esta circunstancia diferencia esta figura del caso fortuito, de la fuerza mayor, en las que existe una imposibilidad material, un impedimento natural para ejecutar la prestación.

En cuanto al criterio a seguir para determinar cuando una prestación reúne los caracteres de excesiva onerosidad para que pueda admitirse el principio, se trata de una cuestión de hecho que en cada caso será decidida discrecionalmente por el juez competente. Aunque en realidad nada impide que se fije una regla para apreciar la desproporción a que nos hemos referido.

Esto constituye un criterio firme, pues si se recurre a la voluntad presunta del obligado en el supuesto de haber podido conocer el hecho futuro, se caería en un subjetivismo impropio con la seguridad de los negociadores.

e) Que el suceso acontecido con posterioridad al contrato, no se deba a culpa o negligencia del deudor. En caso contrario, él debe hacerse cargo de las consecuencias onerosas.

f) Que el contrato no sea aleatorio, ya que por la misma naturaleza de éste, el deudor asume voluntariamente los riesgos que se deriven de la obligación de que se trate y se presume que el co-contratante ha convenido su contraprestación en atención a tal circunstancia.

En este sentido se pronuncia el Código Civil Italiano, que como ya mencionamos, excluye en su artículo 1469 a los contratos aleatorios del ámbito de aplicación de la teoría.



Sin embargo, es discutido este requisito, pues algunos autores sostienen que también a los contratos aleatorios debe extenderse este principio, pues aún dentro del "*álea*" hay un límite previsto, fuera del cual se cae en la imprevisión. (34)

#### 4.3 CONTRATOS EN LOS CUALES ES APLICABLE EL PRINCIPIO.

La teoría de la imprevisión se desenvuelve solo en aquellas relaciones jurídicas que se proyectan a través del tiempo, ya que la revisión que autoriza el texto legal se establece precisamente en función del cambio de circunstancias operado desde que se celebra el acuerdo.

En cuanto a su ámbito de aplicación, podríamos englobar a los contratos en : de ejecución diferida o continuada, quedando marginados los contratos de cumplimiento inmediato o con un plazo muy breve, que por su propia naturaleza excluyen el remedio por onerosidad excesiva sobreveniente.

(34) Bruzin, A., transcrito por Boneccase; Elementos de Derecho civil, pág. 580.

La ley reformativa, ha sido concluyente en este aspecto: todas las relaciones que puedan verse afectadas por la acción del tiempo, caen en el supuesto de la teoría, ya sean obligaciones que deban cumplirse en forma periódica o continuada, o bien prestaciones diferidas por hallarse sujetas a una condición o a un plazo.

La extensión del principio a estas últimas hipótesis motivó una crítica de Llambías, quien sostiene que en tales casos se infringe la garantía constitucional de la propiedad. En contra de su opinión, podemos apuntar que si se toma como pauta de referencia la intangibilidad del contrato, idéntica objeción podría formularse a su aplicación a los derechos emergentes de los contratos llamados "de tracto sucesivo", pues también en esos casos resultan alterados los términos originarios del convenio.

Otra exigencia del dispositivo legal es que se trate de contratos conmutativos en los cuales, a diferencia de los aleatorios, las mutuas prestaciones son ciertas y precisas económicamente en el momento mismo de su concertación.

Excepcionalmente puede aplicarse a los contratos aleatorios "cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato", pues en esos supuestos el agravamiento de la prestación, se da en virtud de acontecimientos extraños al "álea" asumida en el acuerdo, por lo que se le incluye en el dominio de la regla de "*Rebus sic Stantibus*".

El artículo 1198 comprende también a los contratos unilaterales onerosos. Esta calidad ha sido impuesta en función de la idea que hace a la esencia misma de la teoría: el mantenimiento de la proporcionalidad o equivalencia de las prestaciones, con lo que escaparían de sus previsiones los contratos gratuitos en los que no hay contraprestación.

#### 4.4 PRESUPUESTO QUE POSIBILITA LA REVISION DEL NEGOCIO.

Excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación.

La problemática del principio estriba en la persistencia del equilibrio contractual. Por lo mismo se deduce que si por efecto de las nuevas circunstancias el cumplimiento de la prestación, en su contenido inicial, provocase una considerable lesión patrimonial al contratante agravando injustamente su compromiso, cabe la aplicación del principio.

La exigencia del perjuicio surge explícitamente del precepto legal que comentamos.

La "*dificultas praestandi*" debe juzgarse al principio, con relación al negocio concreto de que se trate, sin que el cumplimiento de la obligación debida, origine el colapso patrimonial del sujeto.

La ley difiere al criterio judicial la apreciación de la mayor onerosidad que tipifica la figura. No se pueden sentar a "*priori*" reglas fijas, pero ha de señalarse que los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles deben haber trastornado el equilibrio originario de las prestaciones a tal punto de desdibujar fundamentalmente el valor de cambio en un negocio conmutativo. Imponer en esas condiciones el inflexible acatamiento del acto sería contrario a la equidad, la regla moral y la buena fe. Así mismo observamos que conforme a la recepción legal de la teoría del abuso del derecho, el ordenamiento no ampara la prerrogativa jurídica que contrataría los fines que han determinado su reconocimiento.

#### 4.5 REQUISITOS.

- 1) Advenimiento de algún suceso extraordinario de orden general y de magnitud.
- 2) Que se trate de un hecho imprevisible, inevitable y ajeno al deudor.
- 3) Nexo casual adecuado entre acontecimiento y el desequilibrio actual.
- 4) Ausencia de culpa del perjudicado.

Los extremos indicados, que reunidos configuran la teoría, deben ser ensamblados para que de esta manera surjan los hechos sobrevenientes que puedan dar lugar a la protección legal, y que deben considerarse por su carácter extraordinario y su intensidad, ajenos por completo a las previsiones que las partes, obrando de buena fe y con el cuidado y previsión que les es exigible, pudieron razonablemente tener en cuenta al contratar, conforme a las circunstancias imperantes en el medio social de ese momento.

Corresponderá al intérprete determinar si esos eventos han sobrepasado el marco de las condiciones previsibles del contrato. Si se juzga, que el sujeto perjudicado previó o pudo prever el acrecentamiento desorbitado de su prestación y pese a eso se obligó, no puede luego invocar la teoría para liberarse o disminuir su responsabilidad.

La ley solo concede el beneficio al deudor cuya conducta sea jurídicamente irrepreensible. Esta postura, corolario del principio "*nemo auditur propriam allegans trupi tudimen*", se ve en este caso reafirmado por el carácter excepcional del principio.

Mal estaría, por otra parte, si se compadeciera un comportamiento doloso o culpable con la regla de la buena fe que descansa en la esencia de la doctrina.

Tampoco se otorga el remedio jurisdiccional al deudor que se encontrare en mora al tiempo de sobrevenir las circunstancias extraordinarias e imprevisibles mentadas en la norma. En este caso se tienen las mismas consideraciones efectuadas precedentemente, pues la mora, para que engendre responsabilidad, debe ser imputable, lo que en definitiva viene a asimilar ambas situaciones. (35)

#### 4.6 EFECTOS.

El artículo 1198 del Código Argentino incorpora una resolución resolutoria de origen legal en los contratos que caen bajo su ámbito: sobreviniendo el grave desajuste de las prestaciones, en las condiciones señaladas, la parte perjudicada puede solicitar la resolución del negocio que actuando hacia el pasado desvanece todas las consecuencias que pudieran haberse derivado de su concertación.

(35) Sin embargo existen, opiniones en contra, como la de Hugo Masnatta, que afirma que la solución del artículo 1198 en cuanto dispone que la existencia de mora hace improcedente la resolución, no guarda congruencia con lo estatuido en el artículo 509 sobre la mora automática. Cfr. Masnatta, H., La excesiva onerosidad sobreviniente y el contrato. El nuevo artículo 1198 del Código Civil en el derecho. t. 23, págs. 375 y siguientes.

Este modo de operar la extinción se produce, sin embargo, solo en los contratos de ejecución diferida ya que, según reza el texto legal argentino "...En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos." Coincide con la solución que brinda el art. 1204 de dicho código con referencia al pacto comisorio.

Cabe, no obstante, una alternativa para mantener la vida jurídica del contrato que la ley concede exclusivamente a la parte no afectada; la propuesta de mejorar equitativamente los efectos del mismo. Ante la demanda de resolución es privativo del otro contratante optar por el mantenimiento del negocio mediante un razonable ajuste de su base contractual.

Lo contrario equivaldría a transferirle compulsivamente el agravamiento acontecido.

Si media ese ofrecimiento, queda un amplio margen para la labor revisora de los jueces a fin de reacondicionar la configuración interna del negocio, no sólo en el "*quantum*" de las prestaciones sino también en relación a los plazos, indemnizaciones, etc., que conduzca a una adecuada corrección del mismo. Pero si quien se allana al reajuste hubiese condicionado la mejora hasta un límite determinado, no puede, entendemos imponérsele una carga superior, en tal caso no queda otra vía que la de aniquilar la relación.

Por su propia naturaleza, la teoría encuentra su razón de ser en la imprevisibilidad de los hechos que pueden afectar en el tiempo la relación contractual. Ello determina, la invalidez de los pactos que cubrieran en forma anticipada todas las contingencias futuras que pudieran producirse, aunque fueran impensables en el otorgamiento del negocio, por afectar los principios supraindividuales consustanciados con este principio.

Sin embargo el artículo 1134 del Código Civil Francés expresamente consagra el principio: "El contrato es ley para las partes", en el que se suprime la frase y deben ser cumplidos de buena fe."

Así después de este párrafo vemos como en el Código Civil Argentino se toma este mismo artículo transcrito en el 1197 de ellos solo que suprime la frase " deben ser cumplidos de buena fe" del modelo francés.

Si a los expuesto añadimos el texto terminante de los artículos 1633 y 1557, se arriba a la conclusión de que "la teoría de la imprevisión" no está contemplada en el Código Civil Argentino.

"Art. 1633.- Aunque encarezca el valor de los materiales y de la mano de obra, el locador bajo ningún pretexto puede pedir aumento en el precio, cuando la obra ha sido contratada por una suma determinada."



"Art. 1557.- En los arrendamientos de predios rústicos no podrá exigir el locatario remisión total o parcial de las rentas, alegando casos fortuitos ordinarios o extraordinarios que destruyan o deterioren las cosechas."

Pero no obsta para ello el hecho de existir en el Código (Art. 2001 Cód. Civ. Arg.), disposiciones que armonicen con tal principio, pues se trata de reglas que contemplan casos especiales, fundados en la equidad, pero no son fruto de una teoría general.

Hay que tener presente que a favor del principio de la imprevisión se puede invocar el mencionado artículo 1198 del Código Civil Argentino, a contrario sensu, y la equidad como norma de interpretación, ya que la misma inspira indudablemente muchas normas de dicho código.

Por otra parte existen supuestos en los cuales el cumplimiento de la prestación resulta tan exorbitante que puede asimilarse a un caso de "fuerza mayor", enfocada ésta con un criterio lato.

Entonces, hay que dejar al libre criterio del juzgador la apreciación de cada caso en particular, teniendo en cuenta que la teoría de la imprevisión no es incompatible con el derecho común. Para sustraer al deudor a la ley del contrato aplicando la doctrina de la imprevisión es requisito esencial la existencia de obligaciones a término de cumplimiento no enteramente consumado, a los jueces les está prohibido para interpretar, apartarse del texto expreso de la ley.

Ello no significa asignar a los mismos una función meramente automática, sino que, por el contrario, deben buscar la completa adecuación de los textos legales al caso sometido a fallo, examinando cuidadosamente las peculiaridades de cada uno para el logro de tal fin.

Por dichas razones, los contratantes deben prever al formalizar sus convenios tales supuestos, insertando en los mismos las estipulaciones convenientes a que haya lugar en los contratos de prestaciones diferidas.

Así vemos como en países como Argentina si bien no está expresamente aceptada la teoría de la imprevisión vemos como aveces para combatir los efectos de una emergencia, alternando las convenciones privadas por razones de utilidad social y en amparo de los intereses vitales de la comunidad, se pronuncian de cuando en cuando este principio.

#### 4.7 OPINIONES DOCTRINARIAS DE LA ACEPTACION DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION.

Eduardo B. Busso, se manifiesta contrario a la consagración de este principio y al respecto dice: " Son objeto de criticas aquellas disposiciones legislativas que eximen al deudor de obligaciones libremente contraídas.

Aún cuando se pretendan justificar esas medidas en las circunstancias extraordinarias que acompañan a las épocas de crisis, lo cierto es que son precisamente esas medidas las que agravan y agudizan esas crisis, ya que debilitan la recíproca confianza que es la base de toda vinculación social... Debilitar la autoridad del contrato y autorizar la violación de la palabra empeñada importa alterar en las conciencias, el sentido de la probidad... Negar protección al contratante que al celebrar la convención creía que los derechos que regularmente constituía serían garantizados por la acción del poder público, vale tanto como defraudar un interés privado legítimo, instaurar un régimen de inseguridad y rebajar el prestigio que la jurisdicción debe tener como segura garantía de los derechos nacidos al amparo del ordenamiento jurídico."

Alberto G. Spota, en cambio, en su "Tratado de Derecho Civil", se muestra partidario de su adopción: "En realidad, creemos que, no obstante surgir implícitamente esa doctrina, convendría expresamente acogerla y aún otorgarle al juez la atribución moderadora que conduzca a modificar, en su caso, el contrato mismo... teoría que se funda en el principio del abuso del derecho..."

Héctor Lafaille opina al respecto: "...Las simpatías doctrinarias no deben arrastrar al legislador en un sendero peligroso, mientras no se obtenga una definitiva caracterización".

Luis María Rezzónico es partidario de su consagración formal y en normas totalmente expresas.

Bibloni, aunque no lo consagra explícitamente en su anteproyecto, no deja de tenerlo en cuenta: "Por esas razones, introducida en nuestro código por el artículo proyectado la regla de la buena fe, y desarrollada, como lo será más adelante, la teoría del enriquecimiento indebido, se tendrían los principios fundamentales para resolver esas graves cuestiones que en nuestro sentir, no necesitan de preceptos especiales."

En el segundo Congreso de Derecho Civil realizado en Córdoba, en 1927, una comisión formada por los doctores León, Montagné, Orgaz, Berrotarán, y Carlomagno presentó la siguiente ponencia: "cuando en virtud de haber sobrevenido acontecimientos generales y extraordinarios, que no hubiesen podido ser previstos al celebrarse el contrato, las obligaciones de uno de los contratantes y la utilidad que él recibe, o la prestación de otro, se encuentren en una desproporción que exceda todos los límites razonables que pudieron haber tenido en cuenta las partes al contratar, el juez puede, según las circunstancias declarar rescindido el contrato o suspenderlo temporalmente."

Dicha ponencia no llegó a consagrarse, quedando, pues, como una expresión de anhelos, por parte de los juristas que integraron dicha comisión, y aquellos que pugnan por hacer de la "imprevisión" una categoría jurídica incorporada al derecho.

#### 4.8 AUTONOMIA DEL PRINCIPIO.

Para que este principio ocupe un sitio independiente dentro de un ordenamiento jurídico, es necesario distinguirlo de otras figuras que, aunque no destruyan su virtualidad, pueden asemejarsele.

El principio que mayores analogías guarda con esta cláusula es, sin lugar a dudas, el del "caso fortuito" o "la fuerza mayor", a tal punto que algunos la denominan "caso fortuito atenuado". Pero como ya se ha dicho anteriormente la posibilidad o no, del cumplimiento de la prestación, constituye la nota diferencial entre estas figuras.

También tiene marcadas diferencias con el "error", dado que este vicia el consentimiento al tiempo de celebrarse el contrato, mientras que en la imprevisión, el consentimiento no aparece desfigurado por causa alguna, pues el hecho que actúa sobre la convención es sobreveniente, es decir, que de no ocurrir ese evento, el acuerdo sería inatacable y conservaría toda su fuerza obligatoria.

La "lesión" guarda similitud con la imprevisión en el hecho de que ambas figuras tienden a lograr un equilibrio en las prestaciones, pero no por ello pueden asimilarse las mismas, dado que la segunda es posterior al contrato, razón por la cual ha sido llamada "lesión sobreveniente"; mientras que la "lesión" afecta el acto jurídico desde su celebración.

En cuanto a la "lesión enorme", el Código Civil Italiano de 1942 la contempla bajo la denominación de "resolución por excesiva onerosidad sobrevenida" (F. Laurent.)

Resulta así que tanto la "lesión enorme" como la excesiva "onerosidad sobrevenida" son causas de extinción de los contratos; y en ambos casos se fundan en una desproporción entre las prestaciones.

Las diferencias radican en lo siguiente según F. Messineo: la lesión implica un desequilibrio inicial entre las prestaciones; la segunda, un desequilibrio sobrevenida.

Para los códigos que requieren la presencia de un elemento subjetivo para que proceda la lesión, tal requisito no es exigido de ningún modo para que proceda la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida.

En cuanto al "enriquecimiento sin causa", si bien pueden considerarse comprendidos dentro de esta institución supuestos típicos de imprevisión (Ej: El caso que exigiendo lo pactado un individuo lograra enriquecerse a costa de otro, por un cambio de circunstancia no previsto originalmente), un análisis más profundo demuestra que quien reclama basándose en un contrato lícito no carece de "causa", circunstancia esta que justifica la diferenciación de estas figuras.

Por último y con relación al "abuso del derecho" (ejercicio anormal del derecho), puede argumentarse que si el ejercicio de un derecho conduce a un serio perjuicio con relación al contratante, se estaría en presencia de un caso comprendido dentro de esta teoría.

Pero debe desecharse esta posición, pues el que exige el cumplimiento de una obligación que ha sido estipulada libremente y el titular tiene interés en su ejecución, mal podría sostenerse que su posición se sitúa fuera del derecho."

Es materia de opiniones encontradas el fundamento de esta figura. Para algunos autores estarían en la moral. Ripert y Voirín participan de esta opinión. Otros como Biblioni, Wendt, etc., estiman que se funda en la buena fe.

Hay quienes son partidarios de que se apoya en el elemento subjetivo "la voluntad" de los contratantes, mientras que otros, en un elemento objetivo, como "la equivalencia económica de las prestaciones" (Maury)

Duguit parte del principio "del solidarismo" para explicarla, y Bonnacasse y Planiol-Ripert, de la "equidad".

Windscheid formula una tesis denominada de la "presuposición", que llegó a tener cabida en el primer proyecto del Código Alemán. La misma puede plantearse de la siguiente forma: el efecto jurídico existe, dado o "presupuesto" cierto estado de cosas. Es decir, funcionando como condición implícita que las circunstancias no se alterarán.

Enneccerus sostiene una teoría que tiene cierto parecido con la anterior, pero parte de una base más subjetiva, ya que habla de una "autolimitación inmanente de la voluntad" en el sentido de una reserva virtual que consiste en lo siguiente: "yo no hubiera querido si hubiese sabido".

Hauriou encuentra la explicación del principio en la defensa de los intereses generales de la comunidad, pues él mismo asegura la continuidad de los servicios públicos. Hay que destacar que en el campo del derecho administrativo siempre fue objeto de favorables pronunciamientos esta teoría, y por eso los países que tienen tribunales administrativos (Ej. Francia) desarrollaron con más amplitud dicho principio.

Según lo anterior, podemos concluir que la "imprevisión" es un ente autónomo del derecho, que funciona como causal de inejecución de obligaciones, al lado de la noción del caso fortuito, la fuerza mayor, el error esencial, etc.



Por otro lado debemos consignar que esta teoría tiende a extenderse a toda clase de actos jurídico, inclusive los unilaterales, y no simplemente a los contratos.

#### 4.9 LA APLICACION DE LA CLAUSULA "*REBUS SIC STANTIBUS*" EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

A continuación sitaremos a los principales tratadistas mexicanos que hablan al respecto, comenzando por los autores que no la admiten y luego nos referiremos a quienes si lo hacen.

##### 4.9.1 AUTORES QUE NO ADMITEN LA TEORIA DE LA IMPREVISION.

**Borja Soriano.**

El maestro Borja Soriano, después de exponer las opiniones de Demogue, Bonnetcasse, Hemard, Planiol, Ripert, y Esmein concluye: "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 Borja Soriano, en 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. Esta facultad debe quedar reservada al legislador para que la ejerza en circunstancias excepcionales. En cuanto a nuestro Derecho Civil Positivo, hay que recordar que el Código de 1884 en su artículo 1419, previno: "Los contratos legalmente celebrados serán puntualmente cumplidos" y la idea contenida en este artículo se encuentra también en el artículo 1796 del Código de 1928, que dice: "Los contratos... obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado... ... no cabe sostener la existencia de un principio general de Derechos favorable a la revisión del contrato por el juez. Esta le queda reservada al legislador...". (36)

Gutiérrez y González.

En idéntico sentido, se expresa el Licenciado Ernesto Gutiérrez y González; cuando al exponer el tema bajo el nombre de: Teoría de la Imprevisión, comenta:

(36) Teoría General de las Obligaciones, pág.286

"Este ordenamiento (Código Civil del D.F.), sigue la tesis *"Pacta Sunt Servanda"*, ésta es una opinión adversa a la teoría de la imprevisión que sostiene la cláusula *"Rebus sic Stantibus"*, por ello los contratos deben cumplirse aunque las circunstancias cambian, pues ni la buena fe, ni en la equidad se encuentran bases para adaptar la anterior máxima.

Rige en toda su fuerza, la máxima de que los contratos se deben mantener y cumplir sean las que sean, las nuevas circunstancias económicas que priven y así se confirma en el artículo 2626. Hay sin embargo, una excepción en el Código y es la que se consigna en el artículo 2455. (37)

Gutiérrez y González concluye que: "En nuestro medio toca al legislador y no al juez, modificar mediante los preceptos de observancia general las condiciones de los contratos en circunstancias extraordinarias..." (38)

(37) Derecho de las Obligaciones, pág. 378

(38) Idem.

Sánchez Medal Urquiza

Siguiendo la argumentación de los autores anteriores, también se manifiesta en contra de la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión en nuestro Derecho positivo José Ramón Sánchez Medal Urquiza, quien al respecto dice: "Ha sido motivo de grandes discusiones esta figura y a pesar de ello nuestro Derecho no permite la aplicabilidad de esta teoría de la imprevisión o de la revisión del contrato, o de la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida, ya que con este tipo de resolución se atentaría gravemente en contra de la seguridad de la contratación. Además, nuestra legislación rechaza esta revisión de contrato expresamente cuando se refiere al contrato de obra a precio alzado según el artículo 2626, que establece que: "El empresario que se encarga de ejecutar alguna obra por precio determinado, no tiene derecho a exigir después ningún aumento, aunque lo haya tenido el precio de los materiales o de los jornales."

(39)

(39) La resolución de los contratos, pág. 72.

Sin embargo, Sánchez Medal Urquiza acepta un caso de aplicación de la cláusula "*Rebus sic Stantibus*": Cuando hay pérdida de la cosecha por causas fortuitas extraordinarias, en los arrendamientos rústicos.

Néstor de Buen.

El Doctor Néstor de Buen, aunque considera positiva la aplicación de la cláusula "*Rebus sic Stantibus*", desde su punto de vista al aceptarla no la encuadra dentro del concepto clásico del contrato, por lo que en realidad su opinión es desfavorable.

#### 4.9.2 AUTORES QUE ADMITEN LA TEORIA DE LA IMPREVISION.

En cuanto a los autores que la admiten en la doctrina mexicana, podemos citar a los siguientes:

Rojina Villegas.

Don Rafael Rojina Villegas, citando casi las mismas fuentes que el profesor Borja Soriano, llegó a la conclusión contraria. Une sus ideas a las de Bonnecase y nos dice: "Consideramos que 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 y en el cumplimiento de la interpretación de las mismas. (40). Desde luego existe el principio básico: "Los contratos no solamente obligan a los expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que se deriven de la buena fe, del uso o de la ley."

Expresamente en el Código Civil, se hace la aplicación de este principio de equidad que está reconocido en distintas normas para la interpretación de los contratos." (41).

(40) Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Volúmen I, pág. 223.

(41) *Ibidem*.

El autor en turno, nos cita una serie de ejemplos en donde a su juicio dentro del Derecho Civil Mexicano se reconoce el principio de la buena fe. Como por ejemplo en los siguientes casos: Enriquecimiento sin causa, lesión, y accesión, y concluye que el juez dentro de nuestro sistema sí puede aplicar la teoría de la imprevisión basándose en la equidad: "Podemos concluir 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." (42)

Rafael De Pina.

En el orden que nos hemos propuesto, veremos la opinión de Rafael De Pina, gran tratadista, quien a la luz de la polémica entre Borja Soriano y Rojina Villegas se manifiesta en el siguiente sentido: "Para nosotros la teoría de la imprevisión que es aplicable, en los casos para los que está elaborada, en el sistema jurídico civil mexicano corresponde a la aplicación de la declaración constitucional expresa de los Principios Generales de Derecho Civil como fuente formal del Derecho Positivo Civil Mexicano.

(42) Ibidem, pág 224.

Esta posición solo se podrá objetar desconociendo esta realidad legal.

Ahora bien, si los Principios Generales de 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 la teoría tan plena de elementos de fundamentación tan justiciera?

En este respecto, nuestro sistema jurídico civil, se asemeja notablemente al italiano, dentro del cual el sobrevenir de hechos o de situaciones graves e inopinadas, es susceptible de influir en las relaciones jurídicas ya firmes, constituyendo éste un principio general del ordenamiento de referencia.

Por otra parte, toda proposición jurídica que lleve a conclusiones inícuas, como la que resultaría de no aplicar el principio de la imprevisión en aquellos casos, en que un cambio radical ajeno a la voluntad de las partes acusara circunstancias totalmente diferentes de las existentes en el momento de la perfección del contrato, debe ser rechazada resueltamente.

Finalmente hay que recordar que el texto del Código Civil para el Distrito Federal no es la fuente única del Derecho Civil, sino también se encuentran admitidos en tal sentido los principios generales de derecho, entre los cuales se haya evidentemente el de la equidad contractual." (43).

(43) Lecciones de Derecho Civil, Tomo III, pág. 275



Vemos que si bien De Pina invoca la equidad, pretende desprender su argumento del artículo 14 Constitucional y de ello derivar la fundamentación de la aplicación de la teoría.

Este no cabe duda, es un intento más serio y apegado a nuestro derecho que el realizado por Rojina Villegas.

Ortiz Urquidi.

Ahora veremos la postura del Doctor Raúl Ortiz Urquidi, quien en su libro, *Derecho Civil*, opina: "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 sí 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." (44)

(44) *Derecho Civil*, pág. 432.

Para fundamentar su postura, Ortiz Urquidi 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.

Por otro lado, sostiene que en nuestro Derecho Positivo 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 para evitar perjuicios, una regla de interpretación por la cual, si un contrato es oneroso, debe resolverse a 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. Esto lo fundamenta el artículo 1912 del citado ordenamiento.

El autor, opina que, además del caso de los arrendamientos rústicos, previsto por el artículo 2455 del Código Civil, la Teoría de la Imprevisión también se establece en los artículos 2395 y 2396 del mismo código, relativos al contrato de mutuo con interés.

Es interesante ver lo que al respecto dice el maestro: "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." (45).

Además de estos casos, los cuales son difíciles, y a los que luego volveremos sobre ellos, cita el Dr. Ortiz Urquidi un precepto: el 511 del Código de Procedimientos Civiles, el cual a nuestro modo, si toma en cuenta, aunque parcialmente la teoría de la imprevisión; ya que prevee una modificación al acuerdo de las partes, puesto que dice así: "Si los bienes embargados, no estuvieran valuados anteriormente, se pasará al avalúo y venta en almoneda pública en los términos prevenidos por éste código.

(45) *Ibidem*, pág. 434.

No se requiere avalúo cuando el precio consta en instrumento público o se haya fijado por consentimiento de los interesados o se determine por otros medios según las estipulaciones del contrato, a menos que en el curso del tiempo por mejoras hubiere variado el precio." (46)

Visto el punto de vista de Ortiz Urquidí quien en verdad trata de fundar la teoría de la imprevisión en nuestro Derecho Positivo, veamos otras opiniones favorables a la aplicación de dicha teoría.

Quintanilla García.

Pasemos ahora a exponer la opinión de Miguel Angel Quintanilla García quien se muestra partidario de la teoría de la imprevisión y busca fundamentar su aceptación por nuestro Derecho positivo de la misma manera que en la buena fe.

El autor mencionado opina así: "En primer término diremos que en nuestro Código Civil no encontramos un artículo como el 1134 del Código Civil Francés, que diga que los convenios legalmente celebrados equivalen a la ley, en cambio si tenemos, un precepto expreso como lo es el artículo 1796, que consagra el principio de la buena fe... otro artículo importante que reconoce que la equidad es una regla de interpretación, lo es el 1857, primer párrafo,... La reciprocidad de interés, no es otra cosa que la buena fe y la equidad.

(46) *Ibidem*.

Por su parte los artículo 1836 y 1837 al ofrecer el concepto de los contratos bilaterales y onerosos, reglamentan la equivalencia entre las prestaciones." (47)

Otros argumentos que el autor cita, son los artículos 19, 20 y 1855 como preceptos que consagran la equidad, mas lo importante de su estudio es que cita una tesis de la tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que a su juicio se consagra la teoría de la imprevisión y que por su importancia me permito transcribir:

#### "PRORROGA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO...

Pero la cuestión fundamental que el quejoso somete a la consideración de ésta Suprema Corte de Justicia consiste en resolver, si es justo evitar al quejoso una carga enorme y a su contraparte un beneficio desmesurado; haciendo ceder la fuerza obligatoria del contrato de arrendamiento en razón de aumentos de impuestos y devaluaciones de la moneda que hacen para él excesivamente onerosa la prórroga del contrato".

(47) Derecho de las Obligaciones, págs. 112 y 115.

"Para estudiar el problema planteado, es preciso invocar la teoría de la imprevisión, que la doctrina jurídica ha formulado en los siguientes términos. Cuando en los negocios de ejecución, a largo plazo, o de tracto sucesivo, surgen en el intervalo, acontecimientos extraordinarios que rompen el equilibrio entre los intereses de las partes; no está de acuerdo con la buena fe, exigir el cumplimiento de las obligaciones con un alcance que no pudo preverse, advirtiendo que debe tratarse de acontecimientos de cierta magnitud que no cabía tomar en cuenta razonablemente al formar el acto jurídico, ya que de lo contrario faltaría una de las bases de la imprevisión, y vendría a sufrir desmedro la estabilidad de los negocios".

"En el caso, ciertamente, el quejoso probó mediante las boletas correspondientes el aumento considerable en el pago de los impuestos de la casa arrendada, y las devaluaciones de las monedas, constituyen un hecho notorio, que no requiere ser probado".

"En verdad, pues, que el equilibrio entre los intereses de las partes se ha visto afectado por esas circunstancias, resultando demasiado oneroso para el arrendador, la prórroga del arrendamiento".

"No obstante, como tales circunstancias, no tienen carácter extraordinario de acuerdo con la ley, y con la doctrina jurídica, puesto que pudieran haber sido razonablemente previstas teniendo en consideración el plazo de 10 años fijado al arrendamiento, no puede ser causa para liberar al arrendador del cumplimiento de las obligaciones que contrajo legalmente".

"Por otra parte, aún en el supuesto de que se hubieren previsto las devaluaciones de la moneda, la cláusula respectiva sería nula de pleno derecho por ser contraria al orden público e interés nacional, ya que cláusulas semejantes crearían desconfianza en el valor de la moneda y producirían efectos inflacionarios. El legislador a formulado la regla, conforme a la cual, cuando el objeto de la obligación es una suma de dinero, el deudor paga entregando la suma debida según el valor el día que se contrató la obligación. Esta regla está contenida en el artículo 2283 de Código Civil del estado de Coahuila que se refiere al mutuo... "Consistiendo el préstamo en dinero pagará al deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la ley monetaria vigente al tiempo de hacerse el pago, sin que ésta prescripción sea renunciable.

Si se pacta el pago en moneda extranjera, la alteración que ésta experimenta en valor, será en daño o en beneficio del mutuario."

"Ante los términos categóricos de la ley, el quejoso no puede pretender el pago de la resta conforme al valor que la moneda tenía hace 10 años en que se celebró el contrato de arrendamiento, pues el valor de la moneda, ha estado fijado por la ley, y su poder liberatorio no depende de convenciones privadas, de suerte que cualquier convenio en tal sentido concretado por los contratantes sería nulo..."  
**(48).**

Si bien en la tesis descrita no prosperó la aplicación de la teoría de la imprevisión, la Suprema Corte de Justicia, reconoció esta teoría y no negó su aplicabilidad dentro de nuestro derecho positivo; se descartó la teoría de la imprevisión, porque a su juicio no hubo causas o circunstancias extraordinarias. No obstante es un principio jurisprudencial de reconocimiento de la teoría de la imprevisión.

(48) Quintanilla Arias, Derecho de las obligaciones, pág.79



Hemos visto, a un grupo de tratadistas mexicanos, que aceptan la teoría de la imprevisión y que hacen esfuerzos por fundamentar su aplicabilidad dentro de nuestro Derecho Civil. Falta abordar, a quienes mostrándose partidarios de la teoría pretenden que se legisle en nuestro Derecho, la teoría de la imprevisión, siguiendo la doctrina italiana de la excesiva onerosidad sobrevenida o bien, buscan fundamentos para aplicar la teoría de la imprevisión en la versión establecida en el Código Civil italiano.

Galindo Garfias.

El primero de éstos tratadistas, es Ignacio Galindo Garfias, quien en su anteproyecto del Libro cuarto del Código Civil propone los siguientes artículos:

"ART. 2176.- En los contratos bilaterales de ejecución diferida, cuando las circunstancias que prevalecían en el momento de su celebración y que influyeron en la determinación de las partes para celebrarlo sufren alteración substancial por un hecho imprevisible, de manera que el cumplimiento de sus cláusulas tal como fueron estipuladas rompiera el equilibrio de las prestaciones; el juez podrá acordar de acuerdo a lo establecido en el artículo siguiente y a petición de la parte perjudicada las modificaciones necesarias, para establecer la equidad en la ejecución del contrato".

"ART. 2177.- El juez sólo podrá acordar la modificación del contrato:

I. Por sentencia que el juez pronunciará a instancia del deudor en Juicio Ordinario en el que será demandado el acreedor y en el que se cumplirán las formalidades esenciales del procedimiento.

II. Procederán las modificaciones al contrato, si en el juicio se prueba que la alteración de las circunstancias fue imprevisible y general en la región o en el país.

III. La sentencia en ninguna manera podrá modificar la naturaleza y los elementos sustanciales del contrato". (49)

De los artículos transcritos observamos que se pretende la regulación de la teoría de la imprevisión. Mas a nuestro parecer hay una confusión entre el artículo 2176, que tiene un marcado fundamento subjetivista y el 2177 fracción II, que al parecer desarrolla la doctrina de la excesiva onerosidad sobrevenida.

El autor, en la exposición de motivos, parece que opta por la segunda solución, puesto que dice: La proposición que contiene el anteproyecto se inspira en la experiencia nacional y extranjera y en los siguientes preceptos:

(49) Código Civil, Anteproyecto de las Obligaciones, pág. 106.

"Excesiva onerosidad sobrevenida: Modificación y rescisión. Que ciertos hechos o situaciones graves e inopinados supervinientes influyen sobre relaciones jurídicas ya firmes en nuestro concepto, un principio general de nuestro ordenamiento, y opera aún fuera del campo verdadero y propios de las obligaciones y en particular de los contratos, basta pensar en la revisión del canon en la enfiteusis o en la reducción en la servidumbre".

"(Arts. 962 y 1093), que cada uno o alguno de los sujetos puede obtener contra la voluntad de la otra parte, en virtud de hechos nuevos y extraordinarios la circunstancia de que al sobrevenir el canon enfiteutico sea excesivo, etc., justifica la modificación de relaciones que puedan haberse constituido por usucapión y no se fundan necesariamente por un contrato".

"Por lo tanto, no es una voluntad implícita de las partes (llamada presuposición), la que justifica la modificación, y la ruptura de derecho (como si en todo convenio estuviese implícito el pensamiento de quedar vinculados solamente. Así pues, la cláusula "*Rebus sic Stantibus*", se nos presenta como una exigencia del sistema, en donde las relaciones jurídicas surgidas en un ambiente, no pueden vivir sin modificación cuando hay cambios radicales de uno y de otro". (50).

(50) *ibidem*, págs. 29 y 30.

Carreras Maldonado.

En su estudio, acerca del tema que nos ocupa, la doctora, busca demostrar que la teoría de la imprevisión no es antitética respecto de la autonomía de la voluntad.

Acepta la doctrina italiana de la excesiva onerosidad sobrevenida como la mejor forma legislativa, para plasmar la teoría de la imprevisión, y al efecto afirma lo siguiente:

"1. 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.

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

3. 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.

4. 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 desequilibrio entre las prestaciones a su cargo de las partes, se hará una adecuación y más semejante a lo que fue originalmente la voluntad de los contratantes.

5. 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.

6. 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.

7. 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.

8. Se imprime 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 legar a los fines siguientes: creación y distribución de las riquezas para satisfacción de los seres humanos."

No debe olvidarse que la idea de atribuir al contrato fuerza de ley, la aplicación del principio "*Pacta Sunt Servanda*", son consecuencias del liberalismo" (51)

Vemos que la autora se manifiesta en el aspecto doctrinal a favor de la teoría de la imprevisión. Más a nuestro entender, ella considera que en nuestro Derecho Positivo no tiene cabida la teoría de la imprevisión al amparo de la buena fe y considera grave que su aplicación se derive de ese principio, puesto que se produce una actitud de incertidumbre. Por ello la autora expone, que para una correcta aplicación de esta teoría deben respetarse las siguientes bases:

a) 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 acontecimientos que hace cambiar la situación original, es ajeno a ellas.

(51) Carreras Maldonado, "Revisión del Contrato por cambio extraordinario e imprevisible de las circunstancias", en el Libro del cincuentenario del Código Civil, pág 66 y 67.

b) 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 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.

c) La intervención del juez debe ajustarse a las siguientes normas:

c.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.

c.2) La variación de circunstancias debe haber producido una desproporción entre las prestaciones de las partes.

c.3) La alteración de las circunstancias debe ser totalmente ajena a las partes.

c.4) La revisión tendrá lugar solo en relación a contratos de ejecución a largo plazo y en los de tracto sucesivo.

c.5) El lapso entre la celebración del contrato y su ejecución debe ser considerable para que la alteración sea imprevista.

c.6) Debe haber una relación de causa a efecto entre el acontecimiento extraordinario e imprevisible y el desequilibrio de las prestaciones.

c.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 demasiado gravosa.

c.8) Que el deudor no haya dado cumplimiento a la obligación a su cargo.

c.9) Que la revisión se demande desde que se produce el desequilibrio de las prestaciones.

c.10) No conceder la revisión del contrato cuando se trate de contratos aleatorios.

c.11) No conceder la revisión del contrato, si hubo dilatación injustificada en el cumplimiento de las obligaciones.

c.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 reestablecer la equivalencia. (52)

(52) *ibidem*, págs. 69 y 70.



La autora ubica el problema como integración de la voluntad por parte del juez frente a las nuevas condiciones. Pero esto puede alterar la voluntad con las partes, ya que el juez solo debe tomar en cuenta para dictar sentencia si el contrato puede seguir cumpliendo con su finalidad, o ajustar las prestaciones a las nuevas circunstancias o dar por terminado el contrato".

#### 4.10 LEGISLACION POSITIVA MEXICANA.

Por otro lado, tenemos que analizar el Derecho Positivo Mexicano, en todo lo que se refiere a nuestro derecho positivo y empezaremos por el Código Civil del D.F.

##### 4.10.1 CODIGO CIVIL DEL D.F.

El Código Civil de 1928, establece en su artículo 1796 a la letra:

"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 solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fé, al uso o a la ley."

Los antecedentes más importantes del artículo transcrito, son el artículo 1392 del Código Civil de 1884 y el artículo 1276 del Código Civil de 1870, según algunos autores éste artículo tiene como fuente originaria el artículo 1135 del Código Civil francés.

Para saber si nuestro Código Civil admite o no la aplicación de la teoría de la imprevisión, tenemos que 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 que nos ocupa, por lo que hay que dar por ciertas una serie de hipótesis.

En esos tiempos la doctrina que imperaba en nuestro país, y que 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 aquí 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 fué casi unánime en desechar la aplicación de la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*" en nuestro derecho civil, y apoyaron sus argumentos en autores franceses. No fué 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.

Estando la cuestión en estos términos tenemos que, en el Código Civil Mexicano, se nos plantea el problema de saber si en él se consagran elementos técnicos que puedan o no fundamentar la aplicación de la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*".

De las doctrinas ya expuestas salta a la vista que la de más fácil aplicación sería la del Maestro José Luis de los Mozos, ya que de aceptar su concepto y función de la buena fe, se podrá establecer su aceptación por parte de nuestro derecho positivo. Empero el problema para aceptar la aplicabilidad de esa doctrina en nuestro sistema, estriba que mientras en el Derecho Español se puede argumentar que el Tribunal Supremo ha acogido en cierta medida la postura doctrinal del profesor de los Mozos, y por ello no se está ya sólo ante un concepto meramente teórico, sino también jurisprudencial, en nuestro sistema legal, nuestro máximo tribunal no ha discurrido por dicho camino. Lo anterior nos lleva a considerar que en éste, la aceptación de la doctrina del Sr. Luis de los Mozos, se puede dar en un plano académico, más no se ha dado en el campo jurisprudencial. (53).

(53) Al respecto, el maestro Galindo Garfias se muestra partidario del concepto que acerca de la buena fe, elaboró el Profesor de los Mozos. Para el efecto, ver su ensayo, sobre el tema en su libro Ensayos de Derecho Civil.

El segundo camino por el cual se puede tratar de discurrir en la aplicación de la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*" en nuestro Código Civil sería tratando de aplicar algunas de las teorías que se basan en el concepto de la causa. El primer problema que nos presenta el tratar de discurrir por este camino, en nuestro Derecho Positivo, es indudablemente la enorme discrepancia que sobre esta materia ha reinado en nuestra doctrina. Si aceptamos, como es el parecer de nuestros tratadistas, que cuando en el artículo 1795, el Código Civil, nos habla de objeto, fin o motivo de la obligación, estamos frente a la cláusula de la obligación, entendida en su concepción neocausalista, y asimismo aceptamos que nuestro código trató de plasmar la teoría de Bonnacase, pero utilizando una terminología que estableció Duguit, tenemos que analizar, en que casos nuestro ordenamiento le da relevancia a la causa.

En primer término vemos que el Código Civil, sólo le da relevancia a ese concepto, como un parámetro de legalidad, ésto es, que sólo se pone de relieve el fin del contrato cuando éste atenta contra las buenas costumbres, la legalidad o el orden público.

Salvo en los casos antes mencionados nuestro ordenamiento no da eficacia a la causa entendida en el sentido del fin perseguido por las partes.(54)

(54) Para el tema de la causa, consúltese el estudio de Jorge Sánchez Cordero, publicado en el anuario IV y V, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Por otra parte, si tratamos de ir a la jurisprudencia en búsqueda de un concepto más amplio de causa, no solo no lo encontraremos, sino que nos daremos cuenta que nuestra Corte, ha reducido a lo mínimo posible la significación de este elemento de validez de los negocios jurídicos.

En síntesis podemos afirmar que las doctrinas extranjeras que tienen o se apoyan en conceptos modernos acerca de la causa, no tienen cabida en nuestro sistema porque al igual que lo que sucede con el concepto de buena fe, no se encuentra ni legalmente ni jurisprudencialmente consagrada la moderna teoría de la causa.

En cuanto a la posible acogida que dentro de nuestro derecho civil pudiera tener la doctrina de la base objetiva del negocio jurídico, de Larenz, tenemos que en un supuesto acerca del error determinante se pudiera pensar que existen elementos, para poder dar cabida a esa teoría, puesto que el artículo 1813 señala: "El error de derecho o de hecho, invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa."

El texto del artículo transcrito resulta uno de los más interesantes de nuestro derecho, en cuanto a que en principio es el único caso en que el legislador le da relevancia a las circunstancias que rodean a la celebración de un contrato para atribuir a las mismas ciertas consecuencias de derecho. Por otra parte en este artículo nuestro legislador usa el concepto causa como causa del negocio, entendiendo el fin o motivo que las partes pretenden alcanzar con dicho contrato, lo cual pudiera permitir en cierta forma el tratar de aferrarse de esa parte del texto legal para fundamentar una posición causalista al estilo de Diez Picaso en nuestro Derecho Civil.

Pero si analizamos el texto detenidamente, nos percatamos que el legislador no plasmó en este artículo algo semejante a la base objetiva del negocio jurídico, sino resolvió atinadamente el problema que Larenz encuadra dentro de la base subjetiva del negocio jurídico.

El artículo sólo está dando relevancia a las circunstancias si de ellas se deriva un error en la manifestación de la voluntad de los contratantes sobre el fin o motivo determinante de las partes para celebrar el negocio, mas si no existe error sobre las circunstancias que determinan el motivo determinante del contrato, entonces no se les da mayor relevancia a esas circunstancias.

A pesar de lo anterior, lo que sí resulta sumamente importante destacar es que el legislador mexicano sí está implícitamente reconociendo que al contratar las partes persiguen un fin determinante que debe de inferirse ya sea de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato o de su declaración en el mismo contrato. Dicho en otras palabras ese fin o motivo determinante está muy cerca de la finalidad objetiva de que nos habla Larenz.

Si el concepto de fin determinante del contrato, lo tuviésemos presente al momento de ejecutar un contrato que se ha visto modificado por un cambio en las circunstancias y de conformidad con el principio de la buena fe, entendida en la forma que la expone el profesor de los Mozos, podríamos hablar en cierta forma de una posible construcción técnica en nuestro Derecho Civil que diera cabida a la aplicación de la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", como un problema interpretativo.

Más en un afán de ser objetivos tenemos que los principales obstáculos para ello, son que los conceptos que si se han dado por vía jurisprudencial en otros países, en el nuestro, como en muchas otras materias, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha establecido criterios que permitan una lenta evolución de nuestro Derecho Civil.

En conclusión podríamos afirmar que en esta materia nuestro Código nos presenta una especie de puerta entreabierta que sólo a base de una interpretación más moderna de ciertos conceptos permitiría abrir la puerta para aceptar la aplicación de la cláusula de la que venimos hablando.

Siguiendo con el análisis de nuestro Código Civil, tenemos que es ya clásico que nuestra doctrina cuando aborda el tema señale algunos preceptos relativos a ciertos contratos en particular como aplicaciones específicas de la teoría de la Imprevisión. Entre los artículos más citados por nuestra doctrina vemos que son el 2455 relativo al contrato de arrendamiento y 2741 relativo al contrato de aparcería.

Veamos que dicen éstos artículos:

"Art. 2455.- El arrendatario no tendrá derecho a la rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos provenientes de casos fortuitos ordinarios; pero sí en caso de pérdida de más de la mitad de los frutos por los casos extraordinarios. Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto y otro acontecimiento desacostumbrado y que los contratantes, no hayan podido razonablemente prever. En estos casos el precio del arrendamiento se rebajará proporcionalmente al monto de las pérdidas sufridas. Las disposiciones de éste artículo no son renunciables."



"Art. 2771.- Tiene lugar la aparcería agrícola cuando una persona da a otra un predio rústico para que lo cultive, a fin de repartirse los frutos en la forma que convengan, o a falta de convenio conforme a las costumbres del lugar, en el concepto de que el aparcerero nunca podrá corresponderle por solo su trabajo menos del cuarenta por ciento de la cosecha".

De los artículos transcritos en nuestra opinión sólo el primero de ellos, nos sitúa de frente al problema de la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*". El segundo de los preceptos copiados no se refiere al problema de la teoría de la imprevisión sino que establece un requisito de un tope en las prestaciones del dueño de la finca rústica en el sentido de no poder dar menos de ese cuarenta por ciento ya mencionado, de la cosecha al aparecero, con lo cual este artículo quiere en realidad establecer una norma protectora del trabajo del aparcerero, más no aborda la verdadera problemática de la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*".

En cuanto al primero de los artículos transcritos vemos que si estamos en presencia de un verdadero caso de aplicación de la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", en el cual se consagra la revisión del contrato por cambio en las circunstancias, y vemos que en este precepto de nuestro Código Civil el énfasis se pone en el cambio en las circunstancias y no se mira hacia los motivos de las partes o la finalidad que buscaban alcanzar con el contrato.

Este artículo se encuentra muy cerca del pensamiento original de los canonistas no sólo por la forma en que aborda el problema, sino también por declarar, que es irrenunciable el derecho consagrado en el mismo.

A manera de una conclusión sobre el Código de 28, vemos que si bien la exposición de motivos nada aclara, tampoco se ha dado la evolución doctrinal por medio de la interpretación judicial de su articulado, y que si bien existen varias puertas entre abiertas por donde la jurisprudencia hubiera ya podido construir una doctrina de la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", no lo ha hecho, por lo cual será muy aventurado sostener que nuestro Código admite la cláusula citada. En la única manera en que la admite es en forma expresa, en el contrato de arrendamiento de fincas rústicas, el legislador mexicano siguió una tendencia objetiva muy del corte clásico de la teoría medieval.

Si bien el Código Civil del Distrito Federal no admite la teoría si han surgido otros ordenamientos donde se ha consagrado.

#### 4.10.2 CODIGO CIVIL DE GUANAJUATO.

Otro Código Civil que reconoce 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:

"Art. 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 en 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:

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

"Art. 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 aquella parte cuyo cumplimiento se haya vuelto sumamente oneroso 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 4 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas."

Como podemos observar, en este Código se pone de manifiesto una clara y poderosa influencia de la doctrina italiana que habla sobre la onerosidad sobrevenida.

Como posteriormente veremos, la redacción de los códigos civiles para los Estados de Jalisco y Aguascalientes, es superior a la del Código Civil para el Estado de Guanajuato.

En este último, no se precisa la influencia que sobre el contrato ejerce el cambio de las circunstancias, porque directamente van a los efectos que como consecuencia de dicho cambio en las circunstancias pueden 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.

En cuanto a los efectos en el Código Civil para el Estado de Guanajuato a que nos hemos referido, siguen la tradición del Código Civil Italiano.

#### 4.10.3 CODIGO CIVIL DE JALISCO.

Este es realmente el primer Código Civil Mexicano, que claramente admite la doctrina de la cláusula Rebus Sic Stantibus para el Edo. de Jalisco, que fue copiado en este aspecto por el de Aguascalientes.

El Código de Jalisco en vigor desde el primero de Enero de 1936, incluye la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*" en sus artículos 1771, 1774, y el de Aguascalientes vigente desde el 7 de Enero de 1948, las contiene en sus numerales 1733 al 1736 y que no son sino una copia como ya lo dijimos del Código de Jalisco.

Dicen así los Artículos Jaliscienses, a la letra y en su orden:

"Art. 1771.- 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, 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 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 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 solo aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevienen por hechos de carácter general y que establecen una desproporción absoluta entre lo pactado y lo que actualmente debería corresponder a la terminología empleada en el contrato".

"Art. 1772.- 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 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, aún cuando ésta última rehusare la proposición".

"Art. 1773.- En los casos a que se refiere el artículo 1769 (debe decir 1771) si por virtud de la rescisión quedare sin compensar algún lucro o beneficio obtenidos por una parte a costa de la otra se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este artículo. (Debe decir capítulo IV)".

"Art. 1774.- Para que tengan aplicación los artículos que preceden se supone que el cumplimiento parcial o total del contrato se halla pendiente por causa legítima no por culpa o mora del obligado."

A este respecto poco se ha dicho, y dentro de esas opiniones encontramos la de Antonio Aguilar Gutiérrez, quien en su artículo sobre la evolución del contrato, nos dice:



"No conocemos casos de aplicación de estos preceptos, pero nos parece que, en primer lugar, es exagerado llegar inmediatamente a la rescisión, cuando lo que debe buscarse primeramente es la modificación del contrato, mediante la revisión del mismo; que es muy vaga la fórmula de variación radical de las condiciones generales del medio en que el contrato debía cumplirse, fórmula que contiene la ley como condición para que opere la rescisión, y que al suprimir como causa de la misma las fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico o social, de hecho se hace nugatoria la aplicación de la revisión del contrato por causa de imprevisión. (55)

Primeramente observamos que la fórmula que el legislador utiliza, no es tan amplia, como aparentemente puede parecer al leer el artículo 1771, ya que en él, claramente se señalan cuales son los casos de alca normal, ya que son éstos los que no se pueden tomar en cuenta para la aplicación de la teoría de la imprevisión, porque ese es precisamente el riesgo normal que debe tomarse en todo contrato, y que por lo tanto, siempre debe referirse a un cambio en las circunstancias de tal magnitud que razonablemente no pueda preverse.

Con esto, el legislador se aparta de todo subjetivismo, ya que se refiere a un cambio en las circunstancias de carácter general, y no simplemente al perjuicio de la situación de uno de los contratantes.

(55) Evolución del contrato, publicado en el boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, número 22, enero - abril 1955.

Además, el legislador, no utiliza solamente al cambio en las circunstancias como razón suficiente, sino que también debe afectarse a la causa del negocio, es decir, a la finalidad que los contratantes se fijaron al momento de la celebración del contrato.

Como podemos notar, el legislador jalisciense ha dado gran relevancia al aspecto del cambio en las circunstancias respecto de la finalidad al momento de la contratación, eliminando así cualquier tipo de cambio en las mismas como una posible hipótesis para que opere la imprevisión, y en cambio haya propuesto para su aplicación, que sea un cambio o transformación radical, asemejándose al fundamento para la aplicación de la teoría de la imprevisión, según el maestro Haraszti.

En cuanto a los efectos que produce la aplicación de la teoría de la imprevisión, de acuerdo con el Código Civil para el Estado de Jalisco, aunque de acuerdo a su artículo 1772, se puede pensar en una primera revisión y de no ponerse a las partes de acuerdo sobre las posibles modificaciones del contrato, entonces se debe de dar por terminado, también se puede pensar que se está ante un modo de terminación contractual que tiene efectos de rescisión.

Según algunos autores más que una rescisión se debió haber dado efectos parecidos a los de una nulidad relativa en cuanto a las prestaciones ya cumplidas y efectos rescisorios simples en cuanto a las prestaciones aún no cumplidas, partiendo de la base, de que solo procedería la indemnización a favor de la parte más afectada por el cambio en las circunstancias, por los gastos ya devengados para hacer posible el cumplimiento de la prestación de la otra parte.

En estos artículos parece haber una fuerte influencia de la doctrina alemana.

#### 4.10.4 CODIGO CIVIL DE MORELOS.

Este código, no plasma en ninguno de sus artículos la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", pero en su exposición de motivos claramente establece la admisión de la teoría de la imprevisión. Todo esto se entiende partiendo de la interpretación del propio legislador sobre el artículo 1837. del Código Civil, para el estado de Morelos (similar al artículo 1798 del Código Civil. para el Distrito Federal) que literalmente ordena lo siguiente:

"Art. 1837.- La obligación, es una relación jurídica, que impone a una persona el deber de prestar a otra, un hecho o abstención o el dar una cosa".

El deudor debe cumplir su obligación teniendo en cuenta no solo lo expresamente determinado en la ley, o en el acto jurídico, que le sirva de fuente, sino también todo aquello que sea conforme a la naturaleza de la deuda contraída, a la buena fe, a los usos y costumbres y a la equidad."

Sobre este precepto transcrito, el legislador, en su exposición de motivos se expresó de la siguiente manera:

"Se estima necesario definir la obligación y formular disposiciones generales, a propósito de la misma, siendo de especial mención la contenida en el artículo 1837, al estatuir que el deudor, debe cumplir su obligación no solo en los términos legales; sino de acuerdo con la buena fe, los usos y costumbres, y con la equidad. Este principio permite a juez, moderar aquellas consecuencias extremadamente severas que en los casos imprevistos y extraordinarios, motivados por las grandes crisis económicas, las revoluciones o la guerra, se presentarían dentro del margen rígido de la ley".

"En este sentido, se ha orientado la jurisprudencia y la doctrina en los países europeos de indiscutible cultura jurídica, permitiendo al juez, a través de la buena fe, los usos y costumbres, y la equidad, evitar las consecuencias que pudiera originar la ruina económica del deudor o del incumplimiento y estímulo para el acreedor."

Lo transcrito en el párrafo anterior, más que ser una contradicción entre la exposición de motivos de una ley y su articulado, es una falta total de técnica jurídica, porque aquí se pretende consagrar legislativamente la teoría de la imprevisión, creyendo que la mejor forma de hacerlo, sea por medio de la exposición de motivos de una ley.

Sin embargo como no sabemos como debe operar en este Código Civil para el Estado de Morelos la teoría de la imprevisión, a pesar de la intención del legislador se hace nugatoria la aplicación de la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", para este caso.

#### 4.11 COMENTARIOS SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA CLAUSULA "*REBUS SIC STANTIBUS*" EN NUESTRO DERECHO.

Por todo lo anteriormente expuesto, podemos afirmar, que en México no se aplica la teoría de la imprevisión, salvo en los casos de Jalisco, Aguascalientes y Guanajuato, de los que hemos venido hablando.

La doctrina nacional es muy pobre, respecto de este tema, ya que solo algunos autores y , de manera esporádica, hacen referencia a la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*".

Hay quienes piensan que dentro de nuestra legislación administrativa existe otro caso en el que se aplica, dicha cláusula, y es en la Ley de Obras Públicas, publicada en el diario oficial de la Federación con fecha 11 de Septiembre de 1981. Esto lo fundamentan en el artículo 61 de la citada ley, sosteniendo que el cambio de las circunstancias en el orden económico que tengan como consecuencia un aumento o reducción de los costos de los trabajos por ejecutar, favorece a una revisión del contrato de que se trate.

Pensamos que en el caso citado en el párrafo anterior, más que estar en presencia de la aplicación de la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", nos encontramos, frente a la escalación de precios y costos del objeto de un contrato.

A pesar de que esta situación se da en la realidad, consideramos que es necesario que el legislador tome en cuenta las grandes crisis económico-sociales que se presentan en la actualidad, para poder resolver adecuadamente los conflictos que, con este motivo, se susciten.

## 4.12 LA CLAUSULA "*REBUS SIC STANTIBUS*" EN EL AMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL.

### 4.12.1 GENERALIDADES.

En la práctica internacional con frecuencia encontramos a muchos estados que se desligan de las obligaciones contractuales, invocando la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*". Dicha cláusula se ha invocado repetidas veces ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, pero sin que hasta la fecha exista jurisprudencia alguna sobre el particular.

La expresión "*Rebus Sic Stantibus*", atañe a tres problemas distintos:

Primeramente se entiende por ella, que los estados contratantes al suscribir el tratado, hicieron de la existencia de determinadas circunstancias el supuesto expreso o tácito del mismo. Si estas circunstancias dejan de darse, entonces se pierde la validez del tratado, debido a que la intención de las partes sólo había de valer mientras subsistiera.

Grocio contesta en este sentido a la pregunta de si las promesas llevan consigo la condición tácita de que las cosas permanezcan tal como estaban cuando se hicieron: esta condición solo vale si el actual estado de cosas fue evidentemente el motivo del tratado.

También Vattel afirma que la validez del tratado depende de la permanencia de un determinado estado de cosas si resulta claro y evidente que el promitente lo tuvo en consideración e hizo su promesa única y exclusivamente en atención a él.

Azilotti y Burkhardt, por su parte, piensan que se trata de la cuestión de la interpretación de las declaraciones de voluntad, de las que ha de desprenderse si las partes consideraron determinadas circunstancias como supuesto de ciertos deberes. Si las partes arrancan de esa base, el tratado dejará de ser válido en cuanto las condiciones que el presupone dejen de darse, toda vez que la voluntad que dió lugar al tratado quería extenderse a la nueva situación. (56)

(56) En este sentido concibió también la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*" la sentencia del Tribunal Federal Suizo, de 10 de febrero de 1928, en el asunto del "Cantón de Turgovia contra el de San Gallén", apoyándose en una sentencia anterior al 17 de febrero de 1882 (Lucerna contra Argovia): Se pregunta, en efecto, si puede afectarse un derecho al liberarse del trato, en caso de "producirse una alteración en aquellas circunstancias que según la voluntad presumible de las partes constituían su condición tácita". Tomo I, 2ª p. (1929)



La exactitud de estas consideraciones no puede desconocerse, y es obvio que el término de validez de cualquier tratado ha de deducirse primeramente del tratado mismo. Más ello no agota en modo alguno nuestro problema. El problema comienza mas bien cuando no puede obtenerse respuesta alguna de la voluntad de las partes, por producirse circunstancias en las que no pensaron las partes al firmar el tratado.

Según otra concepción (y este es el segundo aspecto del problema de la cláusula "*Rebus sic Stantibus*"), "Los tratados valen sólo en tanto la situación en la que surgieron no se haya alterado de forma que el cumplimiento de sus disposiciones sea incompatible con la autoconservación de una de las partes" (Erick Kaufman). Esto equivale a reducir la cláusula al único caso de necesidad, el cual no necesita una cláusula especial, ya que entonces se da el supuesto de la imposibilidad moral o gravamen excesivo, equiparado al cumplimiento imposible.

Como habíamos mencionado anteriormente sólo se da debida cuenta de la autonomía de la cláusula si se parte del supuesto de que después de la firma del tratado las circunstancias pueden variar tan esencialmente que no quepa ya pedir a las partes el cumplimiento del tratado "*Bona fide*", pues la naturaleza del asunto impone la suposición de que las partes no se habrían obligado, de haber tenido en cuenta una alteración de las circunstancias, como la producida.

Podemos afirmar pues que la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*" no es una cláusula convencional efectiva o sobreentendida, sino de un principio jurídico internacional objetivo, por lo cual lo que se pregunta no es lo que las partes efectivamente quisieron cuando firmaron el tratado, ya que en tal caso no hace falta cláusula alguna: se pregunta mas bien si las partes se hubiesen obligado también para el caso de producirse estas circunstancias, si hubiesen previsto dicha alteración en el momento de firmar el tratado.

Por ello resulta que la mencionada cláusula no puede, por regla general, invocarse en caso de tratados rescindibles. (57), toda vez que al insertar dicha disposición las partes mismas tuvieron la posibilidad de que se alterasen las circunstancias, cuidando entonces de que pudiera rescindirse el tratado.

Si se quiere ahondar en la esencia de la cláusula "*Rebus Sic Stantibus*", hay que contraponer, pues, a la teoría subjetiva que antes hemos considerado una teoría objetiva.

(57) Asimismo, la sentencia del Tribunal Civil Mixto de el Cairo, del 15 de junio de 1925, en el asunto Rothschild, publicaciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie B, (1926).

Y efectivamente, una formulación efectiva de la cláusula en el sentido que aquí postulamos, se va abriendo paso a la jurisprudencia.

La sentencia del Tribunal Supremo Alemán del 29 de Junio de 1925 en el litigio entre Bremen y Prusia, declaró posible, con referencia al derecho internacional, la extinción de un tratado como consecuencia de una alteración profunda de las circunstancias de hecho que sirvieron de base al mismo.

El Tribunal de Cuentas del Reich, formuló asimismo en su sentencia del 9 de Marzo de 1927, la pregunta de si los tratados internacionales no pueden resultar superados por los acontecimientos y por ende, quedar sin objeto.

En este sentido declaró también la Cámara de Diputados Francesa, el 13 de diciembre de 1932, que ya no era aplicable el tratado sobre deudas concertado con Estados Unidos, por haberse concebido sobre el supuesto del cobro de las reparaciones alemanas.

De igual manera Francia y Gran Bretaña, se desentendieron en los comienzos de la Segunda Guerra Mundial de la obligación asumida del artículo 36, apartado segundo, del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, fundándose en la alteración de las circunstancias. Los Estados Unidos por su parte, hicieron uso de la cláusula el 9 de agosto de 1941 para liberarse de un tratado. (58).

Es también la teoría objetiva la que sirve de fundamento al Secretario General de la O.N.U., en su informe sobre la continuación de las obligaciones relativas a la protección de minorías.

(58) *American Journal of International Law*, Núm. 36 (1942). Dice expresamente el Attorney General: "*It is a well established principle of International Law, Rebus Sic Stantibus, that a treaty ceases to be binding when the basic conditions upon which it was founded have essentially changed.*"

Habla también en favor de la teoría objetiva la encíclica "*Summi Pontificatus*" de 20 de octubre de 1939, en la que Pío XII escribe: "Hay que afirmar, es cierto, que con el transcurso del tiempo y el cambio sustancial de las circunstancias -no previstas, y tal vez imprevisibles al tiempo de la estipulación-, un tratado entero o alguna de sus cláusulas pueden resultar, o pueden parecer injustas, o demasiado gravosas, o incluso inaplicables para alguna de las partes contratantes. Si ésto llega a suceder, es necesario recurrir a tiempo a una leal discusión para modificar en lo que sea conveniente o substituir por completo el pacto establecido."

#### 4.12.2 LA NORMA FUNDAMENTAL DEL DERECHO INTERNACIONAL.

La norma fundamental del Derecho Internacional, que por vía de consecuencia resulta ser también la de los diversos órdenes jurídicos nacionales subordinados a este derecho, es una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados.

La circunstancia de que la formación del Derecho Internacional general, sea seguramente posterior, a diversos órdenes jurídicos nacionales, no impide que el primero sea considerado fundamento de validez, de éstos últimos.

De la misma manera, en un Estado Federal, los órganos jurídicos de los Estados Federados están subordinados a la Constitución Federal, aunque este haya aglutinado Estados que ya eran independientes, sin confundir el punto de vista histórico con el normativo.

No hay ninguna diferencia de naturaleza entre el Derecho Internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Como estos, es un sistema de normas que regulan el empleo de la coacción, es decir, que prescriben o permiten ejecutar un acto coactivo para sancionar una conducta determinada, denominada hecho ilícito, aunque de hecho no siempre se lleva a cabo dicha sanción.

El Derecho Internacional, generalmente conoce dos sanciones específicas, la guerra y las represalias (sobre todo de tipo económico).

Si observamos a la comunidad internacional en su conjunto, comprobamos la ausencia de órganos especializados para la creación y aplicación de normas jurídicas. La descentralización es completa. Las normas generales son creadas por vía consuetudinaria o por la del tratado, es decir, por los mismos miembros de la comunidad internacional y no por un órgano legislativo especial.

Lo mismo sucede respecto de la aplicación de las normas generales a los casos concretos. Corresponde al Estado que se considera lesionado en sus intereses decidir si es víctima de un acto ilícito que ocasiona la responsabilidad de otro Estado.

Si este último cuestiona haber cometido dicho acto, no hay autoridad independiente de las partes para resolver el litigio mediante un procedimiento fijado por el derecho. El Estado lesionado está autorizado para reaccionar contra el Estado que considera responsable recurriendo a las mencionadas represalias o a la guerra, es decir, a los actos coactivos admitidos por el derecho internacional general.

Esta es una técnica Jurídica semejante a la de justicia privada (Ley del Tali3n, etc.). Ella aplica el principio de la responsabilidad colectiva fundada en el resultado y no en el de la responsabilidad individual fundada en la culpa. Como podemos observar la sanción no se dirige contra el individuo que en su calidad de 3rgano del Estado ha cometido un acto ilícito intencional o por negligencia, sino contra otros individuos que no han tomado parte en ese acto ni han estado en condiciones de impedirlo. Las represalias y la guerra no afectan a los 3rganos estatales que han violado el derecho internacional por actos u omisiones imputables al Estado, sino al conjunto de sus habitantes.

El derecho internacional determina las obligaciones, responsabilidades y los derechos subjetivos de los Estados.

A pesar de algunas opiniones, ésto no significa que las normas del Derecho Internacional no se apliquen a los individuos. Toda norma jurídica tiene por fin regular las conductas humanas y sólo puede aplicarse a otros hechos en la medida en que tienen relación con la conducta de un individuo.

En tanto que los órdenes jurídicos nacionales determinan directamente las obligaciones, las responsabilidades y los derechos subjetivos de los individuos, el derecho internacional los determina solamente de manera mediata, por intermedio de un orden jurídico nacional, personificado bajo el nombre de Estado.

Hay que tomar en cuenta que si bien el derecho tiene por fin regular las conductas humanas, ésto solo se justifica en la medida en que dicho fin esté orientado al bien común público temporal.



## CAPITULO V.

**"HARDSHIP" O EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIENTE,  
CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR.****5.1 "HARDSHIP" O EXCESIVA ONEROSIDAD  
SOBREVENIENTE.**

La resolución por imposibilidad superveniente inimputable, también llamada imposibilidad de pago es la que se presenta cuando la prestación se vuelve imposible sin culpa del deudor y a ella se refiere expresamente la última hipótesis del artículo 1949 del Código Civil al establecer que en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando una de las partes no ha cumplido con la prestación a su cargo, la otra parte, podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible, y es también el caso previsto en la fracción V del artículo 2017 del mismo Código Civil, que dispone que en las obligaciones de dar, o sea de transmitir la propiedad u otro derecho real sobre un cuerpo cierto, si las cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto, y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido.

Aunque coincide con la resolución por incumplimiento, en que tanto ésta como la mencionada resolución por imposibilidad superveniente inimputable, tienen su fundamento en un hecho posterior a la celebración del contrato, sin embargo pueden señalarse importantes diferencias entre una y otra figura.

Para que esta resolución esté permitida es indispensable, ante todo, que la prestación se haya vuelto física o legalmente imposible sin que en este fenómeno haya tenido culpa alguna el deudor.

Se requiere, además, que dicho deudor no se encuentre a la sazón en mora cuando ocurra el acontecimiento que haya hecho imposible el cumplimiento de la prestación a su cargo o que el propio deudor no haya aceptado las consecuencias del caso fortuito o de la fuerza mayor, pues en el supuesto de que el deudor hubiera tenido culpa, o estuviera en mora o hubiere aceptado las consecuencias del caso fortuito o de la fuerza mayor, tendría entonces el deudor la obligación de pagar daños y perjuicios comprobatorios en lugar de la prestación incumplida.

Esta extinción de las obligaciones por imposibilidad de pago no opera tratándose de obligaciones genéricas, puesto que los géneros nunca perecen "*genera non pereunt*". (59)

(59) Sánchez Medel Ramón. *Las resoluciones de los contratos por incumplimiento*. Instituto Panamericano de Humanidades, escuela de Derecho. México D.F. 1978. p.p 106 - 109.

## LA EXCESIVA ONEROSIDAD.

La resolución por excesiva onerosidad superveniente es admitida por algunos autores mexicanos (Celso Ledesma, Rojina Villegas, Néstor de Buen y Reyes Tayabas) quienes sostienen que además de la resolución por incumplimiento y de la resolución por imposibilidad superveniente, existe entre nosotros otro tipo de resolución, del contrato bilateral, que es la referida resolución por excesiva onerosidad sobrevenida, que equivale a la revisión del contrato por los tribunales, y ya no solo por el legislador, cuando acontecimientos extraordinarios e imprevisibles agraven considerablemente la prestación de una de las partes.

Ha sido motivo de grandes discusiones esta figura, y a pesar de ello nuestro derecho no permite la aplicación de esta teoría de la imprevisión o de la revisión del contrato o de la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida, ya que con este tipo de resolución se atentaría gravemente contra la seguridad de la contratación.

Además, nuestra legislación rechaza esta revisión del contrato expresamente cuando se refiere al contrato de obra a precio alzado según el artículo 2626, que establece que "el empresario que se encarga de ejecutar alguna obra por precio determinado, no tiene derecho después de exigir ningún aumento, aunque lo haya tenido el precio de los materiales o de los jornales".

En nuestra legislación solo se admite un caso que se asemeja a la revisión del contrato, pero para resolver el contrato, sino para reducir la contraprestación, y este caso está contemplado en el artículo 2455 que se refiere a la pérdida de la cosecha por casos fortuitos extraordinarios, en los arrendamientos rústicos.

La resolución por excesiva onerosidad comprende una acción resolutoria que como la resolución por incumplimiento, se fundamenta en la interdependencia funcional de las prestaciones, ya que ambas actúan en contratos de prestaciones recíprocas.

Entre sus diferencias puede señalarse la facultad resolutoria en la resolución por incumplimiento que le es conferida a la parte cumplidora. En cambio, esta facultad en la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida se confiere a la parte que ha dejado de cumplir; y en el caso de que la contraria ofrezca reajustar equitativamente las prestaciones, dicha facultad se transforma en una acción de reajuste o revisión.

Por otra parte, ambas facultades tienen diverso origen, ya que la facultad resolutoria por excesiva onerosidad sobrevenida 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. (60)

(60) *idem.* p.p. 109 - 111.

### 5.1.1 APLICACIONES DE LOS PRINCIPIOS DEL UNIDROIT Y LA POSIBILIDAD DE REAJUSTAR UN CONTRATO POR LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA.

#### 5.1.1.1 LA ARMONIZACION Y UNIFICACION DEL DERECHO EN LA PRACTICA.

"Llama poderosamente la atención como han proliferado las convenciones internacionales, leyes uniformes, códigos de conducta, leyes modelo y códigos tipo en los últimos años. Sin embargo, ante los beneficios de la uniformidad se ha corrido un riesgo: el de la interpretación uniforme. ¿Cómo evitar que en distintas partes del mundo se interpreten en diverso sentido normas concebidas en ámbitos internacionales?. En diversos foros se ha puesto de relieve este problema; pocas soluciones se presentan tan viables como la de contar con unos principios que satisfagan los requerimientos del comercio internacional

Los principios para los Contratos Mercantiles Internacionales aprobados el pasado mes de mayo por el consejo de dirección del Instituto Para la Unificación del Derecho (UNIDROIT), no son una ley uniforme, ni una ley modelo, solo pretenden, entre otros fines, servir por su misma autoridad como criterios uniformes para la interpretación y ser de alguna utilidad para futuros legisladores.

### 5.1.1.2 LA DISCRECIONALIDAD EN LOS PRINCIPIOS DEL UNIDROIT.

Antes de seguir adelante, resulta necesario presentar dos comentarios sobre los principios: El primero es determinar, si se está incurriendo en el riesgo de "congelar" los Principios en menoscabo de su dinamismo y evolución histórica y la segunda, determinar, si al otorgar tal grado de discrecionalidad al Tribunal no se incurre en el defecto que se quería corregir, de vaguedad e inseguridad. A lo largo de los Principios encontramos que se hace referencia a las circunstancias del caso en todos los capítulos de los Principios. ¿Pero, que tan objetivo podría considerarse la valoración de las circunstancias?.

Sin embargo esto que aparentemente pudiera ser una imperfección de los Principios, se presenta como una de sus mejores características, Allan Farnsworth, las considera como "válvulas de escape" que brindan flexibilidad para que el juez o árbitro utilice su sentido común al aplicar los Principios.

El positivismo jurídico está aún muy arraigado en Latinoamérica, en donde la certeza jurídica se ha convertido en un valor supremo, un dogma incuestionable, en una meta fundamental.

No pretendemos decir que la seguridad jurídica no sea un valor de derecho; porque efectivamente lo es, lo que preocupa es que los criterios de discrecionalidad, de recurrir a los deberes de "buen padre de familia" de los cuales se hacía mención en capítulos anteriores, al sentido que le habrían dado personas razonables de la misma condición que las partes y en circunstancias similares, podrían parecer a alguno, "carentes de técnica jurídica"; sin embargo, nada mejor que desear que las relaciones contractuales sean de acuerdo a la buena fe.

La doctrina liga la buena fe, a los principios éticos, como la honestidad, la lealtad y el comprometer la palabra dada. Es la encarnación del hombre *prudens, peritus, diligens*. ¿Será posible considerar al contrato como un proyecto en común para lograr los fines deseados? ¿El principio de buena fe puede iluminar, penetrar, influir, inspirar y difundir todo el derecho contractual?

A primera vista podría parecer, al leer el índice de los Principios, que coincide con el del libro de las obligaciones de un código civil, sin embargo un atento análisis de ellos llevarán a la conclusión de que se tratan de criterios lo suficientemente flexibles para hacer frente a las exigencias que presenta la práctica comercial internacional. El proporcionar tanta facultad al sentido común, a la valoración de las circunstancias, no es algo nuevo ni mucho menos exclusivo de los Principios. En el texto de la Convención de Viena se hace referencia a las circunstancias.

### 5.1.1.3 EL PRINCIPIO DE *PACTA SUNT SERVANDA*.

Un contrato no debe ser visto como un acuerdo de voluntades, como si se tratara tan sólo de una fotografía. En tal caso sería necesario verlo como una película; como un instrumento que nace, vive y se extingue con la misma relación comercial. Muchas veces un contrato rige una relación de varios años, piénsese, por ejemplo, en contratos de distribución o franquicia.

Un principio ampliamente reconocido es el de "*Pacta Sunt Servanda*", como ya se ha mencionado en capítulos anteriores, en donde lo pactado obliga a las partes. Implica el reconocimiento y respeto a la autonomía de la voluntad. Este principio busca la seguridad económica mediante el reconocimiento de la fuerza obligatoria de los contratos basada en el consentimiento de las partes.

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha llegado a decir que: "La buena fe, constituye un principio general de derecho, pues precisamente, con base en ella, el obligado debe conducirse como persona consiente de su responsabilidad en el cumplimiento cabal de sus obligaciones, cualquiera que resulte la magnitud de su contenido, aún cuando sobrevengan acontecimientos que no se previeron o no pudieron preverse y que la modifiquen... En algunos países el principio de "*Pacta Sunt Servanda*" se encuentra incorporado en la ley, como en el caso de Chile. En otros en la jurisprudencia. Sin embargo el excesivo apego a esta máxima puede probar importantes desequilibrios.



En el comercio internacional parece ser que este principio no puede ser observado tan rígidamente, como en el ámbito nacional.

Draeta ha calificado, al cambio en las circunstancias del contrato como: "la patología del contrato", considera que la adaptación del contrato, como elemento que integra la llamada *lex mercatoria*, se puede encontrar en los contratos internacionales, en leyes uniformes, en los esfuerzos de la codificación del principio de "*Rebus Sic Stantibus*", en la práctica comercial internacional y, sobre todo, en la jurisprudencia arbitral.

#### 5.1.1.4 LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIDA (*HARDSHIP*), EL PRINCIPIO DE "*REBUS SIC STANTIBUS*".

El debate entre "*Rebus Sic Stantibus*" y "*Pacta Sunt Servanda*" aparece cada vez que surgen graves acontecimientos que modifiquen el equilibrio contractual. Por ejemplo, después de la primera guerra mundial, se escribió al respecto, optando la mayoría de los tratadistas por la aceptación del principio "*Rebus Sic Stantibus*", en Italia, por ejemplo, se llegó a incorporar en el Código Civil, en 1942. Cuando se introdujo se temía, que incluir el principio de la excesiva onerosidad del contrato, minara el sistema de la certeza en los contratos, sin embargo la experiencia del anterior conflicto bélico llevó al legislador a adoptar el principio de "*Rebus Sic Stantibus*".

Hoy en día este principio está ampliamente aceptado y reconocido en casi todos los países de la Comunidad Económica Europea, salvo en Francia. También es aceptado en otros países del *Common Law*, como en los Estados Unidos.

Para que pueda operar el principio de "*Rebus Sic Stantibus*" se requiere: a) Que sobrevenga un hecho o hechos de naturaleza totalmente imprevisible y extraordinaria; b) que no esté vinculado al riesgo propio del contrato; c) que sea ajeno y externo a quien lo invoca; d) que no medie culpa, negligencia, mora relevante, o falta de cuidado del damnificado; e) que convierta la obligación en excesivamente onerosa para el obligado, sin necesidad de que se torne de cumplimiento imposible; f) que evidencie un desequilibrio notorio en las prestaciones que de ninguna manera podía haber sido representado por las partes al contratar. Por lo tanto, el principio de "*Rebus Sic Stantibus*" es un remedio excepcional para mitigar las graves situaciones que modifican las prestaciones.

Incluso el Código Civil del D.F., reconoce este principio en los artículos 2359, 2142 y 2144 para el caso de revocación de las donaciones por la sobrevenida de hijos o para el caso de vicios ocultos. Además existen instituciones, como el enriquecimiento ilícito, el abuso del derecho y la diferencia entre obligaciones de medios y de resultado, sin embargo una regla de los Principios que podría resultar de gran originalidad en el Derecho Mexicano sería contemplado en el artículo 6.2.2.

Se presenta un caso de "excesiva onerosidad" (*hardship*), cuando ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la ejecución de la prestación a cargo de la otra, y, además, cuando:

a) dichos sucesos ocurren o son conocidos por la parte en desventaja luego de la celebración del contrato;

b) dichos sucesos no pudieron ser razonablemente previstos por la parte en desventaja al momento de celebrarse el contrato;

c) dichos sucesos escapan al control de la parte en desventaja; y

d) la parte en desventaja no asumió el riesgo de tales sucesos.

Como puede verse es necesario que la alteración en el equilibrio de las prestaciones sea considerada fundamental.

El comentario que el mismo documento contiene aclara que las circunstancias del caso concreto determinarán cuando una alteración es "fundamental".

Si fuera posible cuantificar en dinero el costo o valor de la prestación, una alteración del 50% o más se podría considerar como una alteración "fundamental".

Los efectos de la "excesiva onerosidad" (*hardship*) se presentan en el artículo 6.2.3 de los Principios:

(1) En caso de "excesiva onerosidad" (*hardship*), la parte en desventaja puede solicitar la renegociación del contrato, tal solicitud deberá formularla sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en que se basa.

(2) La solicitud de renegociación en sí misma no autoriza a la parte en desventaja a suspender el cumplimiento de sus obligaciones.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo en un período prudencial, cualquiera de las partes podrá acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de "excesiva onerosidad" (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) dar por terminado el contrato en una fecha determinada y en los términos que al efecto determine, o

(b) adaptar el contrato, de modo de restablecer su equilibrio.

Como puede verse los efectos del *hardship* o "excesiva onerosidad" son tanto de naturaleza procesal como sustancial.

En los casos de una grave devaluación (más del 50%) podría invocarse el hardship, sin embargo, como lo encontramos en el comentario oficial: "no es admisible un requerimiento de renegociación cuando el mismo contrato ya ha incorporado cláusulas que proveen la adaptación automática del contrato". (v.g. una cláusula de indexación del precio para el supuesto de que tengan lugar ciertos sucesos).

El aspecto procesal se inicia con la renegociación, el tribunal es quien decidirá si procede el *hardship* o no. Stammler se preguntaba si el juez podría intervenir en las relaciones contractuales pendientes y fijar su contenido para las progresivas prestaciones sin contravenir la autonomía de la voluntad. No podemos perder de vista que el principio de la libertad de contratar constituye el eje sobre el cual gira un orden económico internacional abierto, orientado hacia el libre comercio y la competencia; pero no es un principio absoluto. Encuentra su límite en las normas de orden público y en el principio de buena fe y lealtad negocial". (61)

(61) Veytia Palomino Hernany. Los principios para los contratos mercantiles internacionales del UNIDROIT y la posibilidad de reajustar un contrato por excesiva onerosidad subvenida. México D.F. 1994.

## 5.2 CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR.

Hay veces en que el incumplimiento de la obligación no puede ser imputable al deudor, porque éste se ve impedido de cumplir a causa de un acontecimiento que está fuera del dominio de su voluntad, que no ha podido prever o que aún previéndolo no ha podido evitarlo. A un acontecimiento de esta naturaleza se le llama en Derecho, caso fortuito o fuerza mayor.

### 5.2.1 CARACTERES.

El caso fortuito o la fuerza mayor, debe constituir un obstáculo imprevisible, general (salvo cuando se trate de ejecución de un hecho personal), absoluto y algunas veces definitivo.

Imprevisibilidad. " Cuando el hecho podía ser previsto y debían haberse tomado disposiciones para evitarlo, el deudor está en falta y por lo mismo no hay caso fortuito o fuerza mayor".

Generalidad. "El carácter de generalidad de la fuerza mayor, no se exige sino de un deudor de prestación no personal.

No basta que la ejecución de la obligación sea imposible, es necesario que lo sea para todo el mundo; un arrendatario no puede invocar como fuerza mayor, para sustraerse a las obligaciones de su arrendamiento, los bombardeos enemigos en una ciudad, que no ha sido evacuada y en la que otros arrendatarios continúan habitando".

Imposibilidad absoluta y definitiva. "La fuerza mayor debe dar por resultado una imposibilidad completa y definitiva y no una dificultad o un retardo de ejecución. No basta con que la ejecución se haya hecho más difícil o más onerosa, puede haber allí desequilibrio en las prestaciones, no fuerza mayor". Hay imposibilidad absoluta en el caso en que un temblor de tierra destruya el objeto depositado. En caso de huelga, no hay imposibilidad absoluta de ejecución, a no ser que todos los obreros de la misma profesión hayan dejado el trabajo y el industrial no tenga manera de procurarse de otros industriales los productos que tiene que entregar en un día fijo. La imposibilidad es definitiva cuando no debe cesar después de cierto tiempo.

### 5.2.2 CATERGORIAS.

Los casos fortuitos o de fuerza mayor pueden distribuirse en dos categorías. Unos tienen el carácter de accidentes naturales, como las enfermedades, la muerte, el rayo, el granizo, la helada, las inundaciones, las nevadas abundantes, los temblores de tierra, etc. Otros constituyen hechos del hombre; como la guerra, la invasión, el bombardeo, el bloqueo, los robos... En esta segunda categoría entran todos los impedimentos que resultan de una orden o de una prohibición que emana de la autoridad pública... ejemplos: la supresión de una industria por un acato del poder superior, el acto de gobierno que impide la exportación de trigo etc.

Nuestros códigos equiparan al caso fortuito el hecho de acreedor del que provenga la falta de cumplimiento de la obligación.

### 5.2.3 DIFERENCIAS ENTRE EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR.

Se ha llamado caso fortuito al acontecimiento de la naturaleza y fuerza mayor al hecho del hombre. Planiol considera que se debe emplear la expresión caso fortuito, cuando se quiere designar el origen externo del obstáculo que ha impedido la ejecución de la obligación y que al contrario se debe emplear la expresión fuerza mayor para indicar la naturaleza insuperable del obstáculo y que ambas expresiones corresponden a dos ideas diferentes a propósito del mismo hecho.

Hay que advertir que cualquiera que sea el sentido en que se tomen las expresiones caso fortuito o fuerza mayor sus efectos jurídicos son los mismos, y, en consecuencia, no hay interés en hacer distinción entre ellas. Los siguientes autores opinan que son sinónimos: Mazeaud, Bonnecase, Giorgi, etc. Para García Goyena en cambio, Casos fortuitos son los que no pudieron preverse o previstos no pudieron evitarse. En latín se llamaban también fuerza mayor, casos mayores.

Ahora bien a manera de conclusión, como casi todos los códigos latinoamericanos tienen como origen al proyecto español debemos concluir que las palabras caso fortuito y fuerza mayor son sinónimas en nuestro derecho civil.



#### 5.2.4 EFECTOS

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.

" Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto", en consecuencia el deudor tampoco queda sujeto a cumplir la obligación por equivalente, o en otros términos no estará obligado a la indemnización de los daños o perjuicios que se hubieren causado al acreedor, por lo mismo tampoco está obligado a pagar la pena convencional. (Todo esto según el Código de 1928). (62)

#### 5.2.5 EXCEPCIONES.

Hay casos en los que, no obstante que el incumplimiento se debe a caso fortuito, subsiste la responsabilidad del deudor: 1) si el deudor ha dado causa o ha contribuido a él. En estos casos, en realidad hay culpa imputable al deudor.

(62) Borja Soriano Manuel. Teoría General de las Obligaciones. segunda edición, Tomo II, Ed: Porrúa, México D.F. 1956.

2) si el deudor ha aceptado expresamente que será el responsable de los daños y perjuicios que se originaren por incumplimiento, aún cuando este se deba a caso fortuito o fuerza mayor. Según el código vigente la misma responsabilidad tiene el deudor cuando la ley se lo impone. (art. 2111).

## CONCLUSIONES.

- 1.- En la actualidad el Derecho es prácticamente sinónimo de ley y esto es debido a que desde el nacimiento del iuspositivismo y la codificación el Derecho quedó reducido únicamente a la voluntad del legislador, olvidándose por completo de que la ley no es la única fuente del Derecho. El Derecho es mucho más; así vemos que sus fuentes además de la ley, son la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia y los principios generales del derecho.
- 2.- Debido a que las sociedades individualistas se acostumbraron al positivismo, es decir; a la letra plasmada en algún instrumento, que puede ser llamado ley, código, reglamento o contrato hicieron que la cláusula "*Pacta Sunt Servanda*" llegará a ser ideal, ya que las partes deben de atenerse siempre y obligarse a lo pactado, es decir a lo estipulado ya sea verbal o por escrito.
- 3.- Atenerse a lo estipulado, tal como lo busca la cláusula "*Pacta Sunt Servanda*" es importante ya que busca dar cierta protección y seguridad jurídica a los contratantes; pero esto no quiere decir, que siempre se esté actuando con justicia, ya que a veces, las circunstancias suelen cambiar de un momento a otro y el individuo que se obligó, se ha obligado a otra cosa muy diferente a la estipulada.
- 4.- El Derecho no es todo lo pactado o plasmado en un instrumento jurídico, el Derecho es Justicia, Equidad, Buena fe, Bien Común, y Seguridad Jurídica. Si falta alguno de estos elementos, no estaremos hablando del verdadero Derecho, que cumple con sus fines; fines que deben estar apegados a la naturaleza del hombre, por el cual tiene su motivo de ser.
- 5.- Los ordenamientos jurídicos actuales debieran de basarse más en la equidad y en la buena fe. Es decir, una equidad, entendida como lo comprendieron los romanos con su "*aequitas*", donde esta suponía el ideal o moralidad más alta, ya que el "*ius*" apegado al Derecho Positivo no siempre fue equitativo ni atendió al caso concreto. De este modo los pretores supieron distinguir entre estas dos circunstancias.

6.- En los periodos de las grandes codificaciones, cuando el Estado se siente más fuerte y aspira a unificar y reconstruir el Derecho Privado, se ha caracterizado por aprisionar en la ley, todas las soluciones jurídicas y prescribir toda interpretación que no sea la emanada del propio legislador.

7.- Es por tanto que durante estos periodos de codificación los principios de equidad y arbitrio judicial son casi totalmente olvidados.

8.- En contraposición a esos sistemas rígidos legalistas, hoy existe la posibilidad de que ciertos órganos distintos del jurisdiccional, las partes mismas por vía de transacción o los órganos componedores, particulares u oficiales, pueden solucionar los conflictos jurídicos sin atenerse a las prescripciones legales, y los principios abstractos, creando así la norma concreta y adaptada al caso que se plantee.

9.- Es necesaria la ley, pero combinada con la equidad y la buena fe, ya que la ley mantiene el orden social pero, el Derecho debe de ir aunado a esos cambios sociales y de la vida cotidiana. Ya que el Derecho no debiera ser estatico por el simple hecho de estar escrito o plasmado en alguna ley, sino por el contrario el Derecho debe ser cambiante y debe de irse adaptando a las circunstancias y al caso concreto. Este es el mejor derecho y el más equitativo y justo.

10.- Los Principios Generales del Derecho, se asemejan, en cuanto a su finalidad, a la equidad como medio de adaptación de la norma general, al caso concreto.

11.- En las relaciones contractuales, como en todo obrar social, se entrelazan las cuestiones éticas con las jurídicas. Al comportamiento ético le falta la precisión de las normas jurídicas, pero también es verdad que las normas jurídicas sin ética, serán solo eso: Normas Jurídicas sin un verdadero contenido jurídico para el hombre.

12.- En mi opinión, debe prevalecer el uso de la cláusula "*Rebus Sic Stantiibus*", ya que permite la reconsideración de lo pactado adaptándose a las circunstancias del momento y al caso concreto. Esta adaptación de las circunstancias al caso concreto fue lo que le dió al pretor llevar al Derecho a su plenitud en el Derecho Romano Clásico, ya que comprendió que muchas veces el Derecho establecido, no era el apropiado, no satisfacía las necesidades de las partes y de la sociedad o simplemente no era un Derecho justo.

13.- La excesiva onerosidad sobrevenida o "*Hardship*", el Caso Fortuito y la Fuerza Mayor deberían ser casos para reconsiderar las obligaciones pactadas con anterioridad a estos hechos, ya que al momento en que las partes se obligaron no tenían conocimiento de que estas circunstancias se darían haciendo del negocio o del contrato algo inaccesible y volviendo a la equidad, inequitativo.

14.- Por último, no debe olvidarse jamás, que el Derecho fue creado para la solución de controversias entre los individuos y para establecer un orden en la sociedad en que vivimos, pero en el momento en que el Derecho deja de perseguir los fines inherentes al hombre éste no tiene ya razón de ser. Por tanto el Derecho, debe ser un arma o instrumento para el hombre para ayudarlo a llevar una vida mejor, no para sojuzgarlo, poniendo sobre él cargas que nada tienen que ver con el espíritu del Derecho.

## BIBLIOGRAFIA

HEREDIA Y ONIS, Pablo: El incumplimiento de las obligaciones. Madrid. Revista de Derecho Privado. 1990.

BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones  
Ed. Revista de Derecho Privado. Traducción José Luis de los Mozos, (Tomo I y II)

BONNECASE, Julien: Elementos de Derecho Civil. Puebla, México.  
Ed. José M. Cajica Jr. S.A. Traducción del Lic. M. Cajica Jr. 1946.

BORJA SORIANO, Manuel: Teoría General de las Obligaciones.  
México D.F. Ed. Porrúa. Tomo I. 1968.

BORJA SORIANO, Manuel: Teoría General de las Obligaciones.  
México D.F. Ed. Porrúa. Tomo II. 1956.

BRANCA, Giuseppe: Instituciones de Derecho Privado. Traducción de la sexta edición italiana por Pablo Macedo. México D.F. Ed. Porrúa. 1978.

CASTAN TOBEÑAS, José: La formulación Judicial del Derecho. Jurisprudencia y Arbitrio de Equidad. Madrid. Ed. Reus. 1954.

CASTELLO, Juan José. La Teoría de la Imprevisión en la reciente reforma del Código Civil en la ley. Buenos Aires Argentina. T. 131. 1981.

DE BUEN , Néstor. La Decadencia del Contrato. Ed. Textos Universitarios S.A. México. 1965.

DE LOS MOZOS, José Luis. El Principio de la Buena Fe. Ed. BOSCH. Barcelona. 1965.

ESPERT SANZ, Vicente. *La Frustración del Fin del Contrato*. Ed. TECNOS. Prólogo de Luis Díez Picazo. Madrid. 1968.

FERNANDEZ CANTOS, José Luis. *La Resolución de los Contratos por causa de incumplimiento*. Ed. REUS. Madrid. 1960.

FLAH, Lily y SMAYEVSKY, Miriam. *Teoría de la Imprevisión*. Ed. De Palma. Buenos Aires. 1989.

FUEYO CANERI, Fernando. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. Ed. Editorial Jurídica de Chile. 2ª Edición. Chile. 1992.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*. Ed. UNAM. México. 1979.

GARCIA AMIGO, M. *Cláusulas limitativas de la Responsabilidad Contractual*. Ed. TECNOS. Madrid. 1965.

GARCIA, Trinidad. *Teoría de la Imprevisión en los Contratos bajo el Régimen de Derecho Civil y del Common Law*. *Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. Tomo XXV, número 147. Abril - Junio. 1951.

HERRERO DE LA FUENTE, Alberto. *La Equidad y los Principios Generales en el Derecho de Gentes*. Cuadernos de la Cátedra de la Universidad de Valladolid. Valladolid. 1973.

LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez. Ed. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1958.

LEFUR, DELOS, RADBRUCH, CARLYLE. *Los fines de Derecho: Bien Común, Justicia, Equidad Jurídica*. Traducción de Daniel Kuri Breña. *Manuales Universitarios UNAM*. México. 1977.

LOPEZ VALDIVIA, Roberto. *La Quiebra de la Revolución Mexicana*. Ed. Tradición. 1ª Edición. México D.F. 1982.

MALDONADO CARRERAS, María. Revisión del Contrato por Cambio Imprevisible de las Circunstancias en el libro de cincuentenario del Código Civil. UNAM. México. 1978.

MESSINEO, F. Doctrina General del Contrato. Ed. Ediciones jurídicas Europa-América. Tomo II. Buenos Aires 1962.

MOLINA, Juan Carlos. Abuso del Derecho, Lesión e Imprevisión en las Reformas del Código Civil. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1969.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos en Dólares, Teoría de la Imprevisión. Ed. Ediciones la Rocca. Buenos Aires. 1990.

ORTIZ CRUZ, Etelberto. La Devaluación del Peso Mexicano. Ed. UNAM. México D.F. 1981.

PLANIOL, Marcell. Tratado Elemental de Derecho Civil, traducción de la decimosegunda edición francesa por el Lic. José M. Cajica Jr. Ed. José M. Cajica Jr. S.A. Puebla. 1945.

RECASENS SICHES, Luis. Filosofía del Derecho, 2ª Edición. Ed. Porrúa. México. 1961.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo III. Ed. Porrúa. México. 1981.

RUGGIERRO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo II. Vol. I. Traducción a la cuarta edición italiana de Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Tejeira, Ed. Instituto Editorial REUS. Madrid. 1971.

SANCHEZ MEDAL, José Ramón. Tesis: La Resolución de los Contratos por incumplimiento. Instituto Panamericano de Humanidades. Escuela de Derecho. México D.F. 1978.

TERRAZA MARTORELL, Juan. Modificación y Resolución de los Contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución. Teoría de la Cláusula Rebus Sic Stantibus. Ed. BOSCH. Barcelona. 1951.



VERDROSS, Alfred. Derecho Internacional Público. Edición Aumentada por Stephan Verosta y Karl Zemanek. Traducción de Antonio Truyol y Serra. Ed. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid. 1980.

VEYTIA PALOMINO, Hernany. Los Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales del UNIDROIT y la posibilidad de reajustar un contrato por excesiva onerosidad sobrevenida. México. 1994.

VEYTIA PALOMINO, Hernany. Los Valores que inspiran la Contratación Internacional. Discurso Magisterial de ingreso a la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. 2 de Diciembre 1994.

VILLEY, Michel. Compendio de Filosofía de Derecho. Definiciones y Fines del Derecho. Ed. EUNSA. Navarra. 1979.

WIENER DURAN, Eduardo. Ensayos sobre la Devaluación y Mecanismos de Ajuste en Colombia. Centro de Estudios Latinoamericanos. 1ª Edición. México D.F. 1980.

**LEGISLACION CONSULTADA.**

**CODIGO CIVIL** para el Distrito y Territorios Federales de 1928. Ed. Porrúa. México. 1983.

**CODIGO CIVIL** para el Estado de Aguascalientes. 2ª Edición. Ed. Distribuidores Librería Font. México. 1972.

**CODIGO CIVIL** para el Estado de Guanajuato. 2ª Edición. Ed. Distribuidores Librería Font. México. 1971.

**CODIGO CIVIL** para el Estado de Jalisco. 2ª Edición. Ed. Distribuidores Librería Font. México. 1973.

**CODIGO CIVIL** para el Estado de Morelos. 3ª Edición. Ed. Publicaciones del Gobierno del Estado. México. 1975.

**CODIGO CIVIL** Argentino.