

502

2eg.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"LA INCERTIDUMBRE JURIDICA DEL PAGO ANTE LA INESTABILIDAD MONETARIA"

TESIS PROFESIONAL QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: LUIS JESUS MORENO VELAZQUEZ

ASESOR DE TESIS: LIC. INGEL GUERRERO LINARES



CIUDAD UNIVERSITARIA



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.

**A la Universidad Nacional Autónoma de México
"Mi Alma Mater"**

**A ti señor, con infinito agradecimiento
porque siempre estuviste cuando te
necesité.**

**A quien todo debo,
a mi mamá, Cecilia Velázquez Romero,
con respeto, agradecimiento e inmenso
amor.**

Con mucho cariño a mi hermana María Teresa, por todo el apoyo que me ha brindado e hizo posible esta faceta de mi realización personal.

A la Lic. Irma Verónica Chavez Rea, compañera en mi vida y gracias a su apoyo y colaboración concluí esta etapa en mi vida.

**Con profunda gratitud al Lic. Angel
Guerrero Linares por su gran apoyo que
hizo posible la realización de este
trabajo.**

**A mi estimada maestra
† Dra. Sara Montero Duhalt,
quien en el inicio de mi carrera me
impulsó en el conocimiento del derecho
e inspiró el tema de este trabajo.**

Agradezco a mis amigos, quienes en la práctica jurídica han tenido confianza en mi trabajo, Lic. Pablo E. Moreno Moreno y Lic. Ciria Moxca Morales.

De igual manera agradezco al Lic. Jesús Rosete García, quien también hizo posible la realización de este trabajo.

**Quiero agradecer muy especialmente a
quien logró con sus experiencias y
apoyos a formarme como profesionista.**

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

1.1	El pago como medio por excelencia de cumplimiento de las obligaciones	2
1.2	Quienes son los sujetos que pueden pagar	4
1.3	Pago por sujeto tercero	5
1.4	Quien recibe el pago	6
	1.4.1. El acreedor	6
	1.4.2. Un incapaz	8
	1.4.3. El poseedor del crédito	8
	1.4.4. Un tercero	10
1.5	Monto del pago.	10
	1.5.1. Identidad de la sustancia	10
	1.5.2. Pago con cosa ajena	12
	1.5.3. Convalidación del pago con cosa ajena	14
1.6	Término para pagar	16

CAPITULO SEGUNDO

CARACTERISTICAS ESPECIALES DEL PAGO

2.1	Lugares del pago	19
2.2	Erogaciones del pago	20
2.3	Derecho al pago	21
	2.3.1. Elementos esenciales del pago	21
	2.3.2. Elementos de validez del pago	22
	2.3.3. Elementos específicos del pago	23
2.4	Imputación del pago	25
	2.4.1. Legislación Argentina	25
	2.4.2. Francia	27
	2.4.3. Italia	28
	2.4.4. Legislación Mexicana	29
2.5	Existencia de presunciones del pago	31

CAPITULO TERCERO

LA APLICABILIDAD DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION EN EL PAGO

3.1	Pago de deudas líquidas	33
	3.1.1. Concepto del dinero	34
	3.1.2. Funciones jurídicas del dinero	35
	3.1.3. El pago de deudas de dinero	37
3.2	Valores del dinero	38
	3.2.1. Intrínseco, nominal y de cambio	38
	3.2.2. Alteraciones del valor del dinero	40
3.3	Teoría de la Imprevisión.	44
	3.3.1. Noción de la teoría de la imprevisión	44
	3.3.2. Cláusula rebus sic stantibus	45
	3.3.3. Opiniones adversas	45
	3.3.4. Opiniones intermedias	46
	3.3.5. Opiniones favorables	50
3.4	Preceptos legales en la legislación que la contemplan	52
	3.4.1. En el Código Civil de 1928, opiniones en contra	52
	3.4.2. En el Código Civil de 1928, opiniones favorables	55
	3.4.3. El Código Civil del Estado de Aguascalientes	61
	3.4.4. Los dos mas modernos Códigos Europeos	63

CAPITULO CUARTO

LA INCERTIDUMBRE JURIDICA DEL PAGO ANTE LA INESTABILIDAD MONETARIA

4.1	El pago en la legislación mexicana	66
4.2	Pago en moneda extranjera	69
	4.2.1. Leyes que se han ocupado del pago en moneda extranjera	70
	4.2.2. Validez de las obligaciones contraídas en moneda extranjera	74
4.3	Mecanismos para garantizar la estabilización de la deuda en dinero	82
	4.3.1. Cláusulas de estabilización monetaria	82
	4.3.2. Validez de las cláusulas de estabilización monetaria	84
	4.3.3. Opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y crítica	88
4.4	Moratoria	92
4.5	Sistema de intereses del pago	95
	CONCLUSIONES	98
	BIBLIOGRAFIA	100

INTRODUCCION

El nominalismo monetario significa que lo que define el valor de la moneda es el nombre que le otorga el Estado y no su poder de compra real, que supone también la invariabilidad del signo monetario, y que hace que la moneda tenga una permanencia jurídica en el tiempo a pesar de la inestabilidad de su poder real y no obstante que al producirse el fenómeno de la inflación pierde la moneda su función de medida común de todos los valores cuando se trata de comparar los valores adquisitivos de la moneda en dos tiempos diferentes.

En épocas de estabilidad monetaria no causa el nominalismo monetario los problemas que ocasiona en tiempos de crisis económicas, en las que el deterioro progresivo del valor de cambio o poder adquisitivo de la moneda produce graves desequilibrios en las prestaciones de obligaciones de contratos que ameritan otorgamientos de créditos a plazo, como ocurre en los casos de promesas de venta, de mutuos, de arrendamientos, de ventas a crédito, etc., ya que en todos éstos contratos se rompe el equilibrio económico del contrato. En dichos contratos, el acreedor puede verse expuesto a sufrir una pérdida o detrimento superveniente o posterior a la celebración del contrato, por el efecto de la depreciación de la moneda nacional.

En ese orden, en ningún sistema monetario puede prescindirse del crédito como elemento necesario en la vida de los negocios, y a nadie deberá obligarse al otorgamiento de un crédito de cierta duración si el peligro del "*nominalismo*" monetario tiene que afectarle de manera inexorable al perder determinada cantidad su poder adquisitivo por el paso del tiempo y por factores como la inflación. Se impone, por tanto, para evitar la asfixia económica a que conduciría la falta o el encarecimiento del crédito, que se permita la valorización contractual de las deudas de dinero, por diversos medios, como son la aplicación de la teoría de la imprevisión y las cláusulas de estabilidad

monetaria, cláusulas que pueden ser *monetarias*, que hacen referencia al valor del oro o de una moneda extranjera, y *económicas*, llamadas también “de escala móvil” o de “indexación”, que remiten al valor de ciertas mercaderías (trigo, petróleo) o de determinadas prestaciones (salario mínimo) o al costo de la vida conforme a diversos índices (de precios).

En virtud de los medios de valorización contractual citados, los contratantes aseguran la justa equivalencia en el intercambio de sus prestaciones, lo que trae consigo una alteración en las cantidades de numerario a satisfacer; cantidad que en definitiva quedará subordinada al poder adquisitivo que la moneda tenga al tiempo del cumplimiento de la obligación.

El objeto que se persigue con la elaboración de esta tesis es hacer comprender la necesidad de un reajuste en las prestaciones de los contratos cuando, por el transcurso del tiempo se ha vuelto inequitativo para el deudor el cumplimiento de la obligación ante un cambio en la estabilidad económica, de tal suerte que se logre una estabilización del valor real de los intereses comprometidos en la relación contractual, logrando neutralizar los efectos de la depreciación del valor adquisitivo de la moneda.

CAPITULO PRIMERO

LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

La obligación se ha definido desde el derecho romano con Justiniano como "obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura - la obligación es un vínculo de derecho que nos constriñe en la necesidad de pagar una cosa, según el derecho de nuestra ciudad -"¹, de esta definición se han derivado todas las definiciones del derecho contemporáneo, y en la actualidad se conceptúa a la obligación como "la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor"². De este concepto de obligación se desprenden dos sujetos que son acreedor y deudor, es decir, un sujeto activo y otro pasivo.

Los elementos de la obligación son precisamente los sujetos, el objeto y la relación jurídica; estos elementos dentro de la postura jurídica del concepto de obligación se entrelazan, los sujetos con el objeto y se concede la facultad al acreedor de poder hacer exigible el cumplimiento de la obligación en forma coactiva cuando el deudor incumple con el pago.

Ahora bien, dicho incumplimiento puede originarse por diversas causas, y una de ellas, es parte trascendental del tema que en este trabajo abordamos, es decir, el deudor puede enfrentarse con una imposibilidad para poder cumplir cuando se hace muy oneroso el objeto de la obligación, y así mismo, la seguridad en el pago cuando la moneda sufre constantes variaciones en su

¹ Bravo Valdés Beatriz, Segundo Curso de Derecho Romano, México, Editorial Pax México, 1985, p. 19

² Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, México, Editorial Porrúa, p. 71.

valor resulta un problema serio para el acreedor, pues le crea una incertidumbre.

Enseguida analizáremos el objeto de la obligación que consiste en el pago a que nos hemos referido, tomando por entendido que dicho pago genéricamente consiste en un dar, hacer o no hacer.

1.1 EL PAGO COMO MEDIO POR EXCELENCIA DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.

El pago es el medio por excelencia del cumplimiento de las obligaciones, es un acto jurídico consensual consistente en cumplir una obligación de dar, hacer o dejar de hacer, persiguiendo que se extinga la deuda existente.

Se dice que es un acto jurídico porque lo realiza una persona con la intención de que tenga por efecto jurídico la extinción de una obligación contraída anteriormente.

Es consensual debido a que no es rigurosa una formalidad determinada para que tenga validez jurídica, siendo suficiente que la persona realice la acción de dar, hacer, o bien, se abstenga en la obligación de no hacer. Consiste en el cumplimiento de la obligación, pues sólo de esta forma se extingue la misma. Previamente la persona se obliga a prestar una cosa, hacer un acto determinado, o bien, a abstenerse de una conducta, y sólo realizando lo convenido se libera de la deuda contraída.

El Código Civil para el Distrito Federal prescribe, en su artículo 2062 que “el pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido.”

No obstante que este artículo no contempla que sea pago el “no hacer” algo, lo incluimos dado que el artículo 2028 del mismo Código sí lo menciona de la siguiente forma: “El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado.”

Es cierto que en toda obligación interviene un acreedor y un deudor, sin embargo, el pago puede realizarse sin que ellos participen necesariamente, ya que puede recibir el pago el acreedor o tercero autorizado para recibir el pago, y puede realizar el pago el deudor, o bien, un tercero que pueda actuar con o sin el conocimiento y consentimiento del deudor, y tenga o no interés jurídico en la obligación.

Profundizando en esto, Ruggiero sostiene que cumplimiento “es la exacta ejecución de la prestación por parte del deudor; sinónimos del cumplimiento son los términos *pago* y *solutio*, que expresan el concepto de extinción del vínculo obligatorio y no se limitan a expresar, como ocurre en el lenguaje vulgar, el cumplimiento de una obligación pecuniaria, la prestación de una suma de dinero. Ahora bien: exacta ejecución quiere decir prestación de todo lo que es debido, en la forma y lugar fijados, sin que sea posible sustituir una cosa por otra o hacer prestaciones parciales cuando el interés del acreedor en recibir la prestación íntegra quedaría perjudicado por una *solutio* parcial; significa la satisfacción completa del interés del acreedor, y puesto que toda la relación es regida por los principios de la buena fe, ello lleva como consecuencia que si el vínculo obligatorio reconoce su origen en el contrato, el deudor debe no sólo cuanto en el mismo se expresa, sino también todo aquello que, según la ley, la equidad o la costumbre derivase de él (art. 1.124).”³

³ Ruggiero Roberto de, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1977, p. 102.

1.2 QUIENES SON LOS SUJETOS QUE PUEDEN PAGAR.

Cualquier persona puede pagar, en toda obligación, tal como lo dijimos anteriormente, interviene un acreedor y un deudor, sin embargo puede realizarse el pago sin que ellos participen. En principio, quien debe pagar es el deudor, que puede hacerlo directamente o por medio de su representante legal, que en su actuación es como si el deudor hubiera realizado los actos, actos que no afectan para nada la esfera jurídica del representante. Sin embargo, también puede realizar el pago cualquier persona que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, cualquier tercero interesado en el cumplimiento de la obligación, con o sin el consentimiento del deudor, e incluso en contra de su voluntad.

La única limitante que hay es cuando la obligación se concertó en atención a la persona del deudor o sus habilidades particulares, las llamadas intuitu personae. Al respecto, el artículo 2064 del Código Civil se expresa de la siguiente manera: "La obligación de prestar algún servicio se puede cumplir por un tercero, salvo el caso de que se hubiere establecido, por pacto expreso, que la cumpla personalmente el mismo obligado o cuando se hubieren elegido sus conocimientos especiales o sus cualidades personales."

Salvo esta situación, el acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero, de conformidad con el artículo 2072 del Código Civil, de este precepto se desprende que la intención del legislador es beneficiar al deudor pues aún en el caso de que un acreedor quisiera perjudicar a su deudor negándose a recibir la cosa o cantidad debida o a que se preste algún servicio, debe aceptar el pago que pretenda hacer algún tercero, sin que para ello sea necesario que se cuente con el consentimiento del deudor.

El artículo 2065 del Código Civil prescribe que el pago puede ser hecho por el mismo deudor, por sus representantes o por cualquier otra persona que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación.

1.3 PAGO POR SUJETO TERCERO.

Hay varias situaciones en que el pago puede realizarse por un tercero y las consecuencias jurídicas son distintas en cada una de ellas.

a) El pago realizado por un tercero con interés jurídico en el cumplimiento de la obligación (artículo 2065) tiene el efecto de una subrogación del acreedor por el tercero que paga, en términos del artículo 2058, fracción II del Código Civil.

b) En el pago realizado por un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor (artículo 2066) se observarán las disposiciones relativas al mandato, por disposición del artículo 2069 del Código Civil. El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga (artículo 2546). El deudor (mandante) está obligado a restituir al mandatario, la cantidad pagada más intereses cuando este último haya anticipado el pago por su cuenta (artículos 2577, párrafo segundo y tercero, y 2549 del Código Civil).

c) Así también lo puede realizar un tercero ignorándolo el deudor (artículo 2067). El que hizo el pago tendrá derecho de reclamar al deudor la cantidad que hubiere pagado al acreedor, si éste último consintió en recibir menor suma que la debida (artículo 2070).

Este caso tiene el efecto de una gestión de negocios, pues el tercero sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro (artículo 1896), por lo que además de la cantidad pagada puede exigir al deudor los intereses legales correspondientes, pero no tiene derecho de cobrar retribución por el ejercicio de su gestión (artículo 1904).

d) Puede, por último, hacerse el pago por un tercero contra la voluntad del deudor (artículo 2070). En este caso, tiene las características de una gestión

anormal cuando aprovecha al dueño (artículo 1905) o de un hecho ilícito si no lo aprovecha (artículo 1899). El gestor que se encarga de un asunto contra la expresa voluntad del dueño, si éste se aprovecha del beneficio de la gestión, tiene obligación de pagar a aquel el importe de los gastos, hasta donde alcancen los beneficios, a no ser que la gestión hubiera tenido por objeto librar al dueño de un deber impuesto en interés público, en cuyo caso debe pagar todos los gastos necesarios hechos (artículo 1905). Si la gestión se ejecuta contra la voluntad real o presunta del dueño, el gestor debe reparar los daños y perjuicios que resulten a aquél, aunque no haya incurrido en falta (artículo 1899).

Como la interferencia contra la voluntad del dueño o titular del patrimonio no es propiamente una gestión, el tercero que paga, podría tener restitución si el acto enriqueció al dueño, por medio de la acción "in rem verso", por el enriquecimiento sin causa (artículo 1882), hasta el monto del beneficio (artículo 2071) y el importe de su empobrecimiento.

Si el pago no se aprovechó, la intromisión es ilícita y el tercero entrometido deberá reparar los daños y perjuicios que hubiere causado al dueño, quien dispondrá de una acción de responsabilidad civil (artículo 1910).

1. 4. QUIEN RECIBE EL PAGO.

El pago conforme a la ley se puede hacer además del acreedor, a su representante legal, al incapacitado, al poseedor de un crédito y a un tercero.

1.4.1. El acreedor. *Lo normal es que una deuda se pague al acreedor*, pero el artículo 2073 del Código Civil autoriza que se pague a su representante legítimo.

En todo caso, para que el acreedor pueda validamente realizar el cobro, primero debe tener capacidad para administrar sus bienes, al grado de que el pago realizado a un incapacitado sólo será válido si el deudor demuestra que se

convirtió en utilidad del acreedor (artículo 2075 del Código Civil). Además, no debe haberse obligado judicialmente la retención de la deuda.

Por lo que se refiere a esta última hipótesis, el artículo 2077 del Código Civil prescribe que no será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda.

En relación con lo anterior el artículo 547 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal regula el caso al disponer que: “Cuando se aseguren créditos, el secuestro se reducirá a notificar al deudor o a quien deba pagarlos que no verifique el pago, sino que retenga la cantidad o cantidades correspondientes a disposición del juzgado, apercibido de doble pago en caso de desobediencia; y al acreedor contra quien se haya dictado el secuestro, que no disponga de esos créditos, bajo las penas que señala el Código penal. Si llegase a asegurarse el título mismo del crédito, se nombrará un depositario que lo conserve en guardia, quien tendrá la obligación de hacer todo lo necesario para que no se altere ni menoscabe el derecho que el título represente, y de intentar todas las acciones y recursos que la ley conceda para hacer efectivo el crédito, quedando sujeto, además, a las obligaciones que impone el libro IV, segunda parte, título octavo del Código Civil”.

Para el caso de créditos en litigio, el artículo 548 de ese mismo Código Procesal dispone que el embargo se notificará al juez que conozca del juicio, dándole a conocer el depositario nombrado a fin de que éste pueda sin obstáculo alguno desempeñar las obligaciones que le impone la parte final del artículo 547.

“La nulidad del pago efectuado por el deudor, después de que se le haya notificado tanto a él, como al acreedor, el secuestro del crédito, produce efectos no sólo respecto a dichas partes, sino también respecto del tercero embargante. Por lo que se refiere al acreedor, aún cuando el pago es nulo, dicha nulidad tendrá interés en ser deducida por el mismo deudor o por el embargante, cuando el pago se haya realizado con un bien determinado, por ser éste precisamente el objeto único del crédito asegurado. Aún cuando es verdad

que el deudor se expone a un doble pago, y que por lo tanto el tercero que secuestró el crédito puede exigir el cumplimiento de la prestación, tal cosa sólo será efectiva cuando se trate de dinero o de bienes fungibles pero no cuando sólo exista como objeto de la deuda una cosa determinada. Tanto en este último caso, cuanto en la hipótesis de insolvencia del deudor, el embargante tendrá acción para pedir la nulidad del pago hecho en contravención a lo dispuesto por el artículo 547 del Código Procesal. La acción de nulidad en el caso de embargo de un crédito, corresponde tanto al deudor como al acreedor, pues ambos tienen intereses jurídicos especiales en que se prive de efectos al pago hecho después de haberse ordenado judicialmente la retención de la deuda. En efecto, el deudor que pagó indebidamente, para no exponerse a un doble pago, si aún el embargante no se lo exige, o si ya se le hizo efectivo, para poder exigir al acreedor lo que indebidamente le pago. A su vez, el propio acreedor tendrá interés en reconocer la nulidad del pago y devolver lo que recibió para reducir su responsabilidad penal, según prescribe el citado artículo 547 del Código Procesal”.⁴

1.4.2. Un incapaz. En principio no debe hacerse el pago a una persona incapaz para administrar sus bienes; si se le debe, habrá de pagarse a su representante; no obstante nuestro Código Civil prevé que se le haga el pago al incapacitado en su artículo 2075 al prescribir: “El pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes, será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad...”

1.4.3. El poseedor del crédito. Por su parte, el artículo 2076 del Código Civil dispone que “ el pago hecho de buena fe al que estuviese en posesión del crédito, liberará al deudor”.

Considera Borja Soriano que la posesión a que se refiere este artículo, “es la del crédito, no la del documento que lo representa; de suerte que la mera tenencia de éste no basta por lo general, sino que ha de atenderse a la naturaleza del crédito, a las formas de su posible transmisión, a la clase de la

⁴ Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, pp. 249.

que se haya verificado y a la relación mas o menos directa que con la obligación, tal como primeramente se contrajo, tiene el poseedor del crédito de cuyo pago se trate. Partiendo de esas bases, y de que la buena fe se presume siempre, serán obstáculos que impedirán tal presunción los que demuestren el conocimiento por el deudor de los vicios de la posesión, y aún cuando su buena fe no pueda contradecirse, no hará eficaz el pago si falta la posesión verdad, si se ha cometido la ligereza de pagar a quien sólo ostente el documento de un crédito, cuya transmisión necesita, cuando menos, el endoso u otro requisito cuya existencia no conste. Serán casos de aplicación del mismo artículo y consiguiente eficacia del pago: el hecho al acreedor primitivo por un deudor que no conozca la cesión del crédito ni la incapacidad sobrevenida a aquél; el que se verifique en favor de un cesionario, reconocido como tal, aunque después se declare la rescisión o nulidad de la transmisión, y el que se haga a los que, como herederos, posean la del acreedor.”⁵

Borja Soriano, citando a Planiol, nos dice al respecto que este jurista francés expresa que “El poseedor del crédito es, no el que posee el título escrito que comprueba el crédito, sino el acreedor putativo, el que pasa a los ojos de todos por ser acreedor y que no lo es. Esta situación se encuentra realizada en la hipótesis del heredero aparente. Se llama así a la persona que de hecho ha recogido la sucesión, porque en el momento de su apertura se ignoraba la existencia de un sucesor más próximo en grado; éste se presenta enseguida y vence al que no era heredero sino en apariencia, ejercitando contra él la petición de herencia. El poseedor despojado de la sucesión, durante mas o menos tiempo ha pasado por ser el verdadero heredero; ha tenido de hecho el medio de obligar a los deudores del difunto a pagarle, la ley decide que estos pagos son liberatorios con la única condición de haber sido hechos de buena fe.”⁶

⁵ Borja Soriano Manuel, *ob. cit.* p. 428

⁶ Borja Soriano Manuel, *ob. cit.* p 429

1.4.4. Un tercero. “*El pago hecho a un tercero extinguirá la obligación, si así se hubiere estipulado o consentido por el acreedor, y en los casos en que la ley lo determine expresamente.*”(artículo 2074)

Además, la última parte del artículo 2075 prescribe “También será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor”.

De lo anterior se desprende que si al momento de constituirse un crédito se determina en forma expresa que el pago se hará a un tercero, el deudor deberá pagar a éste y no al acreedor.

1.5 MONTO DEL PAGO.

El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado, y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de la ley. Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda (artículo 2078 del Código Civil).

1.5.1. Principio de identidad de la sustancia. Se debe pagar el objeto mismo de la obligación. Aquí cabe mencionar el principio de exactitud o identidad de la sustancia del pago, el cual se cumple cuando el deudor entrega exactamente la *cosa* prometida, realiza el hecho materia de la obligación o se abstiene de realizar otro hecho.

Los preceptos que rigen la exactitud en la sustancia, son los artículos 2012, 2013, 2016 y 2389 del Código Civil vigente, que respectivamente estatuyen:

Artículo 2012: El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra aún cuando sea de mayor valor.

Artículo 2013: La obligación de dar cosa cierta comprende también la de entregar sus accesorios; salvo que lo contrario resulte del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Para la *deuda de géneros o bienes de especie indeterminada* cuando no se designa la calidad, el principio de exactitud en la sustancia de acuerdo al artículo 2016 se sigue tomando como base bienes de mediana calidad para el cumplimiento de la obligación. Dice al respecto el mencionado precepto: “En el caso del artículo que precede (se refiere a los bienes de especie indeterminada) si no designa la calidad de la cosa, el deudor cumple entregando una de mediana calidad”.

Para las *deudas de dinero* el Código Civil sólo se refiere al caso del préstamo en efectivo disponiendo en su artículo 2389 que: “Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el 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 pacta que el pago debe hacerse en moneda extranjera, la alteración que ésta experimente en valor será en daño o beneficio del mutuuario.”

La exactitud en la sustancia no sólo debe abarcar a las cosas mismas, sino también a *los hechos*. En este sentido, el artículo 741 del Código Civil Argentino consagra el siguiente principio: “Si la obligación fuere de hacer, el acreedor tampoco podrá ser obligado a recibir en pago la ejecución de otro hecho que no sea el de la obligación”.

Nuestro Código Civil, en su artículo 2027 sólo reconoce la consecuencia que se deriva del principio relativo a la exactitud en las prestaciones de hacer, al estatuir que: “Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la sustitución sea posible. Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera **convenida**. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho”.

De los anteriores preceptos deducimos que para las obligaciones de *no hacer* rige el mismo principio de exactitud, toda vez que, si la abstención sólo se observa en parte o en forma distinta de la que constituya el objeto de la deuda, el acreedor tendrá derecho de exigir las consecuencias relativas al incumplimiento, consistentes en el pago de daños y perjuicios. Dice en este sentido el párrafo final del artículo 2104: 'El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención'. A su vez, el artículo 2028 dispone que: 'El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado'.

1.5.2. Pago con cosa ajena. Por lo que se refiere a con qué debe pagarse, el pago debe realizarse con cosas propiedad del deudor, si no lo hace así, en verdad no habrá cumplido su obligación, y por ello el primer párrafo del artículo 2087 manda que: "No es válido el pago hecho con cosa ajena;..."

Este precepto constituye una regla general y admite excepciones, y ellas las marca el mismo artículo 2087 en el resto de su texto: "No es válido el pago hecho con cosa ajena; pero si el pago se hubiere hecho con una cantidad de dinero u otra cosa fungible ajena, no habrá repetición contra el acreedor que la haya consumido de buena fe."

Rojina Villegas considera que además de la regla especial del artículo 2087 que declara nulo el pago de cosa ajena, procede aplicar al caso por analogía los artículos 2269 a 2271 del Código Civil vigente, que se refieren a la venta de cosa ajena, en consecuencia, adapta tales preceptos a esta hipótesis y considera que debe decirse: "Ninguno puede dar en pago, sino lo que es de su propiedad." "El pago de cosa ajena es nulo y el que lo hace es el responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe, debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe." "El pago quedará revalidado, si antes de que tenga lugar la evicción adquiere el solvens, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa pagada."

Cuando la cosa ajena dada en pago - continua Rojina - aparezca inscrita en el Registro público de la propiedad a nombre del solvens, el accipiens de buena fe será protegido y, por lo tanto, el pago será válido, aún cuando después se anule o resuelva el derecho de aquel, una vez que se reconozca por sentencia ejecutoriada que no es el legítimo propietario de la cosa registrada a su favor. Aplica al caso los artículos 2270 y 3009, por estimar que son conducentes a la resolución del problema, y admite, por tanto, una analogía en las consecuencias. Existe semejanza de supuestos porque en ambos casos se enajena un bien a nombre del enajenante en el Registro Público de la Propiedad. También existe analogía por razones jurídicas, porque en las dos hipótesis se trata de proteger a los adquirentes de buena fe que se confían en las constancias del Registro Público de la Propiedad.⁷

Ahondando en lo anterior y debido a que compartimos su opinión, por lo que se refiere al pago con cosa ajena, Rojina Villegas reproduce a manera de comentario, "los conceptos de Baudry Lacantinerie, relativos al artículo 1238 del Código Napoleón, con pequeñas modificaciones, adaptándolos a nuestros Códigos. El que paga debe ser propietario de la cosa dada en pago. Si se ha pagado una cosa perteneciente a otro, el pago es nulo; porque no siendo propietario de lo que ha pagado no ha podido transferirle la propiedad al acreedor. La nulidad del pago, en la hipótesis que nos ocupa, puede ser invocada por el acreedor, sea por el deudor. Desde luego, no hay dificultad para que la nulidad pueda ser invocada por el acreedor. Tendrá derecho de prevalerse de ella para reclamar un nuevo pago; porque aquel que ha recibido no es liberatorio, puesto que es nulo; el deudor queda, pues, obligado. Bien entendido que el acreedor que reclama un segundo pago debe restituir la cosa que ha recibido; porque esta cosa se encuentra sin causa en sus manos. Supongamos que el propietario ha ratificado el pago o que, posteriormente a la entrega, el deudor ha adquirido la propiedad de la cosa entregada por él. En estos dos casos el acreedor no puede ya demandar la anulación del pago. No tendría, por otra parte, ningún interés en obtenerla, puesto que el deudor,

⁷ Rojina Villegas Rafael, *ob. cit.* p. 245

después de que la cosa le hubiera sido devuelta, podría forzarlo a recibirla de nuevo en pago. La nulidad del pago puede también ser invocada por el deudor. Puede reclamar la cosa que ha pagado, ofreciendo pagar otra en su lugar. Esto resulta muy positivamente de la segunda parte del artículo 2087 del Código de 1928 y del artículo 1528 del Código de 1884, preceptos que, rehusando a quien ha hecho el pago la acción en repetición en un caso particular, aquel en que la cosa ha sido consumida de buena fe por el acreedor, dan muy claramente a entender que puede ejercitarla en los otros casos. El interés de quien ha hecho el pago de obrar en repetición puede ser considerable: obteniendo la restitución de la cosa de otro, que ha pagado, quizá por error, se pone en condición de satisfacer la reclamación del propietario cuando reivindique su cosa y evita así una condenación cierta a indemnizar daños y perjuicios. El acreedor, al contrario no tiene sino un interés mínimo en escapar a la acción de la repetición: porque se le deberá dar una cosa que se le quita. Este es un primer motivo para conceder la acción de repetición al deudor. Por otra parte, no hay que olvidar que el acreedor tiene, a su vez, el derecho a demandar la nulidad del pago y de exigir otro; ahora bien, ¿convendría dejar al deudor expuesto durante toda la duración del plazo ordinario de la prescripción a esta acción del acreedor? ¿No era más equitativo permitirle liquidar su situación reemplazando el pago nulo que ha hecho por un pago válido? Así lo ha pensado sin duda nuestro legislador. El derecho de repetición que la ley concede al deudor cesa cuando el acreedor ha consumido la cosa de buena fe (parte final del artículo 2087 del Código de 1928 y del artículo 1528 del Código de 1884). Evidentemente, el pago hecho por un tercero por la cosa que me pertenece es con relación a mi *res inter alios acta*; conservo, pues, a pesar de ese pago, la propiedad de mi cosa y siendo propietario puedo reivindicarla.”⁸

1.5.3. Convalidación del pago hecho con cosa ajena. De acuerdo con el artículo 2271, el pago de cosa ajena quedará revalidado, si antes de que tenga lugar la evicción adquiere quien realizó el pago, por cualquier título legítimo, la propiedad de la cosa que dio en pago.

⁸ Rojina Villegas Rafael, *ob. cit.*, p. 245 y 246.

Además de la convalidación autorizada por el medio a que alude el precepto invocado, también puede revalidarse el pago por una ratificación expresa que hiciere el legítimo dueño, pues por ello equivaldría a una transferencia con alcance retroactivo en favor del que realizó el pago, para legitimar la disposición indebida que hizo de un bien ajeno.

En ese orden, Rojina Villegas considera acerca de la convalidación del pago con cosa ajena que “Entretanto no se opere el fenómeno de la convalidación, de la ratificación del dueño, o de la prescripción positiva, si la cosa perece por caso fortuito o fuerza mayor, el dueño sufrirá la pérdida, conforme al principio de que las cosas perecen para su dueño, que la fracción V del artículo 2017 aplica a un caso análogo. Si la cosa se perdiere por culpa del acreedor, aplicando también por analogía las fracciones III y IV del mencionado artículo 2017, lo mismo que si se deteriorare, debe estimarse que el citado acreedor deberá sufrir las consecuencias, quedando extinguida su obligación; pero como el deudor no podría enriquecerse a cosa del legítimo dueño, puesto que pretendió pagar con un bien ajeno, será responsable ante este último del valor mismo de la cosa.

Opera aquí el fenómeno curioso de que para los efectos del pago, si existe la satisfacción al acreedor, ya que por su culpa se perdió el valor recibido, extinguiéndose su derecho; pero como tanto su citada culpa, como el hecho imputable del deudor de disponer de lo ajeno, no pueden perjudicar al legítimo dueño, éste tendrá como acción contra el que indebidamente dispuso de su bien, para exigirle el valor correspondiente o el importe del demérito. En este último caso cabe observar que como el acreedor habrá de restituir un bien demeritado por su culpa, el deudor al responder de esa depreciación frente al dueño, reducirá proporcionalmente el monto de su deuda, lográndose así que en definitiva sea el acreedor, el que sufra las consecuencias de su propia culpa, causante del demérito.”⁹

⁹ Rojina Villegas Rafael, *ob cit.*, pp. 247.

Por lo anterior, consideramos que si la cosa ajena se pierde por culpa del acreedor, no hubo pago, por ser el bien de un tercero, sin embargo y como la deuda subsiste, el acreedor será responsable ante el deudor del valor de la cosa, y a su vez éste lo será frente al propietario, por lo que se produce una compensación entre el deudor y acreedor, pues ambos resultarían obligados entre sí por un mismo valor que es líquido y exigible, el de la deuda original y el de la cosa perdida por causa del acreedor.

1.6 TERMINO PARA PAGAR.

Señala Borja Soriano que el Código Civil para el Distrito Federal de 1884 prescribía “Artículo 1516. El pago se hará en el tiempo designado en el contrato, exceptuando aquellos casos en que la ley permita o prevenga expresamente otra cosa.” “Artículo 1517. Si no se hubiere determinado el tiempo en que debe hacerse el pago, se hará éste cuando el acreedor lo exija, siempre que haya transcurrido el que sea moralmente necesario para el cumplimiento del contrato.” “Artículo 1518. El acreedor no puede exigir el pago que haya dejado a la posibilidad del deudor, sino probando ésta.” “Artículo 1519. La espera concedida al deudor, en juicios o fuera de él, no obliga mas que al acreedor que la otorga. El que la niega, puede hacer valer su derecho conforme a las Leyes.”¹⁰

En cambio, el Código de 1928 prescribe: “Artículo 2079. El pago se hará en el tiempo designado en el contrato, exceptuando aquellos casos en que la ley permita o prevenga expresamente otra cosa.” “Artículo 2080. Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los 30 días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos, tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación”. “Artículo 2081. Si el deudor quisiere hacer pagos anticipados y el acreedor recibirlos, no podrá este ser

¹⁰ Borja Soriano Manuel, *ob. cit.*, p. 424.

obligado a hacer descuentos.” “Artículo 2088. El deudor que paga tiene derecho de exigir el documento que acredite el pago y puede detener este mientras no le sea entregado.”

En base a éstos artículos, para saber cual es el tiempo de hacerse el pago, se debe distinguir si en la obligación se dio o no plazo para el pago, y en este último caso, si el objeto de la obligación es de dar o de hacer.

a) Si en la obligación, independientemente de que sea de dar o hacer, se otorgó un plazo, el tiempo de hacer el pago es la fecha que se señaló al momento del nacimiento de la obligación, y si pasa ese plazo sin verificar el pago, se comete un hecho ilícito. El acreedor puede aceptar recibir el pago anticipado, pero no está obligado a otorgar descuentos al deudor. Si el que paga ignoraba, cuando lo hizo, la existencia del plazo, tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses o frutos que este hubiere percibido de la cosa (artículo 1957).

“El deudor no puede imponerle al acreedor la recepción del pago antes del vencimiento (pago anticipado) sino en los casos en que el término fuera tan sólo en interés del deudor. El término se presume en interés exclusivo del deudor. Esa presunción se destruye ante la prueba en contrario. En materia de préstamo de dinero, la estipulación de intereses permite presumir que el término se ha convenido en interés común de las partes”.¹¹

b) En las obligaciones sin plazo se debe atender al objeto de la obligación, de tal suerte que si es obligación de dar, el acreedor no puede exigir el pago al deudor, sino después de treinta días de la fecha en que se haga una interpelación, judicial o extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos.

¹¹ **Mazeaud, Henry, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Volumen III, Buenos Aires, Editorial Ejea, p.190.**

En las obligaciones de hacer sin plazo el momento de hacer el pago es cuando así lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.

En este punto se ha tratado el término para pagar, sin embargo ¿qué pasa con la obligación cuando el deudor se excede en el mismo? Al respecto, los Mazeaud consideran que “En ocasiones el acreedor debe constituir en mora de cumplimiento a su deudor. Pero la necesidad de una constitución en mora no tiene por efecto suspender el nacimiento de la obligación: desde antes de la constitución en mora, el deudor está obligado. Tan sólo el vencimiento del término de la deuda es el que se encuentra relacionado con la constitución en mora, hasta entonces, el deudor no está obligado a cumplir, no está en mora y no debe daños y perjuicios moratorios.”¹²

¹² *Ibidem*, p. 193.

CAPITULO SEGUNDO

CARACTERISTICAS ESPECIALES DEL PAGO

2.1 LUGARES DE PAGO.

En lo relativo a donde debe realizarse el pago, el Código Civil vigente prescribe: "Artículo 2082. Por regla general el pago debe hacerse en el domicilio del deudor salvo que las partes convinieran otra cosa, o que lo contrario se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley. Si se han designado varios lugares para hacer el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos." "Artículo 2083. Si el pago consiste en la tradición de un inmueble o en prestaciones relativas al inmueble, deberá hacerse en el lugar en que éste se encuentre.", y el "Artículo 2084. Si el pago consistiere en una suma de dinero como precio de alguna cosa enajenada por el acreedor, deberá ser hecho en el lugar en que se entregó la cosa, salvo que se designe otro lugar."

De estas transcripciones deducimos que la regla general es que el pago se debe hacer precisamente en el domicilio del deudor, sin embargo, admite pacto en contrario, y en la práctica casi siempre se le fija al deudor un domicilio en donde debe hacer el pago.

Si el pago consiste en la entrega de una *cosa inmueble*, por regla general se debe pagar en el lugar de la ubicación de la cosa. "Pero aun en estos casos de la entrega de inmuebles, las partes pueden fijar lugar diverso, pues la tradición que del inmueble se habla, no es necesario que sea real, sino que puede ser jurídica o virtual, en los términos del artículo 2284 que prescribe que "la entrega puede ser real, jurídica o virtual. La entrega *real* consiste en la entrega material de la cosa vendida, o en la entrega del título si se trata de un derecho. Hay entrega *jurídica* cuando aun sin estar entregada materialmente la cosa, la ley la considera recibida por el comprador. Desde el momento en que

el comprador acepte que la cosa vendida quede a su disposición, se tendrá por *virtualmente* recibido de ella, y el vendedor que la conserve en su poder sólo tendrá los derechos y obligaciones de un depositario”.¹³

Si se trata de pagar una *suma de dinero* como precio de una cosa que se recibió, salvo pacto en contrario se debe pagar en el lugar en que se hizo la transmisión de la cosa.(art. 2084)

2.2 EROGACIONES DEL PAGO.

En el Código Civil vigente, el artículo 2086, prescribe que “Los gastos de la entrega serán de cuenta del deudor, si no se hubiere estipulado otra cosa.” Como la propia norma lo autoriza, puede pactarse que los gastos corran por cuenta del acreedor.

Al respecto, los Mazeaud señalan que “el deudor debe abonar, además de la prestación debida, los gastos del pago (art. 1248 del Cod. civ.) ... las partes pueden convenir que los gastos del pago queden a cargo del acreedor.”¹⁴

Así también, el artículo 2085 del Código Civil decide que “El deudor que, después de celebrado el contrato mudare voluntariamente su domicilio, deberá indemnizar al acreedor de los mayores gastos que haga por esa causa para obtener el pago. De la misma manera, el acreedor debe indemnizar al deudor cuando, debiendo hacerse el pago en el domicilio de aquél, cambia voluntariamente de domicilio.”

Sostiene Trabuchi que “en ocasiones, el pago supone determinados gastos; sean los derivados del transporte del objeto al lugar donde la prestación deba cumplirse, sean los procedentes de las imposiciones fiscales a que se

¹³ Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones, México, Editorial Porrúa, 1990, pp. 842 y 843.

¹⁴ Mazeaud, Henri, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Vol. III, Buenos Aires, Editorial Ejea, 1969, p.174.

somete la circulación de los bienes. Dichos gastos estarán a cargo del deudor, a falta de pacto en contrario, porque el acreedor tiene derecho a su crédito 'neto'. El deudor tiene derecho a obtener a sus expensas un recibo que justifique el pago realizado. Si existiere un documento acreditativo del crédito, y no se restituyese, el deudor podrá exigir que se tome anotación en el mismo título del pago verificado (art. 1.199)."¹⁵

2.3 DERECHO AL PAGO.

En este punto se van a analizar los elementos que deben considerarse para que el pago esté ajustado a derecho, de tal suerte que se evite que el deudor realice un doble pago. En ese orden, en el pago, como en cualquier acto jurídico, deben distinguirse: a) sus elementos esenciales. b) sus elementos de validez, y c) sus elementos específicos.

2.3.1. Elementos esenciales del pago. Son elementos esenciales del pago: la manifestación de voluntad de quien lo hace y el objeto física y jurídicamente posible de la prestación que se paga, que puede consistir en un dar, un hacer o un no hacer. No es necesaria la concurrencia de dos voluntades, pues basta en las obligaciones de no hacer, en las de ejecución de actos materiales y en los casos en los que el acreedor se rehusa injustificadamente a recibir el pago, una sola voluntad.

En cuanto al objeto física y jurídicamente posible, sólo cabe mencionar que la prestación de cosas o de hechos habrá de ajustarse a los requisitos de posibilidad natural y legal que respectivamente exigen los artículos 1824 a 1828 del Código Civil vigente, que la cosa exista en la naturaleza, sea determinada o determinable en cuanto a su especie y esté en el comercio, así como que el hecho positivo o negativo, es decir, la prestación o la abstención, sean compatibles con una ley de la naturaleza y con una norma jurídica que deba regirlas necesariamente, ya que de lo contrario habría una imposibilidad

¹⁵ Trabucchi Alberto, Instituciones de Derecho Civil, Vol. II, Madrid, Editorial Revista Derecho Privado, 1967, p. 60.

física o jurídica para el cumplimiento ante un obstáculo insuperable que respectivamente se creará por la ley natural o por la norma de derecho, para la realización de la prestación o de la abstención. Además, la acción o la omisión deben ser lícitas, es decir, no deben ser contrarias a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Faltando los elementos esenciales del pago éste sería jurídicamente inexistente en los términos del artículo 2224 del Código Civil vigente, por falta de voluntad o de objeto que pudiera ser materia de dicho acto jurídico. En consecuencia, no sería susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción y, además, todo interesado podría evocar su inexistencia.

2.3.2. Elementos de validez del pago. Son elementos de validez del pago: la capacidad de las partes, la ausencia de vicios en la voluntad de las mismas y la licitud de la prestación o la abstención que se realice.

"Respecto a la capacidad, tanto el que paga como el que recibe, deben tener la capacidad de ejercicio en general, requiriéndose además en el solvens (el que paga) la capacidad especial para enajenar cuando se trata de la transmisión de cosas. *En las obligaciones de hacer y de no hacer*, basta tener la capacidad general para obligarse, pues nuestro Código Civil, ni en las reglas generales, especialmente en el artículo 1859 que aplica a los actos jurídicos en general las normas de los contratos, ni en las distintas disposiciones de los contratos civiles de prestación de servicios, así como en los casos diversos en los que el obligado debe cumplir prestaciones de hacer en múltiples contratos, requiere que aquél que ejecute el hecho objeto de la obligación, tenga una capacidad especial, como si se exige en los casos relativos a las obligaciones de dar traslativas de dominio.

En cuanto a las obligaciones de dar traslativas de uso o de goce, sólo diremos que para ejecutar su pago se requiere la misma capacidad que la ley

exige para celebrar el contrato respectivo, misma que no necesariamente debe ser la especial para ejecutar actos de dominio.”¹⁶

También son elementos de validez en el pago la ausencia de vicios de la voluntad y la licitud en la prestación o la abstención que en cada caso se realice.

Relativamente a la *licitud* en el pago, el artículo 1895 del Código vigente estatuye: “Lo que se hubiere entregado para la realización de un fin que sea ilícito o contrario a las buenas costumbres, no quedará en poder del que lo recibió. El cincuenta por ciento se destinará a la Beneficencia Pública y el otro cincuenta por ciento tiene derecho de recuperarlo el que lo entregó.”

El elemento de validez relativo a la formalidad de los contratos y actos jurídicos en general, no se rige para este acto jurídico, en el capítulo especial del pago, por lo que debe considerarse que el pago es un acto jurídico consensual para cuya validez no se requiere la observancia de determinadas formalidades. En consecuencia, el recibo o la constancia por escrito que acreditan un pago y que es costumbre exigir al acreedor, sólo constituyen una formalidad *ad probationem* y no de validez en el pago mismo. Por la misma razón, el pago podrá acreditarse mediante todos los medios de prueba que el derecho autoriza.

2.3.3. Son elementos específicos del pago los siguientes: a) La existencia de una deuda; b) la intención de extinguir la deuda; c) la intervención de una persona que pague, y d) la existencia de una persona que reciba el pago.

a) Existencia de una deuda.- Este principio se desprende de la misma definición del pago contenida en el artículo 2062 al decir: “Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del

¹⁶ **Rojina Villegas Rafael, ob. cit., p.219 y 220.**

servicio que se hubiere prometido". Para que haya pago debe adeudarse una cosa, cantidad o servicio y, en consecuencia, todo pago supone una deuda.

b) Intención de extinguir la deuda.- La intención hacer un pago con el propósito de extinguir la deuda es también un elemento relacionado con la manifestación de voluntad que es esencial en todo acto jurídico.

En el caso del pago, la manifestación de voluntad debe estar animada de la intención de extinguir la deuda, por esto cuando se incurre en un error de hecho o derecho, bien sea en cuanto a la existencia de aquélla, o respecto de la persona del acreedor o del deudor, se tiene derecho a exigir la restitución de lo pagado.

c) Intervención de una persona que realice el pago.- Ya hemos dicho que el pago puede ser ejecutado por el deudor o por un tercero. Dicen al respecto los artículos 2065 a 2068 del Código en vigor: "El pago puede ser hecho por el mismo deudor, por sus representantes o por cualquiera otra persona que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación." "Puede también hacerse por un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor." "Puede hacerse también por un tercero ignorándolo el deudor." "Puede por último, hacerse contra la voluntad del deudor."

d) Existencia de una persona que reciba el pago.- Aun cuando normalmente el pago debe hacerse al acreedor o a su representante legítimo (artículo 2073), puede efectuarse con un tercero si así se hubiere estipulado o consentido por aquél (artículo 2074), o bien, cuando se convierta en útil para el mismo pretensor o derechohabiente (artículo 2075) o, finalmente, cuando se realice de buena fe con el que estuviere en posesión del crédito (artículo 2076). No será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda. (artículo 2077).

2.4 IMPUTACION DEL PAGO.

Ramírez Gronda define la imputación del pago como “la determinación que, por voluntad de la ley o del propio deudor, se hace cuando éste posee varias deudas con respecto al mismo acreedor a objeto de saberse por cual de las deudas se ha hecho el pago. Imputación del pago es una forma especial de pago, mediante la cual, el que tuviese varias deudas de la misma especie en favor de un mismo acreedor, podrá declarar al tiempo de hacer el pago, a cual de ellas debe aplicarse”, asimismo, Cabanellas la define como “la determinación que hace el deudor, cuando tienen más de una deuda pendiente con un acreedor, de la obligación u obligaciones que deben considerarse parcial o totalmente extinguidas con el pago que efectúa. A falta de indicación del deudor, se aplican las reglas legales, salvo aceptar el obligado lo que el acreedor le proponga.”¹⁷

2.4.1. Legislación Argentina. En la legislación Argentina, la imputación del pago está tratada en los artículos 773 a 778 del Código Civil, el cual comprende los casos de que sea el deudor quien determina a cual de las deudas se debe imputar el pago, que acepte el recibo en que el acreedor haga la imputación, o que la imputación se haga por la ley.

El artículo 773 del Código referido expresa: “Si las obligaciones para con un sólo acreedor tuviesen prestaciones de la misma naturaleza, el deudor tiene la facultad de declarar al tiempo de hacer el pago, por cuál de ellas debe entenderse que lo hace”. Esta facultad de imputación que corresponde al deudor, se encuentra muy limitada por los preceptos subsiguientes. Entre ellos el del artículo 774, que dice: “La elección del deudor no podrá ser sobre deuda ilíquida, ni sobre la que no sea de plazo vencido”. Así, pues, la imputación por el deudor se encuentra sometida a determinadas condiciones: a) debe usarse de ella en oportunidad; b) el artículo 776 exige la conformidad del acreedor para aplicar el pago al capital, siempre que se adeuden intereses.

¹⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Tomo XXI, 1990, pp. 374.

Conforme al artículo 775, “cuando el deudor no ha escogido una de las deudas líquidas y vencidas para la imputación del pago, y hubiese aceptado recibo del acreedor, imputando el pago a alguna de ellas especialmente, no puede pedir se impute en cuenta de otra, a menos que haya mediado dolo, violencia o sorpresa por parte del acreedor”. La determinación de cuando en la imputación ha habido dolo o sorpresa, es cuestión de hecho, en que el juez puede tomar en consideración la situación especial de las partes; y para la apreciación de cuando la imputación ha sido hecha contra la voluntad del deudor, es menester tener en cuenta la condición moral del individuo, así como el acreedor es o no capaz de engañar al deudor. También debe tomarse en cuenta la razón que haya inducido al deudor a aceptar el recibo del acreedor imputando el pago a la deuda menos onerosa.

Si el deudor - establece el artículo 776 - debiese capital con intereses, no puede, sin consentimiento del acreedor, imputar el pago al principal. Esto es así porque, se puede aducir en apoyo del precepto, se pretende que los réditos están destinados a retribuir tales inversiones y deben por ello satisfacerse mientras aquellas no fueren reembolsadas, ya que no corresponde la fuente de esos accesorios cuando éstos se hallaren impagados, ni sería razonable cubrir una obligación que prescribe en tiempo más largo.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 777, “el pago hecho por cuenta de capital e intereses, se imputará primero a los intereses, a no ser que el acreedor diese recibo por cuenta del capital”. Cuando la ley manda imputar el pago a los intereses, se refiere a los intereses vencidos, salvo el caso de haber estipulado, que se paguen los intereses adelantados.

Finalmente el artículo 778 establece lo siguiente: “No expresándose en el recibo del acreedor a qué deuda se hubiese hecho la imputación del pago, debe imputarse entre las de plazo vencido, a la más onerosa al deudor, o porque llevara intereses o porque hubiera pena constituida por falta de cumplimiento de la obligación o por mediar prenda o hipoteca, o por otra razón semejante. Si las deudas fuesen de igual naturaleza, se imputará a todas a

prorrata". Se trata de extinguir primeramente los créditos exigibles, y dentro de ellos al más gravoso."

2.4.2. Francia. "Josserand expresa que la imputación de pagos está referida al caso de que existan varias deudas a cargo del mismo deudor y respecto del mismo acreedor, siempre que tengan objetos de la misma naturaleza, por ejemplo, sumas de dinero. Y se pregunta a cual de las deudas conviene imputar el pago efectuado por el deudor cuando no basta para extinguir todas las relaciones obligatorias. Josserand manifiesta que en el Código Civil francés se ofrecen las siguientes soluciones:

1ª. *Imputación hecha por el deudor.* En el supuesto de que el orden de imputación no se haya determinado convencionalmente, el deudor tiene prioridad para efectuarla, pues se comprende que quiera extinguir con preferencia a otra, la deuda que le es particularmente pesada. Añade que, sin embargo, ese poder discrecional tiene sus límites, pues no podría optar por la extinción de una deuda no exigible, por lo menos si el término ha sido establecido en interés del acreedor o en interés común, como tampoco podría, si entre las deudas existentes hay una cuyo monto sea superior a la suma entregada, imputarla a esa deuda, por eso representaría realizar un pago parcial contrario a la regla de indivisibilidad del pago; ni tampoco, cuando una deuda produce intereses o pensiones, imputar el pago al capital con preferencia a los intereses y atrasos, pues son éstos los que en primer lugar deben pagarse."

2ª. *Imputación hecha por el acreedor.* Si el deudor no ha elegido ni ha dicho nada, es el acreedor quien decidirá respecto a la deuda que quede extinguida por el pago, si bien como el Código exige el consentimiento, o sea, la adhesión del deudor, la imputación que se hace en estas condiciones es, en realidad, una imputación convencional. El deudor no puede atacarla sino en el caso de que sea víctima de dolo o de una sorpresa por parte del acreedor.

3ª. *Imputación legal.* Cuando las partes no se han manifestado, ni el recibo hace mención de imputación, ésta se hace por disposición de la ley, imputándose el pago a la deuda que el deudor tenía mayor interés en satisfacer,

y si no a la vencida; tratándose de deudas de igual naturaleza, a la más antigua, y en caso de igualdad de circunstancias, se hace proporcionalmente; lo que parece conducir a la consagración de un pago parcial, al menos en ciertos casos, cuando se trata de deudas idénticas, nacidas el mismo día.

Aclara Jossierand que las imputaciones hechas por el deudor o por el acreedor no pueden efectuarse con ánimo de perjudicar a otro deudor o a otro acreedor, es decir, que la imputación ha de satisfacer un interés legítimo; en otros términos, el derecho de imputación es susceptible de *abuso* y la sanción consistirá en el restablecimiento de la situación, por lo cual, en la hipótesis aludida el pago será imputado, por orden el tribunal, conforme a los intereses legítimos de las partes.¹⁸

2.4.3. Italia. “Messineo. con referencia a la legislación italiana dice que puede ocurrir que un mismo deudor esté obligado, frente al mismo acreedor, varias veces, a base de varias relaciones obligatorias por lo cual se han dictado normas determinantes del modo en que cada cumplimiento singular deba imputarse. Señala este autor que es decisiva la voluntad que el deudor declare, a menos de que el deudor se remita a lo que haga el acreedor; no obstante lo cual el deudor no puede, sin el asentimiento el acreedor, imputar al capital el pago que haga, en lugar de a los gastos y a los intereses, los cuales deben ser satisfechos primero cuando el pago no es integral, y solamente al capital el remanente que pudiera quedar. En defecto de declaración del deudor, el pago debe imputarse a la deuda vencida; entre varias vencidas a la menos garantizada; entre varias igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias igualmente onerosas a la más antigua. Si el deudor ha aceptado un recibo del acreedor imputando el pago a una de las deudas, no puede luego pretender otra distinta, a no ser que haya habido dolo o sorpresa del acreedor.”¹⁹

¹⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba, p. 375.

¹⁹ *Ibidem*, p. 376.

2.4.4. Legislación mexicana. Los artículos 2092 a 2094 del Código Civil vigente regulan el principio de imputación de los pagos, tanto en el caso de que existan varias deudas, a efecto de determinar a cual de ellas deberá aplicarse el pago que hiciere el deudor, cuanto la hipótesis de aplicación para una sola deuda que comprendiere capital e intereses. Dentro de éstos supuestos se puede diferenciar entre la imputación realizada por el deudor y la imputación prescrita en la ley. Cabe aclarar que dados los términos del artículo 2093, en nuestro derecho no se reconoce la imputación hecha por el acreedor, ya que en el caso de silencio del deudor, la imputación la hace la ley.

Por lo que se refiere a la *imputación por el deudor*, es cuando la hace en el momento mismo que verifica el pago declarando a su acreedor a cual deuda se aplica el pago. A ella se refiere el artículo 2092 cuando dice: "El que tuviere contra sí varias deudas en favor de un sólo acreedor, podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, a cual de ellas quiere que éste se aplique", pero esta imputación, que también podemos denominar 'voluntaria', "tiene tres restricciones: a).- No puede el deudor determinar que el pago se aplique a una deuda de mayor cuantía que lo que él entrega, porque de esa forma estaría imponiendo al acreedor un pago parcial forzado, lo cual va contra lo dispuesto en el artículo 2078, donde se manda que el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales. b).- En el caso en que se aprecia de las mismas deudas, el interés del acreedor en que sea una pagada primero que la otra, y c).- Finalmente, en el caso, en que se trata de una deuda no vencida, con plazo a favor del acreedor".²⁰

La imputación por mandato de ley es la que establece la ley en defecto de una declaración expresa del deudor en el momento en que éste hace un pago, al respecto, el artículo 2093 previene: "Si el deudor no hiciere la referida declaración, se entenderá hecho el pago por cuenta de la deuda que le fuere más onerosa entre las vencidas. En igualdad de circunstancias se aplicará a la más antigua, y siendo todas de la misma fecha, se distribuirá entre todas ellas a prorrata."

²⁰ Gutiérrez y Gonzalez Ernesto, *op. cit.*, pp. 845 y 846.

A través de esta norma, cuando establece el pago a prorrata, se le impone al acreedor, entonces sí, por ministerio de ley, el que reciba un pago parcial, lo cual es una excepción al artículo 2078.

Aquí debe anotarse que si se hace el pago de una suma a cuenta de cantidades que causan interés, lo entregado se aplica desde luego a los intereses, y nunca puede hacerse la imputación primero al pago del capital; el artículo 2094 determina: "Las cantidades pagadas a cuenta de deudas con intereses, no se imputarán al capital mientras hubiere intereses vencidos y no pagados, salvo convenio en contrario."

"Imputación especial al caso de fianza de una deuda.- Supongamos que un acreedor haya obtenido una fianza limitada a una suma determinada, que el monto de la deuda sea superior a la garantizada por la fianza, y que el deudor hace un pago insuficiente para cubrir la totalidad de su deuda. Algunos autores proponen se decida, según los principios formulados en el artículo 1256, que el pago debe imputarse, de preferencia, a la parte de la deuda garantizada por la fianza: apoyan su solución en la razón de que así se libera el deudor respecto de dos personas a la vez: su acreedor y el fiador, quien tendría una acción en su contra, si hubiera sido obligado a pagar por él, en tanto que de imputar la suma pagada a la parte de la deuda no garantizada, el deudor permanecería eventualmente obligado para con el fiador: por consiguiente, una parte de la deuda es más onerosa que la otra para el deudor. Pero, desde hace mucho tiempo la jurisprudencia se ha definido en sentido contrario (Cass., 12 ene. 1857, D. 57. 1. 278) y creo que con razón. El artículo 1256 únicamente suple el silencio de las partes. Si se puede encontrar en sus convenios una causa de preferencia distinta, es natural sobreentender una imputación tácita que impida la aplicación de las reglas legales. Ahora bien, el acreedor que sólo ha obtenido una fianza parcial, tiene, necesariamente, interés en conservar esta garantía hasta la extinción total de la deuda. Por lo menos, la sentencia que interpreta

así la intención de las partes escapa a la censura de la Corte de Casación (Planiol).”²¹

En nuestro derecho el artículo 2093 nos llevaría a una solución contraria a la propuesta por Planiol y la jurisprudencia francesa, pues ante el silencio del deudor, la ley interpreta que su voluntad será la de pagar la deuda más onerosa, que en caso comprendería la parte garantizada con fianza, pero siempre y cuando el acreedor acepte el pago parcial, pues conforme al artículo 2078 no estaría obligado a recibirlo.

2.5 EXISTENCIA DE PRESUNCIONES DEL PAGO.

Nuestra Legislación reconoce la existencia de tres presunciones de pago:

1. “Deudas de pensiones. En este caso nuestros códigos establecen presunciones en los términos siguientes: Código de 1884. “Artículo 1526. Cuando la deuda es de pensiones mensuales o de cualquiera otras cantidades que deben satisfacerse en periodos determinados, si se acredita por escrito el pago de las correspondientes a los tres últimos periodos, se presumen pagadas las anteriores; salvo la prueba en contrario.” Código de 1928. “Artículo 2089. Cuando la deuda es de pensiones que deben satisfacerse en periodos determinados, y se acredita por escrito el pago de la última, se presumen pagadas las anteriores, salvo prueba en contrario.”

Si se trata de un crédito que se debe pagar en exhibiciones periódicas, o bien tratándose de un acto de tracto sucesivo, es suficiente que el acreedor haya entregado el recibo por la última parcialidad, para que el deudor tenga a su favor la presunción de tener cubiertas todas las anteriores prestaciones periódicas.

²¹ Rojina Villegas Rafael, *ob. cit.*, p. 225.

2. Pago del capital sin hacerse reserva de réditos. El artículo 2090 del Código de 1928 previene que en este último caso se presume que los réditos están pagados.

3. El título en poder del deudor. Según el Código de 1884, artículo 1650: "El deudor en cuyo poder se halla el documento que justifica la obligación, tiene en su favor la presunción de remisión o pago, mientras el acreedor no prueba lo contrario. "El Código de 1928, en su artículo 2091, a su vez establece que "La entrega del título hecha al deudor hace presumir el pago de la deuda constante en aquel."²²

²² Borja Soriano Manuel, *ob. cit.*, p. 429 y 430.

TERCER CAPITULO

LA APLICABILIDAD DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION EN EL PAGO.

3.1 PAGO DE DEUDAS LIQUIDAS.

Un gran numero de obligaciones que se contraen día con día, se cubren por medio del dinero, por lo que es necesario dedicar un poco más de espacio a esta forma de pago. A las deudas de dinero se les suele denominar deudas líquidas. El dinero es la moneda corriente en un país, y por lo general las personas no especializadas en materia jurídica, piensan que el pago de una obligación es la entrega de una suma de dinero. Esta idea se origina de que lo más usual, es cumplir en esa forma la mayoría de las obligaciones que surgen cotidianamente, e inclusive, la indemnización por hecho ilícito, se traduce en el último de los términos en la entrega de una suma de dinero.

El dinero ha sido definido de muy diversas maneras, de tal suerte que los tratadistas no coinciden en que signifiquen lo mismo. " Quienes lo asimilan a una institución jurídica definen al dinero a modo de un derecho que puede utilizar su propietario para comprar algo. Otros, partiendo del concepto dinero-mercancia, lo refieren a un conjunto de cosas, objetos físicos o de derechos, poseídos por el público y aceptados comúnmente como instrumentos de cambio en los usos a que normalmente se consagra. También existen opiniones que apoyadas en las funciones jurídicas de la moneda, lo conciben como el medio establecido por la ley o la costumbre para el pago de las deudas, o, toda cosa generalmente aceptada en pago de bienes y servicios."²³

²³ Banchio Enrique Carlos, Obligaciones de Valor, Argentina, Ediciones Lerner, 1976, p. 29.

3.1.1. Concepto del dinero. Concepto económico del dinero. Para este concepto, Carlos Banchio cita a Coulborn y Barre de la manera siguiente: "Coulborn considera al dinero como medio de pago y de valoración, que sirve a la vez de instrumento de cambio y de unidad de cuenta. Destaca este autor la función que desempeña el dinero como unidad de cuenta, es decir, a manera de instrumento matemático idóneo para representar en nuestro pensamiento el valor y el precio de las cosas (unidad abstracta de valoración). Sin el dinero seríamos mudos y sordos en la parte económica de nuestro cerebro.

Barre, para quien el dinero no se define por sus caracteres físicos, ya que estos presentan formas diversas en el tiempo y en el espacio, nos dice que es un bien de cambio generalmente aceptado en el seno de una comunidad de pagos. Económicamente es un bien por que es útil, y dentro de esa clasificación, es un bien de cambio y no de consumo, por cuanto en sí mismo no es apto para satisfacer en forma directa a las necesidades del hombre. También surge de esta definición que para que el dinero adquiera específicamente el carácter de tal, debe mediar una aceptación generalizada del mismo dentro de una comunidad organizada, lo que a la postre podría significar que todo el dinero circulante es en último término dinero fiduciario".²⁴

"En opinión de Hartman - citado por Carlos Banchio -, dinero es la materia que tiene ordinariamente por función jurídica, la de servir, en último caso, de pago forzoso. Hedemann, refiriéndose al sentido estricto del dinero, afirma que debemos entender por tal a aquellos medios de pago que han de ser obligatoriamente aceptados, y cuya negativa de aceptación coloca al acreedor en mora accipiendis, correspondiendo al Estado la misión de establecer y determinar esos medios de pago de curso forzoso."²⁵

²⁴ Banchio Enrique Carlos, *ob. cit.*, p. 30.

²⁵ Banchio Enrique Carlos, *ob. cit.*, pp. 46-48.

Efectivamente los autores citados consideran acertadamente en sus conceptos al dinero con el valor económico que se le ha dado y con el poder de pago de cualquier obligación

3.1.2. Funciones jurídicas del dinero. Las funciones del dinero dentro del orden jurídico están vinculadas con los fines que el mismo desempeña en el ámbito económico, y a los que el derecho asimila, tutela y reconoce a través de la legislación de cada Estado.

- *Medio legal de pago.* "Es importante función jurídica de la moneda actuar como medio legal e irrecusable de pago en el cumplimiento de las obligaciones que - originariamente o por derivación - tienen como objeto de su prestación la entrega de una suma de dinero.

En virtud de esa función cancelatoria de los créditos, ningún acreedor y menos el Estado puede oponerse a recibir moneda de curso legal en pago de las deudas. Pero si el dinero es un medio de pago y cumple esa función cancelatoria, es porque el Derecho le ha otorgado tal investidura. Desde la primitiva pieza metálica hasta el moderno papel moneda de curso forzoso, el dinero ha actuado como medio legal de pago irrecusable, cuando el Estado le ha asignado tal función, fijando su unidad ideal y disponiendo la emisión de los signos que lo materializan o representan.

De lo expuesto se deduce que la función de medio legal de pago que la moneda inviste, permite en última instancia, hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del deudor sobre cuyos bienes no se actúa sino a través de su conversión en dinero".²⁶

No obstante que como lo sostienen los doctrinarios antes transcritos del valor de la moneda que el propio legislador le ha asignado, así como su poder liberatorio o de pago de las deudas, también el mismo legislador ha determinado que no solamente con dinero se puede cumplir una obligación

²⁶ Banchio Enrique Carlos, *ob. cit.*, pp. 55, 56 y 57.

pues sin adentrarnos a cada una de las diversas formas en que se cubre una deuda, tenemos que ésta se puede pagar con cosa distinta de la debida, y aún sin entregar prestación alguna, como puede ser con la consolidación o confusión y la prescripción, aunque, vuelvo a repetir, el lenguaje y entendimiento popular considera que las deudas sólo se pagan con dinero, de ahí el óptimo valor que al mismo se le ha dado.

- *Medio de cambio.* “Desde antaño se ha considerado a esta función como la mas esencial y útil a la sociedad. La mayoría de las definiciones destacan en la moneda esa función de intermediaria equivalencia en las transacciones patrimoniales. Por ello, el cambio natural, *trueque*, consistente en la entrega de un bien en compensación de otro que se recibe, se descompone en dos etapas sucesivas: cambio de la mercancía por dinero, *venta*, y cambio de dinero por mercancía, *compra*. Con esta solución se agiliza en grado sumo el proceso económico del cambio, pues ya no resulta necesario que los dos actos: venta y compra, se realicen en un mismo lugar y tiempo, ni que los poseedores de mercancías se encuentren en contacto directo el uno con el otro. Con acierto se ha señalado que la necesidad social del cambio de bienes y servicios, históricamente ha dado vida a este instrumento de circulación que es el dinero. Esta función del dinero como medio de cambio, adquiere valor y real significación jurídica cuando el derecho concurre a asegurar su efectiva realización mediante las instituciones destinadas a regular las obligaciones de las partes contratantes”.²⁷

- *Simple función valorativa.* “Además de las dos funciones primordiales que se han señalado, el dinero puede cumplir dentro del derecho un cometido distinto, ingresando en la relación jurídica obligacional, no ya como un objeto propio y originario de la prestación de vida, sino como un substitutivo del mismo, en el acto de su cumplimiento, tal como sucede en la reparación del daño, indemnizaciones expropiatorias, alimentos, enriquecimientos sin causa, etc. En estas hipótesis el dinero desempeña una simple función valorativa dirigida a fijar el *quantum* de la utilidad, valor o beneficio que el deudor debe

²⁷ Banchio Enrique Carlos, *ob. cit.* pp. 32 y 56.

procurar al acreedor. En ellas la prestación no está integrada por dinero, ni por consiguiente es debido éste”.²⁸

De esta forma el dinero también tiene como función la de permitir que se fije una cantidad para el cumplimiento de obligaciones cuya prestación originalmente no se integra en dinero.

3.1.3. El pago de deudas de dinero. Si el objeto de las obligaciones es el dinero el deudor deberá cumplirlas entregando dinero en su integridad, pero, si el pago debe hacerse a cierto plazo (término suspensivo), ¿deberá entregarse la cantidad nominal de dinero pactada en la obligación? o ¿el deudor deberá cumplir la misma entregando una suma que represente el valor real de la cifra concebida en la obligación? El problema es de trascendencia ya que las prestaciones se vuelven inequitativas para el deudor si percibe los mismos ingresos, y debe entregar en pago una cantidad mayor nominalmente, por otro lado, si el acreedor recibe la misma cantidad nominal, es obvio que tiene pérdidas pues es menor el valor adquisitivo de esa cantidad.

En relación a este problema Planiol cita lo siguiente: “En un país en que la moneda se deprecia, al pagar el deudor a su acreedor según el valor nominal del día de pago, paga infinitamente menos de lo que recibió. La depreciación de la moneda francesa como consecuencia de la guerra de 1914 mostró, hasta que grado, un crédito puede perder su valor por aplicación de esta regla. Una deuda de 100 francos contraída antes de la guerra, puede pagarse actualmente con 100 francos que en realidad no valen sino 20 de los anteriores a la guerra. El mal se ha agravado en otros países, principalmente en Alemania, donde tuvo que recurrirse a medidas legislativas para impedir los pagos insignificantes.”²⁹

El asunto es de suma importancia debido a que por la inflación, la moneda se ha depreciado y ha disminuido el valor en curso del dinero, su valor

²⁸ Banchio Enrique Carlos, *ob. cit.*, p. 57.

²⁹ Planiol Marcel y Georges Ripert, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Editorial Cárdenas, 1991, p. 280.

adquisitivo de cambio. El problema tiene dos soluciones, según la tesis que se sustente: si se debe restituir solo la cantidad convenida en su cuantificación nominal es que se ha aceptado el nominalismo. Si la obligación se extiende a restituir una suma cuyo poder de compra equivalga al que tenía la cantidad mutuada al momento de constituirse el préstamo, una suma de dinero suficiente para adquirir los bienes que la suma mutuada representaba en el cambio al celebrarse el mutuo, se postula la teoría valorista o realista. Sobre estas dos vertientes se va a tratar en el siguiente punto.

3.2 VALORES DEL DINERO.

En cuanto al valor que se le ha asignado al dinero podemos decir que genéricamente ya lo hemos tratado con antelación, sin embargo es trascendental ubicar su valor en sí mismo, es decir, un valor inherente, y así decimos que tiene un valor intrínseco, nominal y de cambio, aspectos estos que enseguida analizaremos, y por considerarlo de suma importancia aludiremos a lo que el jurista Banchio Enrique Carlos nos dice al respecto.

3.2.1. Valor intrínseco, nominal y de cambio. Al dinero se le han asignado valores propios, que independientemente de los cambios económicos que surjan, su valor sigue siendo el mismo, aunque su valor adquisitivo cambie radicalmente como lo veremos más adelante.

Banchio Enrique Carlos nos comenta sobre este tema diciendo: "El dinero, además de asumir el rol de signo universal del valor es a la vez portador abstracto de dicho valor, lleva en sí y encarna el valor de todos los otros elementos de la fortuna, confiriendo a su poseedor el mismo poder que pueda dar la posesión de las porciones de la riqueza por él medidas y representadas.

La estimación de los particulares traducidas en los usos y prácticas del comercio, por un lado, y la imposición del poder público, manifestada en las leyes monetarias, por el otro, permiten distinguir tres tipos de valores que pueden atribuirse a una misma moneda: el intrínseco, el nominal y el valor de cambio.

Valor intrínseco. Llamado también valor real o metálico. Es el precio de la moneda considerada como una mercancía y como tal determinase por el valor del metal (o aleación) en que está elaborada. Este valor es el caso del papel moneda y en el de la moneda de papel es nulo, dado que el material empleado en su impresión no reviste significación alguna. El dinero puede tener este valor si la materia con que esta elaborado posee por sí utilidad o propiedad para el cambio por otros bienes.

Valor nominal. La teoría nominalista, refiere en definitiva el valor del dinero, a los fines del tráfico jurídico, a la cifra numeral inscrita en el respectivo signo, moneda o billete, es decir, al valor nominal que le atribuye el Estado, sea cual fuere el valor real o poder adquisitivo, de dicho signo. La trascendencia práctica del principio nominalista al proyectarse sobre las obligaciones dinerarias da como resultado que siempre ha de satisfacerse la misma cantidad que aparezca como debida, abstracción hecha de cualquier variación del contenido metálico o del poder adquisitivo de la moneda que se hubiere producido entre la época de la constitución y la del cumplimiento de la obligación.

Por eso se ha dicho que todo el curso de la vida de la obligación queda inserto en el principio nominalista y que la cantidad, *numeralidad*, enunciada en la deuda expresa de un modo inmutable el contenido de su prestación. En consecuencia, la obligación en dinero podrá ser cumplida con la entrega de signos monetarios desprovistos de valor intrínseco, con el sólo requisito que tengan poder cancelatorio y sean dados en igual cantidad que la debida.

Valor de cambio. Se entiende por valor de cambio, o valor corriente, el que tiene comparativamente una moneda con relación a otra. Relacionada con el valor de cambio, y algunas veces confundiendo con él, debe señalarse el

valor en curso del dinero, que representa el poder adquisitivo o poder de compra que tiene una moneda determinada en un momento dado.”³⁰

Como se observa del análisis del comentario de Banchio, los valores que tiene el dinero son varios, primero porque así se lo ha conferido el legislador, además de que es inherente a él y por último, con los fines liberatorios que en las transacciones entre las personas se le han otorgado.

3.2.2. Alteraciones del valor del dinero. Este numeral no es una contradicción con la postura de los valores intrínsecos y nominales a que nos hemos referido con antelación, sino que dichas alteraciones son por la sobrevaloración o desvaloración monetaria que origina una disminución en su poder adquisitivo, circunstancia ésta que nos la expone con claridad meridiana el economista Banchio y que enseguida transcribiremos:

“En las fluctuaciones sufridas por el valor de la moneda, es necesario distinguir entre alteraciones intrínsecas (o internas) y extrínsecas (o externas), según que dicho fenómeno se produzca en el seno de un sistema monetario determinado, o bien cuando el legislador decide reemplazar el sistema vigente por uno nuevo.

Alteraciones internas. La doctrina ha distinguido dos tipos de alteraciones internas: la depreciación monetaria y la desvalorización monetaria, según que el fenómeno reconozca su causa en factores económicos o jurídicos, respectivamente.

La depreciación monetaria se entiende como un fenómeno de naturaleza económica que se traduce en una disminución progresiva del poder adquisitivo de la moneda, permaneciendo inalterable su valor nominal. Está envilecimiento de hecho afecta gradualmente al dinero, dentro de un proceso económico que se prolonga en el tiempo y oscila en su intensidad.

³⁰ Banchio Enrique Carlos, *ob. cit.*, pp. 35, 36 y 64.

La desvalorización monetaria, por el contrario, es un envilecimiento legal del signo que se opera en virtud de la ley, cuando ésta establece una relación entre el oro y la unidad monetaria a un nivel inferior al existente, con la finalidad de lograr una estabilidad en los valores. La desvalorización monetaria constituye entonces una intervención legislativa destinada a corregir los graves trastornos económicos que origina la depreciación de la moneda, reconociendo legalmente el envilecimiento de hecho que la afecta.

Respecto a qué obedece la desvalorización monetaria o devaluación, sus causas y soluciones, coincidimos con Mateo Solana y Gutiérrez, el que indica en su libro "Las Devaluaciones de México" que la desvalorización es la respuesta a los desequilibrios de la balanza comercial y de pagos, y que tiene entre otras causas el excesivo gasto público en inversiones de obras de lejano rendimiento, la preferencia de créditos comerciales sobre los industriales y la desconfianza pública, traducida en la acumulación de depósitos monetarios como causa efectiva de la crisis monetaria.

Asimismo señala este autor que los paliativos a los efectos de la desvalorización son: nivelar la balanza comercial con el relativo equilibrio de las importaciones con las exportaciones, aumentar las exportaciones, la expansión del crédito dirigido a sectores productivos no especuladores y propiciar la inversión extranjera.

Alteraciones externas. Cuando la inestabilidad del valor de la moneda se vuelve incontrolable, lo ideal es la creación de un nuevo sistema monetario, que al sustituir la legislación vigente origina la alteración externa o extrínseca.

La sustitución de un sistema monetario por otro, puede tener su origen en causas o acontecimientos no siempre de carácter económico, tales como: anexión de territorio enemigo por parte de la potencia vencedora; revoluciones que imponen reformas económicas; creación de un nuevo Estado; etc.

La decisión legislativa que impone un nuevo sistema monetario, generalmente contiene previsiones destinadas a resolver las cuestiones jurídicas relacionadas con la reducción de las deudas pendientes de ejecución".³¹

Dentro del análisis de las alteraciones del valor del dinero, específicamente las alteraciones internas es de importancia destacar que el fenómeno de la depreciación monetaria se observa con la *Inflación*, y al respecto Carlos Banchio cita a Keynes, según el cual, "el fenómeno de la depreciación monetaria acusa sus manifestaciones más desarrolladas dentro del proceso económico conocido con el nombre de inflación. La inflación puede definirse como una notable elevación del nivel general de los precios provocada por un aumento desproporcionado en la cantidad de dinero y de otros medios de pago puestos en circulación."³²

En ese orden de ideas, "si bien en sentido estricto podría decirse que se da la inflación cuando la cobertura metálica del signo monetario es inferior a la paridad legal que el instituto emisor debe garantizar con sus reservas de oro y divisas, en sentido económico, la inflación recién se advierte a partir del momento que exista una notoria y superabundancia de medios de pago con relación a la existencia de bienes y servicios.

La generalidad de los actores coinciden en señalar que la inflación proviene - en la mayoría de los casos - de medidas y decisiones adoptadas por el poder público. Es el mismo Estado quien ante imperiosas exigencias del momento, guerras, desórdenes económicos y sociales, desequilibrios presupuestarios, etc., y para atender las erogaciones que ellas implican, recurre al conocido procedimiento de aumentar el volumen de la circulación monetaria, en cantidad notoriamente desproporcionada con relación a los recursos económicos de que se disponen.

³¹ Banchio Enrique Carlos, *ob. cit.*, p. 37 y 38.

³² Banchio Enrique Carlos, *ob. cit.*, p. 38.

En esa situación, el curso forzoso y el privilegio legal de emitir monedas aseguran al gobierno una incesante provisión de dinero, mientras que por otra parte se produce inevitablemente el envilecimiento de hecho de la moneda, que pierde cada día en mayor medida, su poder adquisitivo, a la par que se acusa una elevación general de precios, tanto en el mercado interno como en el de divisas extranjeras.

Son causas determinantes de la superabundancia de dinero que generan el proceso inflacionario - entre otras - las siguientes: a) desequilibrio de los presupuestos; b) disminución de la producción de los bienes y servicios; c) crecimiento de la deuda pública; d) desequilibrio de la balanza de pagos; e) presiones patronales y gremiales para obtener la elevación de precios o salarios; f) exceso de inversiones con relación a los ahorros; g) emisión sin control de la moneda, etc."³³

Sobre los efectos de la inflación, Nussbaum - citado por Carlos Banchio - hace una interesante cita: "En el interesante estudio efectuado por el gobierno militar norteamericano de la zona de ocupación alemana, se obtienen las siguientes conclusiones: La moneda deja de ser un instrumento de trabajo o de producción; pierde su cualidad más importante de ser tenida por un valor en sí misma para usos futuros, la desconfianza en la moneda lleva al agricultor al atesoramiento y lo hace desafecto a entregar su producción contra dinero; provoca el ausentismo del obrero, quien se niega a trabajar sin la perspectiva de un suplemento en mercancías, generalmente productos alimenticios; lleva a la mala disposición por parte de los fabricantes para vender sus bienes por dinero a menos que le entreguen otras cosas en cambio; en casos mas extremos, los productores se muestran reacios a trabajar para el mercado, eligiendo métodos de producción lentos a fin de postergar las ventas tanto como sea posible."³⁴

³³ Banchio Enrique Carlos, *ob. cit.*, p. 38 y sigs.

³⁴ Banchio Enrique Carlos, *ob. cit.*, p. 40.

3.3 TEORIA DE LA IMPREVISION.

Esta teoría ha sido muy polemizada pues hay quienes, como Demogue y Bonnacase, la admiten, quienes, como Hémard y Planiol, no la aceptan y, finalmente, quienes, como Ripert y Josserand, se colocan en una posición intermedia.

3.3.1 Noción de la teoría de la imprevisión. Sobre este punto Borja Soriano realiza un apunte de lo que señala Planiol: "Esta teoría consiste en sostener que los tribunales tienen el derecho de suprimir o de modificar las obligaciones contractuales, cuando las condiciones de la ejecución se encuentran modificadas por las circunstancias, sin que las partes hayan podido razonablemente prever esta modificación. Las circunstancias económicas nuevas, después de la guerra de 1914, han dado un desarrollo inesperado a esta teoría (Planiol, t. II, núm., 1168). Todo contrato que no es ejecutado inmediatamente expone al deudor a una eventualidad favorable o desfavorable a causa de las modificaciones en las circunstancias de hecho que condicionan la ejecución del contrato, por ejemplo, en el precio corriente de las mercancías que se ha obligado a entregar a un precio determinado y que debe él mismo conseguir. Puede de allí resultar para él una pérdida o, al contrario, una ganancia superior a lo que había previsto. En un encarecimiento general de las cosas, encontrarse un día inferior al precio corriente de los alquileres y aún a los gastos de conservación del inmueble".³⁵

El planteamiento de la situación para entrar de lleno al estudio de los temas relativos a la teoría de la imprevisión es el siguiente: De acuerdo a las circunstancias extraordinarias a que se ha hecho referencia, a la excesiva onerosidad que en ocasiones acarrea el cumplimiento de una obligación transcurrida anteriormente, y a la imposibilidad humana de prevenir dichas

³⁵ Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, México, Editorial Porrúa, 1991, p. 281.

circunstancias, ¿Podrían los tribunales modificar o suprimir las obligaciones contraídas?

3.3.2. La cláusula *rebus sic stantibus*. “Los canonistas de la Edad Media, que condenaban todo enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, como contrario a la moral cristiana, no debían solamente considerar la lesión contemporánea del contrato, sino también la que resultará de cambios ulteriores en las circunstancias. En ambos casos había usura. Para poner el remedio consideraron como sobreentendida en los contratos una cláusula *rebus sic stantibus* según la cual se reputaba que las partes habían subordinado implícitamente el mantenimiento de sus obligaciones, tales como las habían contraído a la persistencia de las condiciones de hecho existentes en el día del contrato. Esta doctrina, adoptada por los bartolistas, después por la doctrina italiana y alemana hasta el siglo XVIII y por algunos autores franceses antiguos, no ha sido conservada por nuestros grandes autores de los siglos XVII y XVIII. En el extranjero, esta teoría, que Grotius y Puffendorf quisieron limitar al terreno del Derecho Internacional, sufrió un retroceso al mismo tiempo que la teoría de la usura. Sin embargo, ha sido recogida en los Códigos Germánicos del siglo XVIII, pero parece en seguida haber caído en el olvido. En Francia, en el siglo XIX, debía sucumbir ante el triunfo de la doctrina de la autonomía de la voluntad”.³⁶

3.3.3. Opiniones adversas a la teoría de la imprevisión. Borja Soriano sostiene que entre los que se oponen a esta teoría figuran Joseph Hérmard y Marcel Planiol y señala: “Sostiene *Hermard* que introducir en un contrato la cláusula *rebus sic stantibus*, equivale a tanto como decir que la obligación del deudor queda sujeta (se modela, dice textualmente) a las circunstancias, se transforma con ellas; es volver frágil, si no es que destruir el contrato; es introducir la inestabilidad en la vida económica.

- *Planiol* afirma por su parte que una regla muy antigua de interpretación que los glosadores habían creído encontrar en un texto del

³⁶ *Ibidem*, p. 281.

Digesto consiste en suponer que en todo contrato las partes tienen previsto que las circunstancias no cambiarán. Las obligaciones de las partes no deberían entonces ser ejecutadas si no es que las cosas están en el mismo estado que el día de la formación del contrato: *rebus sic stantibus*. De suponerse en todo contrato una cláusula de este género (lógicamente) se admitirían la revisión del contrato por imprevisión. Pero una cláusula tal - agrega - no puede sobrentenderse, porque es contraria a la utilidad económica del contrato. Cuando un contrato impone por cierto tiempo prestaciones sucesivas al deudor, es porque el acreedor ha querido garantizarse contra todas las eventualidades posteriores, particularmente contra las variaciones de los precios."³⁷

3.3.4. Opiniones Intermedias. Entre ellas podemos citar la de Ripert y la de Josserand.

- Se sitúa a Ripert como una posición intermedia debido a que si bien expresa cierto temor por la aplicación de la teoría de la imprevisión, también la acepta por la idea del abuso del derecho.

En efecto, Georges Ripert, en *El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno*, n. 166, p. 29, trad. de José M. Cajica Jr., Puebla, Méx., 1951, se expresa en contra de esta teoría, en los siguientes términos: "¿Qué hay, sin embargo, más sencillo que la relación jurídica contractual, que crea, por una voluntad común, un derecho para uno y una obligación para otro? El contenido de la obligación se determina por el contrato, y los riesgos de ganar o perder son soportados unas veces por el acreedor otras por el deudor, quienes los han aceptado o previsto.". El mismo Ripert en los trabajos, en 1937, de la Semana Internacional de Derecho en París, se reafirmó en la anterior postura, como a continuación podrá verse: "*Conclusiones del Presidente Ripert*. Desde luego hay el peligro de dar a un poder judicial que carece de guía y de dirección un poder que es casi ilimitado para hacer la revisión; no sé si se dejara a los tribunales en libertad de revisar los contratos, de acuerdo con las circunstancias económicas, si no abusarían de esos poderes. Y después, hay otra cosa y es mi

³⁷ Ortiz Urquidí Raúl., *Derecho Civil*, pp. 423 y 424.

máxima objeción: dando al juez el poder de revisar el contrato conforme a la buena fe, se despierta en los contratantes esta inmensa esperanza: no estar obligados, y esta buena fe del legislador engendra la mala fe del contratante. Estos son, mis queridos colegas, los peligros que os quería señalar. No hay cuestión por el momento, puesto que todos los oradores se han declarado firmemente adictos a la fuerza obligatoria del contrato.”³⁸

Lo anterior haría pensar muy fundadamente en que Ripert es enemigo de la teoría, sin embargo, lo situamos en la posición intermedia en razón de que en su obra *La Regle Morale dans les obligations Civiles*, núms. 84 a 87, pp. 157 a 161, París, 1949, al ocuparse de esta cuestión, si bien es verdad que rechaza la idea de que la facultad de revisar el contrato, pueda desprenderse de la ruptura del equilibrio de las prestaciones atendiendo al momento de la formación del contrato, también lo es que trata de fundar tal facultad de revisión es, pues, indudable que la acepta, aunque por razón diversa, en la idea del abuso del derecho y al respecto dice:

“Ella - la facultad de revisión - no nace del contrato, sino está dirigida *contra* el contrato... Se apoya en la idea moral de que el acreedor comete una suprema injusticia si usa de su derecho con extremo rigor. Se eleva contra la pretensión del acreedor, para proteger al deudor injustamente perjudicado por la suerte... Del mismo modo que la nulidad por lesión no puede emprenderse si no se ve en la lesión la injusta explotación del deudor por el acreedor, así también la nulidad, la prórroga o la revisión del contrato es inadmisibles si no se justifica sobre la idea de que el contratante no puede usar hasta la injusticia del derecho que, jurídicamente, le da el contrato. El deudor no puede faltar a la palabra dada, bajo el pretexto de que no había podido prever la importancia de la duda o de que no podría pagar más de lo que había recibido. No tiene el derecho de no cumplir, salvo que, en conciencia, estime que el acreedor reclama a sus expensas un enriquecimiento injusto. Es así como la cuestión fue presentada por los canonistas. No es, pues, de extrañar que se haya pensado en hablar aquí del abuso del derecho. El acreedor que pretende sacar de su

³⁸ Ortiz Urquidí Raúl, *Derecho Civil*, p. 424 y 425.

contrato todas las ventajas que éste le signifique, puede ser culpable de una verdadera injusticia frente a su deudor." "Abusa de su derecho." "el enriquecimiento es injusto" "para él es el resultado del azar, para el deudor es una causa de ruina. Si se restituye así a la revisión del contrato por imprevisión su verdadero carácter, se ve con qué prudencia hay que manejar ese poder de revisión. El acreedor ha adquirido por el contrato un derecho del cual puede usar en las condiciones fijadas por el acuerdo de las partes. Es necesario respetar en ese contrato lo que es acto de previsión legítima, puesto que cada contratante hace un sacrificio actual en vista de un porvenir dudoso. El abuso comienza en el momento en que el desequilibrio de las prestaciones es tal que el contratante no podía normalmente prever que iba a sacar de ese contrato tal ventaja. Es preciso, pues, para admitir la revisión, un acontecimiento extraordinario, fuera de la previsión humana y ese era el sentido de la cláusula *rebus sic stantibus*. Es necesario además que el acontecimiento haga para el deudor la ejecución tan difícil y onerosa, que constituya una lesión desproporcionada con la ventaja prevista por él en el contrato. Se requiere, en fin, que el acreedor no haya pagado de antemano la eventualidad excepcional del contrato... Si se introdujera en las leyes positivas una disposición parecida a ésta: el juez puede ordenar la resolución a la revisión del contrato primitivo cuando, a consecuencias de circunstancias que no pudieron ser previstas, el deudor sufra un perjuicio considerable y el acreedor obtenga un provecho injusto de un contrato que no ha sido inspirado por un fin de especulación; si se consintiera esta regla u otra equivalente, se habría consagrado, en la medida posible, la ley moral que prohíbe al acreedor enriquecerse injustamente a expensas de su deudor".³⁹

Cabe resaltar el hecho de que Ripert nos da una atinada propuesta para la aplicación de la teoría de la imprevisión, que ocurra un acontecimiento extraordinario, fuera de la previsión humana, que ocasione un perjuicio del deudor y un provecho injusto del acreedor, siempre y cuando el contrato no haya sido inspirado con fines de especulación.

³⁹ Ortiz Urquidí Raúl, *Derecho Civil*, pp. 424 y 425.

- *Louis Josserand*. Dentro de esta misma postura que hemos denominado intermedia, Louis Josserand se ocupa de la cuestión, llamando "dirigismo contractual" a la actividad del juez de tener en cuenta, en el cumplimiento del contrato, los acontecimientos imprevisibles o imprevistos que sobrevienen durante su ejecución y que han roto el equilibrio de la operación, y concluye:

"La política del dirigismo contractual sustituye así al dogma de la rigidez del contrato por el nuevo standard de su flexibilidad. Esta política no es condenable en tesis general e indistintamente, todo depende del fin que persiga y de las aplicaciones que de ella se hagan: benéfica en cuanto tiende a la organización racional y equitativa del contrato, resulta nefasta cuando lleva a la desorganización, a la anarquía y a la inseguridad. Nada mejor que los poderes públicos se preocupen de organizar el contrato, fenómeno social y no exclusivamente individual; sobre todo, es deseable que el juez y el legislador se esfuercen en proteger al más débil contra el más fuerte y asegurar, con medidas preventivas o represivas, el equilibrio de la operación (prohibición de cláusulas leoninas; prevención o represión de la lesión). En compensación, se deben criticar y censurar duramente las medidas que producen el efecto de desorganizar el contrato, permitiendo al deudor llamado con excesiva ligereza 'de buena fe', sustraerse fácilmente a la ejecución de los compromisos que adquirió libre y normalmente, y a derrumbar la economía de una operación considerada hasta ahora poco menos que intangible; el cambio de las condiciones económicas no debería, en tesis general, justificar la falta a la palabra empeñada. Al contratar, las partes han podido, han debido prever la posibilidad de tal cambio, y precisamente para asegurarse contra tal eventualidad, han adquirido compromisos ente sí ... Organización y socialización del contrato, sí; desorganización y anarquía contractual, no".⁴⁰

Consideramos acertado el criterio de Josserand en tanto acepta la teoría de la imprevisión para proteger al débil y asegurar el equilibrio en el contrato, sin embargo pierde de vista el hecho de que existen acontecimientos no

⁴⁰ *Ibidem*, p. 426.

previsibles en la economía de un país, como las devaluaciones, o la salida de capital extranjero por inestabilidad política, que ocasionan el encarecimiento de los bienes y servicios, en relación con los ingresos de las personas.

3.3.5. Opiniones favorables. Entre ellas podemos citar las de Demogue, Bonnacase y Ortiz Urquidí.

- *Consideraciones en favor de la imprevisión según Demogue.* "El Código Civil, esta construcción rígida de estilo imperio, tiene una concepción del contrato que *a priori* aparece clara. Los convenios equivalen a leyes (art. 1134). La seguridad lo exige así. Pero a su lado aparece la eterna queja de la desgracia humana que el legislador debe oír. De la interpretación del contrato en favor del deudor (art. 1162), del término de gracia (art. 1244), de la moderación de los daños y perjuicios (art. 1150), resulta la idea de que el contrato no es cosa absolutamente rígida. ¿Por qué en el silencio de los textos sería imposible ir más lejos? Desde el punto de vista social, los contratos son menos generadores de derechos individuales e individualistas en sus fines, que combinaciones protegidas por la ley para llegar a fines superiores: creaciones, distribución de las riquezas para la satisfacción de los seres humanos.

Por el contrato las personas se asocian por su interés común. Ante circunstancias nuevas, hay que repetirlo: el contrato que es cosa viva no puede ser absolutamente rígido. Vivir es transformarse, quedando en cierta dirección general. La revisión del contrato se impone pues. Pero se pone en pugna con la estabilidad de los convenios. Es la oposición clásica entre la necesidad de seguridad y la de transformación. Va a dar al juez amplios poderes de los que podrá hacer mal uso y permitirá a deudores poco escrupulosos tratar de perjudicar al acreedor. Esto es incontestable. Entre las dos soluciones antitéticas, el hombre libre, pero impotente, no puede encontrar solución plenamente satisfactoria. Lo menos mal desde el punto de vista legislativo en un ensayo de conciliación. En todo caso la imprevisión terminará en un reparto de pérdidas entre acreedor y deudor".⁴¹

⁴¹ Borja Soriano Manuel, *ob. cit.*, p. 282.

- Bonnacase, también analiza esta teoría de la imprevisión al mencionar que aunque la jurisprudencia francesa no admite la noción de la imprevisión y sus consecuencias, ni tampoco de una manera directa y positiva lo admite el Código de Napoleón, pues no existe en éste ningún texto que así expresamente lo declare, sin embargo estima que el Derecho Civil vigente admite la noción de imprevisión al mismo título que las nociones de enriquecimiento sin causa y de abuso de los derechos, debido a la función permanente de la noción de Derecho en el desarrollo del Derecho positivo. Agrega que esta solución, lejos de contrariar los textos del Código Civil, se concilia con las directrices generales que de ellos se derivan, siendo esto lo que importa, pues no es necesario que un texto especial consagre expresa y directamente esta noción.

Examina Bonnacase al respecto, haciendo una interpretación sistemática de los mismos, los artículos 1244, 565 y 1135 - en este orden - del Código Civil francés, el primero de los cuales faculta a los jueces, en consideración a la posición del deudor, y usando de esta facultad con mucha discreción, a acordar plazos moderados para el pago y sobreseer en las ejecuciones de apremio, quedando todo en el mismo estado; el segundo dispone que el derecho de accesión, cuando tiene por objeto dos cosas muebles que pertenezcan a dos dueños distintos, está sujeto a los principios de la equidad natural, y el tercero estatuye que los pactos obligan no sólo a lo que se expresa en ellos, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley, dan a la obligación según su naturaleza.

Dice el autor que nos ocupa, en cuanto al artículo 1244, que su "texto, hacia el cual no se ha dirigido la atención, tiene un alcance absolutamente general: concede plenas facultades al juez para aplicar la noción de imprevisión sin tener que usar de este término, pues es evidente que las situaciones que está destinada a proveer la teoría de la imprevisión en el pensamiento de sus defensores, caen bajo el dominio del artículo 1244, y en lo que toca a los otros dos preceptos, después de plantear el interrogante de si la regla contenida en el 1135 no es un eco de la del 565 en su aplicación a la extensión de las obligaciones, lanza esta pregunta : ¿Por qué, entonces, no sería aplicable esta

misma regla con el nombre de imprevisión, independientemente de todo texto, a los efectos de las convenciones?⁴²

- Ortiz Urquidi no solo acepta la teoría de la imprevisión, sino que además sostiene que nuestra legislación la sostiene, si no expresamente, si en diversos capítulos, y concluye que nuestro derecho positivo no podía ni puede quedar al margen de las soluciones de justicia que nos brinda esta teoría, como se estudiará mas ampliamente en el siguiente punto de este trabajo.

- Por nuestra parte, consideramos que es conveniente la aplicación de la teoría de la imprevisión, pues retomando el planteamiento del problema (*vid supra* 3.3.1), puede darse el caso de que el cumplimiento de una obligación sea excesivamente onerosa por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, de tal suerte que cuando resulten acontecimientos económicos que hayan sido imposibles de prever, ocasionando un enriquecimiento no esperado del acreedor en perjuicio del deudor, es menester que para restablecer el equilibrio de las prestaciones, se someta la solución de la controversia, a la decisión del Organo Jurisdiccional, máxime que cada día se celebran contratos a pagar en varios años como para la adquisición de bienes inmuebles, y las prestaciones pactadas en el contrato pueden variar por acontecimientos económicos no previsibles.

3.4. PRECEPTOS DE LA LEGISLACION QUE LA CONTEMPLAN.

Por lo que se refiere al Código Civil vigente, nuestros juristas difieren en sus puntos de vista, mientras que Borja Soriano, Gutiérrez y González y Sánchez Medal sostienen que no se contempla la teoría de la previsión, no así Rojina Villegas, Reyes Tabayas, Carreras Maldonado y Ortiz-Urquidi.

3.4.1. En el Código de 1928, opiniones en contra. Algunos autores que no admiten que en nuestro derecho se contempla la Teoría de la Imprevisión, son Borja Soriano, Gutiérrez y González y Sánchez Medal.

⁴² Ortiz Urquidi Raúl, Derecho Civil, pp. 422 y 423.

- *Manuel Borja Soriano*, después de estudiar ampliamente el problema a la luz de la doctrina extranjera, principalmente de la francesa, concluye que como los artículos del Código Napoleón citados por Demogue y Bonnacase, partidarios de la teoría "no se encuentran en nuestro Derecho, salvo lo relativo al término de gracia aceptado por el artículo 404 del Código de Procedimientos Civiles, no cabe sostener la existencia de un principio general de derecho favorable a la revisión del contrato por el juez. Esta le queda reservada al legislador."⁴³

- *Ramón Sánchez Meda*, sostiene que en nuestro Código Civil no hay ninguna disposición especial que permita la revisión del contrato para rescindirlo o para modificarlo por aplicación de la teoría de la imprevisión o de la cláusula sobreentendida 'rebus sic stantibus', y por esa razón - agrega - la Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha sustentado en dos ejecutorias (amparo 1863/ 58, José de la Luz Valdés, Semanario Judicial de la Federación, 6ª época, tomo XXIV, 4ª parte, página 62, y amparo 1947/80, Hidrogenadora Nacional, S.A., en el Informe de 1980 de la Tercera Sala de la Corte, pág. 31 y 32).

En esta última ejecutoria - agrega -, aprobada por unanimidad de 5 votos, se sostuvo que el artículo 1796 del Código Civil siguiendo el sistema rígido de los contratos, acorde con el principio relativo a los efectos de la declaración de voluntad, dispone que aquéllos obligan a las partes al exacto cumplimiento de las prestaciones expresamente pactadas, y además, a las consecuencias que de los mismos se deriven, según su naturaleza, conforme a la buena fe, al uso o a la ley, precepto que en esas condiciones, no deja lugar a su interpretación a fin de aplicar la teoría de la imprevisión en razón de esa buena fe, que obviamente constituye un principio general de derecho, pues precisamente, con base en ella, el obligado debe conducirse como persona consciente de su responsabilidad en el cumplimiento cabal de sus obligaciones "cualquiera que resulte la magnitud de su contenido, aún cuando sobrevengan

⁴³ Manuel Borja Soriano. *Ob. Cit.* pp. 286 y 287.

acontecimientos que no previeron o no pudieron preverse y que la modifiquen”, como lo estima don Trinidad García en su “Teoría de la Imprevisión en los contratos bajo el régimen de derecho civil y del “*Common Law*”.⁴⁴

- *Ernesto Gutiérrez y González*. Es partidario de la postura adoptada por Borja Soriano, pues en su Derecho de Obligaciones, menciona que en nuestro Código de 1928 se sigue una opinión adversa a la teoría de la imprevisión que sostiene la cláusula *rebus sic stantibus*, y por ello el contrato debe cumplirse aunque las circunstancias cambien, pues ni en la buena fe, ni en la equidad, encuentra base para adoptar la anterior máxima, rige por lo mismo, en toda su fuerza, la máxima de que el contrato se debe mantener y cumplir sean las que sean las nuevas circunstancias económicas que priven, y así se confirma con el artículo 2656. Hay sin embargo, algunos casos de excepción en el Código y son:

a) la que consigna en el artículo 2455 que determina: “El arrendatario no tendrá derecho a la rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí en caso de pérdida de más de la mitad de los frutos, por los casos extraordinarios. Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro acontecimiento igualmente desaconostumbrado 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 este artículo no son renunciables.”

Gutiérrez y González considera que como indica el mismo artículo 2455, es ésta una situación meramente excepcional, pues la regla que el legislador ha observado en casos de imprevisión, es la de dar soluciones especiales a cada uno de ellos; así lo hizo en la materia de arrendamiento, y al efecto se expidieron diversos Decretos del Congreso de la Unión, hasta el

⁴⁴ Sánchez Medal Ramón, *De los Contratos Civiles*, pp. 93 y 94.

último de 1948, por lo cual considera que - concluye repitiendo la opinión original, la de 1943, de Rojina Villegas que después cambió sobre el particular "en nuestro medio toca al legislador, y no al juez modificar por preceptos de observancia general las condiciones de los contratos en circunstancias extraordinarias."

b) La que se consigna en el artículo creado no el 1928, sino el 29 de marzo de 1985, y que es el 2448-D, en materia de arrendamiento de casas de habitación. Ahí se lee que: "para los efectos de este capítulo la renta deberá estipularse en moneda nacional. La renta sólo podrá ser incrementada anualmente; en su caso, el aumento no podrá exceder del 85 por ciento del incremento porcentual, fijado al salario mínimo general del Distrito Federal, en el año en el que el contrato se renueve o se prorrogue". Y así se requiere solucionar el cambio de condiciones que lo vuelven más oneroso para el arrendador, por la depreciación de la moneda y en consecuencia la falta de valor adquisitivo de la cantidad que se le paga como renta mensual.⁴⁵

3.4.2. En el Código de 1928, opiniones favorables. Entre los autores que consideran que la teoría de la imprevisión sí es aplicable en nuestro derecho se encuentran Rafael Rojina Villegas - que cambió de opinión en éste sentido -, Reyes Tabayas, Carreras Maldonado y Raúl Ortiz Urquidí.

- *Rafael Rojina* Villegas. Aun cuando la última cita de Gutiérrez y González son las palabras que Rafael Rojina Villegas empleó, en contra de la teoría de la imprevisión, en la edición de 1943 de su conocido Derecho Civil, después las cambió, y con ello de parecer, en la edición de 1951, t. V, vol. I, pp. 248 y 249, en los siguientes términos:

"Podemos concluir que también en nuestro derecho hay todo ese conjunto de datos - alude a los que sirvieron a Demogue y Bonnecase en la interpretación que sobre el particular del Código de Napoleón y que Borja Soriano dice que no tenemos - para fundamentar la facultad del juez a efecto de

⁴⁵ Gutiérrez y González. *Ob. cit.* pp. 465 y 466.

que pueda modificar, en términos de equidad, un contrato cuyo cumplimiento exacto traería consigo la ruina del deudor. Problema distinto es que en México se hayan querido resolver estas cuestiones de la imprevisión, no facultando a los jueces para los casos concretos, sino dando leyes de emergencia especiales, como por ejemplo las leyes de moratoria para suspender el cumplimiento de las obligaciones como consecuencia de la crisis económica que vino después de la Revolución, o las leyes monetarias que han evitado a través de un principio general, que los deudores tengan que pagar en la especie convenida, motivadas también por los trastornos políticos y económicos de México. Si los deudores tuviesen que pagar en las monedas convenidas tendrían en ocasiones de crisis un gran perjuicio y a base de una ley general, desde 1905, se dispuso que el pago se hará siempre en la moneda circulante. Las leyes de emergencia demuestran también el mismo hecho en la actualidad. Se ha alcanzado este otro aspecto de la teoría de la imprevisión sin necesidad de que los jueces tengan que resolver de acuerdo con el criterio de equidad. Pero, en aquellos casos no previstos, por ejemplo, complicaciones por el tipo del dólar para los deudores que se obligaron a pagar calculando al tipo de 4.85 y que en la actualidad tengan que pagar al tipo de 8.60 (esto era en 1951) permitirán al juez resolver con equidad, siempre y cuando el deudor no haya incurrido en mora. *Con estas restricciones - concluye - podemos aceptar en México la teoría de la imprevisión.*⁴⁶

- Reyes Tayabas, cuya opinión compartimos, es abierto partidario de la teoría, como puede verse en los siguientes pasajes de su obra: "En lo que he venido exponiendo a través de párrafos anteriores, queda ya implícito mi pensamiento contrario al de quienes estiman que la imprevisión sólo puede jugar a través de disposiciones que el legislador dicte, modificando ciertas condiciones de los contratos en circunstancias extraordinarias. A quienes piensan de este modo se les puede objetar explicando que las soluciones ofrecidas en leyes de emergencia frecuentemente resultan tardías para aquellos

⁴⁶ Ortíz Urquidi, *Ob. cit.*, p. 428.

casos que son precisamente los que provocan el clamor de una medida frente a la anomalía del momento; además, la intervención del legislador proveyendo normas excepcionales, no tendrá lugar mientras no se afecte a toda una categoría de contratantes, y de ese modo, cuando el problema afecte a un individuo aislado o a un grupo reducido, será la autoridad jurisdiccional la que pueda brindarles la acción protectora de que se vean urgidos. A la crítica de que no todos los jueces tienen preparación moral y jurídica suficiente para poder proveer con justicia en los casos donde se plantea la imprevisión se responderá que un mal juez no lo será únicamente para esa clase de negocios; por otra parte, el estudio de la teoría se puede extender hasta el análisis de las principales cuestiones de orden práctico suscitadas por su aplicación; así se dispondrá al menos de un esquema director. Todo esto, sin embargo, no me aparta de reconocer que desprendiéndose de la legislación vigente un principio de orden general, él tendrá que ceder ahí donde el legislador intervenga estableciendo normas a las que se les puede atribuir carácter excepcional.⁴⁷

En efecto, compartimos la opinión de Reyes Tayabas, pues si bien es cierto que el derecho debe ir modificándose conforme las necesidades de la sociedad lo requieran, también lo es que ante la época en que vivimos, también debe prever la resolución de conflictos cuando las circunstancias que propiciaron el contrato cambien, sin que debamos esperar que ocurran determinados acontecimientos para legislar, se debe establecer un mecanismo que dé una solución equitativa, de tal manera que los contratantes, temerosos de los cambios económicos, no cesen de realizar sus transacciones, sino continúen en beneficio de la colectividad y no se detenga la economía.

Asimismo y respecto a que los jueces podrían errar en la aplicación de la teoría de la imprevisión y en otras materias, se podría aumentar la evaluación, control y sanción en el mismo poder judicial, cuyas resoluciones se vean en demasía modificadas por instancias superiores.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 429.

- *María Carreras Maldonado*, pugna por el reconocimiento legal de la teoría de la imprevisión y demuestra, con argumentos bien fundamentados, que su aplicación no quebranta el principio de la autonomía de la voluntad ni atenta gravemente contra la fuerza obligatoria del contrato y la seguridad de las convenciones, seguridad que no ha sido eliminada ni por el acogimiento del 'caso fortuito' como causa exonerante de responsabilidad y de extinción del contrato mismo. Después de subrayar que el caso fortuito está reconocido por todas las legislaciones, afirma que es mayor la falta de seguridad que produce el caso fortuito, puesto que el deudor queda liberado, que la que produce la aplicación de la teoría de la imprevisión, ya que sólo tiende a restituir el equilibrio de las prestaciones y de ninguna manera a exonerar al deudor.⁴⁸

- Para *Ortiz Urquidi*, cuya opinión compartimos, nuestro Derecho positivo no podía ni puede quedar al margen de las soluciones de justicia que nos brinda la teoría que nos ocupa.

"En efecto, - señala Ortiz Urquidi - ¿cómo puede afirmarse válidamente lo contrario de un sistema legislativo que como el nuestro tiene en su Código Civil artículos como el 17 que condena la lesión (no hay que olvidar que los canonistas, creadores de la teoría, no sólo rechazaban la lesión contemporánea a la celebración del contrato, sino también la que resulta de cambios posteriores en las circunstancias de ejecución o cumplimiento) y otorga - dicho artículo 17 - derecho para demandar en tales casos, o bien la rescisión - en realidad ya dice la nulidad - o bien la reducción equitativa de la obligación, y que es precisamente lo que con respecto al mencionado cambio ulterior de circunstancias postula la teoría de la imprevisión?"⁴⁹

Ortiz Urquidi realiza un análisis de diversos artículos del que se desprende lo siguiente:

⁴⁸ Bejarano Sánchez Manuel, *Obligaciones Civiles*, p. 167.

⁴⁹ Ortiz Urquidi, *ob. cit.* pp. 432 y sigs.

Los artículos 20 y 1857 se fundan en el más valioso de todos los principios de derecho, la equidad - la justicia del caso concreto, y que es también el principio que inspira a la teoría de la imprevisión. Hay que considerar que conforme a dicho artículo 20, a falta de ley expresa que sea aplicable al conflicto planteado, la controversia se resolverá a favor del que trata de evitarse perjuicios y no a favor del que pretende obtener lucro, y de acuerdo con el 1857 en caso de duda sobre las circunstancias accidentales del contrato, si éste fuere gratuito, aquélla se resolverá a favor de la menor transmisión de derechos e intereses, y si fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses?

Por su parte, el artículo 1796 además de obligar a los contratantes al cumplimiento de lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes al uso y a la ley, también los obliga a las consecuencias que sean conformes a la buena fe, buena fe que indiscutiblemente es también base inspiradora de la multicitada teoría, como pilar para el equilibrio de las contraprestaciones.

El artículo 1912 condena el abuso de todo derecho con indemnización a quien sufrió daño, y el 16 nos impone la obligación de ejercer nuestras actividades y de usar y disponer de nuestros bienes en forma tal que ese uso y esa disposición no perjudiquen a la colectividad, y el 840 y el 934, concretamente ponen límites al derecho de la propiedad para evitar su uso abusivo. Y no hay que olvidar que el uso abusivo del derecho es lo que pretende evitar la imprevisión con la cláusula implícita *rebus sic stantibus*.

El artículo 2111 establece, como regla general, que nadie está obligado al caso fortuito. Y el caso fortuito, es un acontecimiento extraordinario e imprevisible, o aunque previsto no puede evitarse, y que impide, por ello mismo, pues queda fuera del control del hombre, que éste pueda cumplir sus obligaciones y es precisamente contra tales acontecimientos extraordinarios imprevisibles que la multicitada teoría, como apuntaba Ripert, pretende proteger al que desgraciadamente se ve afectado por ellos.

Los anteriores artículos que establecen reglas generales sobre las materias a que se contraen nos permiten sostener que nuestro Derecho positivo acoge en forma implícita la teoría de la imprevisión. Existen también otros preceptos referidos a instituciones concretas, como son el 2395 y el 2396 en materia de mutuo y el 2455 en materia de arrendamientos, y que nos reafirman una vez más lo anterior, pues se trata de no perjudicar al deudor que se ve afectado por un acontecimiento extraordinario que no haya sido posible prever.

En efecto, el primero de estos artículos, o sea el 2395, consignando, en el caso concreto del 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 de 9% anual. También acoge la teoría de la imprevisión el artículo 2396 al disponer que si se ha convenido un interés más alto que el legal (repárese en que ya no se trata de un interés desproporcionado o lesivo, como en el caso del artículo anterior, sino simplemente de un interés *más alto* que el citado 9% y que podría ser por ejemplo, inclusive, el 10% anual) el deudor, después de seis meses contados desde que se celebró el contrato, puede reembolsar el capital, cualquiera que sea el plazo fijado por ello, dando aviso al acreedor con dos meses de anticipación y pagando los intereses vencidos.

En arrendamiento, la consignación de la teoría se realiza en el artículo 2455, pues prevé que el arrendatario tendrá derecho a la rebaja de la renta, en caso de pérdida de más de la mitad de los frutos, por casos fortuitos extraordinarios.

Incluso en materia de avalúo de bienes para el remate, nuestro Código de Procedimientos Civiles también acoge la teoría, como se desprende del artículo 511, que así dice: "Si los bienes embargados no estuviesen valuados anteriormente, se pasará al avalúo y venta almoneda pública, en los términos prevenidos por este Código. No se requiere avalúo cuando el precio conste 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 o por mejoras hubiere variado el precio.* " Es decir, aquí se preve el acontecimiento futuro que puede modificar el valor de los bienes embargados y su consideración cuando ello proceda.

Del análisis de todos estos preceptos, podemos concluir al igual que Ortiz Urquidi, que nuestro Derecho positivo acoge, en forma por demás incontrovertible y en muy buena hora, la teoría de la imprevisión, pues, se insiste, está presente el hecho de que ante la modificación de las circunstancias que originaron un contrato, que origine un beneficio en perjuicio de otro, se persiga el equilibrio de las contraprestaciones a través del órgano jurisdiccional.

3.4.3. El Código Civil del Estado de Aguascalientes. Es digno de especial mención al respecto este ordenamiento, pues es el único que entre nosotros establece normas concretas sobre el particular, incluidas en su capítulo sobre *interpretación de los contratos*. El Código de Aguascalientes, vigente desde el 7 de enero de 1948, las contiene en sus numerales 1733 al 1736:

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

“Artículo 1734.- En todo caso de aplicación del artículo anterior, la parte que haya obtenido la cesación de los efectos de un contrato deberá indemnizar a la otra, por mitad, de los perjuicios que le ocasione la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato, 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 librarse de este compromiso la parte que ofreciere a la otra llevar adelante las prestaciones aludidas, en términos hábiles, aun cuando esta última rehusare la proposición.”

“Artículo 1735.- En los casos a que se refiere el artículo 1731 (obviamente debe decir 1733) 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 tercero de este título”. (Aquí también hay un evidente error, pues debió decir *capítulo cuarto*, que es el que se refiere al enriquecimiento ilegítimo, y no tercero, que alude a la declaración unilateral de la voluntad).

“Artículo 1736.- Para que tengan aplicación los artículos que preceden, se supone que el cumplimiento parcial o total del contrato se halla pendiente por causa legítima y no por culpa o mora del obligado.”

Antonio Aguilar Gutiérrez, en su estudio *La Evolución del Contrato* publicado en el número 22 del *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, correspondiente a enero-abril de 1955, opina sobre estos artículos lo siguiente (pp. 48 y 49 del cit. *Boletín*): ‘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 hace de imprevisión.' ⁵⁰

Sobre el particular consideramos que no se intenta un ajuste en las contraprestaciones como evoca la teoría de la imprevisión, sino que se rescinde por completo el contrato, lo que en determinado momento podría perjudicar a una de las partes, además de que no se debe limitar la aplicación de la disposición por las fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico, pues estas situaciones son precisamente las que originan el beneficio de uno en perjuicio del otro y el sometimiento del problema al órgano jurisdiccional.

3.4.4. Los dos más modernos Códigos Europeos. "A diferencia de nuestro Derecho positivo, con la sola salvedad del Código Civil del Estado de Aguascalientes, existen Códigos Civiles extranjeros que expresamente permiten que en determinados contratos sinalagmáticos se pueda obtener la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida, que equivale a la revisión del contrato por los tribunales y ya no sólo por el legislador, cuando acontecimientos extraordinarios e imprevisibles llegaran a hacer excesivamente onerosa la prestación de una de las partes. Así lo establece al respecto el Código civil italiano de 1942 en este precepto:

'Artículo 1467. *Contrato con prestaciones recíprocas.* En los contratos de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes hubiere llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato. La resolución no podrá ser demandada si la onerosidad sobrevenida entrara en el área normal del contrato. La parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarlo ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.'

⁵⁰ Ortíz Urquidi, *ob. cit.* pp. 429 y 430.

A su vez el moderno Código Civil portugués de 1968 dispone en forma similar:

'Resolución o modificación del contrato por alteración de las circunstancias. Artículo 437. *Condiciones de admisibilidad.* 1. Si las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar hubieren sufrido una alteración anormal, tiene la parte lesionada derecho a la resolución del contrato o la modificación de él conforme a la equidad, desde que la reclamación de las obligaciones asumidas por ella afecte gravemente a los principios de buena fe y no esté cubierta por los riesgos propios del contrato. 2. Demandada la resolución, la parte contraria puede oponerse a ella, declarando aceptar la modificación del contrato en los términos del inciso anterior'.

'Artículo 438. Mora de la parte lesionada. La parte lesionada no goza de derecho de resolución o modificación del contrato, si estaba en mora en el momento en que la alteración de las circunstancias tuvo verificativo.'⁵¹

Consideramos que ambos ordenamientos coinciden en la aplicación de la teoría de la imprevisión, y a diferencia del Código de Aguascalientes, no prevén solo la rescisión del contrato, sino que la contraparte ofrezca modificar equitativamente las disposiciones del contrato. Sin embargo, pierden de vista que en los casos de créditos otorgados a largo plazo para la adquisición de bienes muebles o inmuebles, como la vivienda o automóviles, debe resolverse el contrato con un equilibrio del mismo, aun cuando no lo ofrezca así la contraparte, ya que de lo contrario se resolvería la rescisión con la pérdida del bien, y que podría ser de difícil adquisición por las condiciones económicas que imperen en determinado momento, y por consiguiente no se evita que se perjudique a los grupos de personas que se encuentren en este supuesto.

⁵¹ Sánchez Medal Ramón, *ob. cit.*, pp. 100 y 101.

Por lo anterior, se propone la adición del siguiente artículo al Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en Materia Federal:

“En los contratos de tracto sucesivo, si la prestación de una de las partes hubiere llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato o bien la modificación equitativa del contrato desde que la reclamación de las obligaciones asumidas por ella le afecte gravemente. La resolución no podrá ser demandada si la onerosidad sobrevenida entrara en el área normal del contrato. La parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarlo ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato”.

CAPITULO CUARTO

LA INCERTIDUMBRE JURIDICA DEL PAGO ANTE LA INESTABILIDAD MONETARIA

4.1. EL PAGO EN LA LEGISLACION MEXICANA.

En el pago de deudas de dinero, es importante distinguir si los ordenamientos respetan el nominalismo o el valorismo a que ya se ha hecho referencia y nuestras leyes han adoptado sucesivamente los dos principios, que volviendo a enunciarlos consisten, el primero de ellos, en que el valor del dinero es el de la cifra que en él imprime el Estado, y el segundo de ellos en que el valor del dinero se representa por el poder adquisitivo que tiene una moneda determinada en un momento determinado.

Al respecto, nuestra legislación civil anterior a nuestro Código de 1928 sostenía según nos comenta Rojina Villegas que "reconocen el valorismo, llevando el principio de la identidad de la sustancia en el pago (pagar precisamente la cosa convenida), porque en esos ordenamientos las prestaciones en dinero deberían cubrirse entregando la misma especie convenida, o si ésta ya no existía en el mercado, entregando en moneda corriente la equivalente a la convenida. Se hacía entonces el cálculo, según el valor real de la moneda corriente, para entregar una cantidad exactamente equivalente a la especie pactada, que había desaparecido del mercado.

El autor citado continuando su comentario sobre este tema nos dice que desde el año de 1905 se deroga este principio, y la Ley Monetaria de esa fecha cambió al nominalismo, pues permite que las obligaciones en dinero se solventen entregando la moneda corriente, por su valor nominal, y no la especie convenida. De tal manera que si se modifica el régimen monetario entre el otorgamiento de la obligación y su cumplimiento, ya el acreedor no podrá exigir la especie convenida, de acuerdo con aquel régimen monetario, sino que tendrá que aceptar el pago de acuerdo con el nuevo tipo de moneda

circulante en el momento en que se haga. Se estatuye que el principio es de interés público, y que es nulo de pleno derecho todo pacto que pretenda derogarlo.

En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 se adoptó el principio contrario, es decir, el de la exactitud en la sustancia, según hemos dicho, y por este motivo los artículos 1453 y 2690 del último ordenamiento citado, que reprodujeron los preceptos relativos del Código de 1870, disponían lo siguiente:

'Artículo 1453: Las prestaciones en dinero se harán en la especie de moneda convenida, y si esto no fuere posible, en la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor real de la moneda debida.'

'Artículo 2690: Cuando el préstamo se hace en dinero y en determinada especie de moneda, el mutuario debe pagar en la misma especie recibida, sea cual fuere el valor que ésta tenga en el momento de hacerse el pago. Si no puede pagar en la misma especie debe entregar la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor de la especie recibida.'

Los preceptos relativos de la Ley de 25 de marzo de 1905, derogaron el sistema anterior al estatuir que: 'Artículo 20. La obligación de pagar cualquier suma en moneda mexicana, se solventa entregando monedas del cuño corriente por el valor que representa. Por tanto, las Oficinas Públicas de la Federación y de los Estados, así como los establecimientos, compañías y particulares, están obligados a admitir dichas monedas en pago de lo que se les deba, sin más limitaciones que las que expresa el artículo siguiente.' 'Artículo 21: Las monedas de oro de cualquier valor y las de plata de valor de un peso, tienen poder liberatorio ilimitado. En cuanto a las otras monedas de plata, a las de níquel y a las de bronce, sólo es obligatoria su admisión en un mismo pago, en cantidad no mayor de veinte pesos para las monedas de plata, y de un peso para las de níquel y las de bronce.' 'Artículo 23: Las prevenciones de los tres artículos anteriores no son renunciables. En consecuencia, toda estipulación en

contrario será nula de pleno derecho, quedando derogados los artículos 1453 y 2690 del Código Civil del Distrito Federal.

La Ley Monetaria vigente, de 25 de julio de 1931, con sus reformas, consagra en el artículo 7º el mismo principio del artículo 20 de la Ley de 1905, en los siguientes términos:

“Las obligaciones de pago de cualquier suma en moneda mexicana... se solventarán mediante la entrega, por su valor nominal, de billetes del Banco de México o monedas metálicas de las señaladas en el artículo 2º.”

El artículo 9º agrega: “Las prevenciones de los dos artículos anteriores no son renunciables y toda estipulación en contra será nula.”

El Código Civil reitera este principio en el artículo 2389: “Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la Ley Monetaria vigente al tiempo de hacerse el pago, sin que esta prescripción sea renunciable. Si se pacta que el pago debe hacerse en moneda extranjera, la alteración que ésta experimente en valor será en daño o beneficio del mutuario.”

No obstante que la Ley Monetaria vigente sostiene el nominalismo, la legislación proliferante en el país ha ido haciendo a un lado el valor nominal de nuestra moneda, sustituyéndola recientemente por otra clase de valores para la cuantificación en el monto de las obligaciones o en el valor de los bienes.

Así podemos observar “que han sido reformados varios artículos del Código Civil. El antiguo artículo 730 que establecía el valor máximo de los bienes afectos al patrimonio de familia, asignándole varios miles de pesos, fue cambiado por el actual artículo 730 en el sentido de que “el valor máximo de los bienes afectos al patrimonio de familia... será la cantidad que resulte de multiplicar por 3,650 el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en la época en que se constituye el patrimonio.” El artículo 1915 que fijaba las normas para la reparación del daño, procurando el

restablecimiento de la situación anterior a él y cuando ello era imposible imponiendo el pago de los daños y perjuicios, fue adicionado a efecto de que cuando el daño se cause a las personas, 'para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región'. El reformado artículo 311 ha establecido para las deudas alimenticias que 'los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual del salario mínimo vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción'. Para distribuir las competencias de los diversos tribunales también se ha recurrido al monto del salario mínimo, como aparece en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, en lo tocante a los jueces de paz que conocen 'de los juicios cuya cuantía no excede de 182 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.' El importe de las multas se ajusta progresivamente al valor de un determinado número de veces el salario mínimo, cual ocurre en varios artículos de la Ley de Amparo.

Esta progresiva y reciente *indexación legislativa* para la valorización de los bienes, para la cuantificación de las obligaciones, para la fijación de las competencias y para la imposición de sanciones, constituye la evidencia de que nuestras propias leyes han prescindido o hecho a un lado el valor nominal que asigna a la moneda nacional la Ley Monetaria y que el nominalismo monetario se ha ido transformando en nuestro país en un puesto valorismo monetario."⁵²

Nuestra legislación con el transcurso del tiempo ha ido introduciendo el valorismo monetario para la aplicación del derecho, esto es, que se atiende al valor adquisitivo de la moneda y no al valor nominal de la misma.

4.2.- PAGO EN MONEDA EXTRANJERA.

⁵² Sánchez Medel Ramón, *De los Contratos Civiles*, p. 95 y 96.

El cumplimiento de obligaciones mediante el pago de moneda extranjera ha tenido en el paso del tiempo diversas regulaciones en nuestra legislación por lo que se estima necesario hacer alusión a ellas.

4.2.1. Leyes que se han ocupado del pago de obligaciones en moneda extranjera.

Cabe señalar, entre los ordenamientos que han regulado el pago en moneda extranjera, primeramente los Códigos Civiles de 1870 y 1884, y la Ley Monetaria de 1905, de los cuales Gutiérrez y González menciona lo siguiente:

- "*Código Civil de 1870*. Este ordenamiento estableció en su artículo 1569 que: 'Las prestaciones en dinero se harán en la especie de moneda convenida; y si esto no fuera posible, en la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor de la especie recibida.'

- *Código Civil de 1884*. Que en casi nada mejoró al legislador de 1874, en esta materia se concretó en su artículo 1453, a reproducir literalmente el anterior texto del artículo 1569 ya transcrito.

Sin embargo, agregó otra norma, la contenida en el artículo 2690, en donde dijo que 'Cuando el préstamo se hace en dinero y en determinada especie de moneda, el mutuario debe pagar en la misma especie recibida, sea cual fuere valor que ésta tenga en el momento de hacerse el pago. Si no puede pagar en la misma especie, debe entregar la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor de la especie recibida', con lo cual no hizo en verdad sino repetir lo dicho en su artículo 1453.

- *Ley Monetaria de 1904*. El 9 de diciembre de 1904, se expidió la ley monetaria que estableció el régimen monetario de los Estados Unidos Mexicanos, y en ella se le privó a la moneda extranjera de curso legal y poder liberatorio, determinándose en el artículo 22 que 'la moneda extranjera no tiene curso legal en la República, salvo los casos en que la Ley determine

expresamente otra cosa'. En el artículo 23 declara derogados los artículos 1453 y 2690 del Código Civil."⁵³

Posteriormente, regularon el pago en moneda extranjera el decreto de 14 de mayo de 1918 y la Ley Monetaria de 1931, de los que el Maestro Bejarano Sánchez se expresa de la siguiente forma:

- *Decreto de 14 de mayo de 1918*: "En 1918, el Presidente Carranza, provisto de facultades extraordinarias, decretó reformas a la Ley Monetaria derogatorias del precepto transcrito, que atribuyeron curso corriente a la moneda de oro extranjera, al tipo que fijara la Secretaría de Hacienda (artículos 2º y 3º) y permitieron la estipulación de adeudos en divisas para ser cumplidos en especie o en moneda nacional a la equivalencia que corresponda (artículo 4º).

- *La Ley Monetaria de 1931*. Restableció la prohibición del curso de la moneda extranjera, y a renglón seguido estableció, que "las obligaciones en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que deba hacerse el pago" (... "y fecha en que se haga el pago" modificado la Ley de 1935) (artículo 8).⁵⁴

La aparente incongruencia - agrega Bejarano Sánchez - entre prohibir el curso de la moneda extranjera y regular el pago de obligaciones contraídas en esa especie, fue aclarada por el propio legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Monetaria, donde reiteró que todas las obligaciones deberían ser concertadas en moneda nacional a excepción de las que hubieren sido contraídas en razón del comercio internacional, único caso que justifica su celebración, exposición de motivos que fue en los siguientes términos:

⁵³ Confr. Gutiérrez y González Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, pp. 860.

⁵⁴ Bejarano Sánchez Manuel, *ob. cit.* p. 320.

“Todas las obligaciones en consecuencia, que en el futuro se contraigan, quedarán estipuladas en pesos mexicanos, salvo aquellas que, impuestas por el comercio internacional deban estipularse en moneda extranjera, a cuyo respecto el proyecto de la Ley mantiene la prohibición que es ordinaria en estos casos y que la Ley de 1905 estableció expresamente, declarando que la moneda extranjera no tendrá curso legal en la república y que las obligaciones que se contraigan en esa moneda se cumplirán al tipo de cambio del lugar y fecha en que la obligación deba solventarse.”

Y explica el legislador su decisión motivada por ‘El problema de los cambios, ya muy grave en sí mismo, se ha duplicado con un problema interior particularmente agudo, porque en vez de afectar solamente, de un modo directo, a los importadores o a los deudores al extranjero, afecta también, por las circunstancias dichas, a los deudores en moneda nacional’ pues ‘La persistencia de las fluctuaciones en los cambios internacionales y su influencia en el valor de la moneda de plata en relación con el oro, y la acusada tendencia al aumento de esas fluctuaciones, creando o fomentando la desconfianza general en la situación, han hecho que, ya no por necesidad material de cubrir adeudos con el exterior, sino por previsión y por desconfianza en la situación del país, aumente en México la demanda de divisas extranjeras, acrecentándose con ello la necesidad de exportar oro y, por ende, encareciendo cada vez más esa especie”.

- Asimismo se cita como importante reforma que afecta el pago en moneda extranjera, el *Decreto de 27 de diciembre de 1985*, publicado en el Diario Oficial del 8 de enero de 1986, y en vigor a partir del 9 de enero, se le agregaron dos párrafos al artículo 8º de la Ley Monetaria, que a la letra dicen:

“Este tipo de cambio se determinará conforme a las disposiciones que para esos efectos expida el Banco de México en los términos de su Ley Orgánica.” “Los pagos en moneda extranjera originados en situaciones o transferencias de fondos desde exterior, que se lleven a cabo a través del Banco de México o de Instituciones de Crédito, deberán ser cumplidos entregando la moneda, objeto de dicha transferencia o situación. Ello sin perjuicio del

cumplimiento de las obligaciones que imponga el régimen de Control de Cambios en vigor.”

Por último, por decreto del 28 de abril de 1986, publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo del mismo año se hizo otro agregado a la ley monetaria, que a la letra dice:

“Las obligaciones a que se refiere el primer párrafo de este artículo, originadas en depósitos bancarios irregulares constituidos en moneda extranjera, se solventarán conforme a lo previsto en dicho párrafo, a menos que el deudor se haya obligado en forma expresa a efectuar el pago precisamente en moneda extranjera, en cuyo caso deberá entregar esta moneda. Esta última forma de pago sólo podrá establecerse en los casos en que las autoridades bancarias competentes lo autoricen, mediante reglas de carácter general que deberán publicarse en el “Diario Oficial” de la Federación, ello sin perjuicio del cumplimiento de la obligaciones que imponga el régimen de control de cambios en vigor.”

Y el artículo 4º transitorio de la propia ley que determina lo siguiente:

“Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán en los términos del artículo 8º, de esta ley, a menos que el deudor demuestre, tratándose de operaciones de préstamos, que la moneda recibida del acreedor fue moneda nacional de cualquier clase y que tratándose de otras operaciones, la moneda en que se contrajo originalmente la operación, fue moneda nacional de cualquier clase en estos casos las obligaciones de referencia se solventarán en monedas nacionales en los términos de los artículos 4º y 5º de esta Ley, respectivamente, al tipo que se hubiere tomado en cuenta al efectuarse la operación para la conversión de la moneda nacional recibida a la moneda extranjera, o si no es posible fijar este tipo, a la paridad legal.”

Respecto de estas dos normas, artículos 8º y 4º transitorios, el maestro Gutiérrez y González cita al Lic. Cesar Fentanes, el cual afirma que estas normas tratan de proteger a los deudores y las critica de la siguiente forma:

"El precepto transcrito trata de proteger a los deudores que por múltiples situaciones pudieron verse obligados a pactar en una moneda, sin haberla recibido, lo que verdaderamente es intrascendente, ya que la aplicación estricta del artículo 8º de la ley hace nulos los pactos en el sentido en el que se expresa la disposición transitoria señalada y atendiendo al precepto permanente, dicha nulidad podrá invocarse en cualquier momento, recordando el carácter de irrenunciable, de la prohibición a que la moneda extranjera tenga curso legal en la República Mexicana.

En esta Ley de 1931, - sigue diciendo Fentanes Méndez, nos encontramos con que retoma el rumbo que se había perdido con el Decreto de Venustiano Carranza de 1918, y el espíritu nacionalista de la Ley de 1905, vuelve a aparecer; de ahí que de una manera tajante y en la que no tendrá interpretación en contrario, se establezca que la moneda extranjera no tendrá curso legal en la República Mexicana."⁵⁵

4.2.2. Validez de las obligaciones contraídas en moneda extranjera.

En este apartado se van a considerar las opiniones en contra de su validez, como las de Manuel Bejarano Sánchez y Cesar Fentanes Méndez, y a favor de la misma, emitidas en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por Gutiérrez y González, Rojina Villegas y Sánchez Medal.

Cabe señalar que aunque las tres primeras fueron emitidas antes de la reforma de 1985 a la Ley Monetaria y consideran que no son válidas las obligaciones contraídas en moneda extranjera, son importantes para delimitar la situación jurídica del año de 1931 a 1985, ya que a partir de 1986 sí son válidas con ciertas reglas.

⁵⁵ Gutiérrez y González Ernesto, *ob. cit.* p. 863.

- Manuel Bejarano Sánchez. Para Bejarano Sánchez, es inexacto que las deudas concertadas en moneda extranjera, sean válidas, y que se deban cumplir entregando moneda nacional al tipo de cambio prevaleciente al momento de hacer el pago.

Decir tal, sostiene Bejarano Sánchez, es una solución general y simplista a más de inexacta, y se adhiere a lo que José Luis Andrade expuso en su Tesis recepcional de Licenciado en Derecho, (Compraventa en que se pacta el precio en moneda extranjera. Facultad de Derecho U.N.A.M. 1979).

Considera Bejarano Sánchez, que las convenciones que creen obligaciones de pago en moneda extranjera son nulas y se funda para sostenerlo en la interpretación legislativa contenida en la Exposición de Motivos de la Ley (transcrita en el apartado 4.2.1. de este subcapítulo de tesis), y el recrudescimiento actual de la situación que constituyó su fuente racional, concretada en la misma exposición de motivos y después de hacer diversas consideraciones siguiendo el pensamiento de Jose Luis Andrade, concluye el maestro Bejarano Sánchez que conforme al régimen instituido por la Ley Monetaria:

a) Las obligaciones concebidas en moneda extranjera con motivo del tráfico jurídico interno, son nulas absolutamente. Esto es, que sólo serán válidas cuando entrañen operaciones impuestas por el comercio internacional (artículos 8 y 9 de la Ley).

b) Las obligaciones en moneda extranjera autorizadas por causa de comercio exterior, serán pagadas en moneda nacional en la proporción que corresponda conforme el tipo de cambio en vigor al momento de hacerse el pago (artículo 8 de la Ley).

c) Las obligaciones en moneda extranjera contraídas en la época del régimen del libre curso (de 1918 hasta 1931) serán solventadas conforme al principio anterior (por su equivalente en moneda nacional al momento del

pago) a menos que el deudor demostrara que la operación se concibió y ejecutó realmente en pesos mexicanos y su conversión a moneda extranjera no fue justificada, en cuyo caso se cubrirán en moneda nacional, al tipo operado al efectuarse la indebida conversión o a la paridad legal existente al celebrarse el acto jurídico (artículo 4º. transitorio de la Ley Monetaria de 1931, actualmente 9º. transitorio).

Y concluye Bejarano Sánchez, que no obstante lo anterior, debe reconocer que en la práctica las autoridades y la doctrina prevaeciente han decidido ignorar el sentido de la Ley Monetaria y admitir la validez de las obligaciones concebidas en divisas.

- Cesar Fentanes Méndez. Este autor considera que actualmente no es válido contraer obligaciones en moneda extranjera, consideraciones, que se citan a continuación:

“Entre 1918 y 1931 era válido contraer obligaciones en moneda extranjera, por lo que el Legislador de 1931, al restringir nuevamente el curso a la moneda extranjera y para no darle efecto retroactivo a la ley, se vio en la obligación de regular en la segunda parte del artículo 8º, el modo de cumplir las obligaciones de pago en moneda extranjera, contraídas en esos trece años. Pues se nota claramente, de la redacción del artículo 8o. la prohibición hacia el futuro, de pactar obligaciones en moneda extranjera, para los mexicanos, pues se está empleando la palabra ‘tendrá’ a diferencia del ‘tiene’ que empleó el Legislador de 1905.

Y para dar mayor fuerza a sus argumentos Fentanes elaboró una consulta a la Academia Mexicana de la lengua, sobre el significado de la palabra ‘contraídas’ que se utiliza en el artículo 8o. al decir que ‘las obligaciones contraídas... se solventarán...’, y al respecto la referida Academia le contestó, diciéndole que: ‘Contraídas’ es participio pasivo, de aspecto perfectivo (es decir, que considera la acción como concluida, terminada o

* Bejarano Sanchez Manuel, *ob. cit.*, pp. 320 a 324.

perfecta); equivalente a 'que fueron contraídas' del verbo 'contraer', cuyo sentido, en la frase de referencia, queda explicado en la 4a. acepción del 'diccionario': 'Tratándose de obligaciones o compromisos, asumirlos'. Asumir, por su parte, significa 'atraer a sí, tomar para sí, o sobre sí'. Etc.

Por lo cual Fentanes establece que 'De lo anterior, hasta aquí, podemos afirmar que gramaticalmente, la palabra 'contraídas' referida a las obligaciones de pago, lo está haciendo exactamente sobre las obligaciones anteriores a 1931, adminiculado con el primer enunciado del artículo 8o. en comento, que prescribe que la moneda extranjera no tendrá curso legal en la República Mexicana y que se refiere precisamente al momento en que el legislador está aprobando la ley, esto es, a partir de 1931, sólo bajo la modificación a este mismo artículo de la Ley Monetaria podrá permitirse el curso legal a la moneda extranjera...' ⁵⁶

- Opinión en tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En la tesis que a continuación se cita, sobre este problema de las obligaciones a pagar en moneda extranjera, se admite que es posible contraer obligaciones en moneda extranjera:

"OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA. MUTUO EN EL QUE PARTE DEL PRESTAMO CONCRETADO SE ENTREGO EN MONEDA NACIONAL.- Si como parte de un préstamo concertado en moneda extranjera se expide un cheque en moneda nacional, debe estimarse que la obligación del mutuuario de pagar el importe de esa parte del mutuo debe cumplirse entregando la misma cantidad en moneda nacional, en tanto que el pago de la cantidad recibida en moneda extranjera deberá efectuarse en esta misma moneda o su equivalente en moneda nacional al momento de llevarse a cabo dicho pago, de conformidad con lo establecido en el artículo 9º transitorio de la vigente ley Monetaria, en relación con su

⁵⁶ Gutiérrez y González Ernesto, *ob. cit.*, p. 867 y 868.

artículo 8º, que establecen, respectivamente, que "La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago" y "Artículo 9º (transitorio). Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán en los términos del artículo octavo de esta ley, a menos que el deudor demuestre, tratándose de operaciones de préstamo, que la moneda recibida del acreedor fue moneda nacional de cualquier clase, o que, tratándose de otras operaciones, la moneda en que contrajo originalmente la obligación que fue moneda nacional de cualquier clase; en estos casos, las obligaciones de referencia se solventarán en monedas nacionales, en los términos de esta ley, al tipo que se hubiere tomado en cuenta al efectuarse la operación para hacer la conversión de la moneda nacional recibida, a la moneda extranjera, o si no es posible fijar este tipo, al que haya regido el día en que se contrajo la obligación".

Amparo directo 6286/80.- Carlos Villarreal Alanís y Ma. Elena Medina Ríos de Villarreal.- 1º de octubre de 1981.-5 votos.- Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo.

3a. Sala, Séptima Epoca, Volumen Semestral 151-156, Cuarta Parte, Pág. 221.

Gutiérrez y González estima equivocada esta tesis pues a partir de la reforma de 1986 a la Ley Monetaria sí se permite celebrar operaciones en moneda extranjera, pero antes no, opinión que se emite en los siguientes términos:

"Estas y otras ejecutorias dictadas por los Ministros del más alto Tribunal del país, muestran una absoluta falta de análisis histórico y jurídico del problema de admitir obligaciones pactadas en moneda extranjera, ya que la Ley Monetaria de 1931, con su reforma de 1935, hizo que a partir de entonces,

no se pudiera, válidamente, asumir tal tipo de compromisos, pues al tratarse de una ley de orden público, cualquier pacto en su contra, es nulo de pleno derecho. Así entonces, entre 1931 y hasta 1985, cualquier operación que se pactara en moneda extranjera, era y fue nula de pleno derecho."⁵⁷

- Ernesto Gutiérrez y González. Después de considerar las opiniones doctrinales de Rafael Rojina Villegas, Manuel Bejarano Sánchez y Cesar Fentanes Méndez, además de la tesis citada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, propone tres conclusiones, entre las que destaca el hecho de que, a partir de la reforma de 1986 a la Ley Monetaria, se estableció la posibilidad de celebrar operaciones en moneda extranjera, y pagar en moneda nacional al tipo de cambio que rija al momento de hacerse el pago. Las tres conclusiones son las siguientes:

"Primera.- Es indudable que al expedirse la Ley Monetaria de 1931, y hacersele el agregado de 1935, se buscó evitar que se celebraran válidamente cualesquiera operaciones que implicaran el pago de las mismas en moneda extranjera, volviéndose al espíritu de la Ley Monetaria de 1905. Así entonces, a partir de esa fecha, cualquiera operación que se realizara en moneda extranjera, era nula de pleno derecho, y así se puede concluir con toda certeza del texto del artículo 8o. de la Ley Monetaria en vigor, que, como hace ver Fentanes Méndez, al usar la palabra "contraídas", se refiere a las operaciones que ya estuvieren realizadas al entrar en vigor la propia ley, pues no era constitucionalmente posible hacerla retroactiva y referirla a operaciones anteriores a 1931 y hechas al amparo del Decreto de 1918.

Pero al pasar el tiempo, y presentarse problemas muy serios de la devaluación diaria y constante de la moneda nacional ante las divisas extranjeras, en forma destacada con relación al dólar de los Estados Unidos de América, los funcionarios mexicanos... lograron la adición de dos párrafos más al artículo 8o. de la ley Monetaria, con lo cual abricron, al igual que el Decreto de 1918, la posibilidad legal a que se realicen operaciones en moneda

⁵⁷ *Ibidem*, pp.737 y sigs.

extranjera... Entonces, sólo desde el ángulo objetivo y jurídico, se puede dar una segunda conclusión:

Segunda.- Al agregarse en 1986 dos párrafos al artículo 8o. de la Ley Monetaria, se establece ya la posibilidad de celebrar operaciones en moneda extranjera, y pagar en moneda nacional al tipo del cambio que rija al momento de hacerse el pago. Pero, como esto es sólo para el año de 1986 y siguientes, hay otra conclusión más:

Tercera.- Las operaciones celebradas entre 1931 y 1985 en donde se pactó el pago en moneda extranjera, son nulas de pleno derecho, pues van no sólo contra el texto expreso, sino contra el espíritu del legislador de la Ley Monetaria de 1931, y así mismo, las resoluciones de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, admitiendo ese tipo de operaciones, son sentencias dictadas contra razón y contra derecho."⁵⁸

A estas dos últimas conclusiones, podemos agregar que el criterio adoptado por los Ministros de la Tercera Sala de nuestro Máximo Tribunal, ya sería aplicable, ahora así, a partir de la reforma de la Ley Monetaria de 1986.

Cabe señalar que esta opinión beneficia al acreedor pues permite que al contraer obligaciones en moneda extranjera y las mismas se cumplan al tipo de cambio en el momento del cumplimiento, permanezca el poder adquisitivo del dinero en el transcurso del tiempo.

- Para Rojina Villegas, si es posible contraer en México, obligaciones pagaderas en moneda extranjera, si bien se pagarían al tipo del cambio que rigiera en la fecha en que éste se hiciera, se concluye lo anterior, ya que al referirse al artículo 8º de la Ley Monetaria dijo que:

"Como la verdadera finalidad del mencionado artículo fue la de que los acreedores de moneda extranjera recibieran en pago una cantidad de moneda

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 871 y 872.

nacional que correspondiera exactamente a la suma adeudada, se aclaró la redacción primitiva en el sentido de que la conversión debería efectuarse, según el tipo que rigiera en el lugar y fecha en que realmente se hiciera el pago, que es el momento que efectivamente interesa y no el de la exigibilidad legal, pues cuando el deudor no cumpliera puntualmente, el acreedor no recibiría el pago y, por lo tanto, la fecha de exigibilidad se convertiría en simplemente virtual, sin que pudiese el acreedor adquirir exactamente la suma de moneda extranjera que se le adeude. En cambio, tomando en cuenta el momento real del pago, si se alcanzaba ese fin, para mantener el principio de exactitud en la substancia a la propia moneda extranjera. Evidentemente también ese objeto podría lograrse, si la ley dispusiera que el pago debería efectuarse en la misma moneda extranjera en que se contrajo la deuda, pero ello equivaldría a darle curso legal a la misma.

Debe distinguirse, para los efectos de que dicha moneda no tiene curso legal en la República, entre el contraer la deuda en tal especie, cosa que permite el mismo artículo 8º, al decir 'Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República...' y el pagarla o cumplirla, pues sólo para este efecto el precepto ordena que el pago se haga entregando el equivalente en moneda nacional."⁵⁹

- Ramón Sánchez Medal, sostiene que las obligaciones en moneda extranjera, no son nulas y que la moneda extranjera no es una cosa que esté fuera del comercio, sino un bien sujeto a las tres reglas siguientes contenidas en la Ley Monetaria:

1.- La regla general es que la moneda extranjera no tiene circulación legal, o sea que carece de curso legal, de manera que las obligaciones de moneda extranjera no se solventan en esa moneda, sino en moneda nacional (artículo 8º, primer párrafo, de la Ley Monetaria).

⁵⁹ Rojina Villegas Rafael. *ob. cit.*, pp. 238 y sigs.

* Manuel Sánchez Medal, *ob. cit.* pp. 107 a 110.

2.- Dentro de esa regla general, que niega curso legal a la moneda extranjera, la cantidad de moneda nacional que ha de pagarse en lugar de la moneda extranjera, se determina en función del tipo de cambio vigente en el lugar y fecha de pago (artículo 8º; párrafo segundo de la Ley Monetaria), a menos que, tratándose de un mutuo o de otra operación, se pruebe que lo que recibió el deudor o se tomó en cuenta para hacer la operación, fue moneda nacional y se hizo luego la conversión de ésta a su equivalente en moneda extranjera, porque en este caso especial el tipo de cambio que se aplica para efectuar el pago también en moneda nacional no es el mencionado tipo de cambio vigente en el lugar y fecha de pago, sino el que regía entonces en el lugar y la fecha en que se contrajo la respectiva obligación en moneda extranjera (artículo 9º transitorio de la Ley Monetaria).

3.- Por única excepción a dicha regla general la obligación de moneda extranjera debe solventarse precisamente en esa moneda extranjera y no en moneda nacional, "en los casos en que la Ley determine expresamente otra cosa" (artículo 8º de la Ley Monetaria).

4.3.- MECANISMOS PARA GARANTIZAR LA ESTABILIZACION DE LA DEUDA EN DINERO.

4.3.1. Cláusulas de estabilización monetaria. Las partes, con el fin de mantener la estabilidad del valor de sus prestaciones, pueden, mediante previsiones insertas en los contratos a largo plazo o de tracto sucesivo, sustraer sus obligaciones dinerarias del imperio del principio nominalista, las que de esta forma quedan al margen de las fluctuaciones monetarias.

En virtud de estas cláusulas los contratantes aseguran la justa equivalencia en el intercambio de sus prestaciones, lo que trae consigo una alteración en la cantidad de numerario a satisfacer; cantidad que en definitiva quedará subordinada al poder adquisitivo que la moneda de pago tenga al tiempo del cumplimiento de la obligación.

“Como se observa, estas fórmulas cumplen una finalidad estabilizadora del valor real de los intereses comprometidos en la relación contractual, logrando neutralizar los efectos de la regla nominalista que proclama la inmutabilidad de la deuda en función de la expresión numérica del signo monetario, con abstracción del valor real que pudiese representar. En la terminología más generalizada se denominan a estas *medidas convencionales de atenuación* con los nombres de: *cláusulas de estabilización, cláusulas de garantía monetaria, cláusulas de garantía del valor, etc.*”⁶⁰

“Tales cláusulas suelen clasificarse en dos grupos, a saber: las cláusulas *monetarias*, que hacen referencia al valor del oro o de una moneda extranjera, y las cláusulas *económicas*, llamadas también en forma especial ‘*cláusulas de escala móvil*’ o ‘*cláusula de indexación*’ que remiten al valor de ciertas mercaderías (trigo, petróleo, etc.) o de determinadas prestaciones (salario mínimo, etc.) o al costo de la vida conforme a los índices de precios.

En Francia los tribunales se han negado a aceptar la validez jurídica de las cláusulas *monetarias*, porque han estimado que atentan contra el orden público monetario en virtud de que todo Estado soberano emite su propia moneda y solo a ella otorga poder liberatorio para las deudas de dinero, y por considerar, además, que dichas cláusulas tienden a reemplazar la moneda nacional por la moneda extranjera. Solo para las transacciones internacionales admiten las cláusulas *monetarias*, porque en esas operaciones la moneda nacional carece de carácter legal por no tener poder liberatorio y se reduce a simple *divisa* con su correspondiente poder de compra.

Un criterio semejante no puede observarse en nuestro Derecho, dado que se encuentran expresamente permitidas las cláusulas *monetarias* en el artículo 2389 del Código Civil, en el artículo 359 del Código de Comercio y, sobre todo, en el artículo 8° de la Ley Monetaria, y en congruencia lógica con esta directa permisión, deben también considerarse válidas en nuestro Derecho positivo para todos los contratos, las mencionadas cláusulas *monetarias* y las

⁶⁰ Banchio Enrique Carlos, *Obligaciones de Valor*, p. 84.

económicas por virtud de la mencionada *libertad contractual*, con excepción para el mutuo de dinero, ya que en este contrato se aplica con todo rigor el nominalismo monetario para el efecto de que el deudor pague una cantidad igual a la debida conforme a la Ley Monetaria vigente al momento de hacerse el pago, sin que esta disposición sea renunciable.”⁶¹

Como se advierte de las transcripciones anteriores, los autores coinciden en que es práctica de los contratantes, para salvar la pérdida del poder adquisitivo del dinero, incluir diversas cláusulas en sus contratos haciendo referencia al valor del oro o diversa moneda o a índices de precios o al valor de mercaderías en particular o prestaciones.

4.3.2. Validez de las cláusulas de estabilización monetaria. En ningún sistema económico, al menos en los de tipo capitalista o mixto como el nuestro, puede prescindirse del crédito como elemento necesario en la vida de los negocios, y a nadie deberá obligarse al otorgamiento de un crédito de cierta duración si el peligro del “*nominalismo*” monetario tiene que afectarle de manera inexorable. Se impone, por tanto, para evitar la asfixia económica a que conduciría la falta o el encarecimiento del crédito, que se permita la valorización contractual de las deudas de dinero, por medio de las cláusulas monetarias o de las cláusulas económicas.

Sánchez Medal estima que tales cláusulas han tenido infundados opositores que pretenden su prohibición absoluta, por considerarlas como factores inflacionistas y contrarias al orden público monetario, a pesar de que los principales autores de toda inflación son los gobiernos y no los particulares y de que con dichos pactos tratan éstos solamente de protegerse de los efectos de una inflación ya en pleno desarrollo y no de evitarla cuando aún no existe.

⁶¹ Sánchez Medal Ramón, *ob. cit.*, pp. 102 y 103.

Agrega este autor que las objeciones principales en contra de la validez de las cláusulas al valor de ciertas mercaderías, prestaciones o índices, y su respectiva replica, pueden reducirse a éstas tres :

1. Que con tales cláusulas se pretende eludir el “curso forzoso” de la moneda nacional, negándole su poder liberatorio que impone de manera imperativa la Ley Monetaria respectiva.

Esta objeción carece de consistencia, puesto que dichas cláusulas se refieren solo al *modo de pago*, o sea que no se trata de eludir la *moneda de pago*, sino solo de establecer el *quantum* de la obligación que se determina de una manera definitiva, no en el momento de la celebración del contrato, sino en el de la ejecución de cada una de las prestaciones estipuladas siendo de advertir al respecto que inclusive puede un tercero con posterioridad a la celebración del contrato señalar el *quantum* a través de un sencillo cálculo aritmético de acuerdo con la estipulación respectiva en las cláusulas de referencia.

2. Que se rompe la equivalencia de las prestaciones, originando consecuencias leoninas, y que, además, esas cláusulas revelan la imposición del económicamente fuerte, que es el acreedor, haciendo desaparecer la pretendida libertad contractual, misma que no se respeta en tales cláusulas, razón por la cual debe reservarse al poder público la determinación de los casos en que la desvalorización monetaria sea de tal gravedad que sus consecuencias ameriten ser corregidas por el legislador. Se agrega asimismo que tales cláusulas van contra el principio de “*casus sentit creditor*” (el caso fortuito debe soportarlo el acreedor), por cuanto que la depreciación de la moneda implica un caso fortuito, que aunque no provoca la pérdida de la cosa, ciertamente determina su deterioro o menoscabo, y tal riesgo debe ser soportado por el acreedor.

Sin embargo, cabe replicar que las normas referentes a los riesgos tienen carácter supletorio o dispositivo, y no son de indole imperativa, ya que admiten

* Sanchez Meda Ram6n, *ob. cit.*, p. 103 y 104.

pacto en contrario. Además, quien se ha obligado en el modo en que lo ha declarado quererse obligar, debe permanecer indiferente al hecho de haber sobrevenido nuevas circunstancias que hayan cambiado la economía del contrato, sin importar que sea difícil o imposible preverlas.

3. Se alega que la depreciación de la moneda constituye una calamidad nacional que debe soportarse por todos los ciudadanos, sin que pueda admitirse la tentativa individualista de que a través de semejantes cláusulas se permita a unos cuantos sustraerse a los efectos perjudiciales del contrato, creándose una desigualdad irritante entre unos acreedores precavidos que se pusieron a cubierto del riesgo y otros que no previeron el evento. Asimismo se agrega, que es interés vital para el Estado mantener en el país la confianza en su signo monetario y no permitir que con las cláusulas en cuestión se siembre la desconfianza hacia la moneda nacional y caiga ésta en descrédito, repercutiendo ello en los intereses económicos del país y aumentando la circulación fiduciaria, porque se necesitará a causa de esas cláusulas un mayor número de monedas para la satisfacción de los créditos monetarios.

Sin embargo, hay que reconocer que estas cláusulas constituyen un mal menor que regulariza el curso de la inflación, suprimiendo las injusticias a que conduce el alza de precios, y que constituyen igualmente un medio técnico para asegurar la estabilización monetaria, ya que los particulares, seguros de recibir la exacta correspondencia de sus inversiones, no vacilarían en suscribir los empréstitos públicos y privados.

Asimismo, estas cláusulas tienen la utilidad económica de constituir un freno contra el abuso de la inflación por parte del Estado, ya que el mayor peligro es la fuerte tentación que ofrece ella a los gobiernos agobiados, porque encuentran muy cómodo crear riqueza aparente mediante la multiplicación de una moneda que nada cuesta. Por último, hay que advertir que la prohibición de estas cláusulas frustra la confianza de los acreedores; aparta a los capitalistas de los negocios de ejecución retardada; y provoca una contracción en el movimiento circulatorio de la riqueza y un estancamiento en la vida

económica nacional. Puede decirse con razón, que la negación sistemática de estas cláusulas, equivale a favorecer el agio del deudor que tiene la real e inmoral ventaja de pagar en moneda depreciada.

Por otra parte, como considera Sánchez Meda, la validez de éstas cláusulas *económicas* no puede ser cuestionada a pretexto de ser supuestamente contrarias al orden público, ya que la *indexación legislativa* en nuestro derecho ha reconocido su validez y concordancia con nuestro sistema monetario y al efecto señala:

“Según observa Messineo, ‘la libertad contractual, debe considerarse la regla y el límite, la excepción; y por lo tanto, como límite que es, para que tenga vigor, debe ser declarado expresamente’.

Al efecto, la libertad contractual como regla general encuentra su fundamento en diversos preceptos del Código Civil. ‘Los contratantes, dice el artículo 1839, pueden poner las cláusulas que crean convenientes’; ‘los contratos, - dice a su vez el artículo 1858 -, que no estén especialmente reglamentados en éste Código se regirán por las reglas generales de los contratos’, y ‘por las estipulaciones de las partes’; e igualmente el artículo 1796 determina que los contratos obligan a los contratantes *al cumplimiento de lo expresamente pactado*. Las excepciones o cortapisas a la libertad contractual las establece en general el artículo 1795, fracción III, por cuanto que el contrato puede ser invalidado cuando sea ilícito su objeto, su motivo o su fin, esclareciéndose en el artículo 1830 que es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, y en el artículo 1831 que el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres. Ahora bien, éstas limitaciones expresas a la libertad contractual no pueden aplicarse a las *cláusulas de indexación*, como lo pone de manifiesto el mismo legislador en la serie de reformas legales antes señaladas y, además, resulta del hecho mismo de no

haberse expedido hasta ahora ninguna disposición en concreto que hiera o afecte la nulidad a tales estipulaciones.

Suele también insertarse en el texto del contrato una "cláusula de revisión" para que el precio sea revisado en caso de alteración importante del valor del dinero o del costo de la vida, pudiendo tener dicha cláusula la naturaleza de una "cláusula compromisoria", cuando se designa de antemano a una persona o entidad para que actúe como amigable componedor en caso de surgir después la controversia por no haberse podido poner de acuerdo, o bien la designación del tercero se hace para que él sea quien fije el precio a la manera de lo que puede ocurrir en la compraventa conforme al artículo 2251, *in fine*, del Código Civil."⁶²

De esta transcripción se desprende que las cláusulas monetarias no deben limitarse al amparo de la libertad contractual donde cada quien se obliga en los términos que estime convenientes.

4.3.3. Opinión de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y crítica.

En relación con la validez de las cláusulas de estabilización monetaria, hay dos ejecutorias aisladas de la Tercera Sala de la Suprema Corte, aprobadas por apretada mayoría de solo tres votos a favor y dos votos en contra, sin embargo, deben desestimarse, a criterio de Sánchez Medal* conforme a lo siguiente:

1. Una ejecutoria resolvió "en el supuesto de que se hubieren previsto las devaluaciones de la moneda (en un arrendamiento), 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 motivos inflacionarios... el valor de la moneda está

⁶² *Ibidem*, pp. 105 y sigs.

* Sánchez Medal, *ob. cit.*, p. 106.

firmado por la ley y su poder liberatorio no depende de convenciones privadas, de suerte cualquier convenio en tal sentido concertado por los contratantes sería nulo" (Semanao Judicial de la Federación., Sexta época, tomo XXIV, páginas 71 y 72, amparo 1863/58, José de la Luz Valdéz).

Esta ejecutoria carece de toda eficacia en lo tocante al tema a estudio porque se ocupa de un caso *hipotético* y distinto al concreto de la *litis* constitucional planteado en autos, apartándose así del mandamiento constitucional de que la sentencia en todo juicio de garantías debe ceñirse a amparar al quejoso "en el caso especial sobre el que verse la queja (artículo 107, fracción II de la Constitución).

2. Otra ejecutoria se limitó a definir que no era renta cierta y determinada como lo exige el arrendamiento en los artículos 2398 y 2399 del Código Civil, cuando la renta no consiste en una "suma de dinero", sino en "otra cosa equivalente", la cláusula que remite durante la vigencia del contrato para la determinación de la renta a la medida de las alzas que se registren en los índices de precios que publica el Banco de México (amparo 6645/79, Ricardo Kuri Slim, 29-X-80, Informe de la Tercera Sala de la Corte de 1981, fojas 15, núm. 14).

Sin embargo, ésta ejecutoria no analiza si un contrato de esta naturaleza, aún sin ser arrendamiento por decirse que no contiene precio cierto y determinado, puede considerarse como un contrato innominado válido semejante al arrendamiento, de acuerdo con el artículo 1858 del Código Civil, que permite expresamente a los particulares la creación de nuevas figuras contractuales que no estén reglamentadas en la ley y a las cuales se les apliquen las normas de los contratos con los que guarden mayor analogía.

Por desgracia, la Corte desconoce, además, en esta singular ejecutoria la realidad que priva hoy día en nuestro país, donde un gran número de arrendamientos de locales comerciales se celebra a base de una renta mínima fija y un complemento variable en proporción a los ingresos por ventas efectuadas en el local materia del arrendamiento.

Aisladamente se ha sostenido (amparo 322/79 de Inmobiliaria Fram S. A., 25 de Octubre de 1980, Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito), secundando a la mencionada jurisprudencia francesa, que hay que distinguir dos clases de "cláusulas de escala móvil": unas nulas, cuando obedecen a la sola "intención monetaria" de sustraerse a la depreciación de la moneda nacional y al alza en el costo de la vida; y otras válidas, cuando solo tienden a que se mantenga el equilibrio interno del contrato y sean equitativas las prestaciones pactadas. Semejante criterio además de infundado, dejaría la solución al arbitrio casuístico del juez y amenazaría seriamente la seguridad de las transacciones económicas.

Para el caso de que los casos subsiguientes se resolvieran en base a éste último criterio, Bejarano Sánchez señala lo siguiente:

"¿Cómo decidir el problema? ¿Cómo descubrir el motivo o fin inductor del acto? - se debe considerar que - si lo que el acreedor persigue es el equilibrio interno del contrato, esto es, la proporción en las prestaciones, será legítimo que acuda a mecanismos de corrección monetaria cuyo índice o signo estabilizador esté relacionado con el objeto de dicho contrato o con la situación de los sujetos del mismo. En efecto, la vinculación del signo o índice de ajuste adoptado con los sujetos o el objeto del contrato, es un indicador apropiado; así, para regular el incremento del precio del arrendamiento de un inmueble, sería idónea la referencia al aumento al valor de la propiedad raíz e inapropiada la proporción al valor internacional del peso; se decidiría la validez de la primera y la nulidad de esta última, pues no existe vinculación inmediata ni necesaria relación directa entre la devaluación del peso y el costo del alquiler y en cambio, si la hay entre el valor del inmueble y éste. También sería válida la cláusula que incrementará la renta en proporción al índice de precios al consumidor, si el arrendador es un anciano retirado que vive de esa renta.

Explica Jorge López Santamaría que debe hacerse una distinción entre las cláusulas, según se vinculen o no con el objeto del contrato o con los

sujetos y dice: 'Las cláusulas no monetarias, en particular las indiciales, se clasifican en *internas* y en *externas*, según si la mercadería o el índice escogido, a fin de mantener constante la significación económica de la prestación estabilizada, guarda o no relación estrecha con los sujetos o con el objeto de la obligación. Así por ejemplo, son cláusulas *internas*: el pacto de estabilización o reajuste de remuneraciones según la tasa de mejoramiento de productividad de la empresa o según el porcentaje de aumento del precio oficial de venta de la mercadería que produce la empresa; igualmente, la indización de un préstamo a largo plazo para permitir el acceso a la vivienda, en conformidad al aumento porcentual del índice de precio de la construcción, o en proporción al aumento anual del sueldo del deudor o prestatario; como también, la estabilización de la renta de arrendamiento de un predio agrícola, que se destina a la producción de cereales, según el aumento del precio del trigo. En cambio, son cláusulas no monetarias *externas*: las que emplean como patrón referencial un índice muy general o un indicador del todo ajeno a la actividad de la partes y al objeto de la obligación'. Y concluye afirmando: 'esta distinción entre estabilización interna y externa ha servido, en algunos países para establecer criterios normativos sobre validez o nulidad de las cláusulas no monetarias'.

En resumen de lo anterior - continúa Bejarano Sánchez - procedería considerar indeseables las cláusulas monetarias y francamente ilícitas las que consisten en pago de moneda extranjera en actos ajenos al comercio internacional y de pago en oro si no fuere este el objeto recibido por el deudor; y por lo que concierne a las cláusulas valor moneda extranjera, valor oro, mercadería, valor mercadería e indiciales, podrían ser admitidas en los pactos las *internas*, esto es, estrechamente relacionadas con el objeto o los sujetos del contrato; y no así las *externas*, que evidentemente tienen como único propósito la especulación negocial y el lucro, con desdén de los intereses ajenos".⁶³

- Crítica a éste último criterio de los Tribunales. Como señalan los Mazeaud, después de analizar jurisprudencias similares al criterio citado,

⁶³ Bejarano Sánchez Manuel, *ob. cit.*, pp. 328 y 329.

deben aceptarse las cláusulas de estabilidad: “La hostilidad de la jurisprudencia contra las cláusulas por las cuales intentan las partes introducir un elemento de estabilidad en el contrato no está fundada. Todo contrato a término resulta imposible, no cabe otorgar ningún crédito en condiciones razonables, si, en los periodos de crisis de la moneda, el acreedor no puede asegurarse el pago de una prestación igual a la que suministra, es decir, precaverse contra la baja del poder adquisitivo de la moneda. Por otra parte, ha de lamentarse que la Corte de casación no haya sabido deducir un criterio sencillo y claro. La regla de derecho no cumple con su finalidad cuando se basa sobre una ficción, se encuentra a merced de la habilidad que pongan de manifiesto las partes en la redacción de fórmulas cuya letra prevalecerá sobre el fondo.”⁶⁴

De lo anterior se desprende que la aplicación del criterio aislado de la Corte para la validez de las cláusulas de estabilidad monetaria tendría como requisito que se persiguiera lograr el equilibrio interno del contrato, lo cual se salvaría cuando la cláusula atendiera a los sujetos o al objeto del contrato.

4.4 MORATORIA

En circunstancias especiales, excepcionales, el pago puede ser afectado por una moratoria, que suspenda o aplaze temporalmente la necesidad del cumplimiento de la obligación en la fecha exactamente fijada, o el recibo de la prestación en igual forma.

La moratoria, en relación con el pago, significa la facultad atribuida al acreedor de no recibir un pago contra su voluntad y la del deudor de no hacerlo en el tiempo en que sería obligado recibirlo o efectuarlo, de no existir disposición legal de carácter general que hubiese dejado en suspenso las obligaciones referidas.

Representa la moratoria el beneficio otorgado por el Poder público a deudores y acreedores, mediante una ley, para impedir que el cumplimiento

⁶⁴ Mazzeaud, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Mexicano*, p. 166.

riguroso y puntual de la obligación de pagar o de la recibir en pago, cause inmerecidamente a los mismos, dadas determinadas circunstancias anormales, producidas por guerras, revoluciones, crisis económicas o industriales graves, en un país (o en varios igualmente afectados), daños o perjuicios fácilmente previsibles.

En México podemos presentar como ejemplo de leyes moratorias las de 14 de diciembre de 1917, 13 de abril de 1918 y 21 de julio de 1926, dictadas con motivo de las situaciones creadas por los acontecimientos políticos de la época.

La justificación de la moratoria está siempre en un acontecimiento o peripecia de tipo social, político, económico o, simplemente, natural, que produce una perturbación de las relaciones de la vida jurídica que obstaculiza temporalmente de manera grave el cumplimiento de las obligaciones en la forma ordinaria.

La moratoria tiene su origen en una ley. Las leyes de moratoria tienen la finalidad de resolver, en periodos de profunda crisis, provocada por guerras, revoluciones, acontecimientos de carácter catastrófico, etc., los problemas que presenta, con carácter general, la exigibilidad del pago de obligaciones, principalmente en dinero, que no podrían cumplirse con la puntualidad normalmente debida sin grave daño para los deudores, o la necesidad de recibir la prestación en situaciones, por ejemplo, de grave depreciación monetaria.

Las moratorias tienen un fundamento y una justificación económico-social, pues las consecuencias derivadas del mantenimiento riguroso de la necesidad jurídica del cumplimiento de determinadas obligaciones, en circunstancias adversas, por motivos ajenos a la voluntad del obligado, podrían satisfacer de momento el interés realmente legítimo en juego, pero tal rigurosidad crearía en todo caso, según enseña la experiencia, un estado general de perturbación en las relaciones económicas que anularían los beneficios particulares que hubieran podido obtenerse en el orden singular del pago en tales condiciones exigido.

No es, por consiguiente, la moratoria una medida adoptada en beneficio exclusivo del deudor y en perjuicio del acreedor, sino más bien una disposición favorable a ambos, y también a la economía nacional.*

Relativo a la moratoria los Mazeaud estiman que “en principio, la obligación es exigible desde su nacimiento o si es a término, desde el vencimiento del mismo. A partir de ese momento, el acreedor puede reclamar, el cumplimiento por las vías de derecho, sobre todo por el embargo y la venta de los bienes del deudor. No obstante y excepcionalmente, el acreedor puede ser privado, contra su voluntad, del derecho de acudir a medidas ejecutivas, porque el legislador por una medida general dicte una *moratoria*.”

La moratoria es un plazo otorgado por el legislador a toda una categoría de deudores. La moratoria, por infligir un grave atentado a la estabilidad de los contratos, es una medida de excepción que no debe ser dictada sino en razón de circunstancias particularmente difíciles (como inundaciones, guerras, terremotos).⁶⁵

En nuestro país, “el cambio del sistema consagrado en la Ley Monetaria de 1905, produjo algunos resultados injustos. La crítica situación económica que sobrevino a consecuencia del movimiento revolucionario de 1910, los préstamos de dinero concedidos en plata o en otra especie de moneda con valor intrínseco, durante la época porfirista, eran pagados por los deudores con billetes de banco del curso corriente y legal, de muy escaso valor real. El problema se generaliza tornándose masivo y el legislador en defensa de los acreedores, estableciendo un aplazamiento forzoso en el pago de las deudas, por leyes llamadas ‘moratorias’, con el propósito de aguardar a que se restableciera la normalidad en la situación económica del país y la moneda

* De Pina Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. III, México, De. Porrúa, 1989, pp. 120 y 121.

⁶⁵ Mazeaud, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Mexicano*, p. 193 y 198.

readquiriera su valor: la Ley del 14 de diciembre de 1916 establecía, en el artículo 2º: 'Que todos los acreedores y deudores gozaran de una moratoria general para no ser obligados a efectuar o recibir pagos de dinero contra su voluntad'. La suspensión en los pagos fue levantándose parcialmente en los años siguientes y fue derogada en forma definitiva en el mes de julio de 1926".⁶⁶

4.5 SISTEMAS DE INTERESES DEL PAGO

- En materia civil. En el mutuo, se permite se estipule un interés (artículo 2393 del Código Civil para el Distrito Federal). El interés puede ser legal o convencional. El interés legal es el nueve por ciento anual. El interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero cuando el interés sea tan desproporcionado que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de este, el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés legal hasta el tipo legal (artículo 2395). Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses (artículo 2397).

En la compraventa, si el comprador no paga el precio en los plazos convenidos, incurre en mora, lo cual lo constituye en la obligación de pagar réditos al tipo legal sobre la cantidad que adeude (artículo 2255).

- En materia mercantil el cobro de intereses no se limita al préstamo de dinero, sino que también se regula el préstamo en especies y títulos o valores. El Código de Comercio señala que en el caso de préstamo mercantil en general, los deudores que demoren en el pago de sus deudas deberán satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto el seis por ciento anual. Si el préstamo consistiere en especies, para computar el rédito se graduará su valor por los precios que las mercaderías

⁶⁶ Bejarano Sánchez Manuel, *ob. cit.*, p. 329.

prestadas tengan en la plaza en que deba hacerse la devolución, el día siguiente al del vencimiento, o por el que determinen peritos si la mercadería estuviere extinguida al tiempo de hacer su valuación. Y si consistiere el préstamo en títulos o valores, el rédito por mora será el que los mismos títulos o valores devenguen, o en su defecto el seis por ciento anual, determinándose el precio de los valores por el que se tengan en la bolsa, si fueren cotizables o, en caso contrario, por el que tuvieren en la póliza el día siguiente al del vencimiento (artículo 362).

Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos (artículo 363). El recibo del capital por el acreedor sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados debidos, extinguirá la obligación del deudor respecto a los mismos. Las entregas de cuenta, cuando no resulte de manera expresa su aplicación, se imputarán, en primer término, al pago de intereses por orden de vencimientos, y después al del capital (artículos 363 y 364).

Respecto de la obligación del pago de los intereses, Trabuchi señala lo siguiente: "El dinero se considera, en general, como un bien fecundo por su naturaleza. La regla del artículo 1.282 sostiene que los créditos de una suma de dinero cuando son líquidos (determinados en su cuantía) y exigibles (no sometidos a términos o condiciones) producen intereses de pleno derecho. Se trata de una aplicación del principio general de onerosidad que el Código vigente ha afirmado en varias de sus normas.

El pago de los intereses constituye en sí mismo una obligación pecuniaria; pero ésta, regularmente, no produce a su vez intereses. Los intereses vencidos producen intereses sólo en dos casos: cuando su pago se ha exigido judicialmente y en el caso de un acuerdo posterior a su vencimiento. En ambos supuestos deberá tratarse de intereses debidos, como mínimo, por los últimos seis meses. Tal norma relativa al 'interés compuesto', que se denomina técnicamente 'anatocismo', se establece en el artículo 1.283; sin embargo, no tendrá carácter inderogable y será de aplicación solamente a falta de un uso en contrario. (Vigentes, v.g., en las operaciones bancarias; las Cajas de Ahorro e

Instituciones similares se rigen por leyes especiales). La obligación del pago de los intereses es de carácter accesorio.⁶⁷

Como el interés puede ser insuficiente para equilibrar las contraprestaciones pactadas, que pueden modificarse por el paso del tiempo, se propone la aplicación de la teoría de la imprevisión para que sea el órgano judicial el que logre en punto intermedio para que no se lesione desproporcionadamente los intereses de una de las partes.

⁶⁷ Trabuchi Alberto, *ob. cit.*, p. 56.

CONCLUSIONES

1.- El dinero tiene tres valores, intrínseco, nominal y de cambio. El valor intrínseco es el precio de la moneda considerada como mercancía, por el valor del metal con que está elaborada. El valor nominal es el que le atribuye el Estado, por la cifra numeral inscrita, sea cual fuere el valor real o poder adquisitivo. Y el valor de cambio es el que tiene una moneda en relación a otra (el valor en curso se representa por el poder adquisitivo de la moneda en determinado momento).

2.- En el pago de deudas a plazo, en que el objeto de la obligación es el dinero, si se restituye sólo la cantidad convenida en su cuantificación nominal es que se ha aceptado el nominalismo. Si se debe restituir una suma cuyo poder de compra equivalga al de la cantidad mutuada, se postula la teoría valorista o realista.

3.- La Ley Monetaria vigente prescribe el nominalismo, esto es, que las obligaciones a plazo en dinero se solventarán entregando la moneda corriente, por su valor nominal y no la especie convenida, sin embargo, la legislación del país ha ido haciendo a un lado el valor nominal de la moneda.

4.- La teoría de la imprevisión postula que la fuerza del contrato debe ceder y debe hacerse un ajuste de las cláusulas del mismo, por los jueces, cuando el acto se tornó inequitativo por el cambio imprevisto de las circunstancias.

5.- Aunque la moneda extranjera no tiene curso legal, sí se pueden contraer obligaciones con ella, en cuyo caso se pagarán con moneda nacional en función del tipo de cambio vigente en el lugar y fecha de pago, salvo que el origen de la obligación sea moneda nacional, porque entonces se aplicará el tipo de cambio que regía cuando se contrajo la obligación. Sin embargo, cuando así lo disponga la ley, sí se solventará la obligación en moneda extranjera.

6.- Otro medio para mantener la estabilidad del valor de las prestaciones en contratos a largo plazo o tracto sucesivo es incluir cláusulas de estabilización, que pueden ser "monetarias" y hacen referencia al valor de oro o de una moneda extranjera, y las "cláusulas económicas" o "escala móvil", que remiten al valor de las mercaderías, de prestaciones (salario mínimo) o diversos índices (de precios).

7.- Se debe incluir expresamente en nuestro Código Civil, en el capítulo del cumplimiento de las obligaciones la aplicabilidad de la Teoría de la Imprevisión a efecto de dar certidumbre jurídica al pago ante la inestabilidad monetaria, y al efecto propongo se incluya un artículo 2078-bis que a la letra diga:

"En los contratos de tracto sucesivo, si la prestación de una de las partes hubiere llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato o bien la modificación equitativa del contrato desde que la reclamación de las obligaciones asumidas por ella le afecte gravemente. La resolución no podrá ser demandada si la onerosidad sobrevenida entrara en el área normal del contrato. La parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarlo ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato".

BIBLIOGRAFIA

- BEJARANO SANCHEZ MANUEL,
Obligaciones Civiles,
México, Editorial Porrúa,
1996.
- BANCHIO ENRIQUE CARLOS,
Obligaciones de Valor,
Argentina, Ediciones Lerner,
1976.
- BORJA SORIANO MANUEL,
Teoría General de las Obligaciones,
México, Editorial Porrúa,
1995.
- BRAVO VALDES BEATRIZ Y
BRAVO GONZALEZ AGUSTIN,
Segundo Curso de Derecho Romano,
México, Editorial Pax México,
1985.

- DE PINA RAFAEL,
Elementos de Derecho Civil Mexicano.
Volumen Tercero,
Séptima Edición, México,
Editorial Porrúa,
1993.

- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO,
Derecho de las Obligaciones.
México, Editorial Porrúa,
1996.

- MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN,
Lecciones de Derecho Civil.
Parte Segunda, vol.III,
Buenos Aires, Editorial Ejea,
1969.

- ORTIZ URQUIDI RAUL,
Derecho Civil.
México, Editorial Porrúa,
1986.

- **PLANIOL MARCEL Y GEORGES RIPERT,**
Tratado Elemental de Derecho Civil,
México, Ed. México-Cárdenas,
Trad. de Ia. 12 de. Francesa por
José M. Cajica Jr., vol. IV.,
1981.
- **ROJINA VILLEGAS RAFAEL,**
Derecho Civil Mexicano,
Tomo V, Obligaciones, vol.II,
México, Editorial Porrúa,
1995.
- **RUGGIERO ROBERTO DE,**
Instituciones de Derecho Civil,
Tomo II, Vol. I,
Madrid, Instituto Editorial Reus,
1977.
- **SANCHEZ MEDAL RAMON,**
De los Contratos Civiles,
México, Editorial Porrúa,
1995.

- **TRABUCCHI ALBERTO,**
Instituciones de Derecho Civil.
Vol. II, Madrid, Editorial Revista Derecho Privado,
1967.

- **Enciclopedia Jurídica Omeba,**
Buenos Aires Ed. Driskill, Sa., Tomo XXI,
1990.

LEGISLACION.

- **Código Civil para el Distrito Federal, en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, Editorial Porrúa, 1996.**
- **Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, McGraw-Hill Interamericana Editores, S. A. de C. V., 1997.**
- **Código Civil para el Estado de Aguascalientes, Editorial Sista S.A DE C.V., 1997.**
- **Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, 1996.**
- **Código Civil de la República de Argentina, Zavalia Editor, 1994.**