137
223

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

A C A T L A N

BREVES REFLEXIONES JURIDICO - DOCTRINALES DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION COMO CATEGORIA DE DERECHO PRIVADO Y SU INFLUENCIA EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA MEXICANA.

T E S I S

PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JOSE ANTONIO HERNANDEZ - ESPINOSA

ASESOR: LIC. JOSE ANTONIO MARTINEZ - CASTAÑON

NAUCALPAN, ESTADO DE MEXICO 1994

"¿Qué abogado puede abrigar la seguridad de conocer todas las disposiciones? ¿Quién puede estar cierto de que, al emitir una opinión, ha tenido en cuenta, es su sentido plenario y total, ese imponente aparato de normas? Como todas las artes, la abogacía sólo se aprende con sacrificio; y como ellas también se vive en perpetuo aprendizaje."

Eduardo J. Couture

El Sínodo designado para la revisión de la presente tesis, se integró por los CC. Licenciados en Derecho:

Presidente: María Magdalena HERNÁNDEZ-VALENCIA.

Vocal: Roberto ROSALES-BARRIENTOS.

Secretario: José Antonio MARTÍNEZ-CASTAÑÓN.

Suplente: Alicia DUEÑAS-GARCÉS.

Suplente: Luis PÉREZ-GÓMEZ.

Fue defendida públicamente en examen profesional, realizado el día ocho de noviembre del año de 1994, en la UNAM/ENEP "Acatlán", ante el jurado integrado por:

Presidente:

Vocal:

Secretario:

Doy gracias a **Dios Nuestro Señor**, creador de todas las cosas y guía espiritual de nuestras vidas, por haberme permitido llegar a este momento y con ello enorgullecer mi existencia.

A MIS PADRES
Sra. Eustolia Espinosa de Hernández y Sr. Ricardo Hernández Rendón
Por encaminar mis pasos día con día a este momento, que es uno de los más importantes en mi vida, con mi más sincero agradecimiento; recordandoles que mientras brille una luz en mi memoria, mientras guarde mi pecho una ilusión; ustedes estarán en el fondo de mi alma y en los latidos de mi corazón, y así decido a ustedes este modesto trabajo.

A MI HERMANA
Porque su ejemplo es un impulso para mi a seguir superandome cada día.

A MI CUÑADO
Por haberse incorporado a nuestra familia y brindarme su apoyo incondicional.

A MIS SOBRINOS
Lety, Dora y Nico, para que sirva de estímulo a que realicen una carrera profesional.

A la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO**, por haberme permitido integrarme a la Máxima Casa de estudios y decir con orgullo que soy universitario.

A la **ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES-ACATLÁN**, porque fue en esta escuela donde se me dieron las herramientas necesarias para enaltecer el honor de la profesión y continuar con el prestigio académico.

A MIS MAESTROS
Por dedicar su tiempo a la enseñanza, y cooperar de esa manera con el futuro de México, preparando cada día mejores profesionistas.

Al Lic. **JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ CASTAÑÓN**, quien fue asesor de está tesis, dedicando su tiempo a la revisión de la misma.

A la Srita. **LETICIA LOZANO-MORALES** por todos los momentos felices que hemos compartido y por su apoyo incondicional, gracias Lety, MUCHAS GRACIAS.

A todos mis amigos y compañeros de profesión porque la vida nos vuelva a reunir algún día.

Un agradecimiento especial al C.P. **ENRIQUE LÓPEZ-CANO**, por su desinteresada colaboración en la conclusión de esta tesis.

Doy gracias también a las siguientes personas, por la ayuda brindada en el mecanográfiado del presente trabajo:
Sra. Elvira Velázquez-Montes.
Srita. Patricia Lozano-Morales.

INDICE GENERAL

CAPÍTULO PRIMERO

TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTRATO Y EL CONVENIO COMO ACTOS JURÍDICOS (UNA ADECUACIÓN A LAS ESPECIES)

CAPÍTULO TERCERO

FUNDAMENTOS Y GENERALIDADES DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

CAPÍTULO CUARTO

LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO INTERNACIONAL

CAPÍTULO QUINTO

LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO MEXICANO

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Apud.	Citado por
art.	Artículo
arts.	Artículos
Cfr.	Confrontar
C. Civ.	Código Civil
C. Civ. agu.	Código Civil de Aguscalientes
C. Civ. ale.	Código Civil aleman
C. Civ. arg.	Código Civil argentino
C. Civ. cub.	Código Civil cubano
C. Civ. esp.	Código Civil español
C. Civ. fra.	Código Civil francés
C. Civ. ita.	Código Civil italiano
C. Civ. jal.	Código Civil de Jalisco
C. Civ. per.	Código Civil peruano
C. Civ. 70.	Código Civil mexicano de 1870
C. Civ. 84.	Código Civil mexicano de 1884
C. Civ. 28.	Código Civil mexicano de 1928
C. Co.	Código de Comercio mexicano
C. P.	Código Penal mexicano
Cap.	Capítulo
D. F.	Distrito Federal
ed.	Edición
Edit.	Editorial
et. alls.	Y otros
etc.	Etcétera
fracc.	Fracción
Ibidem.	En el lugar citado
Ibid.	En el lugar citado
Id.	En el lugar citado
in totum.	En toda la obra
infra.	Arriba
L. A.	Ley de amparo
L. A. O. P.	Ley de Adquisiciones y Obras Públicas
Loc. cit.	En el mismo lugar
núm.	Número
núms.	Números
op. cit.	Obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
reimp.	Reimpresión
s.	Siguiente

ss.	Siguientes
sic.	Así esta escrito
supra.	Abajo
t.	Tomo
trad. esp.	Traducción al español
ud.	Usted
V.g.	Verbigracia (por ejemplo)
vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo haremos una exposición de los fundamentos doctrinales que se elaboraron para codificar la cláusula "Rebus sic stantibus". No debemos olvidar que algunas instituciones jurídicas tienen su origen en el Derecho romano, en tal sentido debemos acudir a aquella fuente histórica del Derecho para iniciar nuestra explicación sobre el tema central de nuestra tesis, ésta es aplicar la **"Teoría de la imprevisión"** en el Derecho mexicano.

No olvidemos que el presente estudio generalmente se conoce como "Trabajo de tesis" proponiendose un tema de elección particular para desarrollarlo en torno a algo específico, en este orden de ideas si por "TESIS" debemos entender la opinión defendida con argumentos especiales sobre la interpretación de un hecho o tema, ello fue lo que nos decidió a plantearnos la siguiente pregunta ¿Es aplicable la imprevisión en el Derecho mexicano? La respuesta no es del todo unívoca, toda vez que hay tantas respuestas como opiniones se emitan al respecto.

Así, el método que preferimos para abordar este trabajo fue el deductivo, es decir, partir de lo general para ir con ello encaminando al lector hasta donde la imprevisión encuentra su posible aplicación, en el caso particular (**infra**, Cap. V).

Por este motivo, el **Capítulo primero** está dedicado a examinar la manifestación primaria del Derecho, esto es, el ACTO JURÍDICO. Consideramos los elementos de estructura de la norma jurídica, ya que una vez puestos en marcha inicia un proceso de consecuencias enmarcadas dentro del ordenamiento jurídico. De esta manera es que el hombre (para hablar específicamente) con su actos de voluntad y por querer las consecuencias previstas por el Derecho en las relaciones jurídicas, realiza una serie de actos a los cuales el orden jurídico reconoce y ampara. Pero estos actos (que pueden denominárseles convenios y contratos entre otros), requieren para ser reconocidos como tales reunir determinados elementos que son: unos de existencia (manifestación de la voluntad, objeto posible, y en algunos casos solemnidad); otros de validez [capacidad, objeto motivo o fin lícito, ausencia de vicios en el consentimiento (error y miedo) y forma].

En el **Capítulo segundo** expondremos una de las especies del género ACTO JURÍDICO (el contrato), iniciando con una discusión larga y añeja que quizá esta mal enfocada y que nosotros ponemos a su consideración algunas ideas que contribuyan a una mejor comprensión. Ello se debe a que los conceptos de convenio y contrato incluidos en los artículos 1792 y 1793 del C. Civ. 28 se encuentran mal redactados. Proseguiremos nuestra explicación con la clasificación de los contratos así como con su

interpretación, efectos y causas generales de dar por terminados los mismos. Se nos podrá objetar el no incluir los elementos que forman los contratos pero esto queda subsanado cuando explicamos los elementos del acto jurídico (**infra**, 9.C.).

Dedicamos en el **Capítulo tercero**, un interés especial al estudio del tema central del presente trabajo. Se dice que el Derecho romano es la fuente inicial y principal de la mayoría de las instituciones ahora conocidas, sin embargo como lo hacemos notar "...en este Derecho podemos encontrar algunos antecedentes de esta teoría, haciendo la aclaración que tal como se formula modernamente era desconocida" (**infra**, 101.aa.). De esta forma comenzamos la exposición con la determinación tanto de su nombre más adecuado como de su concepto, para después referirnos a las diversas teorías que tratan de fundar su existencia, y que se dividen en:

a) La misma relación contractual (en la voluntad de las partes o en el equilibrio de las prestaciones); y

b) Una relación extracontractual (en principios de Derecho natural, como la moral, la buena fe o la equidad).

Se determina cuales son los requisitos para aplicar la "Teoría de la imprevisión", así como también cuáles figuras jurídicas no deben ser confundidas con la imprevisión, para por último explicar cuáles son sus efectos y a que

contratos podemos aplicarla. No olvidando desde luego la intervención oportuna del Poder legislativo o judicial.

En el **Capítulo cuarto** se alude a las legislaciones de algunos de los países que se refieren a la "Teoría de la imprevisión" de manera expresa, consagrando dentro de sus Códigos algunos artículos para especificar el supuesto de la imprevisión y las consecuencias que ella produce, dentro de esos ordenamientos a los que podemos catalogar de revisionistas, se encuentran a Alemania y Cuba (los cuales no contienen una norma expresa, pero sin embargo aplican este principio en base a la buena fe y a la equidad que debe existir en todos los contratos o en figuras como la fuerza mayor o el caso fortuito), por su parte Italia, Argentina y Perú si contienen normas expresas que consagran esta doctrina; encontra de estos ordenamientos revisionistas, están los que no admiten modificaciones al contrato una vez concluido, el ejemplo que podemos mencionar es el de España. Por último comentaremos que Francia aún a pesar de haber sido colocada por nosotros como no revisionista (el Consejo de Estado si hace uso práctico de la aplicación de la imprevisión), toda vez que la Corte de Casación no admite la aplicación de la imprevisión.

El **Capítulo quinto**, último de nuestra tesis, centra su atención en el Derecho positivo mexicano para determinar que nuestros ordenamientos (civiles y administrativos)

si admiten la imprevisión de manera indirecta en unos casos (a base de construcciones doctrinales); y en otros de manera expresa (como por ejemplo el contrato de obra pública y el de suministro), todo esto no sin antes ver como el Poder legislativo ha intervenido para modificar las relaciones contractuales a través de "Legislaciones de emergencia". El Poder judicial también a participado en esta construcción doctrinal de la imprevisión por medio de la jurisprudencia.

Este pequeño bosquejo de nuestra tesis nos permitira ver que en México si es posible aplicar la imprevisión a través de los Principios Generales del Derecho, la buena fe y la equidad contractual, existentes en todos los contratos e inspiradores del articulado de nuestro C. Civ. 28.

CAPÍTULO PRIMERO

TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO

SUMARIO:

1.A) LA NORMA JURÍDICA CREADORA DE ACONTECIMIENTOS REGULADOS POR EL DERECHO: 2.a) Estructura de la norma jurídica; 3.b) Ley de Causalidad jurídica. **4.B) TEORÍAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA DEL ACTO JURÍDICO:** 5.a) Teoría clásica o francesa; 6.b) Teoría italiana; 7.c) Teoría moderna o alemana; 8.d) Posición del Derecho mexicano. **9.C) ELEMENTOS DEL ACTO JURÍDICO:** 10.a) Elementos de existencia del acto jurídico: 11.aa) Manifestación de la voluntad; 12.aaa) Consentimiento; 13.bbb) Formación del consentimiento entre ausentes y presentes; 14.bb) El objeto; 15.aaa) Objeto directo; 16.bbb) Objeto indirecto; 17.aaaa) Prestación de cosas; 18.bbbb) Prestación de hechos; 19.cc) La solemnidad; 20.b) Elementos de validez del acto jurídico: 21.aa) Capacidad de las partes; 22.aaa) Capacidad de goce; 23.bbb) Capacidad de ejercicio; 24.ccc) Incapacidad jurídica; 25.ddd) Representación; 26.bb) Ausencia de vicios en el consentimiento; 27.aaa) El error; 28.aaaa) Error de hecho; 29.bbbb) Error de derecho; 30.cccc) Error de cálculo y error de cuenta; 31.dddd) Error sobre el motivo determinante de la voluntad; 32.eeee) Error espontáneo y error provocado; 33.bbb) El miedo; 34.aaaa) Alteraciones que no vician la voluntad; 35.bbbb) Causas que provocan el miedo; 36.ccc) La lesión; 37.cc) Objeto, motivo o fin lícito; 38.aaa) Teoría clásica de la causa; 39.bbb) Teoría anticausalista; 40.ccc) Teoría neocausalista; 41.ddd) La causa en el Derecho mexicano; 42.aaaa) Códigos Civiles de 1870 y 1884 del D.F.; 43.bbbb) Código Civil de 1928 del D.F.; 44.eee) Los actos jurídicos abstractos; 45.fff) Máxima "**Nemo auditur proprian turpitudimen allegans**"; 46.dd) Voluntad manifestada en la forma que establece la ley; 47.aaa) Las formalidades en el Derecho comparado; 48.bbb) Las formalidades en el Derecho mexicano; 49.aaaa) Código Civil de 1870 del D.F.; 50.bbbb) Código Civil de 1884 del D.F.; 51.cccc) Código Civil de 1928 del D.F.; 52.ccc) Contratos consensuales, solemnes y formales. **53) SU ADECUACIÓN Y JUSTIFICACIÓN A LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.**

1. A. LA NORMA JURÍDICA CREADORA DE ACONTECIMIENTOS REGULADOS POR EL DERECHO

Comenzaremos esta discertación con una breve referencia de lo que es la NORMA JURÍDICA, damos por todos sabido la distinción que existe entre las demás normas (morales, religiosas y de trato social) que rigen la conducta de los hombres. Así pues, el concepto de norma desde un punto de vista jurídico es el más importante y fundamental del Derecho, sin embargo, los autores que estudian esta institución no les ha sido posible obtener una idea unívoca de su significado, empero SCHMILL-ORDOÑEZ(1) considera que: "Puede afirmarse que existe concenso en el sentido de que: 1. El objeto de estudio de la ciencia jurídica esta constituído por normas; 2. Que las normas constituyen conjuntos ordenados y llevan a cabo diversas funciones que pueden claramente especificarse."

En la concepción de GARCÍA-MÁYNEZ(2) la norma jurídica es: "La regla de conducta que hace depender de la realización de sus supuestos la existencia de un deber correlativo de un derecho de otra o de otras personas, o la de un derecho correlativo del deber cuya observancia hace posible

(1) SCHMILL-ORDOÑEZ, Ulises, "Norma jurica", **DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO**, Edit. Porrúa, México, 1984, t. VI, p. 252.
(2) GARCÍA-MÁYNEZ, Eduardo, **DIÁLOGOS JURÍDICOS**, Edit. Porrúa, México, 1978, p. 222.

el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor". Por lo que una característica distintiva de la norma jurídica es su BILATERALIDAD, ya que al atribuir un deber, confiere correlativamente una facultad, son en este sentido normas IMPERO-ATRIBUTIVAS.

Por otro lado, es posible asegurar que no hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, a un propósito, esto es, al intento de satisfacer una necesidad práctica. En este sentido, toda norma de Derecho constituye un producto humano, algo que los hombres elaboran incitados por una necesidad surgida en cierto tiempo y en una cierta situación. Resulta pues, que la norma jurídica es el medio ideado por los hombres para lograr un fin, consistente en que los sujetos cumplan o realicen la conducta que aparece como ordenada, para la mejor convivencia en sociedad.

2. a. Estructura de la norma jurídica

Este epígrafe lo dedicaremos al análisis de la estructura de la norma jurídica que es el origen de toda relación de Derecho. En este sentido afirma KELSEN(3) de una manera categoría que: "La estructura del precepto jurídico implica un juicio hipótetico. Para que una norma pertenezca a la esfera del

(3) **Apud.** por ROJINA-VILLEGAS, Rafael, **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO**, Edit. Porrúa, 2a. ed., México, 1967, p. 149.

derecho, es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción."

Así pues, la estructura de la norma jurídica esta compuesta por dos partes: 1. Un **supuesto** o **hipótesis normativa**; y, 2. Una **disposición** o **consecuencia**, contemplados en el siguiente enunciado "Si A es, debe ser B", donde la expresión DEBER SER es la cópula en donde descansa la estructura del precepto jurídico.

Lo anterior permite formular la estructura del precepto jurídico bajo los siguientes términos: "En determinadas condiciones un sujeto A debe observar cierta conducta; si no la observa, un sujeto B, órgano del Estado, le aplicará cierta sanción". Enunciado que resulta notoriamente incompleto, en virtud de que olvida el sector de lo contencioso, es decir una forma de conducta jurídicamente regulada que necesariamente debe ser previa a la intervención coactiva del Estado y que además, constituye conforme a los principios del Derecho moderno, una etapa de transición absolutamente necesaria, sin la cual no puede llegarse a la sanción, ya que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, toda vez que el sistema normativo no establece el puente de unión que conforme a la estructura del Derecho Procesal debe mediar entre el hecho ilícito y la imposición de la sanción coactivamente.

Así, muy suscintamente explicado, queda evidenciada la insuficiencia de la estructura normativa, ya que parecería que el órgano estatal impone la sanción independientemente y fuera del juicio, como si la imposición coactiva funcionara no sólo en forma inmediata, sino además independientemente de la calificación jurídica que debe establecerse a través de la intervención del órgano estatal.

Tradicionalmente se ha definido al supuesto jurídico, primer elemento en la estructura de la norma jurídica como: "La hipótesis normativa de cuya realización depende que se actualicen las consecuencias de derecho" (4). Abriendo al azar cualquier Código, podemos comprobar que se observa siempre la estructura normativa antes indicada. Ciertamente no habrá que confundir el supuesto jurídico con la conducta o acontecimiento que tiene la virtud de realizarlo, por consiguiente, el supuesto es un simple enunciado normativo, que no tiene realidad fuera de éste.

Ahora bien, entre los supuestos jurídicos y las consecuencias de derecho, existen dos tipos de relaciones: 1. Entre la realización del supuesto y la actualización de las consecuencias, siendo este tipo de enlace necesario, es decir realizado el supuesto **ipso jure** nacen las consecuencias

(4) ROJINA-VILLEGAS, Rafael, **DERECHO CIVIL MEXICANO**, Edit. Porrúa, 5a. ed., México, 1986, t. I, p. 141.

previstas, en este sentido, hay una relación idéntica a la de las ciencias naturales (causa-efecto); 2. Entre la realización del supuesto y el cumplimiento de las consecuencias, siendo este tipo de enlace complejo, toda vez que puede ser contingente o necesario, en la medida que el cumplimiento de la disposición dependa de un acto de voluntad o por ministerio de ley.

Al respecto ROJINA-VILLEGAS(5) expone que cuando se trata de supuestos de creación de derechos u obligaciones se esta ante una relación contingente; en cambio, en la transmisión, modificación y extinción de esas situaciones jurídicas no existe la citada relación contingente sino necesaria.

El segundo componente de la estructura de la norma jurídica lo constituyen las consecuencias de derecho, entendiéndose por tales: "Todas aquellas situaciones jurídicas concretas que sobrevienen por virtud de la realización de los distintos supuestos previstos en las normas jurídicas" (6). Es característica principal de la disposición la de ser una situación jurídica concreta.

De manera muy somera y sin adentrarnos en el tema por no ser el propósito de este trabajo, diremos que dentro de la

(5) ROJINA-VILLEGAS, **op. cit.** nota (3), p. 164.
(6) **Ibidem.**, p. 171.

diversidad en que las consecuencias de derecho pueden ser clasificadas: la más trascendental es la que las divide en consecuencias de carácter privado (aquellas que se encuentran en las relaciones entre particulares); y las de carácter público (relaciones entre el Estado y los particulares cuando éste actúa como entidad soberana, o bien, entre los distintos órganos estatales).

Las consecuencias de Derecho privado se manifiestan en la creación, transmisión, conservación, modificación y extinción de derechos, siendo este tipo de consecuencias las más importantes de todo el Derecho privado. Estas consecuencias tienen un amplio campo de acción, toda vez que la voluntad humana esta facultada para crear todo tipo de relaciones que interesen a los particulares. También en este tipo de disposiciones la autonomía de la voluntad tiene una función vital (**infra**, 109.B.), con ciertas restricciones, pero aún a pesar de ello se pueden crear derechos y deberes jurídicos. Estas consecuencias de derecho tienen un proceso de elaboración, así que tienen que cumplir con ciertas condiciones de fondo y forma que se manifiestan en los requisitos de existencia y validez de los actos jurídicos.

3. b. Ley de Causalidad jurídica

Analizados de manara somera los elementos que compone la norma jurídica, veremos en este epígrafe como a través

de la Ley de Causalidad jurídica es posible entender porqué, cuando realizado el supuesto jurídico nacen de inmediato las consecuencias de derecho para determinado sujeto, quedando por así decirlo atrapado dentro del campo del Derecho.

Para explicar esta ley, nos apoyaremos en dos juristas argentinos: Carlos MOUCHET y Ricardo ZORRAQUI-BECU(7) quienes expresan: "El derecho, en su deseo de regular la conducta humana mediante normas previamente determinadas, se ve obligado a formular juicios hipotéticos o supuestos jurídicos, cuya realización ha de originar ciertas consecuencias... La primera parte de la norma se llama hipótesis o supuesto jurídico, y consiste en el conjunto de condiciones cuya realización ha de originar una consecuencia determinada. La segunda parte se llama disposición, y no es otra cosa que el efecto o resultado que ha de tener en derecho el cumplimiento de aquellas condiciones hipotéticamente previstas... Entre la hipótesis y la disposición se produce naturalmente una relación de causa efecto... Es la llamada LEY DE CAUSALIDAD JURÍDICA. Pero esta ley no funciona en forma idéntica a las leyes de causalidad que estudian las ciencias naturales... Para que entre en vigencia un precepto del derecho es necesario que ocurra el HECHO previsto o supuesto de la hipótesis. Ese hecho a de originar una relación jurídica entre

(7) **Apud.** por VILLORO-TORANZO, Miguel, **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO**, Edit. Porrúa, 5a. ed., México, 1982, p. 325.

dos o más personas que son los sujetos del derecho, la cual tiene por objeto una determinada prestación. La parte dispositiva entra entonces en juego, fijan los derechos y obligaciones que corresponden a esos sujetos. Y si no se cumple la prestación a que esta obligado el sujeto pasivo, la norma establece una sanción cuya realización efectiva requiere a veces el uso de una coacción sobre la persona obligada o sobre sus bienes."

Habiamos comentado las relaciones que se dan entre los supuestos y las consecuencias (**supra**, 2.a.), ahora lo haremos en orden a la Ley de Causalidad jurídica. Así, entre el supuesto jurídico y su efectiva realización hay una relación contingente ya que para que se llegue a producir se requerirá de un acontecimiento denominado HECHO o ACTO JURÍDICO. Entre la realización del supuesto y el nacimiento de la disposición la relación será necesaria, como ya lo hemos explicado. Por último, el vínculo entre las consecuencias y su realización efectiva es contingente, toda vez que puede dejar de cumplirse la obligación o bien dejar de ejercer el derecho. En este sentido afirma FRITZ-SCHREIER(8): "No hay consecuencia jurídica sin supuesto de derecho, o en otra forma toda consecuencia jurídica hallase condicionada por determinados supuestos."

(8) **Apud.** por GARCÍA-MÁYNEZ, Eduardo, **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO**, Edit. Porrúa, 35a. ed., México, 1984, p. 174.

4. B. TEORÍAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA DEL ACTO JURÍDICO

Dentro de este parágrafo se comprenden diversas denominaciones, todas ellas encaminadas a la misma significación, pues se le llama: Teoría general de los hechos jurídicos; Teoría general de los actos jurídicos o bien Teoría general del negocio jurídico. La diferencia entre denominar esta parte de estudio hechos, actos o negocios jurídicos, se debe quizá a las doctrinas que se ocupan del análisis de estas teorías, sin embargo, consideramos que debería ser conocida como TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO en el Derecho positivo de cualquier país, todo esto de acuerdo al análisis que de la palabra ACTO hace PLANIOL(9), quien explica: "La palabra acto en la terminología jurídica tiene dos sentidos diferentes: designa en ocaciones una OPERACIÓN JURÍDICA, correspondiente entonces, a la palabra latina NEGOTIUM; otras veces, designa un DOCUMENTO PROBATORIO, destinado a demostrar alguna cosa, respondiendo en este caso al término latino INSTRUMENTUM". Interesa aquí ocuparnos de el primer sentido apuntado por PLANIOL.

Hay que tener en cuenta que la realización del supuesto jurídico tiene lugar mediante un acontecimiento, es decir se da un cambio en el mundo jurídico por la realización de

(9) PLANIOL, Marcel, **TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CIVIL**, Libraire Générale de Droit & Jurisprudence, 11a. ed., París, 1937, t. II, p. 109.

éste, produciéndose las consecuencias de derecho no existentes antes de esa realización, en estos términos al acontecimeitno que genera las consecuencias de derecho se le denomina como HECHO JURÍDICO (10).

Ahora bien la teoría de los hechos jurídicos es estudiada por diversos tratadistas tanto extranjeros como nacionales, sin embargo tres son las que tiene gran importancia y supremacia. Estas teorías son a saber:

I. La CLÁSICA o FRANCESA, elaborada por Julien BONNECASE, basándose en los textos de los artículos del Código Civil Napoleónico, pilar fundamental de toda la cultura jurídica francesa y fuente principal de la codificación civil mundial. Esta teoría es la que adoptó nuestro Derecho positivo patrio.

II. La ITALIANA, que expone e interpreta Salvador PUGLIATTI de los artículos del nuevo Código Civil de 1942 y de la doctrina italiana.

III. La MODERNA o ALEMANA, explicada por Andrés VON-THUR, basada en el Código Civil Alemán, que reglamenta la teoría del negocio jurídico en los artículos 104 a 185 inclusive, con principios semejantes de la teoría francesa y características similares a la italiana.

---

(10) **Cfr.** DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, **DERECHO CIVIL**, Edit. Porrúa, 2a, ed., México, 1990, p. 497.

Indicabamos que la teoría que desarrolla nuestro Derecho positivo es la clásica, toda vez que la mayoría de los autores mexicanos la analizan y exponen, la que defienden y consideran como la correcta. Sin embargo, no son desconocidas por los tratadistas mexicanos las otras dos teorías, los defensores de éstas, argumentan que están más apegadas a la realidad social, como es el caso de la alemana, que en **nuestro particular punto de vista** es superada por la italiana. De los autores mexicanos que analizan la teoría francesa se encuentran entre otros a ROJINA-VILLEGAS(11) y BORJA-SORIANO(12); entre los que exponen la la teoría alemana se encuentran a ORTÍZ-URQUIDI(13) y DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ(14); por último la teoría italiana es explicada por GALINDO-GARFIAS(15).

5. a. Teoría francesa

Esta teoría no está reglamentada por el C. Civ. fra., pero de la interpretación de los artículos del propio ordenamiento BONNECASE creo la teoría por comentar. Así, este autor estableció que los hechos jurídicos en general pueden

---

(11) ROJINA-VILLEGAS, **op. cit.** nota (4), t. I, pp. 325 y ss.
(12) BORJA-SORIANO, Manuel, **TEORÍA GENERAL DE LA OBLIGACIONES**, Edit. Porrúa, 4a. ed., México, 1962, t. I, pp. 97 y ss.
(13) ORTÍZ-URQUIDI, Raúl, **DERECHO CIVIL**, Edit. Porrúa, 3a. ed., México, 1983, pp. 204 y ss.
(14) DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, **op. cit.** nota (10) pp. 490 y ss.
(15) GALINDO-GARFIAS, Ignacio, **DERECHO CIVIL**, Edit. Porrúa, 6a. ed., México, 1983, pp. 204 y ss.

dividirse en hechos jurídicos en sentido restringido, los cuales a su vez son subclasificados como voluntarios o involuntarios. Los voluntarios pueden ser lícitos o ilícitos. Además de los hechos jurídicos **stricto sensu**, los de sentido general admiten a los actos jurídicos.

De los conceptos vertidos por la generalidad de la doctrina, se desprende que el hecho jurídico **lato sensu** es todo acontecimiento cuyo origen puede ser la voluntad del hombre o la naturaleza, que produce consecuencias de derecho; dentro de esta concepción cabe todo tipo de acontecimientos generadores de efectos jurídicos, cualquiera que fuere su origen (16).

En efecto, la cuna de un hecho jurídico en general puede estar en la naturaleza, en un animal o bien en un ser humano, con o sin intervención en este caso de la voluntad. La falta absoluta de la intervención humana en la realización de un hecho jurídico, la presencia de esa intervención en mínima proporción o su participación como factor determinante para su realización o por último, cuando la propia voluntad se manifiesta tanto en la realización del acontecimiento como en la creación de las consecuencias jurídicas que ésta trae consigo, dan lugar a distintas especies y subespecies del hecho jurídico como género.

---

(16) **Cfr.** BONNECASE, Julien, **ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL**, Cárdenas, Editor y Distribuidor, Tijuana, 1985, t. I, trad. esp. de José M. Cajica Jr., p. 165.

En este orden de ideas señala BONNECASE(17) que: "...la expresión hecho jurídico frecuentemente es empleada en un sentido especial y en oposición al acto jurídico. En este caso se considera un acontecimiento puramente material, tal como el nacimiento o la filiación, o acciones más o menos voluntarias, que fundadas en una regla de Derecho, generan situaciones o efectos jurídicos, aún cuando el sujeto de este acontecimiento o de estas acciones no haya tenido, ni podido tener, el deseo de colocarse bajo el imperio del Derecho."

Si partimos de la fuente generadora del acontecimiento, procede tener en cuenta dos clases de hechos jurídicos en sentido estricto: los hechos de la naturaleza en primer lugar y los hechos voluntarios en segundo término. Suele denominarse hecho jurídico material al suceso que se realiza sin intervención de la voluntad y que es el creador, transmisor, modificador o extintor de efectos jurídicos, como ejemplos podemos citar a la tempestad, el nacimiento de un individuo, la muerte, etc. Los hechos jurídicos restringidos voluntarios pueden definirse por su parte, como los acontecimientos que producen consecuencias de derecho y en cuya realización la voluntad interviene en mayor o menor grado, sin intervenir en la producción de las consecuencias. De acuerdo con la concepción francesa, estos últimos acontecimientos admiten dividirse en

(17) Loc. cit.

hechos voluntarios lícitos y en hechos voluntarios ilícitos, según esten de acuerdo o no con las leyes de orden público y las buenas costumbres, por lo que se refiere a los hechos ilícitos estos pueden ser intencionales o imprudenciales.

La doctrina francesa en su generalidad y las que le siguen, fincan la diferencia entre acto jurídico y hecho jurídico **stricto sensu**, en la respectiva proyección que la voluntad de su realizador tiene hacia el nacimiento de las consecuencias de derecho. Para comprobar lo antes apuntado señala BONNECASE(18) que el acto jurídico es una manifestación de voluntad para producir una consecuencia de derecho que puede consistir en crear, transferir, modificar o extinguir algún derecho.

6. b. Teoría italiana

Esta doctrina se funda en principios muy similares a la francesa, ambas establecen la diferencia entre los hechos que provienen de la voluntad humana y los que provienen de la naturaleza con un análisis muy semejante. PUGLIATTI es el que elabora la teoría del negocio jurídico, tomando como base el artículado del Código Civil italiano. Comienza PUGLIATTI(19) su

(18) **Ibid.**, p. 164
(19) PUGLIATTI, Salvador, **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO** Edit. Porrúa, México, 1943, trad. esp. de Oscar Vázquez de Mercado, p. 218.

exposición diciendo: "Se designan hechos jurídicos, todos los hechos naturales o humanos que producen consecuencias jurídicas. El hecho está pues constituído por la síntesis de un doble elemento: 1. El hecho natural o humano (elemento material); y, 2. La calificación proveniente del ordenamiento jurídico (elemento formal). Se considera como hechos (simplemente) naturales todos los que, aún con relación al hombre, no dependen de su actividad."

Así, los hechos jurídicos en sentido amplio pueden clasificarse en hechos: naturales **stricto sensu**, y hechos humanos. Estos últimos a su vez admiten una subclasificación en hechos jurídicos humanos **stricto sensu** y en actos jurídicos, que pueden ser, actos jurídicos en sentido restringido y negocios jurídicos. Los primeros, es decir, los actos jurídicos **stricto sensu** tienen como subespecies a los actos simplemente voluntarios y los actos de voluntad.

En cuanto a lo que debe entenderce por hechos naturales y hechos humanos BRANCA(20) enseña: "Hechos naturales son aquellos cuyas consecuencias jurídicas no depende del obrar humano, aún cuando éste haya existido, sino de un acontecimiento por sí mismo y por su forma física de obrar... Hechos humanos son aquellos cuyo efecto se produce en cuanto son obra del hombre, se

(20) BRANCA, Giuseppe, **INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO**, Edit. Porrúa, México, 1978, trad. esp. de Pablo Macedo, p. 49.

distinguen en: 1. HECHOS HUMANOS en sentido estricto, en los cuales las consecuencias se producen y perduran, en cuanto exista y PERDURE la actividad, o la voluntad del sujeto; y, 2. ACTOS JURÍDICOS, cuyo efecto se produce (y perdura) a consecuencia de un acto inicial de voluntad; estos a su vez son: 3. NEGOCIOS JURÍDICOS y ACTOS JURÍDICOS EN SENTIDO ESTRICTO, según que las consecuencias jurídicas sean o no conformes con la voluntad autónoma del agente."

Es de observar un apego más firme a la realidad jurídica, toda vez que la doctrina italiana distingue claramente entre actos realizados por la fuerza de la naturaleza y que les atribuye consecuencias jurídicas, y aquellos otros, que realiza el hombre y que también producen un cambio en el mundo jurídico por así prevenirlo una norma de Derecho.

El maestro GALINDO-GARFIAS(21) apunta certeramente que el acto jurídico para la doctrina italiana es todo acontecimiento en el que interviene la conducta humana, los cuales pueden ser: 1. ACTOS SIMPLEMENTE VOLUNTARIOS; y, 2. ACTOS DE VOLUNTAD. Son actos simplemente voluntarios aquellos que si bien presuponen la voluntad del sujeto, lo que se toma en consideración es la actividad que se desarrolla; y actos de voluntad, aquellos en los que el dato determinante consiste en la

(21) GALINDO-GARFIAS, **op. cit.** nota (15), p. 211.

voluntad del sujeto que se toma en consideración por el Derecho, como el antecedente inmediato de la cual la norma hace producir consecuencias jurídicas.

Concluye nuestro autor en cita diciendo: "Los tratadistas italianos reservan el nombre de 'negocios jurídicos' a aquellos actos de voluntad humana en que deliberada y conscientemente se busca producir las consecuencias jurídicas porque las partes pretenden deliberada y libremente la protección de su interés jurídico a través de la declaración de voluntad, si tienen una finalidad lícita. Ejemplos de negocios jurídicos: el contrato, el testamento, los estatutos de una sociedad."

7. c. Teoría alemana

Su principal exponente es Andrés VON-THUR, que explica está teoría en base a la reglamentación que hace el C. Civ. ale., y que se encuentra contenida en la Sección tercera, del Libro primero, denominada "NEGOCIOS JURÍDICOS" (arts. 140 a 185 inclusive) del propio ordenamiento.

Dentro de **nuestro particular punto de vista** fue expuesta la teoría italiana antes de la ahora comentada por considerar que los tratadistas italianos superan a los germanos en la clasificación de los acontecimientos jurídicos, sin olvidar que la teoría del NEGOCIO JURÍDICO tuvo su origen y desarrollo en Alemania y que gracias a los germanos se estudia esta teoría

tripartita (hechos, actos y negocios jurídicos), además de ser uno de los paises que dentro de su ordenamiento civil reglamenta está teoría, que hoy pocos ordenamientos lo hacen, entre ellos el nuestro.

Para iniciar su exposición VON-THUR(22) explica: "Los efectos jurídicos implican siempre una alteración en el mundo del derecho, y en particular al nacimiento, la modificación o la extinción de las relaciones jurídicas o derechos subjetivos. Los requisitos de hecho de un precepto jurídico se componen casi siempre de varios hechos concretos que han de producirse simultáneamente o sucesivamente, con arreglo a un orden determinado o sin orden alguno. Estos hechos dotados de eficacia jurídica se llaman hechos jurídicos. Frente a ellos aparecen la gran masa de los hechos indiferentes para el derecho."

Tanto la doctrina alemana como la italiana y francesa se fundan en términos generales en los mismos razonamientos para clasificar a los diversos acontecimientos jurídicos; sin embargo la primera detalla y profundiza más en su análisis, con relación a la tercera, acudiendo a razonamientos más lógicos. En una y otra enseñanza se observa al hecho jurídico en sentido amplio como denominador común de los acontecimientos a

(22) VON-THUR, Andrés, **DERECHO CIVIL COMPARADO**, Antigua Librería Robredo, México, 1945, trad. esp. de Wenceslao Roses, p. 77.

los que el Derecho reconoce la producción de consecuencias.

Estos hechos jurídicos se dividen en hechos en sentido restringido y en actos jurídicos, dependiendo de la intervención de la voluntad del sujeto en su realización.

Por lo que el hecho jurídico **lato sensu** es todo acontecimiento capaz de producir efectos jurídicos; en tanto el hecho jurídico **stricto sensu** queda reservado únicamente para calificar así a los acontecimientos en cuya realización la voluntad no interviene; quedando por consiguiente el acto jurídico definido como un acto de voluntad con intervención de un sujeto capaz de producir consecuencias de derecho, ofreciendo una clasificación del mismo en actos jurídicos en sentido estricto y en negocios jurídicos.

En el acto jurídico en sentido estricto la intervención de la voluntad queda circunscrita únicamente a la realización de éste, sin que su autor pueda agregar modalidades, renuncias o liberaciones, como disposiciones voluntarias derogatorias de la regulación legal al efecto. Por lo tanto la ley se pone en marcha al realizarse un acontecimiento de esta naturaleza, sin que su autor pueda evitarlo.

Por lo que se refiere al negocio jurídico y de la importancia que la autonomía de la voluntad tiene en la formación de éste (**infra**, 109.B.) es conveniente citar lo afirmado por

BETTI(23): "La autonomía de la voluntad (como actividad y potestad de autoregulación de intereses y relaciones propias, desplegadas por el mismo titular de ellas) puede ser reconocida por el orden jurídico estatal en dos distintas y diversas funciones: a) Puede ser reconocida como fuente de normas jurídicas destinadas a formar parte del mismo orden jurídico que la reconoce; b) Puede también, ser reconocida como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya disciplinadas en abstracto y en general, por las normas del orden jurídico. Aquí nos interesa considerar la autonomía privada solamente. Esta autonomía es reconocida por el orden jurídico, en el campo del Derecho privado, exclusivamente en la segunda de las funciones citadas. Es decir, como actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva, de las relaciones jurídicas entre individuo e individuo; relaciones cuya vida y vicisitudes están ya disciplinadas por normas jurídicas existentes. La manifestación suprema de esta autonomía es el negocio jurídico. El cual es precisamente concebido como acto de autonomía privada, al que el derecho atribuye el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas entre particulares. Tales efectos jurídicos se producen en cuanto que están dispuestos por normas, las cuales, acogiendo como presupuesto de hecho el acto de autonomía privada, se remite a él como supuesto necesario y

(23) **Apud.** por DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, **op. cit.** nota (10), p. 506.

suficiente."

De esta manera podemos definir el negocio jurídico como un acto de voluntad cuyo fin es producir consecuencias de derecho, por medio del cual el individuo configura por si relaciones jurídicas con otros en plena autonomía privada de su voluntad.

8. c. Posición del Derecho mexicano

La influencia ejercida en nuestro medio tanto por la legislación como por la doctrina francesa han propiciado que la mayoría de los tratadistas mexicanos omitan referirse al negocio jurídico, ya que estudían preferentemente al acto jurídico, con total exclusión de aquel.

En efecto, ROJINA-VILLEGAS(24) considera clara la distinción entre hecho voluntario y acto jurídico, comentando que los autores italianos y alemanes no estan de acuerdo con ello. Por su parte el maestro DE PINA(25) se limita a decir por su parte: "El Código Civil para el Distrito Federal desconoce la expresión 'negocios jurídicos' haciendo únicamente referencia a los 'actos jurídicos'. Los autores nacionales, sin embargo, aceptan la distinción entre actos jurídicos y negocios jurídicos,

(24) **Cfr.** ROJINA-VILLEGAS, **op. cit.** nota (4), t. V, vol. I, p. 103.
(25) DE PINA, Rafael, **ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO**, Edit. Porrúa, 15a. ed., México, 1986, t. I, p. 267.

difícil desde el punto de vista del derecho positivo patrio, y tratan de fijarla tomando como base no la legislación propia, sino la doctrina extranjera."

Opina BATIZA(26) para concluir con el tema en comento que: "Consideramos que las expresiones 'negocio jurídico' y 'acto jurídico' son, en términos generales sinónimas. La tendencia doctrinaria de establecer distinción entre ellas constituye, a nuestro juicio, un esfuerzo artificial y esteril, cuyas distinciones son de una sutileza tal que se desvanecen en la nada."

Como es fácil observar, las opiniones son muy diversas, toda vez que van desde el favorecimiento de la distinción, hasta su total desconocimiento. Sin embargo, como mencionamos anteriormente la influencia directa recibida tanto del Código Napoleónico como de la doctrina francesa, se han reflejado y cristalizado en los diversos ordenamientos civiles sucesivamente vigentes en el Distrito Federal. Particularmente, el Código Civil vigente omite cualquier alusión al negocio jurídico y por el contrario la referencia expresa a acto o actos jurídicos es constante en su contenido. Por lo que podemos concluir que la doctrina y la legislación mexicanas utilizan la expresión acto jurídico, así que difícilmente encontramos alusión

(26) BATIZA, Rodolfo, **EL FIDEICOMISO**, Edit. Porrúa, 4a. ed., México, 1980, p. 133 especialmente su nota (230).

a la palabra negocio jurídico, de no ser respecto de la gestión de negocios, más no para referirse al concepto ahora comentado, sino para aludir a asuntos o negociaciones.

9. C. ELEMENTOS DEL ACTO JURÍDICO

Previamente a que en los epígrafes siguientes comentamos los elementos de existencia y validez del acto jurídico, es conveniente hacer algunas aclaraciones.

El acto jurídico es una creación de la mente y como tal, es inmaterial. Más aún el acto jurídico no es el documento en el que consta. Quien pretenda estudiar su estructura y dinámica, esta en desventaja porque su objeto de análisis y estudio es algo no apreciable por los sentidos. Así pues los elementos del acto jurídico los expondremos de acuerdo con la reglamentación ofrecida por el C. Civ. 28, toda vez que dicho ordenamiento no contiene una teoría general del acto jurídico que permita seguirla abiertamente. Lo que reglamenta dicho ordenamiento es la teoría del contrato que es una especie del género acto jurídico.

DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ(27) en este sentido expresa: "El Código Civil regula la teoría del contrato como una de las

(27) DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, **op. cit.** nota (10), p. 521.

especies del género acto jurídico y hace aplicables las disposiciones de aquél a los demás actos mediante una mera referencia señalada en un precepto aislado."

El artículo al que se hace referencia es el 1859 que dispone: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos."

Este artículo último citado, ha sido blanco de serias críticas, por hacer extensivas las disposiciones de los contratos a los demás actos jurídicos.

A este respecto señala ROJINA-VILLEGAS(28) que: "Se ha creído conveniente abandonando el sistema seguido desde el Código Napoleón por todos aquellos que en él se han inspirado, establecer en el Libro Primero tanto disposiciones generales para el acto jurídico, cuando regular los problemas de inexistencia y nulidad que el mismo origina, así como tratar de sus modalidades y de las cuestiones relativas a su interpretación; considerando que es más lógico y jurídico, como lo hace el Código Alemán, establecer la regulación general del acto jurídico, para después hacer las excepciones y aplicaciones

(28) ROJINA-VILLEGAS, Rafael, **PROYECTO DE REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL**, Edit. Porrúa, México, 1967, pp. 17 y ss.

concretas que procedan, a los diversos actos unilaterales o plurilaterales, entre vivos o por causa de muerte, consensuales, formales o solemnes, de creación o de extinción de derechos. De esta suerte, tales normas son aplicables en general a los contratos, convenios, testamentos, declaraciones unilaterales de voluntad, o actos jurídicos innominados, cambiándose así el sistema seguido por nuestros Códigos Civiles en la República Mexicana, tanto los que adoptaron el de 1884 del Distrito Federal, cuanto el vigente, que ha erigido el sistema de aplicar las reglas del contrato a los convenios y otros actos jurídicos (lo que no es aceptable), puesto que se parte de la especie para llegar al género, en vez de seguir el procedimiento contrario, de más sólido fundamento lógico. En efecto, las normas aplicables a la especie de actos que son los contratos, tienen particularidades propias a esta categoría de actos sobre todo por su carácter plurilateral, debido a la intervención de dos o más voluntades, por lo cual no puede ser correcto extender a todos los casos y con carácter de regla general, los preceptos reguladores de esas particularidades, como es evidente tratándose de actos jurídicos unilaterales, y, en especial, de la fuente de obligaciones denominada declaración unilateral de voluntad."

Ahora bien, la doctrina ofrece opiniones igualmente respetables en el sentido de que el sistema adoptado por el C. Civ. 28 en su art. 1859 es el adecuado, como la de BORJA

COVARRUBIAS(29) al afirmar: "Creemos que es de aprobarse el sistema adoptado por nuestro Código Civil para el Distrito Federal y Territorio Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, del cual no hay que separarse."

Por lo tanto, y en atención a lo anteriormente expresado, al estudiar y exponer los elementos de existencia y validez del acto jurídico lo haremos con apoyo en la teoría general del contrato, reglamentada en nuestro C. Civ. 28 del artículo 1794 al 1859 inclusive; sustituyendo la palabra CONTRATO por la de ACTO JURÍDICO, totalmente valido de acuerdo a nuestro ordenamiento legal y atento a los comentarios expresados con anterioridad.

Supuesto lo anterior, tengamos presente la enumeración de los elementos esenciales del acto jurídico, contenidos en el artículo 1794 del C. Civ. 28:

"Art. 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato."

Por su parte, los elementos de validez del acto

(29) BORJA-COVARRUBIAS, Manuel, **LOS CÓDIGOS CIVILES Y LA TEORÍA GENERAL DE LOS ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS**, México, 1969, p. 40.

jurídico están señalados por el artículo 1795 del ordenamiento indicado, cuyo texto es el siguiente:

"Art. 1795.- El contrato puede ser invalidado:

I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II. Por vicios del consentimiento;

III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."

Salta a la vista la posición diversa que adopta el C. Civ. 28 en la enumeración de los elementos esenciales, ya que lo hace en sentido positivo, por contra, el propio ordenamiento al enumerar los elementos de validez, lo hace en sentido negativo.

10. a. Elementos de existencia del acto jurídico

Las partes esenciales que componen el acto jurídico son: 1. La manifestación de la voluntad, explicando por que debe ser ésta y no el consentimiento; 2. Un objeto posible; 3. Por último, la solemnidad que debe existir en todo acto jurídico, explicando las razones por las cuales el artículo 1794 no menciona esta figura.

11. aa. Manifestación de la voluntad

El artículo 1794 del C. Civ. 28 menciona al

consentimiento y no a la manifestación de la voluntad, toda vez que el precepto hace referencia a la especie del género, en este caso, al contrato y no al acto jurídico. En este punto referirse a la manifestación de la voluntad como primer elemento del acto jurídico es para aludir al género, en tanto que si mencionamos el consentimiento, es con referencia a la especie de dicho elemento esencial que requiere de la participación de dos o más voluntades en su estructura.

Así pues, la manifestación de la voluntad comprende dos elementos: uno, la voluntad del sujeto tendiente al otorgamiento del acto mantenida en el fuero interno; otro, la declaración de la voluntad que implica su exteriorización. Por lo que para una plena manifestación de voluntad, como elemento integrador del acto jurídico es indispensable, no sólo la participación de los dos aspectos señalados, se requiere una congruencia plena de ellos, de tal manera que la voluntad en el fuero interno sea el origen de la declaración y ésta reconozca a aquella como su fuente.

Así, por manifestación de la voluntad debemos entender al acto externo mediante el cual se declara la intención de una persona, intención que puede darse a conocer en forma expresa o tácita.

12. aaa. Consentimiento

Cuando nos encontramos frente a un acto jurídico

en el que se requiera la participación de dos o más voluntades (generalmente un contrato) es preferible hablar de consentimiento como primer elemento de existencia. Por ello, en términos generales por consentimiento se entiende el acuerdo de voluntades sobre un punto de interés jurídico.

El consentimiento dada su naturaleza se forma por medio de una OFERTA O POLICITACIÓN y por una ACEPTACIÓN a la misma. Lo que nos obliga a dar una idea conceptual de cada una de ellas. Así: "POLICITACIÓN: es una declaración unilateral de voluntad, recepticia, expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada, con la expresión de los elementos de esa voluntad, sería y hecha con el ánimo de cumplir en su oportunidad; y ACEPTACIÓN: es una declaración de voluntad, expresa o tácita, hecha a persona determinada, presente o no presente, seria, lisa y llana, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, policitación u oferta." (30)

Por otro lado el consentimiento no se puede llegar a formar y con esto el acto jurídico no existir, en tres supuestos distintos: 1. Cuando las partes sufren un error respecto de la naturaleza del acto; 2. Cuando lo sufren respecto del objeto; y, 3. En los contratos simulados.

(30) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, **DERECHO DE LAS OBLIGACIONES**, Edit. Cajíca, 5a. ed., 13a. reimp., Puebla, 1986, pp. 209 y 214.

En el primero de los casos mencionados no se forma el consentimiento, cuando una de las partes cree que está celebrado una operación de compraventa, y la otra que se trata de una donación. En el segundo de los casos, se confunden bienes semejantes, por ejemplo una persona es propietaria de dos inmuebles de características iguales, y vende el predio A, mientras su contraparte cree comprar el B. Por lo que hace al tercer caso, existe la simulación cuando el acto que se celebra no tiene nada de real. Son dos los momentos a considerar en el acto simulado: el ostencible, en el que las partes manifiestan su deseo de producir las consecuencias de ese acto; otro, es el acto secreto, en el que se dice que no existe jurídicamente lo anterior.

13. bbb. Formación del consentimiento entre presentes y ausentes

El consentimiento que se forma entre presentes tiene las siguientes hipótesis:

I. OFERTA SIN FIJACIÓN DE PLAZO, contenida en el art. 1805 del C. Civ. 28, que interpretado a contrario sensu establece que el oferente queda obligado, sólo si a su oferta recae una aceptación inmediata, pues de lo contrario el oferente queda desligado de la misma.

II. OFERTA CON PLAZO, establecida en el art. 1804

del propio ordenamiento, del cual se desprende: si el autor de la oferta concedió un plazo para la aceptación, quedará obligado hasta la expiración de dicho plazo, manteniendo su oferta por todo el tiempo que haya concedido.

III. OFERTA POR TELÉFONO, la parte final del art. 1805, del C. Civ. 28, establece que la misma regla para la oferta entre presentes se aplica a la oferta hecha por teléfono, toda vez que se considera que las partes están una frente a otra, de ahí que el legislador ordene idéntica solución.

IV. CUANDO EL OFERENTE QUEDA LIBRE DE SU OFERTA, esta regla es una aplicación del art. 1810 del C. Civ. 28, que establece que el oferente quedará libre de su oferta cuando la respuesta que reciba implique una modificación a la primera y no sea una aceptación lisa y llana a la propuesta. En caso de modificación de la oferta los papeles se invierten.

Se debe considerar otro supuesto de formación del consentimiento, este es el que se presenta entre personas no presentes, y por la circunstancia que fuere, no hubiere una comunicación directa entre ellos.

A propósito de los contratos entre ausentes ROJINA-VILLEGAS(31) enseña: "Son aquellos contratos en que la

(31) ROJINA-VILLEGAS, **op. cit.** nota (4), t. V, vol. I, p. 276.

aceptación no se da en presencia de la otra... Con ello se supone, sin duda, que existe un momento y un lugar únicos en que el contrato nace y empieza a producir sus efectos... conviene proceder de este modo cuando se trata de determinar cuáles son los efectos de la oferta y de la aceptación, en que medida son obligatorias y desde cuándo son definitivas."

La determinación del momento en el que el consentimiento queda estructurado y consecuentemente formado el contrato cuando se trata de personas que tanto para la oferta como para la aceptación no pudieron tener una comunicación directa, ha propiciado el ofrecimiento de cuatro diversos sistemas:

I. El SISTEMA DE LA DECLARACIÓN: si se dice que el consentimiento es un acuerdo de voluntades, tan pronto como el aceptante reciba la oferta y está conforme con ella, se forma el consentimiento.

II. El SISTEMA DE LA EXPEDICIÓN: no basta que el aceptante esté conforme con la oferta, como sucede con el sistema de la declaración; se requiere un momento más; es necesario que el aceptante haga saber su conformidad a la oferta por medio de una carta o telegrama y que la deposite en la oficina correspondiente. Es en ese momento, que se forma el consentimiento. A propósito, el C. Co., en su artículo 80, primera parte, adopta justamente este sistema.

III. El SISTEMA DE LA RECEPCIÓN: aceptado por el C. Civ. 28 en su art. 1807, consiste en un paso más dentro de la secuela del sistema inmediatamente anterior, es decir, no basta que se deposite la carta o el telegrama, es necesario que llegue a su destino, o sea, al domicilio del oferente. Hasta ese momento se forma el consentimiento, de ahí que se le designe con el nombre de sistema de la recepción.

IV. El SISTEMA DE LA INFORMACIÓN: de acuerdo con este sistema, el consentimiento se forma en el momento en que el que propone (oferente), se entera del contenido de la aceptación, es decir no basta con que reciba la aceptación, es necesario que se informe de ella. Como un caso de excepción dentro de nuestro ordenamiento legal está el contrato de donación, el cual se rige por este sistema (arts. 2340 y 2346 del C. Civ. 28).

Entre los que contratan no estando presentes es muy importante distinguir también, que la oferta se haya dado con o sin plazo. Cuando es sin plazo el artículo 1806 resuelva el problema en los siguientes términos: "Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones". Por contra cuando se da un plazo para

aceptar, los contratantes no presentes deberán acatar la disposición que está contenida en el art. 1804 del C. Civ. 28.

Dada la seriedad que debe existir en las transacciones, no es fácil aceptar que alguna de las partes se retracte sin motivo, ya sea de su oferta, ya de su aceptación, toda vez que alguna de las partes pudo hacer actos o hechos tendientes a la realización del contrato. Hay sin embargo, un caso de excepción, cuando el oferente se retracta de su oferta y la retractación la recibe el aceptante antes que la oferta, o a la inversa.

Por último, existe la posibilidad que una vez que la oferta salga del dominio del policitante éste fallezca, supuesto que prevee el art. 1809 del C. Civ. 28 en los siguientes términos: "Si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquel obligados a sostener el contrato."

14. bb. Objeto

Referirse al objeto en relación con el acto jurídico, trae consigo tener presentes diversos significados del mismo, además, el estudio del objeto es propiamente materia de las obligaciones, pero como la mayoría de las cuestiones relativas al objeto se refieren a las obligaciones contractuales,

es por esta razón que se trata al objeto a propósito de los contratos.

A este respecto hay que advertir que en los actos jurídicos debemos distinguir un objeto directo y en ocaciones un objeto indirecto. El objeto directo consistira en crear, transferir, conservar, modificar o extinguir derechos, y el indirecto, en la cosa o en el hecho matería del acto jurídico.

15. aaa. Objeto directo

El objeto directo del acto jurídico debe ser jurídicamente posible. Ello significa que dentro del orden jurídico no haya alguna disposición que impida el nacimiento de la creación, transmisión, conservación, modificación o extinción de los derechos. En este sentido afirma FLORES-BARRUETA(32) que: "Las consecuencias de derecho como objeto directo, pueden jurídicamente realizarse si en el supuesto jurídico el acto está considerado como apto para producir consecuencias de derecho."

16. bbb. Objeto indirecto

El objeto indirecto del acto jurídico consiste en la prestación o en el hecho a que se haya obligado el deudor, que pueden consistir en dar, hacer o no hacer.

---

(32) FLORES-BARRUETA, Benjamín, **APUNTES DE DERECHO CIVIL**, edición mimeográfica, México, p. 82.

BORJA-SORIANO(33) señala: "Se llama objeto de la obligación lo que puede exigir el acreedor al deudor. Este objeto puede ser un hecho positivo, como la ejecución de un trabajo o la entrega de dinero: se llama entonces prestación; puede ser también un hecho negativo, es decir, una abstención. Entre las obligaciones que tienen por objeto una prestación positiva, se hace una subdistinción... Se colocan aparte las que tiene por objeto prestaciones de cosas... o sea, una traslación de propiedad o un derecho de uso de las cosas, etc... y se les llama obligación de dar, tomando esta palabra en un sentido semejante al de las latinas DARE y PRESTARE. Las obligaciones positivas que no son de dar, son las que tienen por objeto prestaciones de hecho... y se llaman obligaciones de hacer. Las obligaciones negativas indistintamente toman el nombre de obligaciones de no hacer... Hay pues, tres objetos posibles para las obligaciones: dar, hacer y no hacer." Nuestro C. Civ. 28 se refiere a las prestaciones anteriormente mencionadas en los artículos 2011, 2027 y 2028.

17. aaaa. Prestación de cosas

Por disposición del art. 2011 del C. Civ. 28 el objeto de una prestación de dar es invariablemente una cosa. Por su parte el art. 1924 fracc. I del C. Civ. 28 señala que es

(33) BORJA-SORIANO, **op. cit.** nota (12), t. I, p. 84.

objeto del acto jurídico la cosa que el obligado debe dar, la cual por disposición del art. 1925 debe existir en la naturaleza, ser determinable o determinada en su especie y estar en el comercio. De las exigencias indicadas, la primera de ellas, o sea, la existencia de la cosa en la naturaleza, implica su posibilidad física; que sea determinada o determinable en su especie y que este en el comercio dan por resultado su posibilidad jurídica.

Una cosa para que pueda ser objeto indirecto del acto jurídico debe existir en la naturaleza o ser susceptible de llegar a existir. En este sentido no se podría celebrar un acto de compraventa de una sirena por no existir estos seres.

Es posible que cuando la celebración del acto jurídico correspondiente tenga lugar, no exista aún la cosa sobre la que recaerán sus efectos, el artículo 1826 del C. Civ. 28 permite que en un momento dado dichos efectos recaigan sobre cosas futuras; sin embargo, el mismo precepto niega esa posibilidad a la herencia de una persona viva, aún cuando ésta manifieste su conformidad.

Por su parte, la determinación individual es la ideal en el mundo jurídico, pues es referirse a una cosa en particular. La determinación sólo en cuanto al género es descartable, toda vez que trae consigo tal generalidad que hace

totalmente inidentificable a la cosa y por ello jurídicamente imposible. Un grado intermedio de determinación que limita al género lo es en cuanto a su especie, con la cantidad, la calidad, el peso o la medida en su caso, para lograr con ello la concreción mínima aceptable en materia jurídica.

ROJINA-VILLEGAS(34) considera que: "Atendiendo a estas tres formas posibles de la determinación: individual, específica y genérica, se dice que la cosa es posible jurídicamente cuando se determina o en forma individual o por su especie (cuando ésta permite darle valor económico a la prestación). Se considera que la cosa no es determinada ni susceptible de determinarse, cuando sólo atiende al género, sin precisar la especie y cantidad. La calidad no es necesaria, pues la ley determina en caso de silencio que el deudor cumplirá entregando una cosa de mediana calidad art. 2016 del Código Civil."

La posibilidad jurídica de la cosa también depende, según el art. 1825 fracción III del C. Civ. 28, de que esté en el comercio. Los arts. 747, 748 y 749 del C. Civ. 28 dan el significado legal de comerciabilidad, es decir en que consiste que una cosa esté en el comercio o por el contrario este excluído del mismo. Así una cosa puede ser objeto de apropiación si no

(34) ROJINA-VILLEGAS, op. cit. nota (4), t. V, vol. I, p. 290.

esta excluida del comercio; y las causas por las cuales una cosa está fuera del comercio son dos: por su naturaleza o por disposición de la ley.

El respectivo texto de los preceptos indicados es el siguiente:

"Art. 1825.- La cosa objeto del contrato debe: ... 3°. Estar en el comercio."

"Art. 747.- Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio."

"Art. 748.- Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición del ley."

"Art. 749.- Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular."

A continuación expondremos **NUESTRO PARTUCULAR PUNTO DE VISTA (sin ninguna pretención de cambiar o de ir en contra del sentido doctrinal imperante)** con respecto a la comerciabilidad o incomerciabilidad de los bienes y las cosas. En efecto, como es de observarse, los artículos transcritos en ningún momento hace referencia a BIEN sino sólo a COSA, y la razón parece clara y lógica, pues mientras una cosa no sea

susceptible de propiedad particular, no es un bien y por ello, en consecuencia, no está en el comercio; así, por el contrario, cualquier referencia a bien desde el punto de vista jurídico, supone su susceptibilidad de apropiación particular y por ende que está en el comercio. En estas condiciones, los bienes del dominio del poder público enunciados por los arts. 765 al 770 del C. Civ. 28, o sea, los de uso común, los destinados a un servicio público y los propios, por tratarse precisamente de bienes, al ser susceptibles de apropiación particular, ejercida en este caso por el Estado como propietario exclusivo de ellos, están en el comercio, independientemente de que los primeros en general, y los segundos mientras están destinados a ese servicio, sean inalienables e imprescriptibles.

Hay que hacer notar que la afirmación anterior choca contra las ideas expuestas por diversos tratadistas (35), en el sentido de que la doctrina especializada sobre el tema considera que los bienes de uso común y los destinados a un servicio público, se consideran por esa situación, como cosas fuera del comercio.

Por otra parte y **siguiendo con NUESTRAS IDEAS**, el maestro BEJARANO-SÁNCHEZ(36) a desvirtuado el concepto de

(35) **Cfr.** ORTÍZ-URQUIDI, **op. cit.** nota (13), p. 290; BORJA SORIANO, **op. cit.** nota (12), t. I, p. 167.
(36) BEJARANO-SÁNCHEZ, Manuel, **OBLIGACIONES CIVILES**, Edit. Harla, 3a. ed., México, 1984, pp. 73-74.

incomerciabilidad al expresa: "Hay bienes que no PUEDEN SER OBJETO DE APROPIACION POR PARTE DE LOS PARTICULARES, que no pueden ingresar a su patrimonio; SON BIENES INCOMERCIALES. De nada serviría que celebraran un contrato donde convinieran adquirir tales bienes. Su voluntad se enfrentaría a un obstáculo insuperable, el cual impediría la consecuencia jurídica apetecida."

Para determinar desde **NUESTRO PUNTO DE VISTA** si una cosa (no un bien) está en el comercio (porque el bien siempre lo está precisamente por ser bien) o por el contrario está fuera de él, sólo se debe atender con apoyo a lo establecido por el art. 747 del C. Civ. 28, a que sea o no susceptible de apropiación.

Por último, sirviendo de apoyo a todo lo anterior enseña FERRARA(37) que: "Incomerciabilidad no es sinónimo de inalienabilidad, porque si las cosas fuera del comercio son inalienables, la inversa no es verdadera, pudiendo una cosa estar prohibída de enajenación y, sin embargo, encontrarse en propiedad privada. La incomerciabilidad es sustracción al régimen jurídico privado en la totalidad de sus relaciones, incapacidad de formar parte del patrimonio. Así, hay cosas que están en el patrimonio individual, pero de las cuales la transmisión está impedida o

(37) **Apud.** por BORJA-SORIANO, **op. cit.** nota (12), t. I, p. 167.

limitada, sea en interés general, sea en interés de determinadas personas especialmente protegidas o por razones particulares."

18. bbbb. Prestación de hechos

Cuando la prestación objeto de una relación jurídica es de hacer o de no hacer, es un hecho o en su caso una abstención la conducta del obligado. Respecto a la prestación de hechos nuestro ordenamiento civil establece que, el hecho positivo o negativo que es objeto de un contrato (acto jurídico), debe ser posible, además de ser lícito, pero en esto último nos detendremos más adelante, para evitar posibles confusiones.

Tomando en consideración a PLANIOL(38) se dira: "A l'imposible nul n'est teun, dit un proverbe qui s'impose même au législateur. L'impossibilité qui annule les obligations conventionnelles doit être une impossibilité ABSOLUE et ISURMONTABLE, et non cette impossibilité relative qui dériverait d'une incapacité ou dún défaut propre à l'obligé; si une personne s'engage à faire une chose faisable, mais dont elle n'est pas capable, son obligation n'en est pas moins valable, bien qu'il

(38) "A lo imposible nadie está obligado dice un proverbio que se impone aún al mismo legislador. La imposibilidad que anula las obligaciones convencionales debe ser una imposibilidad ABSOLUTA e INVENCIBLE, y no aquella imposibilidad relativa relativa que deriva de una incapacidad o de un defecto propio del obligado; si una persona se compromete a hacer una cosa factible, pero de la cual no es capaz, no por esto su obligación deja de ser válida, aunque a ella le sea

lui soit impossible de tenir son engagement, et elle sera tenue de payer des dommages-intérêts."

En este sentido hay dos clases de imposibilidades: una es la imposibilidad física que debe conceptuarse en términos absolutos cuando el hecho no pueda alcanzarse por ser incompatible con una ley de la naturaleza; otra es la imposibilidad jurídica, cuando haya una norma de derecho en franca oposición con el hecho que debe regirlo necesariamente, extensivo esto a la abstención.

19. cc. La solemnidad

Un tercer elemento de existencia del acto jurídico mencionado por la doctrina y no por los redactores del C. Civ. 28 lo es la solemnidad, lo que ha traído como consecuencia una discusión en el sentido de si debe ser mencionado por el art. 1794 o no, del ordenamiento citado.

Al respecto GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ(39) señala: "La solemnidad es el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles en que se plasma la voluntad de los que contratan y que la ley exige para la existencia del acto. El efecto de esta forma, es darle existencia al acto jurídico, y así por el

---

imposible cumplir su compromiso, y responderá de los daños daños y perjuicios que se causen." PLANIOL, **op. cit.** nota (9), t. II, p. 385.

(39) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, **op. cit.** nota (30), p. 241.

contrario ante su falta, por ministerio de la ley, la voluntad de los que pretenden contratar no produce los efectos deseados y su voluntad no alcanza el rango de acto jurídico, y se puede decir con la tesis clásica que el acto no existe."

Como es de observarse es una forma elevada a esencial que su falta produce no la nulidad sino la inexistencia del acto. Así pues, un concepto es la FORMA, por la que se puede entender el medio de exteriorización de la voluntad, otro las FORMALIDADES o sólo la FORMA, como en doctrina y en la ley suele denominársele abreviadamente y que es uno de los elementos condicionantes de la validez del acto jurídico y un tercero y último es la SOLEMNIDAD, o sean, formalidades esenciales para la estructura y existencia misma del acto.

Por otra parte se vierten opiniones en el sentido de que el precepto 1794 de nuestro ordenamiento civil, deliberadamente omite mención a la solemnidad, pues según particularmente el matrimonio no es un contrato. Por contra, también se sustenta para dejar bien sentada la naturaleza contractual del matrimonio de que la omisión de la solemnidad en la enumeración contenida en el artículo en comento respecto de los elementos de existencia del contrato es una pifia legislativa.(40)

(40) **Cfr.** FLORES-BARRUETA, **op. cit.** nota (32), p. 83; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, **op. cit.** nota (30), pp. 241 y ss.; ROJINA VILLEGAS, **op. cit.** nota (4), t. II, pp. 211-230.

Por lo que consideramos que para que el artículo en cuestión tenga el sentido que aqui proponemos habrá que agregarle una fracción, el precepto con ese agregado dirá:

Art. 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato; y

III. Solemnidad cuando la ley la exiga.

20. b. Elementos de validez del acto jurídico

Primeramente mencionaremos que estos elementos son: 1. La capacidad jurídica de las partes; 2. Un objeto, motivo o fin lícitos; 3. Que la voluntad sea manifestada consiente y libremente; y, 4. Que a esa voluntad se le de la forma que exige la ley.

Por otro lado, hay algunas cuestiones que se van a criticar con respecto a estos elementos, exponiendo los argumentos respectivos. Por lo que sin más preámbulo pasaremos a comentarlos.

21. aa. Capacidad de las partes

El primer elemento de validez del acto jurídico conforme al art. 1795 fracc. I del C. Civ. 28 es la capacidad jurídica. En un sentido amplio, por capacidad entenderemos la

aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por propio derecho.

Del concepto anterior desprendemos dos especies de la misma, esto es, la CAPACIDAD SUBSTANCIAL, DE FONDO, JURÍDICA y comúnmente conocida como DE GOCE; y la segunda es conocida como CAPACIDAD DE OBRAR, ADJETIVA denominada generalmente DE EJERCICIO, ésta a su vez admite una subdivisión y dar lugar a dos posibilidades: una, la que se deriva del ejercitar derechos y contraer y cumplir obligaciones personalemte; la otra, la de intervenir por derecho propio en juicio y que no debe ser confundida con la legitimación. De ambas capacidades, la primera prevalece en importancia, pues ésta condiciona a la segunda, y al contrario, es decir puede haber y de hecho la hay capacidad de goce sin capacidad de ejercicio, pero no a la inversa, a manera de ejemplo piensese en un edificio sin cimentación y podrá entenderse la importancia de la de goce sobre la de ejercicio.

22. aaa. Capacidad de goce

Por capacidad de goce entendemos la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones. Ahora bien, debido a la estrecha relación habida entre este concepto y lo que la personalidad significa hay que hacer la distinción entre

ambas figuras para no caer en una confusión lamentable, por lo que se tiene que afirmar que ambas instituciones tienen connotaciones distintas.

Así, por nuestra parte entendemos que la PERSONALIDAD es la aptitud PARA SER SUJETO titular de derechos y obligaciones; en tanto que la CAPACIDAD JURÍDICA es la aptitud DEL SUJETO PARA SER titular de derechos y obligaciones. En este sentido la capacidad de goce es susceptible de medición por grados, toda vez que un sujeto puede carecer de capacidad para determinadas situaciones jurídicas, no obstante el principio de que todo ser humano tiene un mínimo de capacidad desde su concepción. Así pues, comentaremos la capacidad substancial del concebido, del menor de edad, del enajenado mental y del extranjero.

La persona física, el ser humano, adquiere su capacidad de goce al nacer y la conserva durante toda su vida, cuando muere pierde al mismo tiempo la capacidad, así está establecido por el art. 22 del C. Civ. 28. Esta capacidad de goce no siempre ha sido reconocida a los hombres con individuos titulares de derechos y obligaciones, pues ha habido instituciones que la restringían notablemente. Piénsese en la ESCLAVITUD, que era una institución jurídica conforme a la cual un ser humano se veía despojado de toda personalidad, asimilado a una cosa y, como tal, perteneciente en plena propiedad a otro ser

humano, por el mismo título que una bestia de carga, una cosa inanimada cualquiera. Lo mismo le sucedía al que se le declaraba la MUERTE CIVIL por haber abrazado cierto estado religioso o por haber cometido determinados delitos. Nuestro Derecho patrio no reconoce la muerte civil y en cuanto a la esclavitud la prohibe el segundo artículo constitucional.

El NASCITURUS (esto es el concebido pero no nacido grado mínimo de la capacidad de fondo), puede desde su concepción ser titular de derechos con contenido patrimonial, tales como el ser propietario, usufrutuario, titular de un derecho de crédito garantizado con prenda o hipoteca, todo esto sujeto a la condición resolutoria de que se cumplan los supuestos establecidos en el art. 337 del C. Civ. 28.

Ahora bien, las limitaciones que los concebidos tienen en el campo jurídico-patrimonial desaparecen en la capacidad alcanzanda por lo ya nacidos, aún durante su minoría de edad, pues éstos pueden por ejemplo, adquirir por cualquier medio, sea sucesorio, contractual, por prescripción, etc.

Un segundo grado de la capacidad de goce es la de los menores de edad, los cuales tienen una serie de restricciones en el ámbito del Derecho familiar, como tales podemos señalar en términos generales y salvo raras excepciones: no podrán contraer matrimonio si no tienen la edad núbil según el art. 148; no

podrán reconocer a un hijo hasta en tanto no cumplan con lo establecido por el art. 361; no está tampoco en la esfera de las posibilidades legales del menor, la de ser tutor o la de poder adoptar conforme los arts. 503 y 390, todos los preceptos antes citados del C. Civ. 28. Por lo que se refiere al Derecho público, se puede citar lo previsto en los artículos 34 y 35 de la Constitución, por medio de los cuales el menor no podrá ser ciudadano de la República y ser titular de los derechos y deberes que le otorgan hasta no estar dentro de sus supuestos establecidos.

Una limitación a la capacidad de goce de los mayores de edad, es la privación de sus facultades mentales, siendo esto un tercer grado; esta incapacidad no se manifiesta en los derechos de carácter patrimonial, esta tiene lugar en el Derecho familiar, así por ejemplo, no pueden contraer matrimonio y aunado a esto, la enajenación mental incurable es causa de divorcio (art. 267 fracc. VII del C. Civ. 28) también puede ser causa de suspensión de la patria potestad (art. 447 C. Civ. 28).

Por lo que se refiere a la capacidad de goce de los extranjeros, sus derechos patrimoniales se encuentran limitados de conformidad con el artículo 27 constitucional fracción I, toda vez que no podrán adquirir en propiedad bienes inmuebles en una faja que corre de 100 y 50 kilómetros a partir de las fronteras y costas respectivamente. Por otro lado sólo

inversionistas mexicanos pueden participar en empresas de las mencionadas en la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, de conformidad con su artículo 4o; no tienen derechos políticos, limitación establecida en el artículo 33 constitucional.

23. bbb. Capacidad de ejercico

Entendemos por capacidad de ejercicio la aptitud del sujeto para ejercitar derechos y contraer y cumplir obligaciones personalmente y comparecer en juicio por derecho propio. Lo anterior da por resultado que esta capacidad puede dividirse en: capacidad de ejercicio sustancial, que se refiere a la aptitud para celebrar actos jurídicos, para contraer y cumplir personalmente obligaciones, para administrar y disponer libremente de los bienes; y capacidad de ejercicio procesal, que se refiere a la posibilidad de comparecer en un juicio sin necesidad de hacerlo mediante representante legal, ya que puede hacerlo por derecho propio. Por último, no debe confundirse esta capacidad de ejercicio adjetiva con la legitimación jurídica, entendida esta última como la situación del sujeto, en relación con determinado supuesto normativo, que lo autoriza a adoptar determinada conducta.

Como en la capacidad de goce en la de ejercicio es factible observar una serie de grados. Nuestro ordenamiento

civil no establece quien es capaz de celebrar actos jurídicos, sino que se ciñe a señalar los supuestos en que falta ésta o se encuentra limitada. Por lo que la capacidad es la regla, la incapacidad será la excepción, esta incapacidad será mayor o menor según se establezcan más o menos restricciones pudiendo ser plena, teniendo como parámetro la madurez mental del sujeto.

Anotado lo anterior se obtienen las siguientes hipótesis: los no nacidos no tienen ni la mínima posibilidad de intervención directa en la vida jurídica, tienen una incapacidad de ejercicio total y definitiva.

Un segundo grado de incapacidad de ejercicio se origina desde el nacimiento hasta la emancipación. El estatuto legal de los menores de edad en cuanto a su capacidad de ejercicio es de una normatividad abundante, pues el legislador ha tenido buen cuidado de señalar una serie de disposiciones generales aplicables a los bienes que les pertenezcan, así como referirse en concreto a la posición del menor ante la posibilidad de celebrar actos jurídicos en particular.

En cuanto a la primera hipótesis, esto es, a las disposiciones aplicables de manera general tenemos:

I. Los bienes de los que el menor es propietario pudo haberlos adquirido por su trabajo o por cualquier otro título (art. 428 C. Civ. 28);

II. El menor no podrá realizar acto jurídico alguno con los bienes adquiridos por medio diverso a su trabajo, ni siquiera de administración, ya que corresponde a su representante legal (arts. 425, 430, 537 fracc. IV primer párrafo);

III. El menor de edad si está capacitado para actos de administración con los bienes adquiridos por su trabajo (art. 429 C. Civ. 28);

IV. El menor no está capacitado para actos de dominio, ni para comparecer a tribunales, toda vez que tiene que hacerlo a través de un representante.

Respecto a la segunda hipótesis, es decir a la situación que los menores de edad no emancipados guardan en relación con diferentes actos jurídicos en cuanto a su celebración personal o a la necesidad de que un representante lo celebre por su cuenta, o en su caso la asunción de alguna obligación especial en uno y en otros términos podemos señalar las provisiones legales siguientes artículos 98 fracc. V, 141, 149 y s., 181, 187, 229, 362, 496, 537 fracc. IV, 623, 639, 640, 1306 fracc. I y 2392 del C. Civ. 28.

Un tercer grado de incapacidad corresponde al emancipado, que es la situación jurídica en que un menor de edad se coloca proveniente de algún acontecimiento previsto en la ley,

que lo libra de la patria potestad o de la tutela en general en su caso y que disminuye su incapacidad de ejercicio.

Un cuarto grado corresponde a los mayores de edad que de una manera u otra están privados por algún motivo de sus facultades mentales. A estos incapaces se refiere el artículo 450 de nuestro ordenamiento civil. Los que se encuentren en estos supuestos tienen un impedimento legal para realizar personalmente algún acto jurídico, lo realizarán a través de su representante. Sin embargo habrá actos jurídicos que no podrán realizar ni aún a través del representante, dado que para dichos actos y los efectos jurídicos que éstos producen, no se padece de incapacidad de ejercicio sino de goce.

Con respecto a estos incapaces ROJINA VILLEGAS(41) señal: "La incapacidad de estos mayores de edad, generalmente es total, es decir, para la validez de los actos jurídicos, únicamente el representante puede hacer valer los derechos y acciones del incapaz, y celebrar los actos jurídicos de administración o de dominio; estos últimos con autorización judicial. Para los actos jurídicos familiares (matrimonio, reconocimiento de hijo, adopción, etc.), no existe capacidad de goce para dichos sujetos enajenados o perturbados y, por tanto, no puede haber representación."

(41) ROJINA-VILLEGAS, **op. cit.** nota (4), t. I, p. 449.

El único acto jurídico permitido al enajenado mental de acuerdo con los artículos 1307 y siguientes de nuestro ordenamiento civil vigente es el testamento, siempre y cuando esté en un momento de lucidez y se cumplan con las hipótesis y requisitos que para tal acto exige la ley.

La plena capacidad de ejercicio que permite al individuo disponer libremente tanto de sus bienes como de su persona así como comparecer en juicio, mediante la celebración y otorgamiento directo y personal de cuanto acto jurídico fuere necesario para ello, se alcanza cuando se es mayor de edad (arts. 23, 24 y 647 del C. Civ. 28).

24. ccc. Incapacidad jurídica

En otro orden de ideas, la situación mental en que un sujeto esté, es factor condicionante de casi todas las actitudes legales para determinar su capacidad o incapacidad. Así en general, son incapaces todos aquellos sujetos sin condiciones mentales de otorgar actos jurídicos.

En este sentido enseña DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ(42): "Así pues, una es la INCAPACIDAD NATURAL, como la situación en la que un sujeto está independientemente de su edad, provocada por una causa permanente o transitoria, como enfermedad mental, vicio o factor parecido, que le impide querer o entender lo que hace;

(42) DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, **op. cit.** nota (10), p. 187.

sus actuaciones no son con una voluntad plena sino limitada y por ello ésta no puede crear consecuencias jurídicas sanas. Otra es la INCAPACIDAD LEGAL, ésta implica la consideración directa de la ley de que un sujeto no está en condiciones de ese querer y de ese entender, aun cuando en realidad sí pueda hacerlo; esto acontece con un menor de edad, legalmente incapaz aun cuando sus condiciones mentales sí sean adecuadas para el otorgamiento de cualquier acto jurídico."

Nuestro C. Civ. 28 alude a ambas incapacidades sin hacer distinción alguna, toda vez que en ninguno de sus artículos permite hacer referencia a lo que se debe entender por incapacidad natural y legal, los preceptos de referencia son los arts. 449, 450 y 451.

Por último, la capacidad o incapacidad de una persona física de celebrar o no celebrar un acto jurídico, depende única y exclusivamente de la ley, de manera que los particulares no pueden restringir o aumentar la capacidad o incapacidad de las personas ya que la ley es el único medio para determinar éstas.

25. ddd. La representación

El Derecho en su infinita gama de instituciones creó la representación con un carácter auxiliar para los sujetos que no poseen o que teniéndola no pueden hacer valer su capacidad

de ejercicio. Así, la incapacidad de alguien y por ende su impedimento para la celebración de actos jurídicos, trae como consecuencia que otra persona, sí capaz, lo celebre en nombre y por cuenta de aquél. Celebrarlo en nombre del incapacitado, implica que lo hace como su representante.

Enseña BORJA-SORIANO(43) que: "Hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico), de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si él mismo hubiera celebrado el contrato (o ejecutado el acto); se produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero."

Por su origen, es decir, por la norma jurídica que crea la representación, ésta puede ser: LEGAL, que es la instituida directamente por la ley, confiriendo poder a los representantes de los incapaces, como pueden serlo, los padres de los menores de edad o los tutores de éstos; VOLUNTARIA, se verifica cuando una persona capaz, encomienda a otra persona también capaz, la realización de un número determinado o no de actos jurídicos, pudiendo ser contractual o testamentaria; JUDICIAL, se da cuando la autoridad jurisdiccional en ciertos casos la decide y determina; OFICIOSA, considerada como un

(43) BORJA-SORIANO, **op. cit.** nota (12), t. I, p. 280.

mandato tácito, se presenta cuando se imputa obligatoriamente a un capaz, las consecuencias de un acto realizado por otra persona capaz para evitarle un daño, como en la gestión de negocios; ESTATUTARIA, la que confieren las personas jurídico-colectivas a las personas físicas.

La representación más interesante sino es que la más importante es la voluntaria, esta tiene su campo de acción dentro del ámbito de libertad y plena autonomía de la voluntad de los individuos, facultando a una persona para actuar en nombre o por cuenta de otra y aún a decidir, y que comúnmente se consuma en el mandato entendiendose por tal, el contrato por medio del cual el mandatario (representante) se obliga a realizar y ejecutar, por cuenta del mandante (representado), los actos jurídicos que éste último le encargue.

La función del mandato es muy amplia, así que se ha elaborado una clasificación de sus diversas especies, según la naturaleza, variedad y extensión de los actos jurídicos que se desee encomendar al representante. Así tenemos, mandato especial (para cualquier acto o actos especificamente señalados); y mandato general.

El mandato especial se otorga para que el mandatario realice actos jurídicos concretos, limitados por el mandante. El general, será aquél para la realización de todos los

actos jurídicos que encuadren en una especie determinada, son subespecies de este mandato, el de pleitos y cobranzas, el de administración y el de dominio. Cualquiera de ellos faculta al mandatario a realizar una serie indeterminada de actos de la misma naturaleza. El representante tiene facultades de obrar por cuenta y a nombre del mandante en cualquier acto que encuadre dentro de las especie de negocios que comprende el poder. Sobre el mandato general se tienen las siguientes reglas: 1. Pueden ser LIMITADOS, en los cuales el mandatario está facultado para disponer de cualquier derecho patrimonial del mandante, a excepción del excluído expresamente. 2. Se puede otorgar un mandato que comprenda las tres especies de actos antes mencionadas, es decir, administración, pleitos y cobranzas y dominio, y entonces se le llama PODER GENERAL AMPLISIMO.

El poder general para pleitos y cobranzas es fácilmente distinguible de los otros dos (administración y dominio), ya que comprende todos los actos que tiendan a hacer prevalecer los derechos del mandante en juicio o fuera de él. Pero ¿qué debemos entender por un acto de administración y uno de dominio? ORTÍZ-URQUIDI(43) hace una explicación a lo anterior de la siguiente manera: "En razón de que a menudo acontece que lo que es un acto de administración con relación a determinado patrimonio, lo es de dominio con relación a otro (por ejemplo,

(43) ORTÍZ-URQUIDI, **op. cit.** nota (13), pp. 260-261.

comprar y vender para quienes no son comerciantes son típicos actos de dominio, pero no para quiénes se dedican al comercio, ya que la esencia de éste radica precisamente en la realización de dichas operaciones con el ánimo de obtener un lucro) la doctrina distingue al respecto tres tipos de patrimonio: ... PATRIMONIO DE DERECHO COMUN. Es el de todo particular no comerciante. Su 'elemento capital es esencialmente estable, es decir, está destinado a permanecer indefinidamente en poder de su titular'. Es así que si el titular de ese patrimonio otorga un mandato a determinada persona tan sólo para que realice actos de administración y no de dominio, el apoderado jamás podrá vender válidamente, con sólo ese poder, ningún bien de su poderdante; ... PATRIMONIO DE EXPLOTACION. Es el de los comerciantes. Se le llama también de especulación y se caracteriza porque los bienes que lo forman estan 'esencialmente destinados, bajo el imperio de la circulación de la riqueza, a ser reemplazados por otros considerados eventualmente como más ventajosos'. De ahí que un mandato otorgado para actos de administración por el titular de un patrimonio de esta naturaleza, faculte al mandatario para comprar y vender (operaciones éstas que en cualquiera otra circunstancia serían auténticos actos de dominio) bienes y mercaderías objeto de la explotación de ese patrimonio;... PATRIMONIO DE LIQUIDACION. Este patrimonio consiste, como lo expresa Bonnecase en un conjunto de bienes destinados a ser enajenados con el fin, generalmente, de desinteresar a los

acreedores de ese patrimonio. Tal es el caso del patrimonio de una sociedad mercantil puesta en liquidación, en que los liquidadores, de acuerdo con el artículo 242, fracciones I, III y IV, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, tienen facultades para cobrar lo que se debe a la sociedad y pagar lo que ella debe, vender los bienes de la sociedad y liquidar a cada socio su haber social. Luego si un liquidador otorga un poder a un tercero para actos de administración, por de contado que también lo faculta para vender, en los términos de la ley, los bienes de la sociedad atento al concepto que de este patrimonio se dejo expresado..."

En otro orden de ideas, el artículo 1802 del C. Civ. 28 plantea el problema del contrato a nombre de otra persona sin ser su representante, a estos actos jurídicos falta un elemento de existencia que es el consentimiento del supuesto representado. La doctrina que estudia esta figura y en especial MÁRQUEZ-GONZÁLEZ(45) afirman: "En rigor, los contratos celebrados por quien se ostenta como legítimo representante sin serlo deberían ser inexistentes, en virtud de faltar en ellos el consentimiento de la persona que se obliga como contratante (el supuesto representado) conforme a la ley. El legislador ha sancionado en forma expresa dicha irregularidad con la nulidad

(45) MÁRQUEZ-GONZÁLEZ, José Antonio, "Comentario al art. 1802", **CODIGO CIVIL PARA EL D.F. DE 1928 COMENTADO**, Edit. Miguel Angel Porrúa, 1988, t. IV, vol. I, pp. 8-9.

relativa del acto, por que admite la posibilidad de su convalidación (por vía de ratificación) antes de que se retracte la otra parte."

Ahora bien esta ratificación es distinta a la ratificación de los actos anulables, ya que los contratos inexistentes no son susceptibles de confirmación. Podemos decir que esta ratificación es entendida como una declaración unilateral de voluntad por la cual una persona, teniendo conocimiento de un acto hecho en su nombre y provecho pero del cual es extraño, lo adopta como suyo o como hecho por su voluntad. Esta ratificación obra retroactivamente y una vez realizada no puede haber retractación.

También cabe la posibilidad física de que una persona celebre un contrato en su propio nombre y con un tercero al que el mismo representa, o como un representante de dos personas. La doctrina ha aceptado esta figura jurídica a la que denomina CONTRATO CONSIGO MISMO, el cual teoricamente no representa ninguna dificultad; así es considerado como un acto unilateral creador de obligaciones y que tendrá los efectos de un contrato; o bien se expresa que la ley no exige la presencia de dos personas, sino el concurso de dos voluntades que pueden ser emitidas por una misma persona, siempre y cuando no sea en perjuicio de los representados.

La dificultad que pudiera presentarse en este

tipo de actos jurídicos o contratos estriva en la validez de celebrarlo entre representante y representado, para lo cual encontramos las siguientes explicaciones: una primera limita el dominio de este contrato a los casos en los que una norma no lo autorice expresamente; otra ampliando el campo de acción de las relaciones jurídicas, se fundamenta en el principio de la libertad de contratar, cuando haya una autorización expresa por parte del representado para que el representante pueda contratar consigo mismo; una última, intermedia entre las dos primeras, es aquella en la cual la oposición de interéses entre representante y representado no exista.

Por último, para entender porque los actos de un tercero extraño en una relación jurídica, produce efectos de derecho en el patrimonio de otro, la doctrina ha elaborado diversas teorías que explican la institución de la representación, entre las cuales estan:

I. La TEORÍA DE LA FICCIÓN, siendo la tradicional en Francia y que adoptó nuestro Derecho Civil, esta teoría expone que en la representación de los actos jurídicos se establece una aparicencia que reputa hechos por el representado los actos ejecutados por el representante.

II. La TEORÍA DEL NUNCIO, en la que el representante es el portavoz del representado, toda vez que aquel no declara su voluntad, sino transmite la de esté.

III. La TEORÍA DE LA COOPERACIÓN, en la que el representante y el representado no contratan solos uno y otro, sino que hay que tomar en cuenta las instrucciones que da el representado, hay una cooperación entre representante y representado para la formación del acto jurídico.

IV. La TEORÍA DE LA SUSTITUCION REAL DE LA PERSONALIDAD DEL REPRESENTADO POR EL REPRESENTANTE, en la cuál se dice que es la voluntad del representante la que suple a la del representado, la cual participa en la formación del acto jurídico que producirá efectos en el representado, ya que así lo autoriza el legislador.

26. bb. Ausencia de vicios en el consentimiento

En la formación del acto jurídico la voluntad que declaren los contratantes debe estar exenta de vicios, es decir toda voluntad que interviene en un acto jurídico requiere ser declarada con plena conciencia de la realidad y con absoluta libertad y expontaneidad, sin estorbo alguno que limite esa conciencia con la realidad y esa libertad.

En efecto, BORJA-SORIANO(46), reconoce como tales al error y al temor; GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ(47) da el carácter de vicios al error, a la violencia, a la reticencia y a la lesión;

(46) BORJA-SORIANO, **op. cit.** nota (12), t. I, pp. 243 y ss.
(47) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, **op. cit.** nota (30), pp. 271 y ss.

en tanto que por su parte ROJINA-VILLEGAS(48) expresa que tales vicios son el error, el dolo, la lesión y la violencia.

Por lo que hace a nuestro ordenamiento civil vigente, el artículo 1812 de acuerdo conjuntamente con el 2230 establecen cuales son los vicios del consentimiento para el C. Civ. 28. Dichos preceptos expresan lo siguiente en sus respectivos textos: "Art. 1812.- El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo". Este artículo está colocado dentro del capítulo denominado "Vicios del consentimiento" por lo que razonablemente sin que expresamente lo indique deben ser considerados como vicios tales figuras; el otro precepto aludido, colocado dentro del título "De la inexistencia y de la nulidad" indirectamente indica que legalmente son vicios del consentimiento los antes indicados, cabe hacer mención que para el C. Civ. 28 la lesión no tiene tal carácter: "Art. 2230.- La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad solo puede invocarse por quien HA SUFRIDO ESOS VICIOS; la lesión por quien resulte perjudicado o es el incapaz."

Por nuestra parte consideramos que los únicos vicios del consentimiento son el error y el miedo. Las demás figuras consideradas como vicios por la doctrina, no deben ser

(48) ROJINA-VILLEGAS, **op. cit.** nota (4), t. I, pp. 371 y ss.

tomadas como tales por no ser autónomas, es decir el que disimula el error que la doctrina denomina mala fe, necesita de la existencia de aquel para que pueda presentarse; algo similar sucede con el dolo cuyo fin es provocar el error en la otra parte (49). Anotado lo anterior dedicaremos los próximos epígrafes al análisis de los únicos vicios de la voluntad.

27. aaa. El error

El error se define generalmente como una noción falsa de la realidad. Por su parte la ignorancia se suele comentar paralela al error, sin embargo son dos conceptos totalmente distintos, toda vez que por ignorancia se entiende la ausencia de toda noción, en tanto que por error se comprende una discordancia que no esta conforme con la realidad existente. Aún más podría llegar a negarse que la ignorancia tuviera el carácter de vicio, pues pensar en la falta absoluta de noción sobre la realidad, haría estar más bien al sujeto que la padece es una cuestión relacionada con la incapacidad. No puede comprenderse que una persona realizará actos jurídicos sin tener en cuenta las consecuencias que eso trae, es decir parecería ilógico que alguien otorgase un negocio sin consideración alguna de la realidad.

En estos términos, es criticable el siguiente

(49) **Cfr.** DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, **op. cit.** nota (10), p. 592.

planteamiento que hace el maestro ORTÍZ-URQUIDI(50) al respecto: "En cuanto a la ignorancia, que no es sino la ausencia de conocimientos con respecto al asunto o materia del NEGOTIUM, lo mismo podemos decir, puesto que es obvio que tal falta de conocimientos no pueden dar otro resultado que INDUCIR A ERROR a quien lo padece". **Desde nuestro punto de vista** incurre el autor en un mal empleo de las palabras INDUCIR A ERROR, puesto que eso se entendería de acuerdo con el art. 1815 de nuestro ordenamiento civil que se trataría más bien de dolo y no de ignorancia: "Art. 1815.- Se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplee para INDUCIR A ERROR..."; por lo que la ignorancia no debe ser confundida con el error ya que son concepciones distintas en el Derecho, y por lo tanto no tienen las mismas consecuencias. Esto trae como conclusión que, o se tiene una noción falsa de la realidad, o se ignora por completo esa realidad y ni siquiera se llega a tener una idea para poderla comparar con la realidad misma, por eso decimos que la ignorancia no tiene el carácter de vicio.

El error como figura jurídica admite una clasificación, de esta manera la doctrina especializada (51) distingue esta institución de la siguiente manera:

---

(50) ORTÍZ-URQUIDI, **op. cit.** nota (13), p. 315.
(51) **Cfr.** DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, **op. cit.** nota (10), p. 598.

I. ERROR DE HECHO, el proviniente de un conocimiento imperfecto sobre las personas o las cosas;

II. ERROR DE DERECHO, el que tiene lugar por una interpretación inexacta de la ley o por el desconocimiento de está;

III. ERROR DE CUENTA Y CÁLCULO, el primero, provocado por una equivocación matemática; en tanto el segundo, el resultado que fue previsto no sucedio en la esfera del otorgante;

IV. ERROR SOBRE EL MOTIVO DETERMINANTE DE LA VOLUNTAD, reglamentado por el C. Civ. 28 en su artículo 1813; y

V. ERROR ESPONTÁNEO Y PROVOCADO, que se puede presentar con o sin intervención de un tercero para que se de.

28. aaaa. Error de hecho

Este tipo de error presenta tres grados de gravedad según los cuales los efectos producidos pueden variar, a veces impide la formación del acto jurídico (error obstáculo); otras simplemente los hace anulables (error nulidad); o por último puede carecer de importancia sobre él (error indiferente).

Por principio de cuentas, el error obstáculo impide la formación del acto jurídico por consistir en una

divergencia inconsciente entre la voluntad y su declaración, distinguiéndose éste del error vicio, pues éste último recae sobre el contenido de la declaración.

La doctrina subclasifica dentro de este error obstáculo diversos supuestos, así son considerados como tales: al error sobre la naturaleza del acto (error IN NEGOTIM); al error sobre la identidad del objeto (error IN CORPORE); y al error sobre la identidad de la persona.

El error sobre la naturaleza se presenta cuando las partes sufren una confusión sobre el acto jurídico que están celebrando, esto es, una parte cree estar celebrando determinado acto, la otra, uno diferente. Los ejemplos de esta especie de error son en número considerable, más sin encambio parecen ser más de gabinete, pues es difícil su acontecimiento en la realidad, cuesta trabajo creer que haya un caso en el que una persona entienda que esta vendiendo una cosa, y la otra entienda que se la están donando.

El error sobre la identidad del objeto se presenta cuando una persona da su consentimiento sobre determinado objeto, y la otra lo da para objeto distinto; hay discrepancia entre lo que se cree negociar y lo realmente negociado. Este error se presenta con los objetos que son semejantes, idénticos o en última instancia iguales.

Para la procedencia del error obstáculo sobre la identidad de la persona, se requiere que el negocio celebrado sea INTUITU PERSONAE, o sea, otorgado precisamente en consideración a la persona con quien se celebra. Por ejemplo en la venta al contado es indiferente para el negociante vender a está o aquélla persona determinada; el comprador puede cambiar. No ocurre lo mismo en la venta a crédito pues existe en esta un factor ligado esencialmente a la persona del deudor: la FIDUCIA.

El error nulidad se diferencia del anterior en que aquel destruye la voluntad por existir una discrepancia entre ella y su declaración, este en cambio, sólo la vicia por afectarla considerablemente.

Este error al igual que el anterior también recae sobre la persona y sobre el objeto, pero no en cuanto a la identidad de los mismos, sino el error consiste en las cualidades substanciales tanto de la persona como del objeto.

Por lo que hay que tener en cuenta que al vocablo substancia se le han atribuido diversas acepciones, por lo que se puede decir que no es un término unívoco, así puede ser considerado desde un punto de vista filosófico o jurídico (52).

Para nosotros cualidad sustancial será aquella

(52) **Cfr.** BORJA-SORIANO, **op. cit.** nota (12), t. I, p. 246.

que las partes han tenido en mira como esencial en el acto jurídico, en otras palabras, aquella sin la cual no hubieran contratado los participantes, es decir que haya una discrepancia entre lo querido y lo obtenido realmente y que esta discrepancia sea de una magnitud considerable.

Ejemplos de error en cuanto a las cualidades sustanciales del objeto hay varios, se puede mencionar el que sufre aquel que creyendo comprar candelabros de plata en realidad adquirió unos de cobre; el error sobre la cualidad sustancial de la persona estriba en que se le creía con ciertas características y aptitudes personales que realmente no posee, un ejemplo de esta clase de error lo encontramos cuando se celebra un contrato de servicios profesionales, en el cual contratamos en la creencia de que el prestador es apto para el servicio que se va a realizar.

El error indiferente recae sobre cuestiones secundarias del acto jurídico, no lo invalida puesto que la ley no dispone que sea de esa manera.

Por eso ha podido expresar ROJINA-VILLEGAS(53): "El tercer grado en el error, que es llamado indiferente, no recae sobre el motivo determinante de la voluntad; no afecta por consiguiente, ni las cualidades sustanciales del objeto, ni se

(53) ROJINA-VILLEGAS, **op. cit.** nota (4), t. I, p. 377.

refiere a la persona; si se trata de un contrato gratuito o hecho en consideración de las aptitudes o capacidades del contratante. Simplemente en el error indiferente, se tiene una noción falsa respecto de ciertas circunstancias accidentales del acto jurídico, o de la cosa objeto del mismo, que no vienen a nulificar la operación". Ejemplo del presente error será aquel en el que el deudor lo sufre respecto a su obligación de pago, él entendió cumplir en su domicilio, pero en realidad se obligó a hacerlo en el domicilio del acreedor.

29. bbbb. Error de derecho

La primera cuestión a plantearse con respecto del error de derecho gira en torno a la separación de dos figuras que pueden llegar a confundirse con relación al tema en comento, éstas son, la ignorancia de la ley como causa alegada por su incumplimiento y el error de derecho como motivo de invalidez del acto jurídico.

El no acatamiento a una disposición legal con la argumentación que se desconocía ha sido terminantemente repudiado en cualquier sistema jurídico. La adopción legislativa de la máxima **"IGNORANTIA JURIS NON EXCUSAT"** ha de formar parte de cualquier Derecho vigente, pues la vigencia de la ley debe prevalecer, se conozca o se ignore su contenido.

El supuesto de la ignorancia de la ley tiene

lugar ante el incumplimiento del sujeto a quien van dirigidos los efectos de aquélla por el desconocimiento de su contenido y con la posibilidad de verse librado de la sanción aplicable por su infracción, si se reunen los requisitos señalados en el artículo 21 del C. Civ. 28, como pueden ser, un atraso intelectual notorio, el apartamiento de las vías de comunicación o bien una situación económica miserable. El error de derecho es una cuestión diversa; en el caso puede no haber infracción alguna, se trata simplemente de un acto jurídico celebrado en función de una interpretación o conocimiento de la ley no coincidentes con su sentido real.

Un ejemplo delimitará la prevalencia de la máxima de la ignorancia de la ley y la procedencia de la nulidad por error de derecho; Juan compra a Pedro un terreno para construir un edificio, desconociendo que en dicha localidad existe una prohibición de elevar edificaciones de más de cinco metros por razones de defensa militar. Si Juan edifica sin limitación de altura, la autoridad militar le puede obligar a demoler su construcción y no podrá argumentar que desconocía la ley, pero le cabe la posibilidad de solicitar la anulidad de la compraventa, porque si hubiera conocido la prohibición, no hubiera adquirido el terreno.

30. cccc. Error de cálculo y error de cuenta

Un sector de la doctrina identifica al error de

cálculo con el error de cuenta, toda vez que los considera como sinónimos, al señalar que el error en la cuenta (que en realidad es de cálculo) no provoca la anulidad del acto, que únicamente podrá ser rectificado.

DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ(54) los diferencia de la siguiente manera: "El error de cálculo se origina en las suposiciones de un contratante en relación con los mayores o menores beneficios o perjuicios que la celebración de cierto negocio jurídico le traiga aparejados; el error de cuenta por su parte, también llamado de aritmética, consiste en el equívoco resultado obtenido en operaciones matemáticas."

Por lo tanto el error de cálculo no provoca la nulidad del acto jurídico, pues la validez de éste, no depende de la buena o mala destreza que se tenga para los negocios o de una visión comercial amplia, toda vez que la ley no debe constituirse en aseguradora o protectora de esta buena o mala destreza mercantil que tenga la gente; en tanto que el error de cuenta, cabe decir que tampoco anula el acto jurídico, cuando este tipo de error se presenta sólo de lugar a su rectificación, por asi disponerlo el art. 1814 del C. Civ. 28.

(54) DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, op. cit. nota (10), p. 602.

31. dddd. Error sobre el motivo determinante de la voluntad

Limitar los casos de error a los antes mencionados sería una equivocación, porque nuestro ordenamiento civil a diferencia del Derecho francés trata al error no enunciándolo limitativamente, ya que en los términos del art. 1813 del C. Civ. 28, cabe la posibilidad de aplicar este precepto a cualquier supuesto de error, cuando recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad, asemejándose a la falsa causa del Derecho francés. El precepto antes aludido reza de la siguiente manera: "El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando RECAE SOBRE EL MOTIVO DETERMINANTE DE LA VOLUNTAD de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa."

Esto trae como consecuencia que nuestro Derecho por consiguiente acepte el error expreso que se consigne en las cláusulas del contrato, y el tácito que se infiere de las condiciones mismas del negocio, supuestos establecidos en el artículo 1813 ya citado de nuestro C. Civ. 28.

32. eeee. Error espontáneo y error provocado

El origen del error lo mismo puede estar en la inducción a él por dolo o en su disimulación por mala fe, o bien,

únicamente en la propia voluntad paciente, sin haber sido propiciado por agente extraño alguno, en este último caso estamos ante un error espontáneo, también llamado simple o fortuito; en el primero nos encontramos ante un error provocado, motivado, inducido o calificado.

En este sentido hace notar BEJARANO-SÁNCHEZ(55) que: "El error puede ser simple o fortuito, e inducido o calificado. El simple o fortuito surge y se mantiene espontáneamente por aquel que lo padece. Nadie que conozca su error ha intervenido para provocarlo, mantenerlo o aún disimularlo. El inducido o calificado ha sido provocado o mantenido activamente por artificios ajenos (generalmente de quien tiene interés de explotarlo), caso en el cual se habla de DOLO, o ha sido disimulado (deliberadamente pasado por alto) por el beneficio del error ajeno. Entonces estamos frente a la MALA FE."

Por lo tanto, la mala fe, el dolo y la reticencia, no pueden ser considerados como vicios del consentimiento por faltarles autonomía propia, toda vez que cualquier consideración que se establezca en relación a estas figuras es en todo caso en función al error.

Para iniciar los comentarios en relación con el

(55) BEJARANO-SÁNCHEZ, op. cit. nota (36), p. 93.

dolo y la mala fe es pertinente tener en cuenta lo establecido por el artículo 1815 del C. Civ. 28, que dispone: "Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por la mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido."

En los términos del precepto transcrito se debe entender por DOLO CUALQUIER MAQUINACIÓN O ARTIFICIO QUE SE EMPLEE PARA ENGAÑAR AL CONTRATANTE, YA PROVENGA DE LA CONTRAPARTE O DE UN TERCERO, es decir para estar en un caso de error provocado por dolo, se debe emplear cualquier medio para inducir a este, por lo que los actos tendientes a su realización deben ser en forma activa, que puede provenir de su contraparte o de un tercero, esto último fundado en el art. 1816 de nuestro ordenamiento civil vigente.

Por otra parte, hay que apuntar que de acuerdo con la intensidad y trascendencia con la que el dolo pueda manifestarse, es susceptible de admitir una clasificación, así estaremos frente a un dolo principal (entendiendo por tal el que versa sobre la esencia consensual del acto jurídico que de haberse conocido no se hubiera celebrado); en oposición al dolo incidental (que es el que sobreviene con posterioridad al acto, no viciando el consentimiento por ser de importancia secundaria); o frente a un dolo bueno (que es el utilizado para provocar el

intéres excesivo sobre ciertas mercancias, exagerando sus cualidades y ventajas); o a un dolo malo.

La aceptación legal del dolo bueno se encuentra establecida en el artículo 1821 del C. Civ. 28, expresando está dispocisión la irrelavancia de los medios empleados para la promosión de un producto, la dificultad se presentará entre distinguir la afirmación exagerada y el deliberado engaño.

En otro orden de ideas y atendiendo a lo que por mala fe se debe entender, ésta puede ser definida como LA DISIMULACIÓN DEL ERROR DE UNO DE LOS CONTRATANTES UNA VEZ CONOCIDO.

En tanto que el dolo es una actitud activa del sujeto que lo realiza, la mala fe es pasiva, toda vez que el contratante que habiendo advertido el error en que se encuentra la otra parte, se abstiene de enterarlo sobre dicho error, lo disimula y se aprovecha de el, es decir, no se realiza propiamente una conducta tendiente a provocarla, sino es una actitud omisiva, con la que se obtiene una ventaja injusta, en este sentido no puede existir mala fe de parte de tercera persona.

Por todo esto es que ROJINA-VILLEGAS(56) ha podido

(56) ROJINA-VILLEGAS, Rafael, **COMPENDIO DE DERECHO CIVIL**, Edit. Porrúa, 19a. ed., México, 1983, t. I, pp. 145-146.

podido decir: "Además del error existe la mala fe que en el derecho se equipara al dolo. Esta es la disimulación de error por parte de un contratante una vez conocido, para que el otro se obligue, bajo esa falsa creencia; es decir, en la mala fe no se provoca el error, simplemente el contratante se aprovecha del que advierte en la otra parte, y esta actitud pasiva para aprovecharse del error de la otra parte y obtener ventajas indebidas, se equiparan al dolo, por cuanto que también originan la nulidad del contrato, siempre y cuando el error en que incurrió voluntariamente la parte contratante, sea determinante de la voluntad. Es decir, el dolo es activo; implican maquinaciones o artificios para inducir a error. La mala fe es pasiva; simplementese aprovecha un contratante del error en que la otra parte está incurriendo, y no le advierte esa circunstancia, con la dañada intención de aprovecharse de ella."

Cosa distinta a lo que es la mala fe y que no debe confundirse, es la RETICENCIA. Por tal debemos entender el disimulo de un hecho o el silencio guardado de una de las partes en la celebración del acto jurídico, que tendría obligación de manifestar su existencia.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ(57) define la RETICENCIA como: "EL SILENCIO QUE VOLUNTARIAMENTE GUARDA UNO DE LOS

(57) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, op. cit. nota (30), p. 318.

CONTRATANTES AL EXTERIORIZAR SU VOLUNTAD, RESPECTO DE ALGUNO O ALGUNOS HECHOS IGNORADOS POR SU CONTRAPARTE, Y QUE TIENE RELACIÓN CON EL ACTO JURÍDICO QUE SE CELEBRA."

En consecuencia y como conclución al análisis de estas tres últimas figuras **consideramos** que respecto del error, el dolo, la mala fe y la retincencia, SOLO el primero tiene el carácter de vicio, no es admisible calificar como tales a los tres segundos, su propósito los hace más bien ir encaminados a que el acto jurídico se celebre con error del autor o de alguna de las partes (58).

Asi que cuando el dolo y la mala fe ven frustrado su objetivo, y no logran provocar el error o disimularlo, el acto jurídico no se vera afectado y tendrá plena validez, aunado a esto, si conocido el dolo se ratifica el negocio no podrá en lo sucesivo reclamarse la anulabilidad del mismo, por así disponerlo el artículo 1823 del C. Civ. 28.

Por lo que se refiere a la mala fe, es conveniente citar la crítica que con respecto a esta figura hace GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ(59), en el sentido del mal empleo de la palabra MALA FE; así, después de un análisis y estudio de esta institución jurídica, propone la utilización de la expresión MALA INTENCIÓN,

(58) **Cfr.** DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, **op. cit.** nota (10), p. 588.
(59) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, **op. cit.** nota (30), p. 388.

siendo esta la correcta, crítica que hace en los siguientes términos: "Con vista de lo que antes expongo, resulta que se debe descartar, de todas las normas jurídicas, la expresión 'MALA FE' por errónea, y utilizar la de 'MALA INTENCIÓN', o estructurada correctamente en lo gramatical, aunque no eufónica, 'INTENCIÓN MALA' y entonces sí, la acción que se dé, servirá para cualquier ámbito y para cualquier institución jurídica. Sobre tal base propongo el siguiente concepto de MALA INTENCIÓN: ES LA DETERMINACIÓN DE LA VOLUNTAD INDIVIDUAL EN ORDEN A UN FIN QUE SE OPONE A LO QUE EL LEGISLADOR DE UNA ÉPOCA ESTABLECE EN PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS DEMÁS SUJETOS JURÍDICOS."

Se puede decir lo mismo de la reticencia, consistente en el silencio que se tendría obligación de decir por ser de interés de la otra parte. Esta implica sólo el disimulo del error que sería la esencia de la mala fe, y en la actuación de la conducta dolosa en su caso. Por eso, la reticencia no sólo no es vicio, sino que no tiene ni siquiera la autonomía suficiente, toda vez que se trata mas bien de una manifestación que puede ser constitutiva del dolo o de la mala intención.

33. bbb. El miedo

La doctrina sobre este vicio del consentimiento no se han llegado a poner de acuerdo en cual debe ser la connotación más adecuada, ya que para algunos el vicio debe ser

denominado como VIOLENCIA; que en algunos otros casos también es llamado INTIMIDACIÓN; hay por contra quienes consideran como vicio al TEMOR; se encuentran por último los que consideran como vicio al MIEDO, y que éste, admite también llamarse temor ya que los dos significan lo mismo.

Nos ocuparemos en primer lugar de la VIOLENCIA, la cual no puede ser considerada como un vicio del consentimiento, toda vez que esta sirve de medio para provocar el temor o miedo, estos últimos como perturbadores de una voluntad libre.

Aseveran en este sentido RIPERT y BOULANGER(60): "La palabra VIOLENCIA designa el medio de acción empleado y no el efecto producido sobre el espíritu de la víctima. Desde el punto de vista psicológico, el lenguaje de los romanos era más exacto que el nuestro: utilizaban el término METUS y no el término VIS. Es en efecto el TEMOR experimentado por la víctima de la violencia el que constituye el vicio del consentimiento, más bien que los actos exteriores que le dieron origen."

Determinado que la violencia o intimidación no es vicio del consentimiento, es pertinente hacer notar que temor y miedo no son un mismo término, ya que la intensidad que provocan en la alteración de la voluntad permite distinguirlos. En efecto,

(60) **Apud.** por DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, **op. cit.** nota (10), p. 589.

el temor implica simplemente un estado de ánimo contra lo considerado arriesgado o peligroso, es decir, se trata de una mera sospecha o presunción de un daño futuro pero lejano, que no altera la voluntad del que lo sufre, y como consecuencia no produce la invalidez del acto jurídico; el miedo por el contrario, alcanza una intensidad que trae consigo una perturbación angustiosa del ánimo, pero el riesgo de un mal si bien como el temor también es futuro, es inminente. En esas condiciones el temor no alcanza una verdadera inquietud, lo que si sucede con el miedo, por lo cual este último es el considerado como el vicio de la voluntad, toda vez que regular temores como precauciones de los sujetos queda fuera del alcance razonable de la ley.

34. aaaa. Alteraciones que no vician la voluntad

Sentada la diferencia habida entre el temor y el miedo, este último si como vicio del consentimiento, hay inquietudes que por su intrascedencia no son tomadas en cuenta por el Derecho como productores del vicio en cuestión, y como consecuencia de la invalidez del acto jurídico, esto acontece en el llamdo temor fortuito, temor causado por la advertencia de un derecho a ejercitar y en el temor reverencial.

La inquietud del sujeto por la amenaza de un mal futuro, que lo acarrea a la celebración de un acto jurídico que

no habría celebrado en los mismos términos, si no se le hubieren presentado esas circunstancias, tratando de evitar el mal futuro que el mismo se ha imaginado, no puede constituir el motivo para la invalidez de la celebración del acto, en este sentido en el temor fortuito, el sujeto que lo padece ha imaginado el mal futuro y con eso la celebración de un acto jurídico que no podrá invalidar por semejante circunstancia.

"El temor fortuito que una persona padezca y la determine a otorgar un acto jurídico es indiferente en Derecho; no invalida el acto jurídico. Supongamos por ejemplo, que una persona teme que va a escasear determinado producto necesario para la subsistencia; abriga ese temor él mismo, sin que una persona extraña alguna lo haya hecho padecerlo; por el temor impulsada, esta persona lleva a cabo compras de ese producto en cantidad excesiva y aún en detrimento de otras cosas. Evidentemente, que tales compras no estarían viciadas. La persona había sido libre para apreciar y juzgar por sí misma la circunstancia de su propio temor."(61)

Por lo que toca al temor causado por la advertencia de un derecho a ejercitar un ejemplo permitirá explicarlo. Así, un deudor puede experimentarlo cuando hipoteca ciertos bienes para garantizar su deuda, constreñido a ello por

(61) FLORES-BARRUETA, **op. cit.** nota (32), p. 93.

la advertencia de su acreedor, en el sentido de que si no los hipoteca, procederá judicialmente en su contra, ocasionándole erogaciones forzosas; el deudor por el temor a la sujeción de un juicio y de todos sus efectos decide aceptar la propuesta del acreedor y constituir la hipoteca referida. La hipoteca constituida en tales términos no se vera afectada en su validez, no obstante el temor que sufrió el deudor, la naturaleza lícita de la acción del acreedor no vicia el consentimiento.

En gran parte de las relaciones jurídicas y sobre todo en las familiares, hay quiénes por razones morales o legales, merecen respeto, agradecimiento, obediencia o sumisión de parte de otros. El temor de no contrariar a quiénes se les debe respeto y obediencia, calificado tradicionalmente como temor reverencial, suele ser considerado tanto por la doctrina como por las diversas legislaciones sin la fuerza suficiente para viciar la voluntad y con ello atacar la validez del acto jurídico, el C. Civ. 28, reglamenta este temor en el art. 1820.

En comentario al precepto antes indicado MÁRQUEZ GONZÁLEZ(62) expresa: "En rigor el temor reverencial en una persona normal, no suele llegar a coaccionar la voluntad en manera que constituya el vicio de violencia o intimidación, de modo que prive a quien lo experimente de la necesaria libertad de

(62) MÁRQUEZ-GONZÁLEZ, "Comentario al art. 1820", **op. cit.** nota (45), t. IV, vol. I, p. 18.

decisión para determinarse a concluir un negocio jurídico. Cuando así opera este temor, quien lo experimenta es de ánimo débil, de espíritu pusilánime, es entonces su natural timidez, la que influye en él para celebrar el acto o para no celebrarlo."

Se debe aclarar sin embargo, que si bien el temor reverencial por sí sólo no es causa suficiente para la invalidez del acto jurídico, si puede afectar a la voluntad cuando se le hace acompañar de alguna amenaza o de algún abuso del derecho; en este sentido se cita el caso de una madre que aprovechó que su hija estaba en cinta para arrancarle el consentimiento para un contrato desventajoso amenazándola con abandonarla durante los dolores del parto.

35. bbbb. Causas que provocan miedo

El miedo como vicio de la voluntad tiene como agentes a la violencia, que puede ser tanto física como moral, así que cuando se trata de conceptuar que es la violencia, no hay un acuerdo en el sentido de si ésta, debe abarcar a la física y a la moral. Esto a llevado al maestro DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ(63) a definirla de la siguiente manera: "CONSIDERAMOS POR NUESTRA PARTE QUE LA VIOLENCIA CONTEXTUALMENTE CONCEPTUADA, COMPRENDE TODAS AQUELLAS AMENAZAS O VIAS DE HECHOS QUE SON IDONEAS PARA INSPIRAR MIEDO POR UN MAL GRAVE, INMINENTE E INJUSTIFICADO, QUE CONSTRIÑE

(63) DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, **op. cit.** nota (10), p. 611.

A LA VOLUNTAD VICTIMA DE ELLAS A CELEBRAR UN NEGOCIO JURÍDICO, CUYO OTORGAMIENTO NO SE HUBIERA ACEPTADO DE HABER TENIDO LIBERTAD DE DECISIÓN, PUDIENDO SER DE TAL MAGNITUD LAS VIAS DE HECHO, QUE POR IMPLICAR UNA FUERZA IRRESISTIBLE SOBRE AQUEL DE QUIEN SE PRETENDE TAL CELEBRACIÓN, ERRADIQUE CUALQUIER MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD, AUN EN SU MÍNIMA EXPRESIÓN."

Hay que tener presente, que tanto la **vis absoluta** como la **vis compulsiva** provocan el miedo, y como consecuencias de ésta, se celebra el acto jurídico, pero mientras en la primera la voluntad es arrancada del sujeto del que se pretende el otorgamiento, a través del empleo de hechos materiales, que se traducen en una fuerza irresistible, al grado de arrancar, de quien la sufre, una mera declaración desvinculada por completo de su querer interno, usualmente ilustrado con el sujeto que toma, controla y conduce la mano de otro y lo fuerza materialmente a firmar una declaración; en la segunda la voluntad es coartada por la exposición de un mal, sin que ésta quede excluída, ya que el sujeto tendrá la elección entre el otorgamiento o no del acto, es decir entre sufrir el mal amenazante o allanarse a la intención de quien ejerce la violencia.

Podría pensarse que en principio, sólo los que participan en la celebración del acto jurídico son quiénes ejersan o soporten el miedo provocado por violencia. Sin embargo,

aquí se puede establecer una excepción en el sentido de que un tercero extraño a la relación sea quien ejercite o bien soporte en su caso la violencia.

Así en el supuesto anterior el sujeto activo de la violencia puede ser directamente uno de los contratantes, o también un tercero interesado en la celebración del mismo. Por su parte el sujeto pasivo, esto es, aquel que recibe o soporta esta intimidación, también puede ser extraño a la relación, pero este sujeto ajeno a la relación debe infundir miedo en aquel de quien se pretende el otorgamiento del acto.

Los diversos ordenamientos jurídicos señalan las personas que por virtud del peligro generado por la violencia de sufrir un mal, pueden infundir miedo por el afecto sentimental en que se encuentre la otra persona para que ésta última otorgue un acto jurídico. Así el C. Civ. fra. en su art. 1113 señala que además de el contratante, lo pueden ser su cónyuge, ascendientes y descendientes; mismas personas que son a las que el C. Civ. esp. alude en su art. 1272; nuestro C. Civ. 28 en su art. 1819 por su parte amplia la enumeración hasta los hermanos de las personas que pueden ser medios para inspirar miedo.

La doctrina está de acuerdo en el sentido de que las personas enumeradas en los diversos ordenamientos, no deben tomarse de una manera limitativa sino por el contrario meramente

enunciativa, toda vez que se excluyen a personas que pueden tener una relación sentimental o de afecto con el sujeto de quien se pretende el otorgamiento del acto. El C. Civ. ita. ha superado esta cuestión en su art. 1436 al señalar: "VIOLENCIA DIRIGIDA CONTRA TERCEROS. La violencia es causa de anulación del contrato aunque el mal con el que se amenaza se refiriese a la persona o a los bienes del cónyuge del contratante o de un ascendiente o descendiente de éste. Si el mal con el que se amenaza se refiriese a otras personas, la anulación del contrato quedará librada a la prudente apreciación de las circunstancias por parte del juez."

Ahora bien, el ejercicio de la violencia sea física o moral, puede encaminarse a poner en peligro valores y derechos tanto patrimoniales como extrapatrimoniales.

Los bienes apreciables en dinero, son todas aquellas pertenencias o posesiones cuya existencia integral se ponen en peligro, pueden corresponder directamente a aquel de quien se pretende la celebración, o puede ser de alguna persona por la que el violentado sienta afecto, sea de los mencionados o de los omitidos por la ley; la vida, la integridad corporal, la libertad, la honra y la salud, son también tanto de aquel sobre quien se pretende infundir miedo para constreñirlo a celebrar un acto jurídico, como de todas las demás personas que al ponerles en peligro dichos bienes, infunden el miedo pretendido en el

violentado, estos son bienes jurídicos de carácter extrapatrimonial.

Todos estos bienes jurídicos, unos y otros, deben entenderse incluidos en la enumeración del artículo 1819 de el C. Civ. 28, que como se ha hecho mención es de manera enunciativa y no limitativa, al disponer dicho precepto: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado."

Por otro lado anota TRABUCCHI(64) que: "La gravedad del mal, tal como se concibe por la Ley se valora por un doble criterio: el primero viene dado por el daño que amenaza a las cosas o a las personas (elemento objetivo), el segundo, por la valoración que hace del mismo la persona violentada (elemento subjetivo). La consideración subjetiva (que aumente interiormente la gravedad del mal **METUS MAIORIS MALITATIS**) puede variar según el poder de relación de la víctima, por lo que deberán tenerse en cuenta todas aquellas condiciones, como la edad, sexo, etc., que pueden afectar al poder de reacción y a la voluntad del individuo (art. 1,435). Por ejemplo, un viejo o un enfermo pueden

(64) **Apud.** por DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, **op. cit.** nota (10), p. 617.

atemorizarse por un mal que a sus ojos parece gravísimo, mientras que para el hombre normal carecería de importancia."

36. ddd. Lesión

La lesión es entendida como el vicio que resulta en un contrato conmutativo por la existencia de una desproporción inaquitativa entre las prestaciones recíprocas de las partes, susceptible de causar a una de ellas un daño o perjuicio, por la que a ésta situación objetiva se le ha hecho acompañar de una situación subjetiva, consistente en una debilidad personal del perjudicado, como pueden serlo la miseria, la ignorancia, la inexperiencia o un estado de necesidad.

En estas condiciones la lesión ha sido considerada por la doctrina desde cuatro puntos de vista:

I. El primero enfoca su atención en el elemento subjetivo de la voluntad, conocido como TEORÍA SUBJETIVA DE LA LESIÓN, consistente en la explotación de la necesidad, ligereza, inexperiencia o penuria que uno de los contratantes hace del otro.

II. Un segundo punto de vista es aquel que establece que la lesión es un vicio objetivo del contrato llamado TEORÍA OBJETIVA DE LA LESIÓN, como pueden ser la notoria o enorme

desproporción entre las prestaciones. De tal manera que la lesión consiste en un perjuicio patrimonial que experimenta un contratante por el hecho de recibir a cambio de una prestación otra de valor inferior (falta de equivalencia entre las prestaciones). Nuestros Codigos Civiles de 1870 y 1884 siguieron este sistema en sus artículos 1772 y 1658 respectivamente.

III. Un tercer punto de vista es el que enfoca a la lesión como un vicio subjetivo-objetivo, conocido como TEORÍA DE LA LESIÓN COMO UN VICIO OBJETIVO-SUBJETIVO que comprende los dos elementos mencionados, es decir las condiciones físicas en que se encuentre un contratante así como también la desproporción de las prestaciones. Nuestro C. Civ. 28, es partidario de esta teoría al reglamentar la lesión en su artículo 17 que a la letra dispone: "Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado, a lo que él por su parte se obliga; el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año". Por su parte el C. P. vigente, considera la lesión en los actos jurídicos constitutiva del delito de fraude, castigado con prisión y multa, por así disponerlo el art. 387 en su fracción VIII. Como se puede apreciar en nuestro Derecho positivo la

lesión es de una naturaleza no solo inmoral sino delictuosa, al ser reglamentada tanto por el Código Civil como por el Penal vigentes

IV. La última categoría es aquella que desconoce los efectos que pueda producir la lesión, consecuentemente no reglamentan esta figura en sus ordenamientos. Esta es la posición que guarda nuestro C. Co. en su artículo 385 que dice: "Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión."

No obstante la valía del artículo 17, su aplicación práctica resulta ilusoría por la extremidades con que se maneja las situaciones en que el perjudicado debe encontrarse, esto es, no basta con que sea ignorante, inexperto o miserable, sino que tiene que serlo en grado superlativo para poder ser considerado como sujeto al que se le pueda proteger, pues requiere ser sumamente ignorante, notoriamente inexperto o miserable en extremo, y en este último supuesto se alega ¿Si la miseria es el grado máximo de la pobreza, podemos imaginar además una miseria extrema?

Además este artículo es blanco de serias críticas por no mencionar como lo hacen otros ordenamientos civiles extranjeros al estado de necesidad en que se encuentre un sujeto, toda vez que no puede ser un ignorante, inexperto y mucho menos miserable, sino que por situaciones especiales se vea obligado a

celebrar el acto jurídico en un estado de necesidad. Un ejemplo ayudará a entender la insuficiencia del precepto en comento, así se pueden imaginar a un profesionista el cual no puede ser ignorante, ni inexperto, mucho menos extremadamente miserable, y que de paseo con su familia en un pueblo apartado de las grandes urbes capitalinas y de los centros hospitalarios, tiene la pena de que uno de sus hijos sufre un violento ataque de apendicitis aguda que requiere una inmediata intervención quirúrgica en la única clínica que existe en aquel lugar, el médico que atiende la clínica cobra por sus servicios y por la intervención quirurgica un cantidad estratosférica, que el angustiado padre paga en efectivo una parte y la otra firma documentos. ¿Quién se encuentra en esta situación, tendrá que conformarse con cruzar los brazos por no encontrarse su caso comprendido en el artículo 17 del C. Civ. 28, supuesto que no es ni sumamente ignorante, ni notoriamente inexperto, ni extremadamente miserable, como el precepto lo exige?.

Por último, y para concluir con los comentarios referentes a esta figura, la participación de los dos elementos para que pueda ser procedente la lesión es necesaria, pues la ignorancia, inexperiencia y miseria aún cuando se presenten en grado superlativo, no es suficiente para ser calificada como vicio de la voluntad, entre otras razones porque para que estas sean tomadas en cuenta deben combinarse con la mala distribución

y hasta exagerada desproporcón de las prestaciones generadas en la celebración del acto jurídico.

Por lo expuesto, la lesión no puede considerarse como un vicio del consentimiento distinto, y en este sentido es acertada la crítica que realizan RIPERT Y BOULANGER(65) al decir: "La lesión NO CONSTITUYE UN CUARTO VICIO DEL CONSENTIMIENTO DISTINTO DE LOS TRES PRIMEROS. En efecto: o bien el autor del acto conocía la lesión que iba a sufrir, o la ignoraba. En el primer caso, se considera que su consentimiento no ha sido libre; consintió bajo el imperio de una necesidad imperiosa, como un peligro de muerte o una necesidad de dinero. En el segundo caso, la lesión se confunde con el error. Pero la lesión puede servir para descubrir el vicio del consentimiento y para permitir la prueba con mayor facilidad."

37. cc. Objeto, motivo o fin lícito

La lícitud en el objeto de que habla el C. Civ. 28 la circunscribe al hecho que el obligado debe hacer o dejar de hacer, con total exclusión de la cosa y sin referencia alguna al objeto directo del acto jurídico. Esa circunscripción legal al hecho como único relacionado con la lícitud o con la ilícitud en su caso, proviene de la interpretación conjunta de lo preceptuado por los artículos 1824, 1825 y 1827 del C. Civ. 28.

(65) **Apud.** por DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, **op. cit.** nota (10), p. 592.

Así, GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ(66) señala: "La ilícitud en el objeto, (Y ENTIENDASE QUE AL HABLAR EN ESTE CAPÍITULO DE OBJETO ME REFIERO SOLO AL CONSISTENTE EN PRESTAR HECHOS O REALIZAR ABSTENCIONES, PUES RESPECTO DE LAS COSAS MATERIALES NO CABE HABLAR DE ELLAS QUE SEAN LÍCITAS O ILÍCITAS) no es un elemento de existencia, es sólo un requisito de validez que exige la ley, ya que no obstante que sea ilícito, no deja de ser un objeto posible del contrato, independientemente de las consecuencias que de ella derivan."

En estos términos la conducta humana regulada por el ordenamiento jurídico, siempre estará impulsada por un motivo específico, denominado en algunas legislaciones "causa de los actos jurídicos". De esta manera la causa ha sido objeto de unun estudio metódico por infinidad de juristas.

En nuestro país el legislador de 1928, con ánimo de solucionar el problema de su concepto y trascendencia en los actos jurídicos como elemento de existencia o validez, trató de eliminar la teoría de la causa estableciendo que los actos jurídicos serían invalidados si su motivo o fin era ilícito, adhiriéndose a la postura de BONNECASE y de la jurisprudencia francesa que identifica el motivo con la causa impulsiva de la teoría clásica.

(66) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, **op. cit.** nota (30), p. 259.

Con estas ideas, el tema a analizar es la evolución que ha tenido el concepto de causa y su importancia en la formación de los actos jurídicos, toda vez que unas veces ha sido considerada como elemento de existencia, otras como elemento de validez y unas más como elemento de existencia y validez a la vez, o si por el contrario carece de todo valor respecto de la existencia y validez de éstos; así como también si la autonomía de la voluntad privada, solamente limitada por los imperativos ineludibles de interdependencia y solidaridad social, pueden sustituir a la causa en las obligaciones y dar vida a documentos sin expresión de ésta, reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico como manifestación abstracta de expresión.

Así, el primer punto es esclarecer el concepto de causa; en este sentido, se le distingue entre causa y objeto, mediante la siguiente formula: el objeto, lo que es debido, contesta a la pregunta ¿QUID DEBETEUR? (¿Qué se debe?), la causa, motivo por el cual ha consentido el deudor, responde a la interrogante ¿CUR DEBEATUR? (¿Por qué se debe?).

La Suprema Corte de Justicia por su parte ha declarado que en nuestro sistema jurídico se entiende por causa el motivo que impele a contratar, la finalidad perseguida por el que se obliga, la razón de ser de la obligación.

Por lo que toca a la etapa constructiva de la

teoría de la causa comienza a perfilarse desde el siglo XVII y los momentos capitales de su elaboración polémica residen básicamente en las obras de DOMAT, POTHIER, AUBRY et RAU, DEMOLOMBE, BUFNOIR y COLÍN, por el **"CAUSALISMO"**; en las de ERNST, LAURENT, PLANIOL, DABIN, BAUDRY LACANTINEIRE et BARDE, DEMOGUE y HÉRMARD, por el **"ANTICAUSALISMO"**; y, finalmente en las ideas de CAPITANT y JOSSERAND, por el **"NEOCAUSALISMO"**, así como las ideas de DUGUIT y BONNECASE, por la tendencia adoptada por la jurisprudencia francesa a partir del año de 1832.

38.aaa. Teoría clásica de la causa

Jean DOMAT es el autor de esta teoría que formuló tomando elementos del Derecho romano haciéndoles sufrir después una transformación bajo la influencia del Derecho canónico. POTHIER no hizo sino reproducir estas ideas y en él se inspiraron los redactores del C. Civ. fra.

Esta doctrina para determinar la causa de la obligación consideró por separado abstractamente cada obligación nacida de un contrato, destacándola del conjunto de la operación jurídica, explicando que es la causa, cual es la diferencia entre la causa final, la causa impulsiva y la eficiente y, por último cual es la diferencia entre la causa y el objeto.

La causa final es aquella que determina

esencialmente al contratante a obligarse, y que es el fin directo e inmediato que se propone alcanzar obligándose, es un elemento intrínseco y constitutivo de la obligación, siendo siempre la misma en todos los contratos idénticos.

La causa impulsiva será aquella que consiste en el fin personal que cada parte se propone alcanzar al contratar, es decir no es sino el motivo determinante que induce a cada parte a la celebración del acto, es un elemento extrinseco y por lo mismo esencialmente variable.

La causa eficiente es la fuente de las obligaciones, como son el contrato, el delito, etc., no teniendo nada que ver con las dos anteriores.

Esta teoría considera como importante a la causa final, que es invariablemente idéntica en todos los contratos idénticos, a diferencia de la impulsiva que es esencialmente variable. La falsa causa deja sin efecto la obligación, lo mismo que la causa ilícita.

39. bbb. Teoría anticausalista

Quiénes admiten esta teoría han llegado a la conclusión de que es un error sostener que en los contratos sinalagmáticos, la obligación de uno de los contratantes es causa de la obligación del otro y recíprocamente, y que el legislador

confunde la causa con la finalidad del contrato, pero no obstante esta crítica, no pudo llegarse a un acuerdo definitivó en el concepto de causa, pues se objetó también que la causa preexiste al efecto y que existiendo las dos obligaciones al mismo tiempo, no podían ser ninguna de ellas causa de la otra.

ERNST, profesor de la Universidad de Lieja, sustenta en el año de 1826 las primeras ideas contrarias a la causa, pidiendo se suprima por ser inútil y fuente de errores y confusiones, afirmando que si la causa en los contratos a título oneroso es lo que cada una de las partes debe respectivamente a la otra, se confunde con el objeto de la convención y por consiguiente, es inútil hacer de una sola y misma cosa dos elementos distintos y exigir cuatro condiciones cuando en realidad sólo existen tres.

40. ccc. Teoría neocausalista

Esta doctrina sigue principalmente dos tendencias:

I. La OBJETIVA, cuyos principales exponentes son Eugene GAUDEMET y Jacques MAURY. El primero de los citados considera que la causa es la razón económica de la obligación, la contraprestación, independientemente de la intención de las partes, es un elemento material. Es el valor económico que aumenta el activo del deudor en compensación al incremento en su pasivo, debido al nacimiento de la obligación. Jacques MAURY

hace extensiva esta postura a los contratos a título gratuito, estableciendo como criterio la ausencia querida del equivalente económico.

II. La SUBJETIVA, que tomó derroteros distintos, siendo uno de ellos el de Henri CAPITANT, él cual quiso dar un alcance mayor a la teoría de la causa en los contratos sinalagmáticos, ya que todas las críticas dirigidas contra la doctrina clásica fueron fundadas, pues en rigor se confundió la causa con el consentimiento o con el objeto, expresando que toda persona que consiente en obligarse hacia otra se determina por la consideración del fin que se propone alcanzar por medio de una obligación, siendo la obligación un medio para llegar a un fin. Así pues, en un contrato sinalagmático, la causa que determina a cada parte a obligarse, es la voluntad de obtener la ejecución de la prestación que le es prometida a cambio, la causa de los contratos unilaterales, es ya el deseo de prestar un servicio, ya la prestación de un fin interesado.

El otro, defendido principalmente por BONNECASE basado en la tesis que la jurisprudencia francesa dictó en una sentencia que se ha vuelto célebre y que se le conoce con el nombre de "SENTENCIA PENDARIES" del año de 1832. La jurisprudencia francesa entre los años de 1804 a 1832, se caracterizó por aceptar los fundamentos de la teoría clásica sobre la causa; pero a partir de la sentencia referida, se acepta

por primera vez que es la causa impulsiva a la que se refiere el C. Civ. fra. cuando habla de causa ilícita, falsa o inexistente. Reconoce la jurisprudencia que lo que importa al Derecho es la voluntad en los términos en que se ha exteriorizado y son ajenos al mismo los móviles que permanecen en su fuero interno y que constituyen la reserva mental de cada contratante, pero el móvil determinante no permanece en el fuero interno, porque generalmente se consigna en el contrato, o se desprende necesariamente de sus circunstancias.

La sentencia en cuestión cambio el concepto de causa, abandonando la vieja idea de causa final como elemento del acto jurídico para sustituirlo por el de causa impulsiva a condición de que se exteriorice en la celebración del negocio. Así como también hizo triunfar a la interpretación sistemática por sobre la interpretación exegética.

BONNECASE, que no aprobó ni la teoría clásica sobre la causa, ni la anticausalista a la que calificó de negativa, propuso la identidad de la noción de la causa con el motivo determinante, al difundir la teoría que resulta de la jurisprudencia, la cual identificaba la noción de causa con el motivo de la tesis clásica, diciendo que la voluntad es inseparable de los móviles de toda especie a los que obedece. En esta tesis, la teoría de la falsa causa va a unirse a la teoría del error sobre el motivo determinante del contrato.

41. ddd. La causa en el Derecho mexicano

Esta parte será dedicada al estudio que los doctrinarios nacionales han elaborado para esta institución jurídica, así como también cual ha sido la influencia para hacer de la causa un elemento, ya sea de existencia, o validez de los actos jurídicos, o para no ser tomada en cuenta en la formación de estos últimos.

42. aaaa. Códigos Civiles de 1870 y 1884 del D.F.

Por lo que hace a estos ordenamientos, la mayoría de los autores considera que la postura de los mismos con respecto a la causa fue totalemente anticausalista (67).

El primero de los ordenamientos citados disponía en su artículo 1395, que el contrato para que fuera válido debería reunir las siguientes condiciones: "1a. Capacidad de los contrayentes; 2a. Mutuo consentimiento; 3a. Objeto lícito". En tanto el segundo señalaba en su artículo 1279, lo siguiente: "Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: I. Capacidad de los contrayentes, II. Mutuo consentimiento; III. Que el objeto materia del contrato sea lícito; IV. Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley."

---

(67) **Cfr.** ROJINA-VILLEGAS, **op. cit.** nota (56), t. III, pp. 90 y s

43. bbbb. Código Civil de 1928 del D.F.

El Código Civil vigente siguiendo la jurisprudencia francesa de mediados del siglo pasado y las ideas de autores como BONNECASE, dejó a un lado la teoría clásica de la causa y tomó en consideración como elemento del acto jurídico a la causa impulsiva, haciendo alusión a ella como "fin o motivo" determinante de la voluntad y con esto se adhiere a la teoría neocausalista. Por lo que el artículo 1795 del C. Civ. 28 al enumerar los requisitos que debe reunir un contrato para su validez señala que su motivo o fin no debe ser ilícito. Reconociendo con esto que en ocaciones ciertos contratos ilícitos presentan un objeto lícito y así para evitar problemas el objeto, el motivo o el fin determinante de la voluntad, deben ser también lícitos. Así de esta manera el legislador mexicano ha incluido a la causa dentro de los elementos de validez, sustituyendo esa expresión por la de MOTIVO o FIN el cual también debe ser lícito.

En relación con la lícitud en el fin o motivo determinante de la voluntad como condicionante de la validez del acto jurídico, de los artículos 1795 y 2225 del C. Civ. 28, se desprende una identidad de tratamiento como si fueran uno sólo y el mismo concepto. Lo anterior ha dado lugar a definiciones doctrinales que engloban ambos conceptos en su significado. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ(68) así lo hace al expresar: "Puede

(68) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, **op. cit.** nota (30), p. 267.

considerarse que el MOTIVO O FIN, ES LA RAZÓN CONTINGENTE, SUBJETIVA, Y POR LO MISMO DE INDIVIDUO A INDIVIDUO, QUE LO INDUCE A LA CELEBRACION DEL ACTO JURÍDICO"; hay por contra, quien ofrece un significado diverso para cada uno de los conceptos indicados, lo que nos parece más lógico, y así ZAMORA Y VALENCIA(69) indica: "Los MOTIVOS son las intenciones internas o subjetivas del sujeto relacionadas directamente con la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte; en tanto los FINES son las intenciones de destino último en que pretende utilizar el contratante la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte."

El alcance de la lícitud que debe acompañar al objeto, al motivo o al fin del acto jurídico no es precisamente en los términos generales, sino sólo a propósito de las leyes de orden público y de las buenas costumbres.

En este sentido el ORDEN PÚBLICO lo entendemos como el "conjunto de intituciones júridicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (no está bajo el imperio de la autonomía de la voluntad); ni por la aplicación del derecho extranjero" (70).

---

(69) ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel, **CONTRATOS CIVILES**, Edit. Porrúa, 3a. ed., México, 1989, pp. 46-47.
(70) TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, "Orden público", **op. cit.** nota

Ahora bien, en contra de cuales leyes contenidas en este orden público es posible una acto ilícito, para lograr esto hay que hacer una distinción entre las leyes preceptivas, prohibitivas y permisivas. Las leyes PERMISIVAS son aquellas que permiten, autorizan o toleran algo, son conocidas por ello también como facultativas. Por su parte las leyes PROHIBITIVAS son aquellas que impiden la realización de actos jurídicos, pues estima el legislador que esos actos son contrarios a la necesaria convivencia humana. Por último las leyes IMPERATIVAS son las que ordenan sin excusa alguna la ejecución de actos determinados (71)

Por lo tanto se puede decir que existe ilícitud en un acto jurídico cuando se violen normas prohibitivas e imperativas, éstas pueden ser de Derecho público o bien de Derecho privado, pero siempre cuando en estas últimas haya un interés público que proteger o se ataquen a las buenas costumbres.

---

(1), t. VI, pp. 316-317; en el mismo sentido se pronuncia Don Teodosio LARES, **LECCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO**, U.N.A.M., México, 1978, pp. 31-32, donde se plasma la idea de que "Orden" significa: "...armonía, conservación del conjunto, concierto universal...", que ampliado a la cosa pública surge el concepto "Orden público" como: "...el conjunto de las instituciones fundamentales que garantizan los derechos de la Nación y de los ciudadanos, la estabilidad y la armonía conservadora de todos estos derechos; y por consiguiente el primer objetivo del Orden público es la conservación de las leyes o de las reglas del Derecho y del Poder..."

(71) **Cfr.** BORJA-SORIANO, **op. cit.** nota (12), t. I, pp. 170-174.

Por su parte las buenas costumbres son entendidas como el conjunto de hábitos generalizados que son aprobados por el núcleo social de una época y un lugar determinados. Como tales, son cambiantes de época a época, y de lugar a lugar, pues lo que en el pasado y en una determinada circunscripción fue considerado como una conducta socialmente aceptada, puede no serlo en el presente o vicervesa.

Una sentencia dictada por el Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito definió acertadamente las buenas costumbres como: "Las directivas y los conceptos morales en que se inspir a nuestro actual derecho positivo y que coinciden con el sentir del común de las personas equilibradas, intelectual y emocionalmente maduras y de criterio sereno", o bien como: "La concepción ética que predomina en nuestro medio cultural y que informa nuestra legislación, por ejemplo, la observancia de la monogamia y la fidelidad en el matrimonio, y a la inversa, constituyen actos reprobables, o se califican malas costumbres, en mayor o menor grado, el adulterio, el incesto, la prostitución, el lenocinio y el homosexualismo, y también la incitación, directa o indirecta a tales actos".(72)

44. ccc. Los actos jurídicos abstractos

Toda obligación o acto jurídico supone la

(72) 2° Tribunal Colegiado en matería Administrativa del Primer Circuito, amparo en revisión 20/76, 18 de marzo de 1976.

preexistencia de un motivo que explique su nacimiento y no se justifica si falta el mismo, por lo que podría concluirse que normalmente las obligaciones son causales.

En este tipo de actos jurídicos la autonomía privada de la voluntad tiene un amplio campo de acción para crear estas obligaciones sin expresión de su causa, es decir que la voluntad puede generar obligaciones por ella misma, siempre teniendo presente que la expresión de la voluntad no vaya en contra de normas prohibitivas, imperativas o de las buenas costumbres.

En otras palabras, las obligaciones abstractas son aquellas que existen y valen sin dependencia de la causa que las originó, obligaciones que se abstraen de dicha causa pero que no por ello dejan de tener un motivo, solamente que éste no importa para la eficiencia ni para la validez de la obligación.

Mención especial merecen la expedición de documentos civiles pagaderos a la orden o al portador, que pueden ser considerados como verdaderos actos abstractos, en cuanto que la posesión del documento es presupuesto necesario y suficiente para el ejercicio de los derechos en el incorporados.

Entre los maestros BORJA-SORIANO(73) y ROJINA

(73) **Cfr.** BORJA-SORIANO, **op. cit.** nota (12), t. I, pp. 364-368 y **NUEVO CÓDIGO CIVIL PARA EL D.F.**, Edit. Andráde, 15a. ed., México, 1986, pp. 477-478.

VILLEGAS(74) se sucitó una polémica con respecto a esta cuestión, en la que el primero de los juristas sostiene que los artículos del C. Civ. 28 que reglamentan los documentos civiles emitidos a la orden o al portador se encuentran derogados por la L.G.T.O.C.; en tanto el segundo sostiene que la citada ley no ha derogado los artículos relativos del Código Civil vigente.

45. fff. Máxima "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans"

Expresión que significa "que la acción en justicia será rehusada al demandante cuando no puede invocar en apoyo de su demanda sino un acto inmoral efectuado por él."

Cuando en un contrato el objeto, motivo o fin es ilícito y uno de los contratantes ya cumplió, no puede exigirsele el cumplimiento al otro contratante; ejemplo: se entregá una suma de dinero para que una parte realice un el hecho ilícito y ésta no lo efectúa, se le demanda entonces la rescisión por su incumplimiento y como consecuencia la devolución del dinero, entra inmediatamente en juego la mencionada máxima, por la cual se le debe negar toda acción a dicha persona para la recuperación del dinero. Otro ejemplo: un contrato de préstamo para que una mujer casada huya con su amante y luego pretenda demandarse la devolución.

(74) **Cfr.** ROJINA-VILLEGAS, **op. cit.** nota (4), t. V, vol. I, pp. 467 y ss.

Nuestro legislador hace una aplicación mediocre de dicha máxima, pues el artículo 2129 textualmente dice: " Si el que enajena y el que adquiere proceden de mala fe, no tendrá el segundo, en ningún caso, derecho al saneamiento ni a una indemnización de ninguna especie."

46. dd. Voluntad manifestada en la forma que establece la ley

Para que se forme el consentimiento basta el simple acuerdo de voluntades sobre un punto de interés jurídico, pero para que ese acuerdo tenga la validez que exige la ley, se ley, se requiere que esas voluntades tengan una manifestación exterior, es decir, que la manifestación del consentimiento forme la parte extrínseca del acto jurídico, lo que constituye la forma de él.

Esta manifestación de la voluntad puede darse a conocer de dos maneras distintas: expresa o tácita. La manifestación es EXPRESA, cuando su declaración se hace por los medios a través de los cuales el ser humano puede comunicarse, tales como: la escritura, la manera verbal, por signos o gestos. La manifestación es TÁCITA, cuando se realicen hechos que autorizan a presumir la voluntad. El reconocimiento legal de ambas manifestaciones de la voluntad se encuentra reglamentado en el precepto 1803 del C. Civ. 28. Hay que tener cuidado de no confundir la manifestación tácita de la voluntad con el silencio,

y en este sentido cabe hacer la siguiente pregunta ¿El silencio debe considerarse como una manifestación de la voluntad que pueda generar consecuencias de derecho? No, ya que el silencio es la ausencia de toda manifestación de voluntad, en oposición a la aceptación tácita que es algo real, fundada en hechos o actos inequívocos que así la acreditan. Además el silencio en sí mismo no produce la aceptación de un acto jurídico, a menos de que por las condiciones en que el silencio se presenta y en virtud de las cuales se pueda presumir una aceptación tácita (arts. 2486, 2487 y 2547 del C. Civ. 28).

47. aaa. Las formalidades en Derecho comparado

Los formalismos han ido variando especial y temporalmente, de acuerdo con el cambio de las diversas técnicas legislativas. En un principio los formalismos eran fundamentalmente religiosos, se hacían a través de un sacerdote que intervenía como un elemento mágico en todo tipo de contratación.

En el Derecho romano adquieren por vez primera un matiz de tipo civil. En este Derecho de una existencia fecunda y prolongada, base de toda la cultura jurídica contemporánea, se observaron diversos estadios por los que los formalismos pasaron y evolucionaron. Así en sus primeras etapas el simple acuerdo de voluntades no producía efecto legal alguno si no se le hacía

acompañar de alguna solemnidad jurídica, por lo tanto no había sino contratos formales, toda vez que los sujetos estaban obligados en razón del cumplimiento de una solemnidad, por ejemplo en la estipulación, que consistía en un acto compuesto de una pregunta y una respuesta concordantes: "SPONDESNE?" "SPONDEO".

En una evolución de este Derecho en cuanto a los formalismos, se empezaron a establecer ciertas excepciones a estos contratos formales, éstas fueron el nacimiento de los contratos reales, (los que exigían para su validez la entrega de la cosa) y los contratos consensuales (en los que la obligación nacía del consentimiento, independientemente de la forma que se le diera). Con la admisión de los pactos y los contratos innominados, hubo una cambio muy marcado del formalismo hacia el consensualismo, pero teniéndose como regla el primero y como excepción el segundo.

Durante la Edad Media, el Derecho germánico introdujo ciertos formalismos simbólicos distintos de los del Derecho romano, y posteriormente, el Derecho canónico reclamó el valor del consentimiento por sí mismo, es decir el verdadero consensualismo.

Bajo esta influencia del Derecho canónico, España tuvo una nota acentuada hacia el consensualismo que se plasmo en

el ordenamiento de Alcalá, en el Título I, de la Ley I, Libro X de la Novisima Recopilación. De esta idea, se inspiraron los redactores del actual C. Civ. esp. plasmando en su artículo 1258, un sistema evidentemente consensualista en los siguientes términos: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, el uso y a la ley", agregando en el artículo 1278: "Los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez."

En Francia el principio en cuanto a los formalismos, es que los contratos no necesitan de ninguna formalidad, que el consentimiento no está sometido para su manifestación a ésta. Sin embargo PLANIOL(75) enseña: "Les relations compliqueés qui naissent d'une civilisation avancée multiplient les chances de fraudes et d'erreurs auxquelles sont exposées les parties dans les contrats dénués de formes... Ce n'est pas du symbolisme, c'est de la défiance". Esto trae como

(75) "Las relaciones complicadas que nacen de una civilización avanzada multiplican las probabilidades de fraudes y errores a los cuales estan expuestas las partes en los contratos desprovistos de formas... Esto no es simbolismo, es la desconfianza." PLANIOL, **op. cit.** nota (9), t. I, p. 116.

consecuencia que el formalismo tiende a renacer para dar seguridad y rapidez a las operaciones jurídicas, lo que significa más bien que hay una supervivencia del mismo.

48. bbb. Las formalidades en Derecho mexicano

En nuestra patría, antes de la entrada en vigor el C. Civ. 70, se encontraba como Derecho positivo y vigente el Ordenamiento de Alcalá, el cual disponía que cualquiera que fuera la forma en que uno se quiso obligar era valida, porque no se requería que se cumpliera una forma preestablecida. En este sentido SALA(76) dijo: "Todo pacto que es conforme a derecho produce obligación siempre que conste la voluntad de obligarse sin que se pueda alegar que no hubo solemnidad, porque ninguna se necesita."

49. aaaa. Código Civil de 1870 del D.F.

Este ordenamiento jurídico bajo el influjo del C. Civ. esp. estableció como principio general, el consensualismo, al disponer en su artículo 1392: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también á todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme á la buena fe, al uso ó á la ley". Aunado a esto, no se menciona dentro de

(76) **Apud.** por BORJA-SORIANO, **op. cit.** nota (12), t. I, p. 217.

los requisitos necesarios para la validez de los contratos a la forma, sólo hizo mención de la capacidad, del consentimiento y del objeto, en el artículo 1395.

Sin embargo, puede decirse que el principio establecido por los artículos citados fue desmentido por el propio Código, porque al reglamentar a los contratos en particular les impuso una forma a cada uno de ellos.

50. bbbb. Código Civil de 1884 del D.F.

Los términos en que fue establecido el aparente consentimiento en el C. Civ. 70 fueron cambiados por el nuevo ordenamiento de 1884.

En efecto su artículo 1276 disponía: "Los contratos legalmente celebrados obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también á todas las consecuencias que, según su naturaleza son conformes á la buena fe, al uso ó á la ley", cambiándose los límites que establecía el art. 1392 del C. Civ. 70 y adoptándose un sistema preponderantemente formalista.

En cometario al art. 1276 del C. Civ. 84 que reforma la concepción consensualista que se tenía en el ordenamiento anterior, el licenciado Miguel S. MACEDO(77)

(77) MACEDO S., Miguel, **DATOS PARA EL ESTUDIO DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL DEL D.F. Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884**, Imprenta de Francisco Díaz de León, México, 1884, p. 78.

expresaba: "Las legislaciones modernas, que han comprendido que existe un grande interés público en prevenir los pleitos y asegurar ciertos bienes por su mayor importancia, han sancionado el precepto de que determinadas especies de obligaciones deben constar precisamente en cierta forma, y que en consecuencia no son válidas si se otorgan en forma diferente... Desde el momento en que se sanciona este precepto, es inexacto el principio de que todo contrato es consensual y que por lo mismo se perfecciona por el simple consentimiento, independientemente de las formalidades externas."

El C. Civ. 84 al reproducir el art. 1395 del C. Civ. 70 en su artículo 1279, respecto de las condiciones para la validez de los contratos agregó una fracción refiriéndose a la forma, declarándose nulos los contratos que se celebren sin respetarla (78).

51. cccc. Código Civil de 1928 del D.F.

Este ordenamiento jurídico en materia de formalismos retomo los principios que regian al C. Civ. 70, que a su vez se inspiró como ya se dijo en el Ordenamiento de Alcalá, pues en términos generales estableció el consensualismo.

La exposición de motivo del C. Civ. 28, dió a

(78) **Cfr.** MACEDO, **loc. cit.**

conocer cual era la intención del legislador al hacer retornar el principio consensualista que se encontraba derogado por el C. Civ. 84, esta explicación se expuso de la siguiente manera: "Por lo que a la forma toca, se procuró, en cuanto fue posible, suprimir las formalidades que hacía necesaria la intervención de notarios o de otros funcionarios públicos para que el contrato se legalizara, haciendo así más expeditas y económicas las transacciones, y solo se exceptuaron los casos en que para la formación de la historia de la propiedad y seguridad del régimen territorial se exigió la inscripción de los actos en el Registro Público."

Son dos artículos del Código vigente, cuyo antecedente se haya en el C. Civ. 70, que establecen el consensualismo como principio, estos son el 1796 y 1832.

Si bien de la exposición de motivos del C. Civ. 28 y del contenido de los artículos citados, se podría concluir que la regla en materia de formalismos es la libertad de forma o consensualismo, sin embargo, en materia de contratación el Código deroga el principio al establecer formalidades para casi todos los contratos. Además el artículo 1795 al enumerar las condicones necesarias para la validez de los contrtos mencionó la forma.

52. ccc. Contratos consensuales, solemnes y formales

Son CONTRATOS CONSENSUALES aquellos que se

perfeccionan por el mero acuerdo entre las voluntades de las partes y desde el instante en que se presta, es decir que son consensuales todos los contratos para cuya eficacia no se requieren formalidades. Poco importa si se extendió escrito, porque el escrito tiene importancia desde el punto de vista de la prueba del consentimiento si una de las partes negara que este existió.

Son CONTRATOS SOLEMNES aquellos en donde la ley exige como elemento de existencia, que la voluntad de las partes se externe como la forma prevista por ella, y si la forma no se cumple el acto, será inexistente. La forma aquí es elevada por la ley al rango de elemento de existencia del acto, de tal manera que al no cumplirla el acto no puede existir.

En razón de la libertad que tienen las partes al contratar y de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad, nada impediría que los otorgantes de un acto pudieran hacer solemne un contrato que por su naturaleza no la tiene, estipulando ciertas formas. Por ejemplo la venta de bienes muebles no es formal ni solemne, es consensual, pero una de las partes podría pedir que se hiciera en escritura pública.

BORJA-SORIANO(79) señala con relación a estos contratos: "¿Qué debe entenderse por acto o contrato solemne?

(79) BORJA-SORIANO, **op. cit.** nota (12), t. I, p. 221.

Para responder esta cuestión, es preciso recordar la distinción que las leyes establecen entre las formalidades queridas solamente PROBATIONIS causa, y aquellas que se requieren SOLEMNITATIS causa. Una formalidad es prescrita probationis causa cuando su sólo fin es probar la existencia del hecho. Es al contrario establecida solemnitatis causa, cuando no solamente es exigida para probar el hecho, sino porque el legislador, en razón de la importancia del acto, ha querido rodearlo de mayor solemnidad, son para hacer más difíciles la supresión o suposición del acto, sea por cualquier otro motivo."

Ahora bien, entre los contratos consensuales y los solemnes, existen los formales, estos últimos hacen que la forma prescrita no sea simplemente probatoria, ni su omisión haga inexistente el contrato, sino que ante su falta, se sanciona con la anulabilidad, que puede desaparecer por la confirmación del contrato. La confirmación es entendida como la revalidación del acto por adolecer de algun vicio. Esta confirmación será expresa cuando la declaración que se emita al respecto sea inequívoca; tácita, cuando con conocimiento de la causa de nulidad que afecta al acto jurídico, éste se cumple, renunciando al derecho de invocar la nulidad.

Son CONTRATOS FORMALES aquellos para cuya validez la ley exige determinadas formas, es el caso típico de aquellos actos cuya eficacia depende de que se hagan por escrito

ya sea público o privado.

De la interpretación conjunta de los artículos 1795 fracc. IV, 2228 y 2229 se desprende la forma auténtica, en el sentido de que la falta de forma producirá la nulidad relativa del acto la cual no es confundida con la forma escrita consignada en el art. 1834 del C. Civ. 28.

Una innovación del C. Civ. 28 con relación a la anterior legislación, es la de dar acción a una de las partes para que al contrato se le de la forma exigida cuando a este le falte. Esta acción encuentra su fundamento en los artículos 1833 y 2232 del Código vigente, denominada acción **PRO-FORMA**.

53. SU ADECUACIÓN Y JUSTIFICACIÓN A LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

A través de este primer capítulo hemos tratado de sintetizar de la mejor manera posible los elementos que conforman el acto jurídico. No por ello dejamos de pasar de largo algunas sugerencias que creemos pueden ser tomadas en cuenta para un nuevo criterio doctrinal con respecto a ellos, tales como el diferenciar entre cosas y bienes, el aspecto de la solemnidad, los vicios del consentimiento, entre otros.

Por lo que hace a nuestro tema de estudio, éstos conocimientos básicos son los cimientos donde vamos a sustentar

una parte de nuestra tesis, esto es, si partimos de la base de que la voluntad del individuo aunque un poco ya en crisis (**infra**, 109.B.) es la generadora de quedar obligados a una prestación, es indispensable saber cuando esa voluntad traducida al consentimiento no es valida por haber sido exteriorizada por miedo o por error, o bien, porque haya sido un incapaz la persona que otorgó el acto.

Esto es sólo un aspecto superficial de la importancia de estas nociones elementales, baste decir que la imprevisión no puede ser confundida con otras instituciones o figuras jurídicas (**infra**, 131.D.), ya que la falta de algunos de los elementos del acto jurídico, puede producir la nulidad del mismo, ya sea absoluta o relativa o bien su inexistencia.

Así pues, cuando en el acto jurídico se presentan dos personas a formarlo éste toma el nombre de contrato, algo parecido con lo que hicimos notar respecto del consentimiento (**supra**, 11.aa.); de esta manera es que estos elementos nos ayudarán a no tratar de nulificar un contrato válido argumentando que se vicio nuestra voluntad a través de miedo o error, o que hubo mala intención o dolo en nuestra contraparte al momento mismo de contratar.

Puede suceder que haya mala intención cuando cambien las circunstancias en el transcurso del cumplimiento del

contrato, situación que cae en otro supuesto, pero nunca podrá decirse que ese es el motivo para nulificar la obligación y por consiguiente rescindir el contrato. Así de esta manera, veremos que los elementos del acto jurídico (primera manifestación del Derecho en las relaciones jurídicas) nos dan base para empezar a diferenciar las causas por las cuales puede ser revisado un contrato, para modificarlo, aplazarlo o rescindirlo, por circunstancias distintas a la formación del acto jurídico.

Concluiremos este epígrafe diciendo que la imprevisión tiene su fundamento en el contrato, y que estos elementos son la base para determinar que la manifestación de la voluntad así como todos los demás que le acompañan, pueden servir los contratantes para que de acuerdo con la buena fe que debe regir a todos los hombres, y en principios de equidad, revisen sus relaciones contractuales, no tratando de invocar la falta de alguno de los elementos ya sean de validez o de existencia, para enriquecerse ilícitamente o abusar de un derecho que no le corresponde.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTRATO Y EL CONVENIO COMO ACTOS JURÍDICOS (UNA ADECUACIÓN A LAS ESPECIES)

SUMARIO:

54. A. PERSPECTIVA JURÍDICO-DOCTRINAL DE LOS CONCEPTOS CONVENIO Y CONTRATO

En este parágrafo se analizará la redacción y contenido de los artículos 1792 y 1793 aún vigentes del C. Civ. 28, así como el replanteamiento de los conceptos que jurídicamente se desprenden de CONVENIO y CONTRATO ofrecidos respectivamente por los preceptos mencionados.

Como comentario inicial, en términos del artículo 1792: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones". Por su parte el artículo 1793 dispone que: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos."

Las disposiciones transcritas han sido motivo de diversos comentarios: **el primero gira** en torno al cual, dada la redacción el convenio se considera como el género, en tanto que el contrato se considera la especie, por lo que se ha podido decir que todo contrato es un convenio, pero en sentido contrario no es correcto, por consiguiente las relaciones jurídicas que modifican o extinguen derechos y obligaciones son las llamadas convenios en sentido estricto.

Un segundo comentario meramente descriptivo, es aquel que se refiere al tratamiento de que es objeto la acepción

de obligación, es decir en su connotación amplia (crear, transferir, modificar o extinguir) y restringida (crear y transferir) contenidas en estos artículos.

Como tercer comentario también motivador de glosa, y ya con matices críticos, es que así presentados tales dispositivos, son una clara manifestación de una actitud exageradamente definidora del C. Civ., la que en general no es bien vista. Esto propicia a considerar a este ordenamiento como excesivamente doctrinario, por lo que la tendencia definidora de un Código no es una adecuada técnica legislativa, no es en verdad, función del legislador la de proporcionar definiciones doctrinarias.

Así pues, el convenio y el contrato, primero a la luz del Derecho romano y después a la de las legislaciones y doctrinas extranjeras (francesa, italiana, española y argentina) así como la mexicana, será el centro de nuestros comentarios, para concluir si hay o no la pretendida relación entre convenio y contrato.

55. a. Postura doctrinal del Derecho romano

En este ordenamiento jurídico y en torno a consideraciones históricas, se vislumbran aún los primigenios antecedentes de los conceptos de convenio y contrato, así como las relaciones habidas entre uno y otro. Adentrándonos a las

fuentes de este Derecho, hallamos la manifestación primaria de estas figuras, considerando las definiciones del maestro GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO(80) al respecto, así tenemos que:

En principio el **CONTRATO** se traduce a un: "...Negocio jurídico bilateral; acuerdo de voluntades entre dos o más partes, reconocido y amparado por el derecho objetivo, encaminado a crear una o más relaciones jurídicas obligatorias..."

Siguiendo la idea de **CONVENTIO** que resulta ser una: "...convención, acuerdo de voluntades de dos o más partes; expresión equivalente a PACTUM, CONSENSUS, PACTUM CONVENTUM, de la que no se derivan por sí sola obligaciones en el Derecho romano..."

Y por último, el **PACTUM** que se traduce a un: "...Pacto, convención, acuerdo de voluntades entre dos o más personas, que por carecer de una CAUSA CIVILIS originalmente no enjendra una obligación jurídica entre los que en él intervienen. Los que alcanzan validez sin transformarse en contratos se denominan... vestidos, frente a los demás, denominados pactos desnudos. Originalmente PACTUM designa un acuerdo extintivo de una acción; son generadores de acción cuando se une a un contrato

(80) GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino, "Contrato, Conventio, Pactum", **DICCIONARIO DE DERECHO ROMANO**, Edit. Reus, 3a. ed., Madrid, 1982, pp. 154, 157 y 509.

principal, PACTA ADIECTA, y generan obligaciones igualmente, cuando los ampara el derecho pretorio o imperial, PACTA PRAETORIA y PACTA LEGITIMA..."

Hasta aquí y con referencia a lo apuntado de lo que podemos entender por convenio (convención) y contrato observamos una doble utilidad: en primer lugar, hay una marcada sinonimia entre conventio y pactum, así como una distinción y hasta una cierta dependencia entre contrato y pactum, ya que este último carece de toda juridicidad, además de no generar obligaciones civiles; en segundo lugar originalmente se hace referencia a una posible distinción en los conceptos señalados.

En este sentido FOIGNET(81) enseña: "No hay que confundir, en Derecho Romano el contrato con el pacto.

El pacto era un acuerdo cualquiera de voluntades entre dos o más personas. El contrato era un acuerdo de voluntades que se manifestaba en forma determinada, o que se había colocado en la clase de los contratos por disposición excepcional, a pesar de su carencia de forma.

Sólo el contrato engendraba obligaciones sancionadas por una acción judicial. El pacto, por lo contrario, no producirá ningún efecto. Era ésta una regla fundamental del

(81) FOIGNET, René, **MANUEL ÉLÉMENTAIRE DE DROIT ROMAIN**, Libraire Arthur Rouseeau, 4a. ed., Paris, 1916, p. 144.

Derecho Romano, a menudo reproducida. Consiste en que el pacto no podía ni crear ni extinguir obligaciones."

Por su parte PETIT(82) establece una orientación muy similar a la imperante en la actualidad, al considerar al contrato una especie del convenio: "En todo CONTRATO hay una CONVENCIÓN. Para tener la noción del contrato es preciso, pues, saber, primeramente lo que es una convención. Ahora bien, cuando dos o más personas se ponen de acuerdo respecto a un objeto determinado, se dice que hay entre ellas CONVENCIÓN o PACTO. Las partes que hacen una convención destinada a PRODUCIR UN EFECTO JURÍDICO pueden proponerse CREAR, MODIFICAR o EXTINGUIR UN DERECHO. No tenemos que ocuparnos aquí más que de las convenciones que tienden a CREAR UN DERECHO, son las únicas que forman el género cuya especie es el contrato."

Ahora bien, sea en mayor o menor medida, lo cierto es que las consideraciones anteriores suelen fincarse en citas del Digesto. El rigor observado en las etapas iniciales y medias del Derecho romano respecto de las relaciones y diferencias habidas entre pacto y contrato fueron desvaneciéndose en todas su manifestaciones hasta confundirse uno y otro.

---

(82) PETIT, Eugene, **TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO**, Edit. Porrúa, México, 1984, trad. esp. de José Fernández González, p. 317 .

IGLESIAS(83) anota que a través del contrato, no sólo se producen obligaciones sino que también pueden modificarse o extinguirse, haciendo resaltar la evolución en el Derecho romano, y que la distinción entre pacto y contrato fue desapareciendo: "La sucesiva evolución se inclina más y más a exaltar el acuerdo (CONVENTIO, CONSENSUS), erigiéndolo en requisito denominador. En el Derecho Justinianeo, contrato es todo acuerdo capaz de constituir a una persona en deudora de otra. Refiriérese el acuerdo a toda suerte de negocios, ya se encaminen a la modificación o extinción de cualquier relación jurídica. Queda así superada la concepción propia del jus civile, a tenor de la cual el CONTRACTUS sólo puede producir OBLIGATIONES."

56. b. El caso del Derecho francés

DOMAT y POTHIER son considerados como lo inspiradores del Código Napoleónico. La influencia que tuvieron estos autores en la formación del Código puede apreciarse en el acucioso estudio que realizó BATIZA(84), quien demuestra que más de tres cuartas partes son una copia casi literal de las ideas de ellos, lo cual se explica de la siguiente manera: "Los textos

(83) IGLESIAS, Juan, **DERECHO ROMANO**, Edit. Ariel, 7a. ed., Barcelona, 1982, p. 416.
(84) BATIZA, Rodolfo, **LOS ORIGENES DE LA CODIFICACIÓN CIVIL Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO MEXICANO**, Edit. Porrúa, México, 1982, p. 152 especialmente su nota (38).

doctrinarios tuvieron que ampliarse considerablemente, a fin de alcanzar las dimensiones necesarias de un código capaz de suministrar al abogado y al juez elementos suficientes, tanto para regular las relaciones del hombre en sociedad, como para resolver los conflictos de ellas resultantes. Para ello se recurrió de preferencia a Pothier, pero también a Domat. Puede decirse que más de la mitad del proyecto provienen de fuentes doctrinales: más de 1000 de Pothier, en que alrededor de 100 son copia casi literal; unos 100 proceden de Domat, casi 20 reproducción casi literal."

Con claridad y concreción POTHIER(85) destacó lo que debe entenderse por convención como género, y por contrato como especie, y la utilidad que ello reportó a los redactores del Código: "Un contrato es una especie de convención. Para saber pues, lo que es un contrato, es antes necesario saber lo que es una convención.

Una convención o un pacto (puesto que dichos términos son sinónimos) es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, o para resolver uno existente, o para modificarlo: DUORUM VEL PLURIUM IN IDEM PLACITUM CONSENSUS.

(85) POTHIER, R. J., **TRATADO DE LAS OBLIGACIONES**, Edit. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 12.

La especie de convención que tiene por objeto formar algún compromiso, es lo que se llama CONTRATO. Los principios del Derecho Romano sobre las diferentes especies de pactos, y sobre distinguir los contratos y los simples pactos, por lo mismo que no se funden en el Derecho Natural, estando por el contrario muy alejados de su sencillez, no se admiten en nuestro derecho.

De lo dicho se sigue que, en nuestro Derecho no se debe definir el contrato como lo hacen los interpretes del Derecho Romano. CONVENTIO NOMEN HABEN A JURE CIVIL VEL CAUSAM; sino que debe definirse una convención por la cual las dos partes recíprocamente, o sólo una de las dos, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa, o a hacer o no hacer tal cosa."

La influencia de POTHIER es contundente y definitiva en la redacción del C. Civ. fra., pues en su artículo 1101 define al contrato como: "Una convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou àne pas faire quelque chose."(86)

De los autores que glosan este artículo

(86) "Una convención por la cual una o más personas se obligan hacia otra o varias a dar, a hacer, o a no hacer alguna cosa."

encontramos a PLANIOL, RIPERT y BONNECASE, entre otros. Las ideas de éstos no son en mucho uniformes, ya que parten desde puntos de vista diferentes para exponer sus doctrinas. Así, hay quiénes por ejemplo, además de apuntar la relación de género y especie entre convenio y contrato, que consideran plenamente válida; hay en contra quiénes con dificultad aceptan la independencia entre uno y otro, considerando que las diferencias de haberlas, son teóricas y hasta sólo terminológicas, sin trascendencia y por ende sin utilidad práctica; hay incluso quiénes simplemente la consideran una sinonimia plena.

Expone PLANIOL(87) que : "Una convention est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérê juridique, et le contrat est espécie particuliere de convention, dont le caractere propre est d'être productif d'obligations. Il y a dôautres conventions qui étsignent ou modifient une obligation préexistante."

RIPERT(88) por su parte expone: "A veces se critica tachándola de totalmente inútil la aplicación exclusiva

(87) "Una convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, y el contrato es una especie particular de convención donde el carácter propio es de ser productora de obligaciones. Hay otras convenciones que extingue o modifican una obligación preexistente", PLANIOL, **op. cit.** nota (9), t. II, p. 363.

(88) RIPERT, George, **TRAITÉ PRACTIQUE DE DROIT CIVIL FRANÇAIS**, Libraire Générale de Droit & Jurisprudence, Paris, 1930, t. VI, vol. I, p. 24.

de la denominación de contrato a las convenciones generadoras de obligaciones. Sin embargo, hay en ello algo más que un interés de pura terminología: por ejemplo, la capacidad de contratar, en el sentido recto de la voz, o sea, crear derechos de crédito o asumir obligaciones, no es la misma que la que la ley requiere para concurrir a una convención de transmisión de créditos como la cesión, o de extinción de obligaciones, como el pago o la remisión de deudas. El Código no incurre en error ni en confusión al denominar convenio al contrato, puesto que es tal (artículos 1108, 1127, 1138, etc.), ni por tanto, cuando denomina obligaciones convencionales (tít. III, lib. III) a las nacidas de los contratos."

Por último BONNECASE(89) afirma que: "...la convención es... un acuerdo de voluntades cuyo objeto es crear, modificar, transmitir o extinguir un derecho... El contrato es una variedad de convenio, cuya característica es ser creador de obligaciones."

Así a la luz del C. Civ. fra. se niega trascendencia a la distinción entre convención y contrato, esa terminología pierde importancia y se clasifica de ajurídica, pues no reporta un interés práctico. Lo cierto es que el legislador francés confunde los términos, y consideró que en el Derecho galo

(89) BONNECASE, **op. cit.** nota (16), t. II, p. 234.

no hay porque diferenciar entre ambas denominaciones, ya que son sinónimos.

57. c. La postura del Derecho español

De los artículos del C. Civ. esp. y de la interpretación de éstos, así como de sus antecedentes, se desprende que la relación del género convenio con su especie contrato (teniendo este último una función limitada, por lo que es creador de obligaciones), caen en una marcada no aceptación de tal relación, sino al contrario se considera al contrato omnicomprensivo, pues las consecuencias producidas por él pueden ser creadoras, modificadoras o extintoras, con circunscripción, por cierto, a efectos que sean de contenido patrimonial.

Un antecedente frecuentemente citado y que sirve de base no sólo al C. Civ. esp. sino indirectamente también al nuestro, lo es el Proyecto de Código Civil de GARCÍA-GOYENA de 1851, que en su articulo 973 disponía: "El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan respecto de otra o más, a dar alguna cosa o prestar algún servicio."

Como es de observarse, el precepto transcrito contiene una definición de contrato, haciendo de éste la especie del convenio. Sin embargo el proyecto citado no llegó a ser ley, pero tuvo una influencia muy importante en el vigente C. Civ.

esp. de 1888. En efecto, el actual ordenamiento civil no contiene una definición de contrato, pero el legislador hispano tuvo una concepción de lo que podemos entender por contrato en base a la interrelación de algunos de los preceptos del Código, notándose la similitud que existe entre el proyecto de GARCÍA GOYENA y el texto actual del C. Civ. esp. en cuanto a los efectos del contrato. Los artículos que tienen que considerarse para la conceptualización de contrato son el 1089, 1091 y 1254, cuyo texto es el siguiente:

"ARTÍ*CULO* 1089.- Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervengan cualquier género de culpa o negligencia."

"ARTÍ*CULO* 1091.- Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos."

"ARTICULO 1254.- El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio."

La interpretación doctrinal de DÍEZ-PICAZO(90)

(90) **Apud.** por DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, **REPLANTEAMIENTO DE LOS CONCEPTOS DE CONVENIO Y CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL DEL D.F.**, México, 1992, p. 18.

respecto de la concepción que de contrato tiene el legislador hispano, lo hace afirmar que este sistema jurídico lo considera como fuente específicamente creadora de obligaciones, siendo esta la orientación tradicional: "Relacionando los tres conceptos citados podemos deducir un concepto legislativo de contrato que aparece formado por la conjunción de dos notas características:

a) En el contrato hay siempre un consentimiento común de dos o más personas: el contrato existe desde que varias personas consienten, dice el artículo 1254.

b) El contrato tiene siempre como consecuencia la creación de una obligación que tiene fuerza de ley entre las partes contratantes.

De estas ideas precede la configuración que podríamos llamar tradicional o clásica, que considera al contrato como un acuerdo de voluntades de dos o más personas (DUROM DEL PLURIUM CONSENSUS) dirigido a crear obligaciones entre ellas (AD CONSTRITUENDUM OGLIGATIONEM)."

No obstante la aparente restricción del ámbito aplicacional del contrato en el C. Civ. esp., la acuciosidad de CASTÁN-TOBEÑAS(91) desprende del texto de varios preceptos no sólo esa proyección, sino también la

(91) CASTÁN-TOBEÑAS, José, **DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMÚN Y FORAL**, Edit. Reus, 11a. ed., Madrid, 1974, t. III, p. 411.

modificadora y extintora de relaciones obligatorias, así se presenta dicha proyección: "Ahora bien, dentro de este ámbito el contrato puede desempeñar en nuestro Derecho funciones muy complejas y dar lugar a situaciones jurídicas variadísimas. He aqui algunas:

a) Crear, modificar o extinguir relaciones obligatorias o crediticias, pues, como advierte Pérez-González y Alguer, si bien del tenor literal del artículo 1,254 del Código Civil Español pudiera parecer a primera vista que la única categoría de contratos reconocidos por él es la de los obligatorios, nada se opone a admitir que, en virtud de un contrato, cabe también extinguir una relación obligatoria o modificarla, ceder un crédito o asumir una deuda (cfr. arts. 1.175, prop. 2.; 1.203 núms. 2o. y 3o.; 1.187, 1.209, 1.526, etc.). Esto, sin embargo, está en nuestra doctrina sujeto a discusión.

b) Crear, a la vez que la relación obligatoria, un derecho real por el intermedio de la tradición (arts. 609 y 1.095 del Código Civil), o como condición específica del contrato mismo (por ejemplo, en los casos de la hipoteca y la prenda).

c) Producir una transmisión patrimonial, mediante una obligación de realización inmediata, que en un sólo acto aparece creada y cumplida (ejemplos: la compraventa al contado y la donación manual).

d) Vincular a las partes para la celebración de un futuro contrato que, por el momento, no se quiere o no se puede estipular. Este es el caso del llamado PACTO DE CONTRAHENDO, CONTRATO PRELIMINAR o PRECONTRATO, que ha provocado en nuestros días tan animadas discuciones.

Por los demás, sea cualquiera la extensión que, de acuerdo con los textos legales, se atribuya a la noción del contrato, es indudable que las normas del mismo serán aplicables, en cuanto la analogía lo permita a relaciones jurídicas familiares, sucesorias, etc., basadas en el acuerdo de voluntades."

58. d. Para el caso del Derecho argentino

Dos son los preceptos del C. Civ. arg. vigente desde el 1o. de enero de 1871 a considerarse como punto de partida de nuestros comentarios actuales, se trata de sus artículos 1137 y 1169 cuyo respectivo texto es el siguiente:

"ARTÍCULO 1137.- Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos."

"ARTÍCULO 1169.- La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecunaria."

La interpretación conjunta de ambas disposiciones ofrece dos conclusiones definitorias. En primer término, que la regulación de derechos mediante el contrato implica la posibilidad de crear, modificar, extinguir y en general cualquier resultado en cuanto a los efectos del contrato, pues todo esto cabe en el "reglar"; en segundo lugar, que tales derechos habrán de ser de carácter patrimonial.

En concordancia con lo apuntado BORDA(92) anota: "Cabe preguntarse si CONTRATO y CONVENCION son sinónimos en la terminología jurídica. Se señalan estas diferencias:

a) El contrato es un acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos PATRIMONIALES; convención en cambio, se refiere a todo acuerdo de voluntades sea o no de carácter patrimonial como puede ser por ejemplo, el acuerdo sobre el régimen de visitas a los hijos, convenido por sus padres divorciados. Es decir, convención sería el género, contrato la especie.

Otras leyes y autores no distinguen entre contrato y convención jurídica, pues ambos comprenderían todo tipo de acuerdo, tenga o no un objeto patrimonial.

Nuestro código se inclina por formular la

(92) BORDA, Guillermo, **MANUAL DE LOS CONTRATOS**, Edit. Perrot, 14a. ed., Buenos Aires, 1989, pp. 7 y ss.

distinción antes señalada, pues el art. 1169, establece que la prestación objeto de un contrato debe ser susceptible de apreciación pecuniaria.

Bien entendido que cuando hablamos de CONVENCION nos referimos a la que tiene carácter jurídico, es decir, aquella que tiene por objeto reglar los derechos de las partes sobre relaciones ajenas al campo del derecho, como puede ser un acuerdo para jugar un partido de pelota o para formar un conjunto de música entre aficionados, etc.

b) Suele señalarse también otra diferencia. Desde el punto de vista etimológico, contrato deriva de contraer (obligaciones); parece apropiado, por consiguiente, circunscribir este concepto a los acuerdos de voluntades cuyo objeto es CREAR o MODIFICAR obligaciones entre las partes. Convención, en cambio, comprende todo acuerdo destinado a crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones. En este sentido se pronuncian algunos autores citados por Vélez en la nota al art. 1137 (Savigny, Freitas Maynz, Aubry y Rau) y es la idea del Código Napoleón (art. 1101) y de Pothier, que también le sirvieron de fuente. Pero hay que convenir que si ése era el pensamiento de Vélez Sarsfield, no fue feliz la fórmula utilizada en el art. 1137, para definir el contrato, puesto que en ella se incluye toda declaración DESTINADA A REGLAR LOS DERECHOS DE LAS PARTES, fórmula no sólo comprensiva de los pactos que crean derechos,

sino también de los que los modifican o extinguen; desde este punto de vista, nuestro Código no hace distinción entre contratos y convención."

Interesante es la literatura argentina sobre la cuestión principal de este tema, en cuando a la interrelación de los preceptos transcritos al principio de este apartado, por lo que hasta ahora hemos glosado, los justos límites y alcances de la interdependencia habida entre convenio y contrato en sus respectivos ámbitos. De aparente novedad también, tenemos la característica de asignar al género convenio la función de "conservar" derechos, pues preceptua el artículo 944 del C. Civ. arg. lo siguiente, a efecto de ilustrarlo: "Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos."

59. e. En el Derecho italiano

El C. Civ. ita. vigente desde el 21 de abril de 1942 establece en su artículo 1321 que el contrato es el: "Acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial."

Son varios los comentarios que pueden ser obtenidos al glosar este artículo; por principio de cuentas se presenta mas razonable la referencia a "partes" en lugar de

"personas", pues el empleo de esa expresión infiere una pluralidad de intereses, los cuales pueden ser acordes entre todos, o como de hecho se presentan en la mayoría de los casos contrarios, dependiendo de la naturaleza de los actos a realizar; "personas" en cambio, peca de imprecisión, pues choca contra la posibilidad habida en la realidad de que en la celebración de un contrato sea sólo una persona quien de hecho intervenga por cuenta de todas las partes, además, por contra, puede ser que una sola parte, bajo el supuesto indicado, se componga de dos o más personas desde un punto de vista físico (quiénes compran en copropiedad, los copropietarios que venden o dan en arrendamiento, etc.). Ahora bien, la intervención y alusión a "partes" debe indicar por esencia una pluralidad, pues como dijimos, su participación conjunta y unánime integra al todo; por ello, referirse como lo hace el precepto comentado "a dos o más partes" implica un pleonasmo.

Es de elogiar por otro lado el artículo 1321 del C. Civ. ita. en el sentido de que por medio del contrato no sólo se producen efectos creadores, sino también modificadores y extintores de las relaciones jurídicas, las cuales han de ser de carácter patrimonial. Una sola crítica cabría en relación con este mismo precepto, y es precisamente el omitir en la definición de contrato, que los efectos que pueden producirse también afectarían a los derechos reales, es decir que el contrato también producen efectos reales en las relaciones jurídicas.

En este sentido TRABUCCHI(93) hace notar: "Por el contrato puede constituirse, modificarse o extinguirse cualquier relación patrimonial. Del contrato no nacen solamente relaciones obligatorias a las que se reconocen efectos jurídicos, limitados a las partes contratantes; en efecto, de algunos contratos (por ejemplo, de la compraventa, de la constitución convencional del usufructo, etc.), se deriva la transmisión o la constitución de verdaderos derechos reales. Sin embargo, el contrato se considera todavía como una institución típica del derecho de obligaciones; por lo que, siguiendo el sistema del Código, nosotros lo estudiamos aquí, como fuente típica de las obligaciones; pero tengamos presente que los mismos principios valen también para los contratos con eficacia real, o sea, para aquellos contratos que son traslativos o constitutivos de derechos reales."

MESSINEO(94) por su parte, aclara por qué el "regular" a lo que el Código se refiere es en realidad al término "modificar": "Los contratos modificativos están destinados a 'regular' la relación obligatoria y, por tanto, presuponen la relación ya existente. No debe llevar a engaño la expresión 'regular .... una relación patrimonial', usada en el artículo

(93) **Apud.** por DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, **op. cit.** nota (90), p. 24.
(94) MESSINEO, Francesco, **DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO**, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, t. I, trad. esp. de R.O., Fontanarrosa, **et all.**, p. 43 especialmente su nota (7).

1321, cual si con ella debería entenderse que el contrato puede tener como función la de disciplinar una relación jurídica (el llamado contrato NORMATIVO). El término 'regular', como lo atestigua la constante interpretación del artículo 1098 del Código del 1865, del que directamente deriva el actual artículo 1321, es el equivalente del término 'modificar'. Ejemplos de contratos modificativos son la prórroga de vencimiento, la estipulación de términos, la novación, la expromisión, el pago de dación en pago, la asunción de deuda, la cesión de crédito y similares (en general, los contratos que tienden a modificar elementos subjetivos u objetivos de la obligación). Que "regular" expresión contenida en el art. 1321, signifique "modificar" se infiere de la expresión usada en el art. 2908 (94-bis), que confiere a la sentencia constitutiva una función análoga a la del contrato."

60. f. Derecho mexicano

Sin aludir a concepto alguno respecto de convenio, el primer ordenamiento civil expedido en nuestro país, especialmente en el Estado de Oaxaca de 1828-1829, el Proyecto de JUSTO-SIERRA, el C. Civ. 70 y el C. Civ. 84, consideraron al contrato como una especie del convenio.

(94-bis.) "Art. 2908.- En los casos previstos por la ley, la autoridad judicial puede constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, con efecto entre las partes, sus herederos o causahabientes."

Conforme al artículo 898 del Código oaxaqueño: "El contrato es una convención por la cual una ó muchas personas se obligan, así á una ó muchas otras á dar, hacer ó no hacer alguna cosa"; texto muy similar al del Proyecto SIERRA en cuyo artículo 1003 indicó que: "Contrato es el convenio por el cual una ó varias personas se obligan respecto de otras ó más á dar ó hacer alguna cosa."

Por su parte el C. Civ. 70 en su art. 1388 reproducido textualmente por el art. 1272 del C. Civ. 84, establecían que: "Contrato es un convenio por el cual dos ó más personas se transfieren algún derecho ó contraen alguna obligación."

El comentario principal con respecto a los artículos transcritos es el de que, por medio del contrato y a diferencia de sus antecesores, éste sí transfiere un derecho de carácter real; lo que no observamos en los anteriores ordenamientos. Todo ello se explica en función de lo que el mismo C. Civ. 70 señalaba en su artículo 1552 (reproducido en el art. 1436 del C. Civ. 84), con relación a la enajenación de cosa cierta y determinada, y que el C. Civ. 28 establece en el art. 2014, que por mero efecto del contrato se transmite la propiedad, sin necesidad de que haya tradición alguna.

61. aa. La relación "género-especie"

Ya se habían señalado algunos aspectos con

referencia a la tan trillada relación de género-especie entre convenio y contrato, por ello consideramos pertinente tener nuevamente presente los artículos que van a ser materia de nuestros siguientes comentarios, partiendo de su contenido:

"Art. 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones."

"Art. 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos."

En efecto, son varios los autores que glosan estos artículos, de entre ellos ZAMORA Y VALENCIA(95) señala: "El convenio en sentido amplio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. El contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones. Como consecuencia del desprendimiento del contrato de su género, el convenio en sentido restringido, queda reducido al acuerdo de dos o más personas para modificar o extinguir derechos y obligaciones."

Las disposiciones transcritas utilizan el vocablo OBLIGACIONES, pero cuando el legislador la emplea en el artículo

(95) ZAMORA Y VALENCIA, **op. cit.** nota (69), p. 19.

1792 lo hace en su sentido amplio; lo que en el artículo 1793 lo hace en su acepción restringida, todo esto de acuerdo a la terminología usada por BORJA-SORIANO(96) quien puntualiza: "La palabra obligación abarca toda la relación; considerada ésta especialmente del lado activo toma el nombre de crédito o derecho personal; y del lado pasivo el de deuda u obligación en sentido restringido."

Los que en nuestro medio comentan e interpretan dichas disposiciones, van desde simplemente enunciar la relación sin comentario alguno, hasta los que lo hacen en contra del enunciado legal, toda vez que una ley debe evitar en lo posible ser definidora (**supra**, 54.A.), sin que con ello no pueda soportar las críticas pertinentes.

Así en efecto, ROJINA-VILLEGAS(97) sólo apunta la diferencia y relación habida entre ambos conceptos, sin incluir crítica alguna a favor o en contra por lo que: "El contrato se define en nuestro Derecho Civil, como un convenio que tiene por objeto crear o transmitir derechos y obligaciones. A su vez, el convenio en sentido lato se define como el acuerdo de voluntades que tiene por objeto crear, transmitir, modificar o extinguir

(96) BORJA-SORIANO, **op. cit.** nota (12), t. I, p. 82.
(97) ROJINA-VILLEGAS, **op. cit.** nota (4), t. V, vol. I, p. 118; en este mismo sentido BEJARANO-SÁNCHEZ, **op. cit.** nota (36), p. 31, el cual sólo se concreta a transcribir las disposiciones en comento.

derechos y obligaciones. En sentido estricto, por convenio se entiende el acuerdo de voluntades que tiene por objeto modificar o extinguir derechos y obligaciones."

En otro sentido AGUILAR-CARBAJAL(98), al glosar las disposiciones que son objeto de nuestros comentarios, explica que el Código pone fin a las discusiones existentes entre convenio y contrato de la siguiente manera: "Es fundamental para nuestro estudio empezar por la distinción entre convenio y contrato. El Código Civil nuestro nos da base para plantear esta distinción, que ha sido motivo de grandes discusiones. En efecto, el artículo 1793 claramente estatuye que toman el nombre de contratos los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos, y el 1792 define el convenio como el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear, modificar o extiguir obligaciones.

La doctrina, después de muchas discusiones, llega a la conclusión de que el convenio define el fenómeno psicológico como acuerdo de dos o más voluntades para producir efectos de derecho y éste acuerdo, cuando se le reviste con la forma que previene la ley, es el contrato; pero no excluye la categoría de los consensuales.

Insistimos, el Derecho Mexicano, habiéndose

(98) AGUILAR-CARBAJAL, Leopoldo, **CONTRATOS CIVILES**, Edit. Porrúa, 3a. ed., México, 1982, p. 9.

apartado de la terminología usual, da a estas palabras contenido distinto, pero hay que reconocer que pone fin a las discusiones existentes.

En otras palabras, el convenio es el acuerdo de dos o más voluntades, para transferir, modificar o extinguir obligaciones; en cambio, si ese acuerdo tiene como finalidad producir o transferir derechos u obligaciones, se llama contrato."

Por su parte SÁNCHEZ-MEDAL(99) opina en contra de lo establecido por los preceptos, en el sentido de que la distinción ofrecida por el ordenamiento civil no tiene ya razón de ser, además de que a través del contrato también se pueden crear y transmitir derechos reales, así: "...la mencionada distinción no es ya reconocida en la actualidad, pues el vigente Código Civil Italiano la ha eliminado (Art. 1321) y nuestro mismo Código Civil hace desaparecer toda importancia de ella al establecer que los principios relativos a los contratos se aplican a todos los convenios (1859), lo cual hace que en realidad resulte ya bizantina la diferencia entre convenio y contrato.

Por otra parte, hay que tener presente que el

(99) SÁNCHEZ-MEDAL, Ramón, **DE LOS CONTRATOS CIVILES**, Edit. Porrúa 8a. ed., México, 1986, pp. 4 y ss.

contrato, según la definición legal, no sólo puede dar nacimiento a OBLIGACIONES y a sus correlativos derechos de crédito, sino también puede crear o transmitir DERECHOS REALES (1793 y 2014), como ocurre con el contrato de hipoteca y en el de compraventa, respectivamente. Por ello, se indica que el contrato puede tener EFECTOS OBLIGATORIOS Y EFECTOS REALES."

Siguiendo con la doctrina ZAMORA Y VALENCIA(100) en réplica a lo considerado por el maestro de la escuela Libre de Derecho, expone porqué la distinción entre convenio y contrato sigue teniendo importancia en nuestro ordenamiento civil: "No obstante que desde el punto de vista estrictamente civil es acertada la apreciación del maestro Sánchez Medal, dentro del ámbito general del derecho mexicano podría tener importancia la distinción, si se toma en consideración, por ejemplo que los cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre ellos pero no para convenir, o que la derogada Ley General del Timbre que gravaba todos los contratos civiles excepto aquéllos que expresamente exentaba del impuesto y no gravaba ningún convenio, excepto los que expresamente se encontraban gravados en la tarifa. Ver arts. 1, 4 y 16 frac. IX de la Ley indicada."

Después de las consideraciones e ideas expuestas en los apartados anteriores, es de reconocerse que el tema en

(100) ZAMORA Y VALENCIA, **op. cit.** nota (69), p. 19.

cuestión es interesante además de que por su complejidad, provoca comentarios de no fácil aceptación.

En efecto, el primer comentario que podemos elaborar y que es el más común, es la tan acostumbrada relación de género-especie, ya que una lectura rápida a los preceptos multicitados nos ponen en contacto con esa relación, toda vez que el art. 1793 principia: "LOS CONVENIOS que producen o transfieren..." y si a ello añadimos su parte complementaria "...las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos", inmediatamente caemos y participamos de la relación sin ningún problema.

La tarea inicial consistirá en comprobar la solidez y fortaleza de las definiciones ofrecidas por nuestro ordenamiento civil. En efecto, por el acuerdo habido en un convenio, las partes pueden crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones o mejor dicho, derechos de crédito; por contra de lo creado o transmitido por el contrato, cuyos efectos pueden ser obligacionales o reales.

Para abundar en la reflexión anterior, se observa que los dos preceptos emplean el vocablo OBLIGACIONES como relación jurídica y en consecuencia, la referencia a DERECHOS no es como los créditos integrantes de las relaciones jurídicas, sino como derechos reales. Así pues, según el art. 1793 del C.

Civ. 28, mediante el contrato no sólo se crean y transmiten obligaciones, esto es deudas y créditos, sino también se crean y transmiten derechos reales.

Lo anterior se explica y se complementa congruentemente con lo dispuesto por el art. 2014 del propio ordenamiento civil, conforme al cual: "En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas la traslación de la propiedad se verifica por mero efecto del contrato sin dependencia de tradición...."

Se concluye que, si bien el contrato es en efecto una especie de convención, ello no encaja exactamente como consecuencia de la citada interpretación conjunta de los artículos en cuestión. Dados los términos del art. 1792 todos los efectos producidos por un convenio recaen en los derechos de crédito, no en los reales, éstos sí son contemplados por el art. 1793, por consiguiente, éstos últimos quedan fuera del alcance del supuesto género contenido en el precepto anterior. En estas condiciones, los contratos por los que se crea o transmite un derecho real reconocen otro convenio como género, diverso al definido en el art. 1792 del C. Civ. 28.

Otro aspecto interesante y conveniente que puede ofrecer en cierto momento un punto de vista útil, es comprobar si el legislador tuvo apego y buena técnica en la utilización de los

vocablos CONVENIO Y CONTRATO, en la elaboración y redacción del C. Civ. 28, y si las acepciones dadas son las adecuadas a estas figuras.

Comenzaremos con la palabra CONVENIO y sus diversas utilizaciones en el C. Civ. 28. El empleo de este vocablo es en primer lugar utilizado como "MODIFICADOR de situaciones jurídicas" diversas, teniendo por ejemplos a los artículos: 614 que establece que por convenio se pueden conceder nuevos plazos al tutor para exhibir el saldo en su contra por su gestión, lo que implica una modificación; 1803 que se refiere al convenio modificador del consentimiento tácito permitido por el Código; 2704 que admite el convenio por el cual los socios no administradores respondan más que sólo del pago de su aportación y modificar con ello su responsabilidad limitada a ese pago, etc.

Una segunda forma de aplicar el vocablo convenio es en el sentido de "EXTINTOR de las relaciones jurídicas". Por lo cual, tenemos a los artículos: 187 por el cual, es posible dar por terminada la sociedad conyugal "si así lo convienen los cónyuges"; 2732 en su fracc. IV que hace posible por "convenio", la división y aplicación de las partes correspondientes a los socios industriales cuando la liquidación de la sociedad; 1131 que permite que el dueño del predio sirviente se libere por "convenio" de una servidumbre legal de paso, con las restricciones claro está que el artículo señala.

En otras ocasiones, el convenio está ligado a la "TRANSMISIÓN de bienes", así se desprende de los arts. 2063, 2970, 2971, 2972 y 2974. En otras más el convenio puede ser considerado como CONTRATO según los arts. 2919 y 2920, relativos a la hipoteca voluntaria "convenida por las partes". La aplicación de convenio como contrato también se ve en la transacción, cuya definición legal indica "...es un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, TERMINAN una controversia presente o previenen una futura" (art. 2944).

Con un contenido más complejo tanto patrimonial como extrapatrimonial, podemos citar: el artículo 273 del C. Civ. 28, que indica el contenido del convenio a presentarse con la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento judicial; para el contenido patrimonial solamente están los arts. 98 fracc. V y 99, que se refieren a la situación patrimonial en el matrimonio por contraerse; con efectos sólo extrapatrimoniales está el caso del art. 380 por el cual, los padres de un hijo procreado fuera de matrimonio que lo reconozcan, convendrán a cargo de quien quedará su custodia.

Otro supuesto es el contenido en el art. 207 del ordenamiento vigente, éste relaciona al convenio con la "CONSERVACION de derechos", toda vez que establece: "Puede haber separación de bienes en virtud de capitulaciones matrimoniales

anteriores al matrimonio o durante éste, por convenio de los consortes, o bien por sentencia judicial...."

De las consideraciones anteriores llevadas a cabo en relación con el artículado de nuestro C. Civ. 28 en el que alude a convenio y contrato, se desprende que prevalece el empleo de la palabra CONVENIO para relacionarlo con efectos modificadores de obligaciones y por lo demás, en mayor o menor medida, con referencia a acuerdos patrimoniales, extrapatrimoniales y aún con naturaleza compleja. Se observó también que en alguna ocasión hace el uso contrario, es decir, alude al contrato cuando en realidad se trata de un convenio y viceversa.

62. bb. La "conservación" como un efecto más del convenio

MÁRQUEZ-GONZÁLEZ(101) en comentario al art. 1792 expone que por medio del convenio se puede producir otro efecto, el de CONSERVAR obligaciones al apuntar que: "Algunos autores han señalado que este precepto omite mencionar que el convenio puede también tener por efecto conservar las obligaciones (Gutiérrez y González, Derecho de las Obligaciones, p. 182). Podría tal vez considerarse que el acuerdo de voluntades para que una obligación siga subsistiendo es una modificación de la obligación que se

(101) MÁRQUEZ-GONZÁLEZ, "Comentario a l art. 1792", **op. cit.** nota (45), t. IV, vol. I, p. 1.

encuentra en trance de extinguirse, a caso podríamos decir que el convenio en el sentido en que lo expresa el precepto en comentario, es el acuerdo de dos o más partes para modificar una situación jurídica."

Las observaciones que pueden hacerse a la nota transcrita son los siguientes:

I.- Utiliza el vocablo "partes" con la que cabría la misma crítica que se elaboró al art. 1321 del C. Civ. ita.;

II.- Una cosa será la modificación de una obligación y otra es la conservación de la misma;

III.- Cita al maestro GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ(102) en el nuevo efecto al convenio, por lo que es necesario acudir a la fuente original para exponer las ideas con respecto al tema en consideración, la cual expone en los siguientes términos: "El Código como antes se lee, considera que con el convenio se realizan cuatro funciones: crear, modificar, transferir o extinguir. Sin embargo, considero que esa figura jurídica puede realizar y realiza, una función más: la de conservar derechos y obligaciones.

En efecto, a través de un convenio se pueden pactar la conservación de derechos y obligaciones, y esa conducta

(102) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, **op. cit.** nota (30), pp. 186 y ss.

no se puede asimilar a ninguna de las otras cuatro establecidas por la norma transcrita en el apartado anterior.

V. g. El señor Facundo adquiere de buena fe una finca, y pasados cinco años aparece Procopio que le hace saber que esa finca es de él, y que debe por lo mismo entregársela. Facundo manifiesta que él es el propietario, ya que adquirió el inmueble de buena fe, por lo cual en última instancia, conforme al artículo 1151 del Código y el 1156 del mismo ordenamiento, puede obtener de la autoridad judiacial la declaratoria de que se convirtió en propietario, suponiendo que se le discutiera la calidad que él estima tener de propietario. Procopio entonces se dedica a molestar a Facundo, y éste ya incómodo con tanta perturbación, decide promover en los términos del artículo 16 del Código de Procedimientos Civiles, un interdicto de retener la posesión.

Procopio antes de que se promueva el interdicto, le dice a Facundo: no promueva el interdicto, y a reserva de que yo promueva mi acción reivindicatoría para recuperar mi propiedad y en su caso oponga las excepciones que crea tener, vamos a celebrar un convenio, en virtud del cual yo dejo de perturbar su posesión, se le conserve en ella, y ud.(sic) por su parte se obliga a no realizar ningún hecho que pueda dañar el inmueble.

Facundo acepta la celebración del convenio, y por

virtud de el, se le conserve en sus derechos posesorios a reserva de que se emita una desición judicial sobre quién es el verdadero propietario de la finca. Con este convenio no se crean derechos a favor de Facundo o de Procopio; tampoco se transmiten, se modifican o se extinguen. Sólo se conservan los derechos, y ésta es una función del convenio que no está prevista en el artículo 1792 del Código Civil. Por ello estimo que esta norma debiera decir:

CONVENIO EN EL ACUERDO DE DOS O MAS PERSONAS PARA CREAR, TRANSFERIR, CONSERVAR, MODIFICAR O EXTINGUIR DERECHOS Y OBLIGACIONES."

Aun cuando la inserción del vocablo "conservar" es por demás novedosa, es poco acertada la técnica jurídica con la que el maestro GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ la expone. En efecto, al dar la definición de convenio expresa "derechos y obligaciones", cuando el C. Civ. 28 no habla más que de "obligaciones". Otra observación será que utiliza como ejemplo un derecho real que en el artículo 1792 no se incluye al definir el convenio, ya que los efectos que se producen por el mismo convenio celebrado entre Facundo y Procopio son sólo obligaciones de no hacer; la de Procopio consistente en no perturbar la posesión de Facundo, la de esté último consiste en no realizar hechos que dañen el inmueble, por lo que cada uno conservará sus derechos hasta ese momento.

Con los términos empleados por el autor en cita, se mezclan y confunden los vocablos ahora comentados; pues expresa GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ(103) que: "En efecto si el contrato, (especie del género convenio), crea y transfiere derechos y obligaciones, y el convenio en sentido amplio, las crea, transfiere, modifica o extingue, se tendrá que, (por exclusión) el acuerdo de voluntades que modifique o extinga obligaciones o derechos puede y recibe el nombre de convenio stricto sensu."

Como puede observarse el autor primero alude a "DERECHOS Y OBLIGACIONES" para la especie contrato; después se refiere a las "OBLIGACIONES" para el género convenio en sentido amplio, pues dice que éste "LAS" crea, transfiere, modifica o extingue; y por último alude a las "OBLIGACIONES O DERECHOS" para el convenio en sentido restringido.

Consideramos por nuestra parte que el vocablo "conservar" si cabría en el género convenio con la sola mención de "DERECHOS", pues estos abarcarían tanto a los de crédito como a los reales. Podemos encontrar un ejemplo de conservación de los derechos en el artículo 212 del C. Civ. 28, según el cual: "En el régimen de separación de bienes, los conyuges conservarán la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenezcan..." Con la aclaración que dados los términos en

(103) **Id.**, p. 183.

que esta expresado el actual art. 1792 de nuestro ordenamiento civil, no encuadraría el ejemplo antes dado, a menos que el citado precepto 1792, sea entendido, reformado y contemplado en los siguientes términos:

'Art. 1792.- Convenio es el acuerdo de voluntades para conservar, modificar o extinguir derechos, entre las personas que en el intervienen'.

63. B. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Muestra la doctrina que para facilitar la reglamentación legal y el estudio de los contratos, es posible clasificarlos según su función económica, o desde una perspectiva puramente técnica y jurídica. Siendo pues infinita la variedad de contratos que puede generar la libre voluntad de las partes, es lógico que los tratadistas de todo el mundo se preocupen de agruparlos con el propósito de facilitar su análisis y codificación.

Esto responde a una exigencia no sólo teórica sino eminentemente práctica, porque hay principios y normas que sólo son aplicables a un determinado tipo de contrato, sin que puedan esas disposiciones serle aplicable a otro. Por esta razón son variados y disímbolos los modos que se emplean para clasificarlos.

Así PLANIOL(104) hace una clasificación de los contratos en atención a la naturaleza de su objeto, explicando que: "Según la opinión tradicional, que parece universalmente admitida, porque se acepta sin exámen, los diferentes contratos especiales, que se distinguen unos de otros por su objeto (venta, arrendamiento, sociedad, partición, mandato, etc.), son ilimitados en número, siendo siempre lícito a los particulares inventar nuevos contratos, cuando encuentren la ocasión para ello... En efecto, es necesario partir de la idea de que si se quieren clasificar los contratos, según sus afinidades naturales... debemos atenernos a sus caracteres elementales..." En este sentido hace notar que a diferencia de los derechos reales que constituyen un **"números clausus"** la materia contractual es ilimitada. De su clasificación forma los siguientes grupos:

I. Transmisión definitiva de la cosa (venta, permuta, donación, sociedad);

II. Uso temporal de la cosa (comodato, arrendamiento);

III. Un trabajo gratuito o retribuido (mandato, arrendamiento de obras y de servicios, sociedad).

---

(104) PLANIOL, **op. cit.** nota (9), t. II, pp. 508-509.

Siguiendo con la doctrina WINDSCHEID(105) considera que la clasificación se basa según el fin perseguido por los contratantes, por lo que plantea a la misma de la siguiente forma:

I. Los que se proponen efectuar un cambio (venta, permuta, arrendamiento de cosas, de obra, de trabajo);

II. Los que tienden a una restitución (mutuo, comodato, depósito, prenda);

III. Los que tienden a una comprobación jurídica (reconocimiento, transacción, compromiso arbitral);

IV. Una última categoría híbrida porque agrupa a los contratos de cambio, de restitución y de comprobación jurídica (donación, sociedad, mandato).

Por su parte ROJINA-VILLEGAS(106) propone que los contratos se clasifiquen atendiendo a su función jurídica o económica, y expresa: "Existe la posibilidad de clasificar los contratos tomando en cuenta su función jurídica o económica. Una clasificación que se proponga realizar un fin científico, debe agrupar los contratos con un criterio que permita formular una verdadera separación atendiendo a tal o cual finalidad". En este sentido agrupa a los contratos en tres distintas categorías:

---

(105) **Apud.** por ROJINA-VILLEGAS, **op. cit.** nota (4), t. VI, vol. I, pp. 49-51.
(106) ROJINA-VILLEGAS, **op. cit.** nota (56), t. IV, pp. 18-22.

I. Los contratos que tienen por objeto una finalidad económica, los cuales pueden ser de cuatro tipos: a. De apropiación de una riqueza (compraventa, permuta, donación, mutuo); b. De aprovechamiento de una riqueza ajena (arrendamiento, comodato); c. De utilización de un servicio (prestación de servicios en general, profesionales o no profesionales, depósito, contratos de porteadores y alquiladores); d. Por último un grupo mixto compuesto por los contratos de apropiación y aprovechamiento de la riqueza y una utilización de servicios a la vez, para un fin común (sociedad, asociación, aparecería);

II. Los contratos que tienen una función exclusivamente jurídica y que pueden consistir en: la preparación de un contrato; la comprobación de un derecho; la representación de actos jurídicos (promesa de contrato, transacción, compromiso);

III. Los contratos de naturaleza mixta, por tener una función jurídico-económica tales como: la fianza, la prenda, la hipoteca, la cesión de derechos, la de deudas, la subrogación convencional, etc.

Nuestro C. Civ. 28, hace una reglamentación sistemática, que a diferencia de nuestros ordenamientos de 1870 y de 1884 no seguían un orden al regular los contratos, el Código actual si lo hace, atendiendo a su objeto y a su fin, estableciendo una gran división entre:

I. PREPARATORIOS; y

II. DEFINITIVOS, que a su vez se subdividen en:

- Traslativos de dominio (compraventa, permuta, donación, mutuo);

- Traslativos de uso (arrendamiento, comodato);

- Los de hacer **"facere"** (depósito, secuestro, mandato, prestación de servicios profesionales, de transporte de personas o cosas, hospedaje);

- Los de un fin común (asociación, sociedad, aparcería rural, agrícola y de ganados);

- Los aleatorios (juego y apuesta, renta vitalicia, compra de esperanza);

- Los de garantía (fianza, prenda, hipoteca);

- Los de afirmación y esclarecimiento de derechos (transacción).

Consideramos pertinente señalar aquí la acertada clasificación que elabora LOZANO-NORIEGA(107) quien la explica diciendo: "La clasificación de los contratos ya es conocida de ustedes. Sin embargo, aquí la veremos un poco más completa y, sobre todo, respecto de las clasificaciones que se presten para ello... Desde el primer punto de vista, o sea estudiando LOS CONTRATOS EN SI MISMOS, podemos también clasificarlos desde

(107) LOZANO-NORIEGA, Francisco, **CUARTO CURSO DE DERECHO CIVIL, CONTRATOS**, Edit. Asosiación Nacional del Notariado Mexicano, 5a. ed., México, 1990, pp. 1-48.

puntos de vista diversos. Nos fijamos en ciertos efectos de los contratos... Ahora ya no estudiaremos los efectos del contrato en sí mismos, sino las relaciones que puede tener ese contrato con otros."

Esta clasificación que señalamos nos permite hacer la siguiente distinción en dos grupos:

I. Atendiendo a LOS CONTRATOS EN SI MISMOS en:

- Nominados e inmominados;
- Unilaterales y bilaterales;
- Onerosos y gratuitos;
- Conmutativos y aleatorios;
- Consensuales, solemnes, reales y formales;
- De adhesión y de igual a igual;
- Instantáneos y sucesivos; y
- Abiertos y cerrados.

II. En su RELACION CON OTROS CONTRATOS en:

- Preparatorios y definitivos; y
- Principales y accesorios.

Para concluir, haremos nuestras las palabras de RUGGIERO(108), quien certeramente asevera: "No faltan, sin

(108) **Apud.** por RUÍZ DE CHÁVEZ Y SALAZAR, Salvador, **IMPORTANCIA JURÍDICA Y PRÁCTICA DE LAS CLASIFICACIONES DE LOS CONTRATOS CIVILES**, Edit. Porrúa, México, 1991, p. 8.

embargo, autores que consideran estas clasificaciones como un deporte académico y renuncian a ellas por la imposibilidad de encerrar en categorías lógicas homogéneas las multiformes figuras que en la práctica puede ofrecer el contrato. Pero esta posición nos parece injustificada. Si las tentativas hechas no son plenamente satisfactorias, ello evidencia la ardua dificultad de la empresa, pero no su imposibilidad."

64. a. Desde su punto de vista tradicional: Nominados e Innominados

El ordenamiento positivo prevee los contratos más frecuentes, ya que responden a necesidades cotidianas de los particulares, éstos están sujetos a normas generales e individuales, los cuales son llamados NOMINADOS. Sin embargo, el campo contractual no puede reducirse a esos contratos porque los individuos en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden crear nuevas figuras jurídicas no reglamentadas por el ordenamiento positivo, y la cual debe ser tutelada, al nacimiento de este tipo de contratos la doctrina los denomina INNOMINADOS.

Así, CONTRATO NOMINADO es el que tiene en la ley una denominación y una regulación que lo caracteriza e individualiza, contrario a lo que sucede con el innominado. Por su parte, CONTRATO INNOMINADO es el que la ley no designa con denominación especial ni es objeto de una reglamentación que lo individualice y distinga de los demás, pero que el Derecho

positivo reconoce.

El legislador se ve precisado a autorizar la celebración de estos contratos no reglamentados, ante la imposibilidad de dar una normatividad detallada de los contratos que la imaginación individual puede crear, y que los límites de la autonomía de la voluntad establece, es decir, que esos contratos no vayan en contra de leyes prohibitivas, imperativas, del orden público o de las buenas costumbres. Nuestro C. Civ. 28 reglamenta un número limitado de contratos; en cuanto a los innominados establece una norma general en su artículo 1858, que dispone: "Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueran omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento". El precepto en cuestión es criticale, por lo reducido de su aplicación, porque no habiendo contrato análogo en la ley civil se pueden recurrir a otras como la de Sociedades Mercantiles o la de Títulos y Operaciones de Crédito.

La doctrina alemana designa a estos contratos como TÍPICOS Y ATÍPICOS. Los primeros son los que aparecen regulados en algún Código; los segundos, los que no tienen una reglamentación particular y específica. Sobre este asunto

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ(109) muestra: "Esta terminología de típico y atípico es usada por tratadistas alemanes, y tiene la ventaja de no inducir a confusiones de índole gramatical, por lo cual recomiendo el uso de este vocabulario en lugar del de contrato nominado e innomiado, que se usa en el medio jurídico mexicano."

La importancia de esta clasificación y parafraseando con LOZANO-NORIEGA(110) la evidencia al expresar, que desde un punto de vista práctico, tratándose de contratos nominados o típicos, basta con unas cuantas cláusulas sin que las partes tengan que agotar los términos de su convención, por ejemplo la compraventa, en la que validamente los contratantes se pueden poner de acuerdo en precio y cosa para que la misma sea perfecta, supuesto que el C. Civ. 28 en forma supletoria fija las reglas para su ejecución. En cambio, en los contratos innominados o atípicos, necesariamente la redacción tiene que ser de lo más detallada y precisa.

65. b. Por el número de obligaciones que genera: Unilaterales y Bilaterales

Todo contrato es por definición un acto jurídico bilateral, porque se requiere de dos voluntades para su formación; sin embargo, cuando se afirma que el contrato es unilateral o bilateral, se atiende al número de obligaciones que genera.

(109) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, **op. cit.** nota (30), p. 188.
(110) LOZANO-NORIEGA, **op. cit.** nota (107), pp. 24-27.

Así, el CONTRATO UNILATERAL es aquel en el que una sóla de las partes se obliga hacia la otra, sin que ésta quede obligada, como sucede en el contrato de donación. Por otro lado, el CONTRATO BILATERAL o SINALAGMÁTICO es aquel en el que las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra, como en el contrato de permuta.

Esta forma de nombrar los contratos en unilateral o bilateral se presta a confusión con los actos unilaterales y bilaterales, ZAMORA Y VALENCIA(111) esclarece este embrollo de la siguiente manera: "Se utiliza esta terminología, para no confundir los actos monosubjetivos con los unilaterales y los plurisubjetivos con los bilaterales. La clasificación de los actos en monosubjetivos y plurisubjetivos, obedece a que en su realización intervengan dos o más personas manifestando su voluntad; en cambio, en la clasificación de los actos jurídicos y en especial en los contratos, como se verá más adelante en adelante, en unilaterales y bilaterales, se toman en consideración las obligaciones que genera el acto ya sea para una sola de las partes o para todas las que intervienen en él; y así, un acto será unilateral si sólo genera obligaciones para una de las partes aunque intervengan dos en la realización del acto y será bilateral si genera obligaciones para las dos partes o para

(111) ZAMORA Y VALENCIA, **op. cit.** nota (69), p. 21 especialmente su nota (17).

todas las personas que intervengan en el acto, siendo más de dos." adelante, en unilaterales y bilaterales, se toman en consideración las obligaciones que genera el acto ya sea para una sola de las partes o para todas las que intervienen en él; y así, un acto será unilateral si sólo genera obligaciones para una de las partes aunque intervengan dos en la realización del acto y será bilateral si genera obligaciones para las dos partes o para todas las personas que intervengan en el acto, siendo más de dos."

Se hizo una subdivisión de los contratos bilaterales en sentido amplio y en sentido restringido a los que se les llama sinalagmático, y que SÁNCHEZ-MEDAL(112) explica: "... para que el contrato sea bilateral en sentido propio o estricto, o mejor dicho para que sea sinalagmático, es menester que no sólo existan obligaciones derivadas del contrato a cargo de una y de otra parte, sino que, además, es menester que tales obligaciones sean RECÍPROCAS (1836 y 1949), lo que implica que debe haber una estrecha INTERDEPENDENCIA de la obligación a cargo de una parte y de la obligación a cargo de la otra parte, de tal manera que si una de dichas obligaciones, por imposibilidad del objeto, (por ejemplo, si la cosa vendída había perecido antes de celebrarse la compraventa), no nace al celebrarse el contrato **'ex tunc'**, tampoco nace la obligación a cargo de la otra parte (o

(112) SÁNCHEZ-MEDAL, **op. cit.** nota (99), p. 114.

sea, en el ejemplo propuesto no nace la obligación del comprador de pagar el precio), porque en tal caso se estaría ante un contrato al que le faltaría un elemento de existencia... Implica también que esa interdependencia no sólo es necesaria al momento de perfeccionarse el contrato **'ex tunc'** sino que debe perdurar hasta la ejecución del mismo."

Bajo la vigencia del C. Civ. 84 los contratos de depósito gratuito y de comodato, eran considerados como sinalagmáticos imperfectos, ya que al momento de su celebración sólo generaban obligaciones para el depositario y comodatario, pero si por circunstancias posteriores el depositario o comodatario hicieran erogaciones para la conservación de la cosa, entonces se generaban obligaciones para el deponente y comodante de reembolsar esos gastos.

La doctrina conceptúa a los contratos SINALAGMÁTICOS IMPERFECTOS como aquellos en los cuales el contratante que a nada se había obligado, adquiere con posterioridad a su celebración una obligación respecto al otro. Sin embargo, la propia doctrina rechaza esta categoría de contratos que considera como unilaterales ordinarios. BAUDRY LACANTINERIE ET BARDE(113) señalan: "Para apreciar la naturaleza de un contrato debe uno colocarse en el momento en que se forma.

(113) **Apud.** por BORJA-SORIANO, **op. cit.** nota (12), t. I, p. 135.

Hay contratos que en el momento de su celebración sólo producen obligaciones a cargo de uno de los contratantes; aunque por hechos posteriores, durante la vigencia de ese contrato, pueden nacer obligaciones a cargo de la otra parte. Estos contratos, llamados por algunos autores sinalagmáticos imperfectos (denominación que no consta en nuestros Códigos), son en realidad unilaterales."

66. aa. Su interés práctico (síntesis primaria)

El interés práctico de esta clasificación obedece a lo siguiente:

I. El pacto comisorio sólo opera en las obligaciones recíprocas (contratos bilaterales) por así autorizarlo el art. 1949 del C. Civ. 28 que indica: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en la recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos...";

II. El contrato o la ley pueden determinar quien tiene que hacer primero la prestación en un contrato bilateral. Si nada se ha determinado, cada una de las partes puede exigir y demandar la prestación, pero la otra puede oponerle una excepción dilatoria que se basa en la injusticia de esta exigencia, la

excepción de contrato no cumplido, (**EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS**). Esta es una diferencia con los contratos unilaterales, ya que sólo es aplicable a los bilaterales;

III. La teoría de los riesgos sólo puede atribuírsele a los contratos bilaterales, esta teoría se formula en los siguientes términos: dadas dos obligaciones recíprocas, nacidas de un mismo contrato, si una de ellas se extingue porque una causa fortuita haya hecho imposible su cumplimiento, ¿debe la otra parte cumplir su obligación? Esta alternativa que permite arrojar la pérdida sobre uno u otro de los contratantes, se llama cuestión de los riesgos, no existiendo en los contratos unilaterales. Señala atinadamente GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ(114) que debe hablarse de "siniestro" y no de "riesgo", "...pues en efecto, la pérdida de una cosa implica hablar de que ésta ya se perdió, y se dice 'quien soporta la pérdida de la cosa', y en este caso se está en presencia de un siniestro";

IV. Con referencia a la cesibilidad del contrato, si éste es unilateral no se requerirá el consentimiento de la otra parte para que una (el acreedor) ceda sus derechos, no sucediendo así en los bilaterales, en que siempre se requerirá el consentimiento de la otra parte para que una ceda sus derechos (2030 y 2051).

---

(114) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, **op. cit.** nota (30), p. 24.

Nuestro C. Civ. 28 trata de estos contratos en los artículos 1835 y 1836, cuyo texto respectivamente ordena: "El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia otra sin que ésta le quede obligada"; y "El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente."

67. c. Desde el punto de vista de sus ventajas materiales: Onerosos y Gratuitos

Es este un catálogo fundado en un criterio económico, la diversa relación entre sacrificio y ventaja, de esta suerte, se llama contrato ONEROSO cuando las ventajas que procura a una de las partes no le son concedidas sino por una prestación que la otra le ha hecho o que se obliga a hacerle. En tanto, contrato GRATUITO es aquel en que, obedeciendo a un propósito de libertad y de desinterés una de las partes se obliga a efectuar una prestación sin recibir nada a cambio.

Las nociones de onerosidad y gratuitidad son complejas, ya que un mismo acto se presenta como gratuito u oneroso, según las cláusulas que lo acompañan aún en función de la intención de las partes, que pueden a veces imprimirle sin modificar una sola de sus cláusulas, el sello de título oneroso o bien, el título de gratuito.

Cuando proclamamos que un contrato es esencialmente oneroso o gratuito significa que no podemos

alterarlo suprimiendo una de las contraprestaciones en el primero, o añadiéndola en el segundo, porque el contrato se transforma en otra figura jurídica. Por ejemplo, si en el comodato, esencialmente gratuito, se pacta una retribución por el uso de una cosa no fungible, estaremos en presencia de un arrendamiento.

En cambio, existen contratos que pueden ser unas veces onerosos y otras gratuitos, sin que se pierda su carácter específico y entonces se dice que son naturalmente onerosos o gratuitos. Por ejemplo, el mutuo es un contrato naturalmente gratuito, pero en virtud de un acuerdo expreso puede tornarse en oneroso.

68. aa. Su interés práctico (síntesis secundaria)

El interés práctico de esta clasificación se obedece a:

I. El legislador grava con mayores impuestos los contratos gratuitos en relación con los onerosos, diferencia que finca en la consideración de que es más soportable un impuesto mayor por parte de la persona que sólo recibe un beneficio;

II. Los representantes de incapaces o de sus representados en general, (tutores, albaceas, etc.), no pueden celebrar en nombre de estos, contratos gratuitos en los que los

gravámenes sean para sus representados y los provechos para la otra parte (Arts. 436, 576, 660 entre otros del C. Civ. 28) bajo pena de nulidad y responsabilidad para el representante;

III. En los contratos gratuitos se impone generalmente una mayor reponsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones a la parte que sólo recibe los provechos (arts. 2504, 2505, 2506 del C. Civ. 28);

IV. El ejercicio de la acción pauliana es más rápida en los contratos gratuitos, ya que es procedente aún en los actos en que haya habido buena fe de las partes contratantes, que en los onerosos, en los que la nulidad sólo es procedente si las partes obraron con mala intención y es comprobada esta;

V. Los contratos gratuitos son generalmente celebrados en atención a la persona que se desea beneficiar, es decir, son "INTUITU PERSONAE", y por lo tanto son anulables si hubo error en la persona con quien se contrato, en cambio los contratos onerosos son celebrados sin tomar en cuenta a la persona con quien se contrata;

VI. Sirve de criterio para distinguir los contratos civiles de los mercantiles, ya que los contratos mercantiles serán siempre onerosos dado el criterio de lucro que existe en las operaciones mercantiles, en cambio los contratos civiles pueden ser onerosos o gratuitos.

Circunstancia que se halla dispuesta en nuestro C. Civ. 28 en su artículo 1837 que dispone: "Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos y gratuito aquel en que el provecho es sólamente de una de las partes."

69. d. Según el punto de vista del riesgo: Conmutativos y Aleatorios

Esta subclasificación corresponde a los contratos onerosos (**supra**, 67.c.), pero desde el punto de vista de su certeza; de los provechos o gravámenes que puedan generar, lo que permite abordar a los contratos CONMUTATIVOS como aquellos en los que las prestaciones que las partes se deben son ciertas desde que el mismo se celebra, así como a los contratos ALEATORIOS como aquellos en los que el provecho o la pérdida, en relación con una o con ambas partes, depende de un acontecimiento incierto.

El artículo 1838 de nuestro C. Civ. 28 define estos contratos de la siguiente manera: "El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice."

Este texto ha sido objeto de severas críticas. Así ROJINA-VILLEGAS(115) alega que en el artículo 1838, se incurre en el error de definir el contrato conmutativo y aleatorio en función de las pérdidas o ganancias, supuesto que: "No es exacto que en el contrato conmutativo se sepa de antemano si hay ganancia o pérdida; lo que se sabe de antemano es la cuantía de la prestación que cada parte debe entregar; pero la ganancia o pérdida es un problema económico imposible de determinar al celebrarse el contrato."

La importancia práctica de esta segunda clasificación estriba en que los contratos aleatorios no son anulables por lesión, porque las partes han tomado en cuenta desde la celebración del acto, que el monto de las prestaciones sea mayor o menor por las circunstancias que puedan presentarse (**infra**, 139.b.) y que sí opera en los contratos conmutativos.

70. e. De acuerdo con su forma: Consensuales, Solemnes, Formales y Reales

En lo que se refiere a esta clasificación ya hemos dado a conocer cual ha sido su trascendencia histórica (**supra**, 46.dd. y ss.), tanto en el Derecho mexicano, como en el Derecho extranjero.

---

(115) ROJINA-VILLEGAS, Rafael, **TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES O DERECHOS DE CREDITO**, Edit. El Nacional, México, 1943, t. I, pp. 385-386.

Empero, no obsta para que definamos nuevamente cada contrato en este epígrafe, así como su diferencia implícita y la importancia de su clasificación.

El contrato consensual se perfecciona por el mero acuerdo entre las voluntades de las partes y para cuya eficacia no requiere de formalidades (como sería la entrega de la cosa, la elaboración de un documento público o privado, etc.).

En el contrato solemne la ley exige como elemento de existencia que la voluntad de las partes se externe con la forma prescrita por ella si no se cumple, el acto será inexistente.

En el contrato formal la ley exige para su validez una determinada forma, de no cumplirse, estará afectado de anulabilidad.

Y por último, el contrato real sólo se perfecciona mediante la entrega de la cosa que es su objeto.

De lo anterior podemos establecer sus diferencias, las cuales ayudaran a comprender su importancia. Así, en nuestro Derecho, la mayoría de los contratos se perfeccionan mediante el simple acuerdo de las voluntades de las partes que interviene en él, son contratos consensuales, no por esto nuestro C. Civ. 28 deja de establecer forma para cada uno de los contratos que

reglamenta, tales como que se extienda un documento público o privado, a falta de esta forma el contrato estará afectado en su validez; frente a este último tipo de contratos existen los solemnes que la falta de forma no hace que éste nazca; por último hay otro tipo de contratos en los cuales se necesita la entrega de la cosa para que se cumpla con la forma, éstos son los reales.

71. aa. Su interés práctico (síntesis terciaria)

La importancia práctica de esta clasificación se sintetiza a:

I. Determinar que efectos produce cada contrato;

II. Determinar la sanción legal para cada contrato en caso de inobservancia de la forma;

III. Determinar cuando se puede confirmar un contrato al que le falte la forma, o exigir está cuando no se ha dado así como conocer en que momento se perfecciona el contrato y como consecuencia de esto, cuando nacen las obligaciones para las partes.

72. f. Respecto al modo de su perfección: Paritarios y de Adhesión

Es presupuesto del contrato que las partes se encuentren en un plano de igualdad desde el punto de vista jurídico, puesto que no siempre lo estan desde el punto de vista

económico. Sobre este particular, JOSSERAND(116) comenta: "En el tipo tradicional y clásico del contrato se pesan, discuten y establecen en el momento del trato, las cláusulas y las condiciones, y a esta tarea ambas partes cooperan igual y libremente. Este tipo no ha desaparecido completamente, lo volvemos a encontrar en la venta de inmuebles, en la venta de géneros en el mercado. Se entabla una discusión más o menos larga, se disputa palmo a palmo el terreno, es posible un regateo, las cosas se hacen con igualdad, no parece que una de las dos partes imponga su ley a otra, el contrato es verdaderamente la obra de dos voluntades, se prepara y se termina de igual a igual, se podría calificar de contrato paritario. Al lado de este tipo de contrato, en que triunfa la autonomía de la voluntad, ha hecho su aparición en el siglo último y ha tenido una rápida fortuna otro contrato que excluye toda discusión, todo regateo entre las partes, el contrato de adhesión."

73. aa. Contratos de adhesión.

Se consideran a éstos como aquellos que se caracterizan por el hecho de que es una de las partes la que fija las cláusulas o condiciones del contrato, iguales para todos, cuya celebración se propone, sin que quiénes quieran participar en él tengan otra alternativa que aceptarlo o rechazarlo en su

(116) **Apud.** por RUÍZ DE CHÁVEZ Y SALAZAR, **op. cit.** nota (108), p. 77.

totalidad; es decir, adherirse o no a los términos del contrato preestablecido, sin la posibilidad de discutir su contenido, así son características importantes de éstos, las siguientes:

I. El convenio es obra exclusiva de una de las partes;

II. La formación del consentimiento constituye una excepción al principio de la autonomía de la voluntad;

III. La reglamentación del contrato es compleja;

IV. La situación del que ofrece es preponderante;

V. La oferta no puede ser discutida;

VI. El contrato oculta un servicio privado de utilidad pública, por lo que su reglamentación es compleja, estandarizada y uniforme, establecida por el Estado, a la que tiene que ceñirse el oferente para formular su oferta.

La naturaleza de este tipo de contrato es discutida por la doctrina (117), ya que van desde considerarlo como una declaración o acto unilateral hasta considerarlo como verdadero contrato con peculiaridades propias.

Los que consideran a los contratos de adhesión como un acto unilateral dicen, que es obra y producto de una sola

(117) **Cfr.** GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, **op. cit.** nota (30), pp. 386 y ss.; del mismo autor **Cfr.** **DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO ADMINISTRATIVO AL ESTILO MEXICANO**, Edit. Porrúa, México, 1993, pp. 725 y ss..

voluntad, y en este sentido no hay un verdadero contrato, porque existe el predominio de una sola voluntad sobre otra. Es un error querer referir este acto a los contratos clásicos, porque la voluntad unilateral establece una situación de hecho y no una situación jurídica.

Los que por su parte consideran que estos actos de adhesión son verdaderos contratos, fincan su afirmación en el sentido de que presuponen necesariamente una común voluntad de dos o más personas, y que además el adherente se obliga en el sentido que ha querido estar obligado, sin que para ello haya habido error o miedio en la formación del contrato.

Por nuestra parte, consideramos que los llamados contratos de adhesión si existen y no puede desconocerse de ninguna manera su naturaleza contractual, aunque su formación no es como el común de los demás contratos, en los que llega a discutirse de alguna manera su claúsulado y contenido en los de adhesión existe una verdadera naturaleza jurídica del contrato civil, esto es, un acuerdo de voluntades, exentas de vicios y sobre un objeto de interés jurídico. Un ejemplo de este tipo de actos jurídicos lo encontramos en los contratos de Derecho público cuando la Administración incluye en éstos CLÁUSULAS EXORBITANTES (**infra**, 198.aaa.).

74. bb. Los contratos paritarios

También llamados de igual a igual o negociados, son aquellos cuyo cláusulado es producto de la obra de la autonomía de la voluntad, en el que las partes discuten su contenido en un plano de igualdad jurídica.

Como dijimos en el tipo tradicional de contrato se discuten y establecen en el momento de su celebración las cláusulas y condiciones del mismo mediante la libre y pareja cooperación de los contratantes, de modo que cabe la posibilidad de un regateo y puede decirse que las partes intervinientes en el contrato se tratan en igualdad de condiciones (jurídica y económicamente), de donde le viene la denominación de contrato paritario.

75. cc. Su interés práctico (una cuarta noción sintética)

La importancia de estos contratos se funda en:

I. Que la teoría del consentimiento, de los vicios de la voluntad y de la nulidad e inexistencia no se aplica de igual forma en los contratos de adhesión que en los contratos normales;

II. Los contratos de igual a igual se interpretan conforme a la teoría de la voluntad real interna, en tanto que los de adhesión se interpretan conforme a la teoría de la voluntad declarada;

III. Abundando lo del punto anterior, en casos deduda o de oscuridad del contrato de adhesión, debe prevalecer la interpretación más favorable a la parte que no redactó el contrato y que sólo se adhirió a él.

76. g. Conforme al lapso de su ejecución: Instantáneos y Sucesivos

Desde el punto de vista de la posibilidad real y jurídica de cumplir en un sólo acto o en plazo determinado, las obligaciones que de ellos emanan, los contratos se clasifican en instantáneos o de tracto sucesivo.

Por lo que hace a los primeros, son aquéllos en que las prestaciones de las partes pueden ejecutarse o pueden cumplirse en un mismo momento (la compraventa de contado); y por lo que hace a los segundos, son aquellos en los cuales, ambas partes o una sola de ellas, quedan sujetas a prestaciones repetidas a intervalos convenidos, por un tiempo determinado o indeterminado. Estos a su vez admiten una subclasificación, la cual se puede ilustrar de la siguiente forma:

I. Contratos de TRACTO DOBLE son aquéllos que se perfeccionan en un momento, y se ejecutan y extinguen en otro posterior;

II. Contratos de EJECUCIÓN ESCALONADA, aquéllos en

que las prestaciones de las partes o de una de ellas se cumple a intervalos de tiempo.

Como ejemplo del primer contrato está el artículo 259 de L.G.T.O.C. que regula el contrato de reporto, y del segundo esta la compraventa de abonos.

77. aa. Su interés práctico (una quinta noción sintética)

La importancia práctica de esta clasificación se deduce porque:

I. En los contratos instantáneos en caso de resolución o nulidad las partes deben restituirse sus prestaciones recíprocamente, lo que es perfectamente posible, ya que en los de tracto sucesivo esto no es posible;

II. Cuestión principal y que es el tema central de esta investigación en cuanto a la imprevisión, que sólo puede plantearse en los contratos de tracto sucesivo y no en los de ejecución instantánea;

III. Cuando se incluye una modalidad en el contrato, ésta no surte efectos retroactivos en los de tracto sucesivo, pero si en los instantáneos.

78. h. Desde el punto de vista de su accesión: Abiertos y Cerrados

Esta es una distinción proclamada por la doctrina

italiana. Así MESSINEO(118) enseña que en los contratos ABIERTOS; "Es posible que, en orden a un contrato ya formado, 'se adhieran' nuevas partes (accesión) sin que, sin embargo, el contrato quede modificado en otros elementos fuera del número de las partes."

A veces el contrato implica una oferta permanente de adhesión a nuevas partes y en una posibilidad permanente de desistir de cuantos participen en él, sin que sea necesaria una reforma al contrato, para que las nuevas partes participen en él o para que se retiren los ya participantes. Aun en el caso en que el ingreso de un nuevo sujeto o el desistimiento de otro sólo sea posible modificando el contrato original, por lo que se está frente a una hipótesis inconcebible en los demás contratos, siempre limitados rigurosamente a dos partes.

En el contrato abierto las partes se encuentran ligadas por un contrato inicial, para cuyo cumplimiento es útil realizar operaciones jurídicas consecutivas, las cuales, suponiendo se reputen formar contratos jurídicamente distintos y nuevos, dependen estrechamente del contrato cuya continuación forman.

Empero, como señala MESSINEO(119): "El alcance

(118) **Apud.** por RUÍZ DE CHÁVEZ Y SALAZAR, **op. cit.** nota (108), p. 15.
(119) **Loc. cit.**

jurídico de la adhesión está en remitirse la parte nueva a lo que han convenido los contratantes originarios; por consiguiente, debe excluirse que se forme un nuevo contrato, y, por tanto, que se tenga una figura autónoma de contrato; en cambio, el contrato es el de antes, salvo el aumento en el número de partes... La adhesión designa el modo (o el medio) por el cual, a las partes originarias, vienen a agregarse partes nuevas."

En caso contrario, los contratos CERRADOS son aquellos que una vez concluidos, no hay posibilidad de que se agreguen nuevas partes.

La trascendencia jurídica de esta clasificación consiste en que en el contrato abierto la anexión de nuevas personas no entraña la celebración de un nuevo contrato. El documento será siempre el mismo.

79. i. En cuanto a su función jurídica: Preparatorios y Definitivos

A este respecto, sólo basta abordar que el contrato PREPARATORIO es aquel en el cual una de las partes o ambas se obligan a concluir en el futuro, entre ellas mismas o con un tercero, otro contrato llamado definitivo. Este contrato es la etapa que sirve a la preparación del contrato futuro y en este sentido se puede afirmar que su función es estrictamente jurídica, toda vez que este sólo obliga a quiénes lo celebran a otorgar el contrato principal, genera obligaciones de hacer.

Como segunda fase o continuación a la etapa preparatoria, se hallan los contratos DEFINITIVOS donde las partes celebran con carácter terminante, el acuerdo de voluntades y en el cual, se reúnen los requisitos tanto de existencia como de validez.

Resalta en éstos, una importancia jurídica que se puede confirmar bajo lo siguiente:

I. La diversa capacidad exigida para concluir cada contrato;

II. En la diferente forma para otorgar uno y otro;

III. Las diferentes obligaciones que generan;

IV. Si la cosa objeto que va a ser materia del contrato definitivo no existe en el momento de celebrar el preparatorio no invalida este último, pero siempre con la condición de que llegue a existir.

80. j. Por su independencia o autonomía: Principales y Accesorios

En este sentido, y desde el punto de vista de su dependencia o autonomía, respecto de la existencia o no de una obligación, los contratos pueden ser: PRINCIPALES, éstos subsisten por sí mismos e independientemente de cualquier otro; no así los en ACCESORIOS, los cuales no tienen existencia propia, dependen de otro contrato que le de existencia y validez. Estos

contratos reciben también el nombre de contratos de garantía, dado que se celebran para la seguridad de una obligación preexistente.

Tanto los contratos principales como los accesorios, tienen un interés práctico para determinar la existencia o validez de los contratos cuando dependen de una obligación preexistente, y determinar los casos de terminación o extinción del contrato, cuando se efectúa por vía de consecuencia, por la terminación de la obligación garantizada de la cual dependen.

81. C. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Al abordar el problema de la interpretación de los contratos no quedaría satisfecho este parágrafo, si omitiéramos señalar aunque fuera de manera breve cual ha sido el antecedente de las disposiciones vigentes, y de la modificación que se ha hecho sobre esta cuestión.

82. a. Su evolución en el Derecho clásico

En el Derecho romano el sistema interpretativo sufrió una evolución que fue desde un régimen objetivo hasta uno subjetivo. El sistema objetivo predominó durante las primeras etapas de este Derecho, toda vez que el ordenamiento jurídico no reconocía más contratos que los formales, motivo por el cual se

daba a los contratos una interpretación literal, es decir a los términos en que estuviera redactado el contrato. Al evolucionar este formalismo riguroso, también cambia el sistema de interpretación de los contratos, adoptándose en consecuencia un régimen subjetivo, es decir, que atendía más a la intención de las partes. Esto suscitó un problema de interpretación, pues no se abandonó el sistema objetivo.

Por otra parte, en el planteamiento del problema de la interpretación, influyeron grandemente y de modo hasta decisivo, los retóricos griegos en los jurisconsultos romanos, y aún cuando no existan pruebas patentes de este influjo, parece que esté encontró eco en juristas romanos, al expresar que si en la interpretación, había de atenderse preferentemente a su tenor literal (**verba**), o a la voluntad del legislador o de las partes (**voluntas**); y de esto surgió el tema de verba-voluntas que tanto atrajo el interés de los jurisconsultos, de los cuales una parte expresaba que en la interpretación debía atenderse más a la voluntad de los contratantes que a las palabras; mientras que otros proclamaban lo contrario al decir que, cuando en las palabras no haya ninguna ambigüedad, no se debía admitir ninguna cuestión sobre la voluntad de los contratantes.

Dentro de la diversidad de opiniones mantenidas por los romanistas a este propósito, era posible hayar un punto de conciliación partiendo de la distinción de negocios entre

vivos y por causa de muerte. En los primeros la cuestión era que la interpretación siempre era objetiva mientras que en los segundos si la interpretación objetiva era imperfecta e imprecisa, era posible apreciar la intención que se halla tenido al redactar el clausulado, es decir, se podía realizar conjuntamente con la interpretación objetiva una subjetiva.

Ya casi al fin de este Derecho tan florido, prevaleció la tendencia a valorar predominantemente, la voluntad de la partes, aplicando para ello una interpretación subjetiva o individual.

La influencia del Derecho romano se plasmó en diversos autores franceses, muy singularmente en POTHIER(120) quien estableció doce reglas para interpretar las convenciones, las cuales han servido de fundamento para elaborar diversos ordenamientos jurídicos:

REGLA PRIMERA. Débese buscar en las convenciones cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, mejor que no el sentido gramatical de los términos.

REGLA SEGUNDA. Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, se debe más bien entenderla conforme a la que a podido tener efecto, que no según aquel sentido que daría por resultado no ser posible estipulación alguna.

(120) POTHIER, **op. cit.** nota (85), pp. 60 y ss.

REGLA TERCERA. Cuando en un contrato los términos son susceptibles de dos sentidos, se debe entenderlos conforme al sentido que mejor convenga a la naturaleza del contrato.

REGLA CUARTA. Lo que no puede parecer ambiguo en un contrato se interpreta por lo que es de costumbre en el país.

REGLA QUINTA. El uso tiene una autoridad tan grande en punto a la interpretación de las convenciones, que en todo contrato se sobreentienden las cláusulas que son de su uso, bien que no se hallen expresadas.

REGLA SEXTA. Se debe interpretar una cláusula por las otras cláusulas contenidas en el acta, ya precedan o sigan a dicha cláusula.

REGLA SÉPTIMA. En caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra aquel que ha estipulado alguna cosa y en descarga del que ha contraido la obligación.

REGLA OCTAVA. Por generales que sean los términos en que se haya concebido una convención, no comprende más que las cosas por las cuales las partes contratantes han entendido contratar, y no aquellas en las que no han pensado.

REGLA NOVENA. Cuando el objeto de la convención es una universalidad de las cosas, comprende en este caso todas

las cosas particulares que componen esta universalidad, aún aquella de las cuales no tienen conocimiento las partes.

REGLA DÉCIMA. Cuando en un contrato se ha expresado un caso, a consecuencia de la duda que no hubiese tenido, de si el compromiso que resulta del contrato se extiende a ese caso, no por esto se reputa a uno como habiendo querido restringir la extensión que dicho compromiso tiene de Derecho, a todos aquellos que no sean expresados.

REGLA UNDÉCIMA. En los contratos, lo mismo que en los testamentos, una cláusula concebida en plural se distribuye en varias cláusulas particulares.

REGLA DUODÉCIMA. A veces lo que se encuentra al final de una frase se refiere por lo común a toda la frase, y no tan sólo a lo que la procede inmediatamente; con tal empero que este fin de frase convenga en género y en número a toda ella.

El Código Napoleónico fue la fuente del C. Civ. esp. que en sus artículos 1281 a 1289 trata el tema que es objeto de este parágrafo, este ordenamiento hispano fue el inspirador a los redactores del C. Civ. 28 que en sus artículos 1851 a 1857 inclusive copian casi literalmente el pensar de los legisladores hispanos.

Después de este recortado panorama comparativo

sobre las disposiciones que rigen en materia de interpretación de contratos, pasaremos a hacer un pequeño bosquejo de lo que a este respecto a regido a México, desde la promulgación del C. Civ. 70, hasta nuestro ordenamiento civil vigente.

83. b. La evolución y doctrina en Derecho mexicano

Para el tema de la interpretación de la norma contractual en el Derecho mexicano, habrá que distinguir como tarea inicial dos aspectos importantes, como lo establece ROJINA VILLEGAS(121) al expresar: "Podemos interpretar el contrato como acto jurídico o como norma jurídica. La interpretación del contrato como acto jurídico se concreta, exclusivamente, a dicho acto, aislándolo del sistema jurídico, para referirlo a sus cláusulas, a sus términos y para operar dentro de ellos, a efecto de fijar su alcance, su sentido o significación. En cambio, la interpretación del contrato como norma, sitúa a ésta, dentro del ordenamiento jurídico para poder determinar su sentido no sólo en función directa de sus términos, de sus cláusulas, sino relacionándola con todo el ordenamiento jurídico al cual pertenece y, sobre todo, acudiendo a ese ordenamiento para poder definir su sentido."

---

(121) ROJINA-VILLEGAS, **op. cit.** nota (4), t. V. vol. I, p. 224.

Pero situando al contrato como acto jurídico o como norma de Derecho, es evidente que la fuente general y creadora de todo contrato es el consentimiento, el cual tiene una relevancia jurídica trascendental. Así es que, mediante la interpretación de la norma contractual se tratan de fijar la significación y alcance de los términos empleados y las cláusulas convenidas por las partes, volviéndose a plantear la necesidad de acudir para la interpretación, a la voluntad interna de las partes, o bien recurrir exclusivamente a los términos empleados por los contratantes, lo que se conoce como voluntad declarada.

BAÑUELOS-SÁNCHEZ(122) explica cada una de estas teorías en los siguientes términos: "La primera, llamada también TEORÍA SUBJETIVISTA, siendo su autor Savigny, consiste esencialmente, en afirmar que se trata en el acto jurídico de un acto de voluntad, y como consecuencia, se impone la necesidad de hacer una investigación de lo que hayan querido los contratantes para determinar el alcance del contrato, en suma los efectos del contrato; aquí, el juzgador, ha de adoptar la postura de un investigador psicológico de esa 'voluntad interna' o de ese 'querer', para saber y determinar lo que el contratante o contratantes quisieron decir, y así poder saber cúal ha sido el alcance que se quiso dar al contrato. La segunda de las teorías

(122) BAÑUELOS-SÁNCHEZ, Froylan, **INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS Y LOS TESTAMENTOS**, Edit. Orlando Cárdenas, 4a. ed., Irapuato, 1990, pp. 111 y ss.

apuntadas, llamada también MODERNISTA U OBJETIVISTA, es la expuesta por Salailles surgida del Derecho Civil Alemán (arts. 116, 133 y 157) y, su postulado, esencialmente tiende más que a la intención contrapuesta de las partes, al significado normal y usual de las declaraciones de voluntad. Al efecto, expone: 'Según ella (la teoría de la declaración) el fundamento del acto jurídico, lo que preside a su nacimiento y de la medida de su alcance, es la declaración del agente y no la voluntad que esta declaración debe traducir. No se tiene en cuenta la voluntad sino en tanto que se traduce al exterior bajo la apariencia de una declaración'."

84. aa. En el Código Civil de 1870 del D.F.

Este Código de tipo individualista le da importancia a la teoría de la voluntad interna y así lo hace notar su exposición de motivos: "La ley reglamenta los contratos, pero supone como base esencial de ellos la voluntad de los contratantes. De aquí se sigue que, no constando está, no sólo es arbitraría sino imposible toda interpretación, y por lo mismo el contrato es nulo (artículo 1440). Cuando consta la voluntad sobre el hecho principal del contrato, pero se ofrece duda sobre los accidentes, no puede declararse aquel nulo, pues esto sería contrario á la misma voluntad de las partes. La comisión adoptó para este caso las siguientes reglas, que dicta la equidad. Cuando la enajenación es á título gratuito, debe

gravarse menos á la parte que enajena, que nada va á adquirir en compensación y se presupone que ha tenido intención de desprenderse de la menor suma de derechos (artículo 1441 fracción 1a.). Pero cuando el contrato es oneroso, como hay adquisición recíproca y por lo mismo cesión recíproca de derechos, dicta la equidad que la interpretación se haga en favor de la mayor reciprocidad de intereses (artículo 1441, fracción 2a.)."

85. bb. En el Código Civil de 1884 del D.F.

Este Código no hizo sino reproducir los artículos de su antecesor con la sola innovación de una fracción al artículo 1325 que era el 1441 del anterior, dicha fracción disponía que: "Si la duda recae sobre circunstancias accidentales del contrato, y no puede resolverse por los términos de éste, se observarán las reglas siguientes: I. Si las circunstancias, aunque accidentales, por la naturaleza del contrato, revelaren que sin ellas no se habría prestado el consentimiento de alguno de los contrayentes, se estará á lo dispuesto en el artículo anterior..."

MATEOS-ALARCÓN(123) expresaba lo siguiente en relación a la interpretación de los contratos: "Los preceptos de la ley, fuera de las condiciones esenciales de los contratos, tienen sólo aplicación, como hemos dicho, para suplir las

(123) **Apud.** por BAÑUELOS-SÁNCHEZ, **op. cit.** nota (122), p. 85.

omisiones de los contrayentes, pues en ellos domina el principio que declara, que la voluntad de éstos es la suprema ley de los contratos. En otros términos más precisos, la ley reglamenta los contratos, pero tienen por base esencial de ellas la voluntad de los contrayentes."

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 son de tipo individualista, conforme a este sistema el contrato debería haberse interpretado atendiendo siempre a la intensión o voluntad de los contratantes, ahora bien, este exagerado proteccionismo al interés individual se tradujo en la teoría de la voluntad interna. Sin embargo, un fenómeno curioso sucedió en el C. Civ. 84, que siguiendo la jurisprudencia de la época, aceptó y empleó la teoría de la declaración. Por otro lado ambos Códigos en lugar de constituir un sistema de interpretación, estatuían más bien casos de nulidad especial.

86. cc. En el Código Civil de 1928 del D.F.

Considerado como el primer Código de Derecho privado social adoptó un sistema mixto, toda vez que hay que considerar que para interpretar un contrato no hay que pronunciarse únicamente por la voluntad interna, ni sólo por la voluntad declarada, sino hay que acudir a un sistema de VOLUNTAD INTERNA DECLARADA, o sea al encuentro de la intención común de las partes en la medida que ambas exteriorizarón su voluntad.

Tiene tanta importancia la "común intención de las partes" en la interpretación de un contrato, que el ordenamiento civil vigente no la podía dejar a un lado; así, en su Art. 1851 establece el principio de que la intención estaría por encima de las palabras, si estas no eran claras, es decir, si del sentido literal de una cláusula no hay duda sobre la intención de los contratantes esto es válido.

Cuando del acuerdo de las voluntades no es posible descubrir frente a las dudas, equivocos o ambigüedades de la verdadera intención de las partes, el contrato se declarará nulo, según dispone el artículo 1857 vigente.

Otro reconocimiento expreso a esta teoría de la voluntad interna lo encontramos en el artículo 1852 que dispone que: "Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar."

Los preceptos anteriores, tienden a describir la intención común o voluntad interna de los contratantes, por ello realizan lo que se llama una interpretación subjetiva.

Las normas subsecuentes (arts. 1853 a 1856 del C. Civ. 28) son para eliminar dudas o ambigüedades en las palabras, y por esta razón se les llama normas de interpretación objetiva.

Dentro de este grupo de normas para la interpretación objetiva del contrato hay que mencionar, desde luego, el principio de conservación del contrato, establecido por el artículo 1853. Por otro lado, también para una interpretación objetiva, hay que seguir la misma regla que para la interpretación de las normas jurídicas, observándose al respecto una interpretación sistemática, por virtud de la cual, "las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas" (art. 1854).

En consonancia con esta interpretación sistemática del contrato, a las palabras empleadas por las partes, habrá que darles el significado más acorde a la naturaleza y objeto del mismo, cuando estas admitan diversas aceptaciones (art. 1855).

Acerca de esta conducta interpretativa, que sigue el C. Civ. 28, es importante destacar que cuando se sometio el proyecto de este ordenamiento a la Barra Mexicana de Abogados, ésta formuló la siguiente observación a través de los licenciados BORJA-SORIANO e Ismael PALOMINO: "DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. En este capítulo se reproducen los artículos del Código civil español sobre esta materia, lo cual merece nuestra aprobación; aunque creemos que no debe suprimirse el art. 1282 del Código español, el cual debe agotarse ampliándolo en estos términos: 'Para juzgar de la intención de los contratantes deberá

atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato, así como a los inmediatamente anteriores con él relacionados y preparatorios'."(124)

87. c. La integración del contrato

Muy ligada a la interpretación del contrato es la cuestión relativa a la integración del contrato, ya que como hace notar PLANIOL(125): "Es muy raro que las partes al celebrar el contrato tengan presente todas las consecuencias, alcances y efectos que va a tener el mismo contrato, por lo que es indispensable integrar el contrato, completando con normas supletorias establecidas por el legislador, las omisiones o lagunas que las cláusulas convenidas por las partes hubieren dejado."

Para tal efecto, en la integración del contrato hay que tomar en cuenta las CLÁUSULAS ESENCIALES las cuales no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes, se imponen al contrato, porque justamente determinan la esencia de la operación. Las CLÁUSULAS NATURALES que son aquellas que se desprenden de la naturaleza misma de cada contrato, pero que pueden ser derogadas por las partes. Las CLÁUSULAS ACCIDENTALES que son aquellas que dependen exclusivamente en aspectos

(124) **Apud.** por SÁNCHEZ-MEDAL, **op. cit.** nota (99), p. 83 y **EL FORO**, Nº 2, t. IX, abril, mayo y junio, 1928, p. 200.
(125) PLANIOL, **op. cit.** nota (9), t. II, p. 364.

concretos en cada operación, que los contratantes regulan libremente sin que la ley prevea estos aspectos, dado que varían en cada contrato y en cada operación.

88. D. EFECTOS DE LOS CONTRATOS

Los efectos del contrato son las consecuencias jurídicas que dimanan de éste, efectos que se producen ordinariamente al momento mismo en que se perfecciona el contrato; pero que también se generan en ocasiones hasta que se ejecuta el contrato.

Con relación a los efectos del contrato, una cuestión interesante es la que comenta PLANIOL(126) y que está en conexión con la teoría de la voluntad interna al interpretar los contratos, al expresar que: "Tales efectos son, frecuentemente, muy complicados e imprevistos; al declarar obligarse, es raro que las partes adviertan todas las consecuencias posibles de su obligación. Con posterioridad, cuando surge una dificultad, el juez los considera obligados en virtud de su voluntad. ¿Es esto exacto? De habérseles planteado la cuestión en el momento de contratar, posiblemente cada una de las partes hubieran tenido una opinión diferente. No es exagerado decir que los efectos del contrato, aún los más

(126) **Ibidem.**, p. 372.

remotos e imprevistos, han sido queridos por las partes, pues las ideas se encadenan con una fuerza lógica, y quien admite en un principio, admite por esto mismo sus consecuencias.".

89. a. Obligatoriedad del contrato

Este efecto es muy fácil de describir, en el sentido de que, el contrato adquiere entre las partes que lo celebran fuerza de ley. En este sentido SÁNCHEZ-MEDAL(127) expresa: "El primer efecto que produce el contrato consiste en su carácter obligatorio, o sea que el acuerdo de voluntades de los contratantes tiene fuerza de ley entre las partes, expresión esta que no debe entenderse literalmente, pues aún la misma revocación del contrato por voluntad bilateral de ambos contratantes no es omnipotente, ya que sólo produce efectos para el futuro y no retroactivamente y, además, cuando el contrato ha creado derechos reales, deben estos retransmitirse. La mencionada expresión que equipara la ley general al contrato como una ley de las partes, hay que aceptarla sólo en forma metafórica, en el sentido de que ninguna de las partes puede sustraerse al deber de observar el mismo contrato, sino que ha de cumplirlo y respetar la palabra dada **'PACTA SUNT SERVANDA'**."

90. b. Intangibilidad del contrato

De la obligatoriedad deriva como corolario otro

(127) SÁNCHEZ-MEDAL, **op. cit.** nota (99), p. 85.

efecto que consiste en la intangibilidad del contrato por cuanto que no puede una de las partes, por voluntad unilateral, disolver o modificar el contrato, según dispone el artículo 1797 del C. Civ. 28, salvo caso expresamente previsto en la ley, salvedad ésta que si señalaba el C. Civ. 84, y que el actual ordenamiento civil no menciona. El artículo 1278 del C. Civ. 84 disponía: "La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de los contrayentes; á excepción de los casos expresamente señalados en la ley."

Como ejemplos de excepción podemos mencionar, la terminación previo aviso del contrato de arrendamiento de manera unilateral de cualquiera de las partes; la revocación del mandato y la renuncia del mismo, entre otros.

91. c. Relatividad del contrato

Por definición, el contrato puede ser puramente obligatorio, o bien con efectos reales, o bien uno y otro a la vez.

Este efecto se deduce naturalmente del análisis del contrato: este obtiene su fuerza de la voluntad de los contratantes, por tanto, es natural que no produzca efectos obligatorios sino respecto de los contratantes, de las partes en el contrato, únicos que han querido esos efectos jurídicos, y es natural que tales efectos no alcancen a los terceros que no lo

han querido. Es decir, que la relatividad en los efectos del contrato consiste en que éste sólo aprovecha o perjudica directamente a las partes y sólo también para ellas crea derechos y obligaciones, conforme el principio **'RES INTER ALIOS ACTA, ALLIS NEQUE PRODESSE, NEQUE NOCERE POTEST'**.

Es necesario tener presente para poder comprender mejor este efecto, lo que significa 'parte', tanto en su sentido formal como en el material. SÁNCHEZ-MENDAL(128) nos da con claridad este significado: "Por 'PARTE' en un contrato no puede entenderse simplemente lo que algunos pretenden, 'a las personas cuyas voluntades han concurrido en su formación' (parte en sentido formal), sino que por regla general, son 'partes' en un contrato las personas que a la vez han emitido su voluntad en la policitación o en la aceptación que constituye el acuerdo de voluntades de ese contrato y que son también los titulares del interés o de la relación jurídica materia de dicho contrato (parte en sentido material)."

La regla general es que el contrato sólo aprovecha a las partes y no a los terceros, por estos últimos entendemos las personas cuya voluntad de ninguna manera ha intervenido en la formación del contrato y que no tienen ningún vínculo jurídico con las que son partes en el contrato. Ahora bien, entre las

(128) **Ibid.**, p. 87.

partes y los terceros hay estas tres categorías de personas intermedias:

- El CAUSAHABIENTE A TÍTULO UNIVERSAL, suceden a una persona en la totalidad o en una parte alícuota de su patrimonio;

- Los CAUSAHABIENTES A TÍTULO PARTICULAR, que adquieren de una persona un determinado bien en concreto o un derecho real sobre el mismo;

- Los ACREEDORES QUIROGRÁFARIOS, que tienen un crédito sin ninguna garantía real en contra de otra persona.

Por lo que a las partes se refiere, hay que hacer la siguiente distinción:

I. La posible creación contractual de derechos a favor de un tercero, que ocurre en la estipulación en favor de tercero;

II. La aparente imposición contractual de obligaciones a cargo de un tercero, como ocurre en la llamada promesa de **"PORT-FORT"**;

III. El contrato por persona a nombrar, **"PRO AMIGO ELEGENDO"**, por virtud del cual una de las partes se reserva expresamente designar después a la persona que adquirirá

retroactiva e integramente los derechos y obligaciones derivadas de dicho contrato.

92. d. Oponibilidad del contrato

Para este tipo de efecto hay que distinguir entre efectos directos y reflejos del contrato. Los primeros son aquellos a los cuales nos hemos referido al comentar la relatividad del contrato. Los segundos son los que derivan, sobre todo, de los contratos con efectos reales. De esto resulta que constituye una prueba **ERGA OMNES** del Derecho creado por él, ya sea real, ya sea personal.

93. F. CAUSAS GENERALES DE DAR POR TERMINADO UN CONTRATO

En este parágrafo, para explicar las causas de terminación de un contrato, seguiremos preferentemente al maestro SÁNCHEZ-MEDAL(129), por lo que cualquier referencia que se haga, será en relación con este autor.

Una vez explicado lo anterior diremos, que un contrato generalmente termina por frustración del mismo, o por extinción de sus efectos, viéndolo desde un punto de vista amplio. "Un contrato se frustra -dice nuestro autor en cita- cuando no produce efecto a causa de hechos o circunstancias

(129) **Id.**, pp. 124-134.

contemporáneas a la celebración del contrato. Asimismo, un contrato puede extinguirse o dejar de producir efectos a causa de hechos o circunstancias supervenientes, acaecidas con posterioridad a la celebración del contrato."

94. a. Frustración del contrato

El vocablo de frustración no es ajeno a las fuentes de las obligaciones, toda vez que en el Derecho Penal es conocida la institución del delito frustrado, por el entendemos la ejecución de todos los actos que deberían producir como resultado al delito, malogrado por causas ajenas a la voluntad del agente.

Ahora bien, la frustración del contrato es una situación que ocasiona que las prestaciones comprometidas en éste, no puedan cumplir el propósito para el que fueron concretadas, es decir que se impide que se consiga lo que se desea.

Cinco son las causas que producen la frustración de un contrato:

I. Cuando falta alguno de los elementos de existencia del contrato, como son el consentimiento, objeto posible y en su caso solemnidad.

II. Cuando el contrato está afectado de nulidad absoluta, porque su objeto, fin o motivo determinante es ilícito.

III. Por falta de capacidad de alguna de las partes, o por algún vicio del consentimiento o porque no se han llenado las formalidades que exige la ley.

Acerca de estas tres primeras causas de frustración de los contratos, es importante destacar un doble criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

- Que en nuestro Derecho no hay contratos nulos de pleno derecho, sino que en todos los casos se necesita la declaración judicial, según la tesis jurisprudencial No. 198 de la Tercera Sala de la Suprema Corte hasta el año de 1985.

- Que las diferencias entre nulidad e inexistencia de los contratos, son puramente académicas, de conformidad con la tesis No. 197 de la Tercera Sala de la Suprema Corte hasta el año de 1985.

IV. Cuando se configura la lesión por la explotación de la suma ignorancia, de la notoria inexperiencia o de la extrema miseria (pero no del estado de necesidad), y esto da nacimiento a la nulidad del contrato.

V. Cuando sin ser nulo el contrato, porque

produce efectos con respecto a determinadas personas, es sin embargo, ineficaz con respecto a otras personas a las que les es inoponible.

95. b. Terminación del contrato

Un contrato que se ha celebrado válidamente y que ha empezado a producir sus efectos, puede dejar de producirlos o bien pueden extinguirse los mismos por acontecimientos posteriores a su celebración, y que constituyen propiamente las causas de terminación del contrato, que principalmente son las siguientes:

I. La ejecución total de las obligaciones derivadas de un contrato producen el agotamiento natural del mismo.

II. En algunos contratos de ejecución sucesiva, se señala un plazo para la terminación del mismo, al vencimiento del mismo se da por terminado el contrato.

III. En los contratos duraderos y celebrados "intuitu personae", la muerte de uno de los contratantes, cuando así lo establece la ley, pone fin al contrato.

IV. La incapacidad sobreviniente de una de las partes, cuando se trata de un contrato duradero e "intuitu personae" puede también poner fin al contrato.

V. Por voluntad unilateral de una de las partes, cuando en casos excepcionales a la regla de la intangibilidad del contrato, faculta el legislador a uno de los contratantes para desistirse unilateralmente del contrato.

VI. Por mutuo consentimiento de las partes, ya que si los contratantes se ponen de acuerdo para dar nacimiento al contrato, ellos mismos pueden revocarlo o resolverlo voluntariamente.

VII. La quiebra de una de las partes, en cuyo caso cuando se trata de contratos bilaterales pendientes de ejecución total o parcialmente, puede la otra parte "exigir al síndico que declare si va a cumplir o rescindir el contrato, aún cuando no hubiese llegado el momento de su cumplimiento", pudiendo el contratante no quebrado "suspender la ejecución del contrato hasta que el síndico cumpla o garantice el cumplimiento de su prestación" artículo 139 de la Ley de Quiebras.

VIII. Por resolución del contrato bilateral.

96. c. Resolución del contrato

La rescición y resolución son el modo de dejar sin efecto una relación jurídica contractual, a causa de accidentes externos susceptibles de ocasionar un perjuicio económico a alguno de los contratantes. Esta resolución del

contrato sinalagmático puede producirse por cualquiera de estas causas: a) Por incumplimiento de una de las partes; b) Por imposibilidad superveniente de las obligaciones a cargo de una de las partes; c) Por excesiva onerosidad sobreviviente fundada en la teoría de la imprevisión, está objeto del presente trabajo.

97. UNA ADECUACIÓN DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO A LA DE IMPREVISIÓN

El valor científico y práctico de la teoría del contrato es reconocido por la pluralidad de la doctrina, y es que la elaboración de aquella permite ofrecer criterios y orientaciones inapreciables, además de la ventaja metodológica que supone para el jurísta si es certeramente construida.

La indagación de los principios comunes a todos y cada uno de los contratos interesa inclusive en relación con los atípicos, que son aquellos no disciplinados o regulados particularmente por el ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, y con referencia a que hay que construir certeramente una teoría general del contrato, es conveniente decir que el contrato es una institución jurídica que excede los límites de la esfera de lo civil. El contrato civil no es, desde luego, la manifestación única de lo contractual, ni siquiera la más importante pero si una de las

principales, toda vez que existen también los mercantiles, los del trabajo, los administrativos (es interesante con respecto a estos últimos decir que la doctrina administrativa identifica y toma como sinónimos las expresiones convenio y contrato (**infra**, 196.bb.), entre otros.

Con relación al tema que nos ocupa Rafael DE PINA (en su obra de Derecho Civil) ha expresado: "...debemos procurar formular un concepto de contrato que nos permita abarcar esta institución en un sentido unitario. En su significación semántica contrato es el pacto o convenio entre partes, sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. Esta idea del contrato comprende, desde luego, no sólo a los civiles, sino también a todos aquellos a los que hemos hecho alusión anteriormente..."

Con relación al tema que es el punto central de nuestra tesis, es conveniente al hablar del contrato, examinarlo como el instrumento que el Derecho configura para la realización de los fines económicos de los particulares, en este sentido es imprescindible tratar de la evolución del contrato como una consecuencia de la socialización del Derecho privado.

Para no mencionar sino someramente algunos de los aspectos de esa evolución (que para algunos es crisis del contrato **infra**, 110.a.), diremos que en el Derecho mexicano se

encuentran debilitados los elementos clásicos de la figura contractual, o sean la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del contrato. En efecto, la voluntad no tiene ya la fuerza que le concedía la doctrina clásica, porque la libertad de contración queda limitada por una serie de factores como pueden ser entre otros la intervención del Estado; el auge de los actos jurídicos llamados contratos de adhesión; y la presencia del formalismo. Como lo ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la Tercera Sala en el informe correspondiente al año de 1932: "...el principio de la autonomía de la voluntad no puede ser considerado como absoluto en el Derecho moderno, pues su campo se ha ido reduciendo por la introducción de las excepciones que el legislador se ha visto obligado a aceptar, en todos aquellos casos en que la autonomía de los contratantes se coloca enfrente de los intereses sociales que el Estado debe proteger. En tales circunstancias, si llega a juzgarse que una estipulación contractual contradice intereses generales protegidos por el legislador, resultaría sin duda que la expresión de la voluntad de los contratantes no sería apta para crear una situación concreta de Derecho."

También el otro principio clásico del contrato, es decir el **PACTA SUNT SERVANDA**, a cedido ante el arbitrio judicial, que inspirado en el principio ya sea de la buena fe o de la equidad, examina cuando es conveniente revisar los

contratos que se encuentran en trance de ejecución, para liberar a alguna de las partes de las prestaciones a que se obligó, sino puede cumplirlas por circunstancias posteriores a la celebración del contrato y este se haya vuelto muy oneroso. Aunque la revisión del contrato por causa de imprevisión no ha cristalizado en México en la legislación positiva a nivel federal (salvo los Códigos Civiles de los Estados de Jalisco y Aguascalientes) (**infra**, 163.a.), la tendencia doctrinal y jurisprudencial se tiene que orientar en el sentido de reconocer en el Derecho mexicano la vigencia del principio que permita revisar los contratos por causa de imprevisión. Como ejemplo de la aceptación de la imprevisión en nuestro Derecho se encuentran las diversas Legislaciones de emergencia que se han emitido (**infra**, 173.a.).

CAPÍTULO TERCERO

FUNDAMENTOS Y GENERALIDADES DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

SUMARIO:

98. A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN EL MARCO DE LA DOCTRINA

Vinculado al concepto de la fuerza obligatoria de los actos jurídicos, está el cautivante tema de la imprevisión, que puede plantearse en estos términos: cuando acontecimientos no previstos por las partes interesadas producen una alteración fundamental de las prestaciones, debido a circunstancias que pueden ser de carácter económico, social o político, reflejando sus consecuencias en los contratos cuya ejecución no es inmediata transformándolos de una manera importante, ¿han de mantenerse o deben sufrir una revisión los contratos realizados en épocas normales, si en forma repentina, violenta e imprevisible sobrevienen circunstancias radicalmente diversas de las existentes en el momento de contratar, y ello se traduce para uno de los obligados en una excesiva gravosidad en la ejecución del contrato?

Lo que fundamenta nuestro tema es precisamente aquellos casos que constituyendo una verdadera injusticia, el juez por no querer ver la manera de evitarla, o por no encontrar una solución dentro de los principios que un Código puede brindar, aplica el contrato con toda su rigidez, a pesar de que el cambio de las circunstancias posteriores a la celebración del contrato, colocan en una situación difícil y perentoria al deudor de la obligación pactada.

Ante esta situación se pregunta VOIRÍN(130): "¿No hay ningún remedio si en el intervalo que separa la conclusión de un convenio de su ejecución, surgió algún acontecimiento imprevisto e imprevisible, que trastorne las condiciones generales del mercado y perturbe las relaciones económicas y sociales? ¿Es necesario dejar que se consume la ruina de un contratante desgraciado cuya única culpa sea no haber previsto lo imprevisible?. O bien, al contrario, se debe considerar que las voluntades individuales no son generadoras de obligaciones sino a condición de contenerse en el campo ordinario de la previsión humana, y que si algún acontecimiento las cambia con el efecto de romper el equilibrio del que derivó la probidad del pacto, el contrato es destruído o al menos que las relaciones exclusivamente contractuales de las partes den lugar a una situación en la cuál el intérprete ha de establecer armónicamente los elementos inspirándose a la vez en el interés general y en las necesidades de la equidad, de acuerdo con las exigencias reconocidas en las reglas del Derecho."

"¿Es justo admitir que un acto jurídico, más especialmente un convenio, pueda aniquilarse o modificarse en sus efectos por intermediación del juez, cuando acontecimientos posteriores a la formación de dicho convenio y que en tal época

(130) **Apud.** por BONNECASE, Julien, **TRAITÉ THEORIQUE ET PRÁCTIQUE DE DROIT CIVIL**, Edit. Recueil Sirey, París, 1926, t. III, p. 573.

no habían sido o podido ser lógicamente previstos por las partes, habiéndose engendrado una situación sea particularmente onerosa para el deudor, sea extremadamente desfavorable para al acreedor?" (131)

En este sentido, hay que tener en cuenta que el Derecho va evolucionando, se transforma sin cesar, no puede desconocer los cambios que sufre la vida de las sociedades, debe acomodarse a ellos porque en otro caso, carecería de sentido y realidad, quedando relegado al campo de la especulación. Es el Derecho el que debe adoptarse a los hechos y no éstos a aquél.

En este orden de ideas, la rigidez contractual que se puede presentar en el Derecho privado a través del principio de la fuerza obligatoria del contrato, en el público sufre una excepción, toda vez que el Estado con poder de "imperium" goza de ciertas prerrogativas al contratar con los particulares, como pueden ser las CLÁUSULAS EXORBITANTES o derogativas del Derecho común que rompen con el principio de la igualdad de las partes, así, cuando se presenta un caso de cambio de circunstancias en la ejecución de un contrato público de prestaciones diferidas (obra pública o suministro), el Estado hace uso de esos privilegios para modificarlo o rescindirlo unilateralmente por causa de interés público o general (**supra**, 73.aa.).

---

(131) **Ibidem.**, p. 575.

Así pues, vamos a exponer los elementos jurídicos de Derecho privado que se le pueden aportar al juzgador para la aplicación de la imprevisión en los contratos, en los casos que no exista una norma especial dada por el legislador que permita la alteración contractual, primero a la luz del Derecho comparado, para después abordar la cuestión con relación a nuestro Derecho positivo, no sin antes dar una idea de lo que debemos entender por TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN, es decir conceptuar la imprevisión en los contratos, para poder comprender como puede ser aplicada en los diversos ordenamientos jurídicos específicos que la acepten (**infra**, Caps. IV y V).

Queda así enunciado el problema de la imprevisión, en el que se ha producido una agravación en el cumplimiento de la obligación, pero no una imposibilidad de cumplir, es decir hay una imposibilidad relativa, esto presupone la posibilidad de ejecutar la obligación, pero si se ejecuta importaría la ruina de una de las partes.

99. a. Relación conceptual en doctrina universal

Con esta cuestión de la imprevisión ha sucedido, como lo acontecido con otras figuras jurídicas, que el esfuerzo por esclarecerla se debe iniciar desde el punto relativo al nombre que más convenga para la construcción doctrinal que se ocupe de ella. Así en sus incisos se le llamó "Cláusula Rebus sic stantibus": el Derecho francés la denomina "Teoría de la

imprevisión"; en Alemania se le nombra "Desaparición de la base del negocio", lo cual nos parece muy ambigüo; los autores italianos denominan este instituto como "Excesiva onerosidad superveniente", que desde nuestra modesta opinión consideramos que es un enunciado demasiado amplio para abarcar; el Derecho hispano la nombra como "Riesgo imprevisible", que como la anterior, hariamos la misma observación; por último el Derecho argentino designa a esta figura como "Teoría de la imprevisión", mismo significado que se le da en el Derecho peruano desde el año de 1984. Consideramos que es más adecuado llamar a esta figura jurídica **TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN**, toda vez que se entiende con más facilidad por lo inesperado del suceso que cambia las condiciones en que fue celebrado el contrato, además de que dicho término es ya el consagrado por la doctrina en general.

En cuanto a la conceptualización de esta teoría DE PINA(132) expresa: "La teoría de la imprevisión es el conjunto sistemático de especulaciones científicas que tiene como finalidad justificar, en las circunstancias aludidas, el dejar incumplido lo que normalmente debía cumplirse en la forma convenida."

---

(132) DE PIÑA, **op. cit.** nota (25), t. III, p. 273.

Por su parte DÍAZ-CRUZ(133) define este instituto de la siguiente manera: "En síntesis, el concepto de lo que entendemos por la 'cláusula rebus sic stantibus' no puede ser más sencillo. En efecto, la teoría de 'la cláusula' no es más que lo siguiente: en los contratos de cumplimiento diferido, el deudor se exonera de su obligación cuando las circunstancias ambientales bajo las cuales se comprometió, hayan sufrido tal cambio, que el cumplimiento se haga casi imposible, por traer aparejado el desastre económico del obligado."

Sin embargo, consideramos que la "Teoría de la imprevisión" puede definirse en grado de tentativa **desde nuestro particular punto de vista** en los siguientes términos: teoría que se presenta en los contratos a largo plazo o de prestaciones diferidas que puede producir riesgos imposibles de prever al momento de celebrarse y que trae como consecuencia un excesivo gravamen en su cumplimiento para una de las partes, y de ello se deduce, que no cabe compeler al cumplimiento de la obligación concertada, o bien, que haya una posible revisión del contrato.

100. b. Un enfoque histórico y evolutivo de la teoría de la imprevisión

La teoría de la imprevisión fue creada para remediar los casos de alteración de las circunstancias bajo las

(133) DÍAZ-CRUZ, Mario, **"LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS"**, Revista del Colegio de Abogados de la Habana, Cuba, año IX, vol. IX, núm. 61, enero-mayo, 1964, p. 98.

cuales fue celebrado el contrato, entendiéndose implícita, es decir sin necesidad de consignarla expresamente.

Bajo esta primitiva idea se constituyó la teoría en estudio, según la cual todo contrato era vinculante mientras las circunstancias bajo las cuales fue celebrado no se modifiquen en lo fundamental, pudiéndose liberar el deudor a través de esta cláusula implícita, si las circunstancias cambiaban fundamentalmente.

La teoría de la imprevisión ha sido mejor desarrollada en tiempos modernos, pero no podemos desconocer que el fundamento de casi todas las instituciones jurídicas existentes en la actualidad, tuvieron su origen y desarrollo en el Derecho romano.

101. aa. En el Derecho romano

Algunos comentaristas opinan que en el Derecho romano no existía un sistema jurídico o una teoría general para adaptar los contratos a las circunstancias, sino que las convenciones conservaban su base estable y sólo se propugnaban soluciones de equidad en casos especiales; otros, por su parte, creen que existía un principio general y constante de la imprevisibilidad, en este sentido LENEL(134) señala: "Para un

(134) **Apud.** por DÍAZ-CRUZ, **op. cit.** nota (133), p. 100. Así podemos decir que en el Derecho romano, existía una

jurista romano, la resolución de semejantes problemas era más fácil que para el moderno. Los jueces romanos tenían en los 'bonae fidei negotia' un campo arbitral más amplio que los nuestros, cuyas decisiones se encuentran encerradas dentro del estrecho marco de los códigos." Sin embargo este hecho fue sentido por la conciencia moral antes que por la jurídica.

Así, en este Derecho podemos encontrar algunos antecedentes de esta teoría, haciendo la aclaración que tal como se formula modernamente era desconocida.

El jurisconsulto PAULO decía: "in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus", que significa que en los contratos lo que interesa es el momento de la conclusión y no el de la ejecución.

AFRICANO, en el texto de "Solutionibus et liberationibus", dijo: "Tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur si in eadem causa manet" (existe una cláusula tácita según la cual la obligación se ejecuta si

---

distinción importante entre los CONTRATOS DE BUENA FE y los CONTRATOS DE RIGUROSO DERECHO. Se entendía por los primeros aquellos en los cuales el juez podía desechar todo lo que se oponía a la razón, a la equidad, o a la intención presunta de las partes; en tanto, por los segundos, los que no comprometían más que a lo que expresamente se hubiera convenido, a lo que se haya establecido por la ley, debiendose tomar siempre a la letrta sin extención alguna, LOZANO, "Contrato de buena fe y contrato de riguroso Derecho", **op. cit.** nota (155), p. 416.

permanece la misma situación que existía en el momento de la conclusión del contrato).

Los filósofos romanos también se preocuparon por esta cuestión, llegando a afirmar que no se puede obligar a nadie al cumplimiento de lo pactado si las condiciones son distintas de las que existían en el momento de contratar. En estos términos se expresan CICERÓN en "De officiis" y más marcadamente SÉNECA, que en "De beneficiis" dice: "Omnia esse deben eadem, quae fuerunt cum promiterem, ut promitentis fidem teneas", que significa que para tener que cumplir lo prometido todo debe de permanecer en el mismo estado de cosas que existía cuando se formuló la promesa.

102. bb. Derecho canónico

Las ideas de los filósofos romanos a que hemos hecho referencia, fueron repetidas por los canonistas de los siglos XII y XIII.

Así GRACIANO, en su obra "Decretum", desenvuelve las ideas de CICERÓN y SÉNECA, llegando a las mismas conclusiones. Después Bartolomeo di BRESIA y Santo Tómas de AQUINO en su "Summa Theológica" continúa las mismas directrices. Este último se formula la pregunta de si toda mentira es pecado, contestando que aquel que promete hacer alguna cosa, si tiene intención de hacer lo que promete no miente, porque no habla

contrariamente a lo que piensa. Si después no hace lo que había prometido, entonces parece obrar sin fidelidad por ello de que cambia la voluntad; sin embargo, puede ser excusado por dos razones: si lo que ha prometido es manifiestamente ilícito o si han cambiado las condiciones de las personas y de los negocios. Estas ideas de los canonistas fueron aplicadas en el Derecho canónico y en los Tribunales eclesiásticos.

103. cc. Glosadores y Post-glosadores

Los glosadores no se ocuparon de esta cuestión. Ya los post-glosadores generalizan las ideas recogidas por los canonistas y formulan el principio más claro de esta teoría, de la siguiente manera: **"Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futurm, rebus sic stantibus intelliguntur"** (los contratos a término o de tracto sucesivo, se entienden permaneciendo las cosas en el mismo estado).

Dentro de los post-glosadores, BARTOLO, su jefe, declara que en todos los casos de renuncia se ha de presumir la cláusula "Rebus sic stantibus" y, después de él, su discípulo Baldo de UBALDIS estudia la glosa civil en combinación con la económica y concluye que debe ampliarse el principio "Rebus sic statibus", no sólo a las renuncias, como hace BARTOLO, sino también a las promesas. Desde entonces, en las colecciones de los Concilios se mencionaba ya la cláusula "Rebus sic stantibus".

Yasón de MAYNO extiende aún más su campo de aplicación hasta los contratos, disposiciones de última voluntad, juramentos, etc. DECIO sostuvo en su Concilio que los juramentos siempre deben entenderse hechos bajo esa cláusula, la cual en esta época profundamente católica reviste excepcionalmente importancia.

En el siglo XVI, Andrés ALICIATUS, precursor de la escuela histórica del Derecho, profundiza aún más en esta cuestión. Comienza por sentar el principio de respeto de los contratos donde no juega el principio de la cláusula "Rebus sic stantibus", porque dice que la voluntad de las partes no puede ser modificada. A continuación da las excepciones al principio sentadas siendo la cuarta: "cuando sobreviene un acontecimiento imprevisto y que las partes no han podido entrever su eventualidad."

104. dd. En el marco de los siglos XVII a XX

En este epígrafe daremos una idea general de los cambios que sufrió la cláusula "Rebus sic stantibus", tales como: su aplicación se fue restringiendo; los elementos que eran necesarios para su procedencia, entre otros; hasta su total desconocimiento, pero esto no impidió su aplicación práctica en algunos Códigos. Esta codificación respecto de la cláusula "Rebus sic stantibus" hizo que como consecuencia de la Primera Guerra Mundial se reformaran sus principios como "Teoría de la

imprevisión" con autonomía e independencia propia (**infra**, 131.D.)

105. aaa. La doctrina y la jurisprudencia italiana

Más tarde en el siglo XVII la doctrina y la jurisprudencia italiana, principalmente MANTICA y el Cardenal de LUCA, completan la teoría estableciendo dos principios que expone magistralmente BRUZÍN, a saber: 1o. Por su naturaleza, la cuestión de la imprevisión sólo puede tener aplicación en los contratos a término o de prestaciones diferidas o sucesivas; 2o. Debe limitarse a aquellos casos en que la ejecución plena suponga un perjuicio tal que constituya una flagrante injusticia.

106. bbb. En el Derecho natural racionalista

Posteriormente, GROTIUS en su "De jure belliac pacis", hablando de la manera de explicar el sentido de una promesa de contratar, recuerda el pasaje de CICERÓN y SÉNECA. En este autor, la teoría no está sistematizada, como lo revela también cuando se contesta negativamente a la pregunta de si las promesas encierran en sí la cláusula "Rebus sic stantibus", aunque a continuación admita algunas excepciones.

PUFFENDORF, en su "De jure naturae et gentium" también muestra desconfianza en extender el campo de la aplicación de la teoría. Cita a GROCIO y en él dice que la promesa no debe entenderse en principio con la cláusula sobrentendida "Rebus sic stantibus" porque es odiosa al anular el

acto jurídico.

107. ccc. Decadencia de la doctrina de la imprevisión

A finales del siglo XVIII y principios del XIX se produce una reacción contra la aplicación de esta cláusula, considerándose por algunos autores que se ha abusado de la misma y que no debe ser utilizada más que cuando el cambio de las circunstancias afecta a una cláusula esencial del contrato, o cuando ésta era la intención de las partes contratantes. Otros autores no se ocupan de la cláusula en cuestión. Pero a pesar de lo anterior, se hicieron aplicaciones prácticas de la misma en tres códigos, los cuales fueron:

I. El "Codex Maximilianeus Bavaricus Civiles" que en su artículo 12, del título VI, capítulo 15, hacia depender la aplicación de la doctrina de la cláusula "Rebus si stantibus", de tres requisitos:

- Una alteración de las circunstancias que no proviniese de mora, hecho o culpa del deudor;
- Que no fuese fácilmente previsible;
- De tal manera que ocurriese, que según la opinión desinteresada y honesta de una persona inteligente, el deudor no hubiera consentido en obligarse.

II. El Código General para los Estados Prusianos del año de 1791 o "Landrecht Prusiano", que recoge expresamente

la noción de la cláusula "Rebus sic stantibus" en su artículo 378 el cual disponía: "Si por algún cambio imprevisto resulta imposible alcanzar el fin que se han propuesto ambas partes expresamente declarado, o que resulta de la naturaleza del negocio, puede cada una de ellas desistir de aquella parte del negocio que todavía no se haya cumplido."

III. Código Civil Austríaco promulgado en 1810. Este Código, se ha de considerar anterior al C. Civ. fra. de 1804, no obstante de haberse promulgado seis años después; porque los trabajos preliminares se prolongarón durante más de medio siglo, remontándose su origen a la institución de María Teresa en el año de 1753, por una comisión compiladora. En el año de 1786, apareció una parte que se refería a personas y que entró en vigor en el año de 1787, conocido con el nombre de Código Josefínico. En su artículo 936, que se refiere a la promesa de contrato, se reconoce la cuestión planeada por la alteración de las circunstancias.

Después de las reglamentaciones anteriores, las legislaciones posteriores ya no se ocuparon de la cláusula, interrumpiéndose el desarrollo de la teoría. Así en Francia los juristas de los siglos XVII y XVIII, entre los cuales se encuentran DOMAT y POTHIER que tanto influyerón en los redactores del C. Civ. fra. no se ocuparon de la repetida cláusula "Rebus sic stantibus", y este principio se olvidó por los códigos

francés, italiano y español, y aún por la doctrina científica.

108. ddd. La teoría moderna de la imprevisión

Los principios de individualismo y liberalismo, emanados de la Revolución francesa chocaban con la cláusula "Rebus sic stantubis", toda vez que si el contrato se celebra en un plano de igualdad no puede haber injusticia. Fue entonces necesaria una guerra (1914-1918) para que por las consecuencias que acarreó se retomará y renaciera la "Teoría de la imprevisión", aplicándose por los tribunales de los bandos beligerantes.

Así la teoría de la "cláusula" abandonada en un tiempo, vuelve a ser utilizada, ya no se trata de una sóla cláusula, sino de un verdadero principio objetivo, utilizándose en favor de la revisión contractual en caso de que circunstancias ajenas a las partes modifiquen fundamentalmente el contrato en su cumplimiento.

109. B. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DENTRO DEL CAMPO DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Cuestión importante y trascendental en el proceso explicativo de este trabajo lo es el principio de la autonomía de la voluntad. El cual lo podemos entender como la autoridad que tienen los individuos para regular sus derechos y obligaciones

mediante el ejercicio de su libre arbitrio.

Esta concepción de la doctrina de la autonomía de la voluntad se inició en las postrimerias del Derecho romano, pero alcanzó mucha mayor fuerza dentro del Derecho canónico, el cual siempre pretendió hacer que se respetara la palabra empeñada, independientemente de la forma en que la voluntad fuera expresada.

Generalmente se expresa la noción de la libertad individual por el adagio "es permitido todo aquello que no está prohibido", en este sentido se consideraba que debía dejarse que los particulares celebraran toda clase de convenciones considerando que su voluntad es soberana y que se encuentran los sujetos colocados en un plan de igualdad. Este principio se ha estimado desde la aparición del Derecho Civil codificado como de importancia capital, atribuyéndosele consecuencias amplísimas. A estos efectos, PLANIOL(135) señala lo siguiente:

"Primero. Los individuos son libres tanto para celebrar contratos como para no obligarse.

Segundo. Son asimismo libres para discutir en plan de igualdad las condiciones de los contratos, determinando su contenido, su objeto, con la única restricción del respeto al

(135) PLANIOL, **op. cit.** nota (88), t. VI, vol. I. p. 25.

orden público. Con tal carácter pueden combinar bajo formas nuevas los tipos de contratos ya previstos por la ley y también inventar otros enteramente nuevos.

Tercero. Pueden escoger libremente, entre las legislaciones de los diversos estados, la que desean hacer competente para regular la relación de derecho privado voluntariamente establecida por ellos y aún desechar la aplicación de toda ley, con carácter supletorio, y referirse a reglas tipo.

Cuarto. A la misma regla se refiere la libertad de la manifestación o declaración de voluntad. En principio ninguna forma ritual se impone para la manifestación de la voluntad interna de cada contratante, ni con prueba del acuerdo adoptado. La voluntad tácita es tan eficaz como la expresa; las solemnidades son excepcionales.

Quinto. En fin, los efectos de las obligaciones contractuales son los queridos por las partes. En caso de litigio con respecto a su alcance, la misión del juez será interpretar, descubrir directamente o por inducción, la intención de las partes, sin imponer su voluntad. El poder público ha de cuidar que se respete la convención como si se tratara de una ley."

Habíamos comentado (**supra**, 7.c.) que el ordenamiento jurídico reconoce la función de la autonomía de la

voluntad, para que los individuos en sus relaciones puedan crear, transmitir, conservar, modificar o extinguir derechos, pero siempre ajustándose a las normas del Derecho establecidas por ese orden jurídico.

Esta autonomía de la voluntad configura también una autodeterminación y una autovinculación entre las partes contratantes. En la autonomía creadora de normas jurídicas reconoce el ordenamiento jurídico una verdadera y propia fuente de derecho objetivo, mientras que en la autonomía de la voluntad creadora de relaciones jurídicas, el orden jurídico se limita a reconocer a los particulares la facultad de dar vida a situaciones aptas para engendrar vínculos entre ellos.

Este reconocimiento de el orden jurídico del campo de desplazamiento de la autonomía de la voluntad, ciertamente depende de la actitud observada por el Estado a este respecto. Así, FLORES-BARRUETA(136) a podido decir: "La autonomía de la voluntad ha tenido y tiene una mayor o menor preponderancia según el sistema jurídico de que se trate; en último término según el papel que desempeñe el individuo en el estado político correspondiente: si se trata de un régimen individualista, la autonomía de la voluntad tendrá su máxima expresión. Pero si se trata de un régimen político-jurídico en el que el individuo ya

(136) FLORES-BARRUETA, op. cit. nota (32), p. 80.

no es considerado en sí, sino como miembro de un grupo social, la facultad liberal del individuo estará supeditada al interés del grupo; entonces la autonomía de la voluntad se encontrará restringida. Entre estas dos posiciones, individualista y colectivista, caben una serie de sistemas jurídico-político en que el individuo y la colectividad se encuentran en equivalencia."

Aún cuando el apogeo del principio de la autonomía de la voluntad lo tuvo en el siglo XIX, ha venido una reacción por parte de las teorías sociales que ejercen una influencia determinante sobre cuestiones jurídicas, y así esta influencia se puede traducir en que se le concede mayor importancia a los intereses colectivos que a los particulares, un cierto renacimiento al formalismo ; y por último, un desarrollo más considerable de las leyes imperativas de orden público, que restringen de alguna manera la libertad de contratación. De esta manera el Estado trata de hacer reinar más justicia social en las en las relaciones entre el débil y el fuerte. Bajo esta influencia fue redactado nuestro actual ordenamiento civil, que respecto al tema en cuestión, la exposición de motivos del C. Civ. 28 expresa: "La necesidad de cuidar de la mejor distribución de la riqueza; la protección que merecen los débiles y los ignorantes en sus relaciones con los fuertes y los ilustrados; la desenfrenada competencia originada por la introducción del maquinismo y el gigantesco desarrollo de la gran industria que

directamente afecta a la clase obrera, han hecho indispensable que el Estado intervenga para regular las relaciones jurídico-económicas, relegando a segundo término al no ha mucho triunfante principio de que 'la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos'... En nombre de la libertad de contratación han sido inicuamente explotadas las clases humildes... Es preciso socializar el Derecho... Socializar el Derecho significa extender la esfera del derecho del rico al pobre, del propietario al trabajador, del industrial al asalariado, del hombre a la mujer, sin ninguna restricción ni exclusivismo. Pero es preciso que el derecho no constituya un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra."(137)

De acuerdo con estas ideas, BORJA-SORIANO(138) concluye: "Actualmente el principio de la autonomía de la voluntad no ha desaparecido sino que sigue siendo la base del Derecho moderno en materia de contratos, pero esa autonomía está ya considerablemente debilitada, pues cada vez la ley impone mayor número de limitaciones a la libertad contractual, bajo una doble influencia: la dependencia material, cada día más estrecha del individuo con relación al medio en que vive, el sentimiento más claro de que ninguna sociedad puede quedar indiferente a los fines perseguidos por los contratantes y que debe velar por el

(137) GARCÍA-TELLEZ, Ignacio, **MOTIVOS, COLABORACIÓN Y CONCORDANCIAS DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL MEXICANO**, 1932, p. 20.
(138) BORJA-SORIANO, **op. cit.** nota (12), t. I, p. 43.

mantenimiento de cierto grado de justicia, distributiva o conmutativa". Más adelante retomaremos nuevamente estas ideas, al tratar temas como la obligatoriedad de los contratos, la imprevisión en el cumplimiento de los mismos y la libertad de contratar y contractual.

110. a. El Principio "Pacta sunt servanda"

En el mundo jurídico contemporáneo, es de explorado Derecho que todo el Código Civil Napoleónico es base de inspiración de los ordenamientos jurídicos que como el nuestro, siguen su temática. Así, la regla de que los contratos son básicamente obligatorios (PACTA SUNT SERVANDA), es común a todo los régimenes de Derecho, aunque son diferentes sin duda las exigencias que cada uno de ellos establece. En el fondo, el principio "PACTA SUNT SERVANDA" se limita a expresar lo que el concepto de contrato quiere decir, que en el se obligan dos o más personas recíprocamente, cada una frente a la otra, de un determinado modo, por lo que lo convenido debe tener entre ellos vigencia y ser derecho.

Hay que apuntar que los contratos no tienen el lugar de la ley, ni hacen la ley, ni mucho menos son la ley, así con este vigoroso lenguaje es obvio que se afirma la raíz moral de la fuerza obligatoria del contrato. Por lo que se puede decir que el principio fundamental del Derecho, del cual arranca toda regulación, es el respeto recíproco, el reconocimiento de la

dignidad personal de otro.

La idea de contrato es que lo acordado vale porque los contratantes han convenido mediante un acto de autodeterminación que debe ser derecho, porque ellos mismos se han vinculado de este modo. La autovinculación es un principio y mandamiento moral de no defraudar la confianza que se ha suscitado, ya que se hace responsable de lo dicho, con la consecuencia de recibir un reproche, que se puede traducir en el pago de daños y perjuicios. La autodeterminación es una de las capacidades fundamentales del hombre, es decir la posibilidad de celebrar contratos y regular mediante ellos sus relaciones jurídicas con otros.

Es indiscutible que la fuerza obligatoria del contrato se encuentra en la ética moral de cada individuo. En este sentido a podido decir Clemente de DIEGO(139) que: "La cuestión relativa a la fuerza obligatoria del contrato es una cuestión que pertenece a la filosofía. En todos los pueblos y en todas las épocas, han merecido la sanción de los legisladores; los contratos, tienen fuerza de ley entre los contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos. Podrá cambiar el modo de encarnarlo en la realidad, pero el principio es el mismo: la santidad de lo pactado libremente entre las partes, como

(139) **Apud.** por DE PINA, **op. cit.** nota (25), t. III, p. 269.

reconocimiento de la autonomía de la persona y de las exigencias de la convivencia social."

Los filósofos fundan esta obligatoriedad más allá de los sistemas jurídicos positivos, la vinculación contractual surge como una realidad jurídica hincada en la naturaleza del hombre, y el principio "Pacta sunt servanda" ha mantenido tal prestancia, fundado también en una necesidad ineludible de la vida social.

RECASENS-SICHES(140) por su parte establece que en la fundamentación de la obligatoriedad de un contrato, intervienen varios valores que se combinan entre sí, resaltando de entre todos ellos la NORMA ÉTICA de la VERACIDAD, y sin embargo existen otros juicios axiológicos que determinan la razón del deber jurídico, así el incumplimiento de un contrato implicaría el abuso a la buena fe del destinatario de la promesa que constituiría el desconocimiento a la dignidad de la persona.

RUGGIERO(141) después de recordar las posiciones de quienes fundan la obligatoriedad del contrato en el concepto de interés individual; o en la existencia de un pacto social, en cuya virtud cada hombre se compromete frente a los demás a guardar fidelidad a su palabra; o en la idea de la veracidad, en

(140) **Apud.** por DE PINA, **op. cit.** nota (25), t. III, p. 270.
(141) **Apud.** por DE PINA, **op. cit.** nota (25), t. III, p. 272.

atención a la cual obligándose el hombre a ser veraz tal deber le alcanza incluso cuando manifiesta su voluntad de obligarse; o en el pensamiento de quienes la fundan en el principio "NEMINE LAEDERE", por lo que manifiesta que los criterios aludidos no constituyen el verdadero y supremo fundamento de la obligatoriedad, que para él se encuentra en la UNIDAD DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL, que la explica de la siguiente manera: "Las voluntades aisladas de las partes, en el momento en que declaradas coinciden, pierden cada una su propia autonomía, y al fundirse dan lugar a una nueva voluntad (voluntad contractual), que será la que rija, dentro de la esfera preestablecida, las relaciones entre las partes, sin que éstas puedan sustraerse a ellas, porque su contenido se sustrae a la libre voluntad de las partes."

Por su parte y para concluir este tema expresa DE PINA(142) que: "...el simple sentido común basta para llegar a la conclusión de que el contrato debe ser obligatorio, porque un contrato (fuente de obligaciones) que careciese de este carácter sería verdaderamente un contrato absurdo, un no contrato. Desde el punto de vista exclusivamente positivo, es desde luego exacta la fundamentación de la obligatoriedad del contrato que se deriva de aquella disposición inserta en la generalidad de los Códigos, según la cual éste obliga, desde el momento en que se

(142) DE PINA **op. cit.** nota (25), ti. III, p. 272.

perfecciona, al cumplimiento de lo pactado y, además, a las consecuencias que de acuerdo con su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley."

111. b. El principio "Rebus sic stantibus"

La cuestión planteada por la imprevisión presenta el problema de revisar el contrato, para modificarlo, aplazarlo o rescindirlo.

Para dar fundamento a tales hechos se han construido diversas concepciones doctrinales (**supra**, 108.ddd.), que constituyen la moderna teoría de la imprevisión. Las doctrinas existentes tienden al logro de tal finalidad y pueden clasificarse en dos grandes categorías:

I. Las que fundamentan la imprevisión en la voluntad contractual, es decir, ven en la noción de la imprevisión una idea inherente a el acto jurídico y la relacionan con la voluntad contractual; y

II. Las que la separan del acto y le atribuyen fundamentos diversos, tales como la buena fe, la equidad, una manifestación de la moral o en los Principios Generales del Derecho, es decir, una relación extracontractual, cuestiones que se tratarán en seguida.

112. aa. En la relación contractual

El fundamento o la justificación racional de la cláusula que estudiamos es también materia de discrepancia en la doctrina. Unos autores la fundamentan en el elemento subjetivo de la voluntad de los contratantes, que debe interpretarse razonable y equitativamente, en el sentido de que las partes han contado al contratar, con la permanencia del estado de cosas en que se realiza el acto; en tanto otros en el elemento objetivo de las prestaciones y su equivalencia.

113. aaa. En la voluntad de las partes

Los autores que fundamentan la teoría de la cláusula en la voluntad, expresan, que el consentimiento se prestó en circunstancias de hecho determinadas, y cuando por un evento inopinado se ha alterado notablemente la correspondencia del contrato o resulta modificado su cumplimiento, es lícito considerar que las partes si hubieran podido preveer ese diverso estado de hechos, no habrían contratado o lo habrían hecho bajo cláusulas distintas. En este sentido se han elaborado las doctrinas que tratan de encontrar la fundamentación jurídica de la imprevisión, en teorías como la "Presuposición"; la "Voluntad marginal"; o bien, en la "Base de un negocio jurídico", entre otras.

114. aaaa. Teoría de la "Presuposición"

Antes de sancionarse el C. Civ. ale. WINDSCHEID(143) había expuesto bajo el rubro "autolimitación del efecto de los negocios" su conocida teoría de la presuposición. Según WINDSCHEID, la presuposición es una limitación de la voluntad que representa un término medio entre el simple motivo y el motivo elevado a la categoría de condición. Quien desea que un efecto jurídico determinado se produzca sólo dadas ciertas circunstancias, de hecho o de derecho, positivas o negativas, presentes, pasadas o futuras, manifiesta su voluntad "BAJO PRESUPOSICION". Esa presuposición, que se encuentra en el fondo y raíz de la voluntad de ambos contratantes, con que ambos han concordado anticipadamente, sin decirlo y aun sin pensarlo concretamente pues se trata de verdaderas implicaciones latentes en su voluntad, puede manifestarse expresamente, o resultar de los otros términos de la declaración, y aun de las circunstancias que acompañan la emisión de la declaración.

Si falta o falla la circunstancia que es materia u objeto de la presuposición, es decir, presupuesta, o si la presuposición resulta errónea, la subsistencia del efecto jurídico, aunque está formalmente justificada, no tiene

(143) **Apud.** por VILLARINO-ESPINOZA, Alfredo, **LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN, SU FUNDAMENTO JURÍDICO Y LA APLICACIÓN EN EL DERECHO CIVIL**, Tesís, U.N.A.M., 1962, pp. 33-36.

sustancialmente razón de ser; y si en tal situación aquel frente al cual se hizo la declaración ha conocido o podido conocer la presuposición de su contraparte, el negocio debe quedar sin efecto.

Agrega este autor que si la presuposición es ilícita por parte del que recibe, el que da puede invocar la nulidad de la declaración, aunque la presuposición se haya cumplido; si la torpeza es del que da, no puede este alegar la ineficacia del negocio, aunque no se haya cumplido la presuposición; y si hubo torpeza de ambas partes, ni el que recibe puede pedir el cumplimiento del negocio, ni el que da puede oponer su invalidez.

Esta teoría fue combatida sobre todo por parte de LENEL(144) quien explica que: "...sería acabar con la seguridad del comercio jurídico. Los motivos que pueden impulsar a una parte o concluir un negocio para nada influyen de ordinario en la eficacia del negocio que se concluye. El que dude si lo que él da por supuesto responde a la realidad, puede elevar el hecho de que se trate a la categoría de condición; si no lo hace, la otra parte deberá considerar el negocio como puro, y sería a todas luces injusto que una parte pudiése dejar sin efecto un negocio jurídico, invocando creencias que a su hora no se

(144) **Apud.** por BADENES-GASSET, Ramón, **EL RIESGO IMPREVISIBLE**, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1946, pp. 69-70.

cuidó de formular debidamente. Una norma jurídica que tal dispusiése vendría en último resultado a imponer a la otra parte contraria una condición que ella no habría aceptado, quizá, en la mayoría de los casos, de haberse formulado la oferta condicionalmente."

115. bbbb. Teoría de la "Voluntad marginal"

Respecto a la cláusula "Rebus sic stantibus" como problema de la voluntad, observa OSTI(145) que: "La promesa presenta un doble aspecto: voluntad directa de asumir una obligación y voluntad de ejecutar la prestación correspondiente, que exigiendo para ser actuada una voluntaria actividad ulterior queda sólo en estado de determinación. Y llama 'VOLUNTAD MARGINAL' por comodidad de expresión, a ese contenido voluntario de la promesa que no es actuado inmediatamente en la constitución de la obligación. ¿Cuál es el susbtráctum psicológico de esa voluntad marginal? El promitente debe anticipar mentalmente con la mayor aproximación posible la actividad que debe cumplir, valorar el sacrificio de la disminución en libertad en género y de patrimonio en especie que deberá sufrir. Ahora bien, al determinar esta valoración concurren dos órdenes de representaciones: a) dificultad objetiva del promitente, con criterio de valoración que emane de la naturaleza intrínseca de

(145) **Apud.** por BADENES-GASSET, **op. cit.** nota (144), pp. 73-76.

esa misma actividad y, b) reflejo particular de esa dificultad objetiva sobre la economía particular del promitente."

"El quiere obligarse (continúa nuestro autor en cita) a realizar una determinada prestación de tal entidad económica que coincida con su representación. La voluntad que tiene por subtracto psicológico, la representación de esta entidad constituye, precisamente, la 'voluntad marginal' que tiene un contenido que se realizará con la ejecución de la promesa solamente en el caso de que a aquélla representación del promitente corresponda efectivamente la realidad de la prestación. No es relevante psicológicamente la divergencia entre la representación y la realidad cuando ésta es más favorable de lo que había previsto el promitente... hay que partir de la base de que la representación de un determinado efecto concreto, va unido necesaria y lógicamente al acto de voluntad tendiente inmediatamente a la constitución de un vínculo obligatorio, y precisamente esa unión lógica hace necesaria y suficiente la 'EFECTIVA CONSAPEVOLEZA' (conocimiento conciente) de parte del otro contratante, ya que siendo la repetida unión una necesidad lógica y psicológica, se ha de entender implícitamente aceptada."

La objeción que se hace a la teoría de OSTI es que la voluntad marginal viene a confundirse con los motivos internos, que servirían para determinar la voluntad, pero que son ignorados por el Derecho. Tales representaciones psíquicas de

cada uno acerca de los sacrificios o ventajas que sufrirá, no tienen importancia jurídicamente hablando, porque no son sino motivos por lo que el estipulante se decide a contratar.

116. cccc. Teoría de la "Base del negocio"

Comienza OERTMANN(146) con un ejemplo para explicar su teoría que llama "Base del negocio" en los siguientes términos: "Si A tiene un negocio en una población y B tiene el mismo negocio en esa población, puede llegarse a un contrato entre A y B, en virtud del cual A no continuará allí la explotación de su negocio, recibiendo, en cambio, la cantidad periódica que se establezca. Si B deja el negocio, A puede emprenderlo en esa población y B puede dejar de pagar la cantidad convenida en razón de haber cambiando las circunstancias, porque el contrato tenía por fin la supresión de la competencia y ello era la base del negocio. La base de negocio surge porque sucede en ocasiones, que de una manera cognoscible las partes quieren apoyar los efectos del negocio, exclusivamente sobre la base de un hecho determinado no elevado a condición simplemente, por suponerlo ya dado o considerar indudable su cumplimiento futuro."

"Para que se trate de una verdadera 'base del

(146) **Apud.** por VILLARINO-ESPINOZA, **op. cit.** nota (143), pp. 36-43.

negocio' (dice OERTMANN) es preciso que en la estructura externa del negocio jurídico se haga referencia manifiesta a las circunstancias de que se trata, afirmando que la base no es uno de los elementos constitutivos del negocio."

Se critica esta teoría en el sentido de que OERTMANN no ofrece un concepto claro de lo que es la base del negocio, pues únicamente explica lo que ella no es, un motivo, es decir si un persona comunica a otra sus motivos, no por esto se convierten en base de todo el negocio y además que sea decisivo para ambas partes.

Si bien en realidad, la teoría de que tratamos no logra marcar una distinción más o menos clara entre lo que debe entenderse por base del negocio y las simples presuposiciones, tiene el gran mérito de haber logrado que haya sido aceptada por diversos juristas entre los cuales podemos mencionar a LOCHER(147), quien después de aceptar la postura de OERTMANN, estima como base del negocio las circunstancias indispensables para la consecución del fin del negocio con los medios del mismo, o sea, por cuanto parte de la importancia objetiva de las circunstancias como medio para el logro de la finalidad del contrato.

---

(147) **Apud.** por ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martín, **TRATADO DE DERECHO CIVIL,** Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1947, trad. esp. por Pérez-González, Alguer **et all**, t. II, vol. I, p. 210.

LEHMANN(148) por su parte dice que: "...por base del negocio se ha de entender las representaciones de los interesados, al tiempo de la conclusión del contrato, sobre la existencia de ciertas circunstancias básicas para su decisión, en el caso de que estas representanciones no hayan sido conocidas meramente, sino constituídas por ambas partes en base del contrato, como por ejemplo, la igualdad de valor en principio de prestación y contraprestación en los contratos bilaterales (equivalencia), la permanencia aproximada del precio convenido, la posiblidad de responder la provisión de las mercancías y otras circunstancias semejantes... Por consiguiente, para que una circunstancia sea reconocida como base del negocio, es menester un triple requisito: 1o. Que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica de la circusntancia para la conclución del contrato; 2o. Que fuése únicamente la certidumbre respecto a la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motive a la parte, que le atribuía valor, a prescindir de pedir a la otra parte su reconocimiento como condición; 3o. Finalmente, que en el caso que la inseguridad de la circunstancias se hubiese tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretención teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder procediendo de buena fe."

(148) **Apud.** por BADENES-GASSET, **op. cit.** nota (144), p. 80.

117. dddd. Teoría del "Deber de esfuerzo"

El fundamento que da HARTMANN(149) para solucionar el problema que tratamos, descansa en su idea de que el vínculo obligatorio es un estado de tensión, lo cual explica de la siguiente manera: "El contenido del deber jurídico consiste no en la prestación, sino en un DEBER DE ESFUERZO para la consecución del objeto de la prestación, más o menos intenso según los casos. Cuando se ha producido un acontecimiento sobreviniente, la obligación puede cumplirse 'stricti juris' o de buena fe. En este último caso, si el deudor ha realizado el deber de esfuerzo que se le impuso (de buena fe), el incumplimiento no puede serle imputable a pesar de que no se alcance el objeto de la obligación. El contenido intrínseco de la obligación se traduce en un simple deber de esfuerzo y, por tanto, es ilógico fijar la responsabilidad del deudor más allá de la imposibilidad no culpable. El deudor ha cumplido, y todavía el objeto de la obligación no se ha conseguido a causa de un obstáculo que frustró la actividad y el esfuerzo prestado. El deudor cumplió con su deber y, por tanto, está exento de responsabilidad."

Contra esta teoría se objeta que de admitirse en la obligación la no importancia del resultado sino el esfuerzo

(149) **Apud.** por BADENES-GASSET, **op. cit.** nota (144), p. 85.

para actuarlo, habría que afirmar que internamente estaría incumplida si costó al deudor un esfuerzo menor del que se deducía de la obligación.

118. bbb. En el equilibrio de las prestaciones

La doctrinas tomísticas del justo precio se inspiran, en la vieja justicia conmutativa y pueden considerarse procedentes de las teorías que suscintamente a continuación exponen GIORGI(150), KRUCKMANN (151), MAYRY(152) en su orden:

Primero se dice que lo que se presenta en todo caso cuando hay un cambio imprevisto en un contrato a largo plazo es un desequilibrio. Que se puede exigir del juez de acuerdo con los principios de la ley, que a través de razones de equidad y de justicia distributiva, se restablezca el equilibrio de la relación contractual, cortando toda desigualdad entre las partes.

En segundo lugar, que la llamada cláusula "Rebus sic stantibus" no es más que una ficción. No se deben limitar las obligaciones al contratar "Rebus sic stantibus". Para lograr el equilibrio de intereses cuando éstos se rompen por circunstancias no previstas por las partes en el cumplimiento del contrato, éste se logrará reconociendo a la parte lesionada un

(150) **Apud.** por BADENES-GASSET, **op. cit.** nota (144), p. 88.
(151) **Apud.** por BADENES-GASSET, **op. cit.** nota (144), p. 89.
(152) **Apud.** por BADENES-GASSET, **op. cit.** nota (144), p. 91.

derecho de indemnización, y hacer prevalecer así la equivalencia.

Y por último se llega a afirmar que la: "... equivalencia económica de las prestaciones es la base del consentimiento: al contratar las partes han calculado las posibilidades de ganar o de perder, basadas en el estado de cosas existentes, y la equivalencia es así valuada por las partes de acuerdo con sus previsiones realizándose de este modo lo que se llama 'equilibrio provisional'."

Observamos que el principio objetivo de la equivalencia de las prestaciones es insuficiente para fundamentar la imprevisión, ya que éste puede ligarse a otros, como puede serlo la equidad, la buena fe o la justicia distributiva, lo que demuestrá la insuficiencia de este principio.

119. bb. En una situación extracontractual

Una vez analizadas las doctrinas de los autores que buscan el fundamento de la teoría de la imprevisión en la misma relación jurídica, veamos las que contrariamente la fundamentan en elementos extrínsecos, como pueden serlo la moral o la buena fe.

120. aaa. En la moral

El fundamento que encuentran los autores que se refieren a la "Teoría de la imprevisión" como RIPERT y VOIRÍN,

consideran que la idea de la moral debe rechazar el abuso del derecho que lleva a un enriquecimiento sin causa en perjuicio del deudor.

121. aaaa. Teoría de Ripert

Es el principal expositor de los que fundan la "Teoría de la imprevisión" en la moral (153). Estudia el problema de la revisión del contrato bajo el título de la intervención del juez en la ejecución del contrato. En primer lugar afirma que contratar es preveer; todo contrato lleva consigo una idea de seguridad, se contrata para el logro de una seguridad en todo lo que no es trueque al contado, ya que la vida es una continua variación de precios, un oleaje de circunstancias nunca aquietado. Admitir que los contratos puedan ser revisados cuando se presenten situaciones no previstas por las partes, sería restar al contrato su utilidad que consiste en garantizar ciertos derechos contra casos imprevistos.

Cuando la ruptura del equilibrio en el contrato es a consecuencia de situaciones imprevistas o que constituyen una calamidad pública, la revisión de los acuerdos es una verdadera necesidad, para con esto evitar una catástrofe, entonces el legislador deberá dictar leyes en la medida en que eficazmente

(153) **Cfr.** RIPERT, George, **LA REGLE MORALE DANS LES OBLIGATIONS CIVILES**, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 2a. ed., Paris, 1925, **in totum**.

combatan la situación. Y así el principio de la imprevisión descansa indubitablemente en la moral, toda vez que no debe el acreedor usar de sus derechos con excesivo rigor, pues ellos constituirían una suprema injusticia, concluyendo que admite la teoría de la imprevesión, pero sosteniendo que el fundamento no se encuentra en la relación jurídica ya que el principio no surge del contrato, sino se dirige contra él. Observando que el principio debe usarse en casos extremos y que afecten a toda una categoría de deudores, así lo expresa en la página 150 de la obra citada cuando dice: "Si pudiera incorporarse en las leyes positivas una regla formulada en estos o parecidos términos: 'El juez puede decretar la resolución o la revisión del primitivo contrato cuando por consecuencia de circunstancias que no podían preverse, el deudor sufriría un perjuicio considerable y el acreedor obtendría un provecho injusto de un contrato que no se inspiró en un fin de especulación', si se consintiera esta regla u otra equivalente parece que se habría consagrado en la medida de lo posible, la ley moral que prohibe al acreedor enriquecerse a expensas del deudor."

122. bbbb. Teoría de Voirín

Destaca VOIRÍN(154) que la imprevisión es anterior

(154) **Apud.** por REZZONICO, Luis María, **LA FUERZA OBLIGATORÍA DEL CONTRATO Y LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN**, Edit. Perrot, 2a. ed., Buenos Aires, 1954, p: 28.

a la guerra y juega en todos los tiempos y en todas las épocas. La realización estricta de la justicia conmutativa es impracticable en todo su rigor; pero de ahi a negar todo valor jurídico a la moral, hay mucha distancia. Quizá el principal mérito del autor fue distinguir el álea previsible del imprevisible, al buscar una fundamentación intrínseca y remontarse a la intención de las partes, con lo cual demuestra no conformarse con una fundamentación extrínseca. La técnica eliminará el factor psicológico e individual, y la investigación subjetiva de lo previsto e imprevisto se convertirá en la determinación objetiva de lo previsible e imprevisible. Este autor agrega que: "No es paradojal hablar de moralidad a propósito de las cuestiones jurídicas; aunque las disciplinas tengan un dominio de aplicación diferente, la conciencia común moderna afirma que no hay entre ellas antagonismo y tiende a hacer penetrar de más en más la moral en el derecho, de tal modo que la antigua y rígida oposición se atenúa."

123. bbb. En la buena fe

Los que fundamentan el principio de la imprevisión en la buena fe expresan que el legislador no puede prever todos los hechos jurídicos que la vida cotidiana pueden generar; que la buena fe es un principio de seguridad para la aplicación del Derecho en cada situación jurídica en particular; que las normas de Derecho que hacen depender una decisión de las circunstancias

de cada caso concreto son siempre el resultado y el índice del alto grado de perfección y desenvolvimiento del Derecho. Y así se dice que la buena fe es el medio más adecuado para la gradual transformación y progreso del Derecho, para cambiar lo antiguo por lo nuevo, o para eliminar aquello que se esta muriendo. En substancia, la buena fe como la equidad no son más que Derecho todavía amorfo, no explorado y no definido.

Sobre este principio de la buena fe, se han obtenido dos resultados diametralmente distintos: por un lado que se le admite como fundamento de la facultad judicial para revisar el contrato en caso de alteración de las circunstancias; y por el otro, que le niega tal facultad al juez y afirma, por el contrario, la obligatoriedad del contrato en todos sus términos y consecuencias.

Los partidarios de la primera tendencia afirman, que los contratos obligan al cumplimiento de lo pactado, con lo que dicen que la buena fe implica que no se cometa abuso con pretenciones aparentemente fundadas. Los de la segunda orientación arguyen que la buena fe consiste en ejecutar cueste lo que cueste, la obligación libremente contratada.

124. c. Libertad Contractual

Según el principio tradicional del contrato, una vez concluído, debería permanecer incólume, inalterable,

intangible, cualquiera que fueran las circunstancias sobrevinientes a los contratantes o a las prestaciones objeto de los contratos, aunque sean radicalmente diversas a las existentes al contratar y se haya roto el equilibrio contractual primitivo.

Como ya mencionamos en su oportunidad (**supra**, 109.B.), el nuevo concepto social de los derechos tiende a desplazar el individualismo, con lo que constantemente se acentúa una tendencia a admitir que haya circunstancias excepcionales que impidan el cumplimiento de los contratos como el caso de la imprevisión, con lo que no puede mantenerse incólume el dogma de la obligatoriedad de los contratos con prestaciones sucesivas o de ejecución diferida, y tales contratos pueden ser materia de una racional revisión para con ello mantener el equilibrio que debe haber en toda relación jurídica y económica. Esa revisión, sea para llegar a una rescisión, o a una modificación, o para aplazar el cumplimiento del contrato, se funda en la teoría de la imprevisión, que es objeto del presente trabajo, que como bien se ha dicho, se perfila como una causal de inimputabilidad por incumplimiento total o parcial de obligaciones en actos jurídicos, principalmente en los convenios o contratos, sean públicos o privados de cumplimiento diferido o de tracto sucesivo, como consecuencia del cambio de circunstancias sobrevinientes durante su ejecución, que no hacen absolutamente imposible el cumplimiento, sino solamente demasiado oneroso.

Esta revisión contractual puede llevarse a cabo: I. Por el PODER LEGISLATIVO, en virtud de disposiciones de él emanadas y que sean de aplicación general; o bien, II. Por el PODER JUDICIAL, de la interpretación de las leyes en el momento en que el contrato pierda su estabilidad y sea necesaria su intervención.

Es oportuno mencionar antes de entrar a esa revisión contractual que son frecuentes las afirmaciones acerca de la crisis del contrato, por lo que nosotros no estamos de acuerdo con esta afirmación. Para evaluar esto es preciso realizar algunas precisiones. Por lo pronto hay que acortar la noción de crisis. Se dice que tiene un valor más emocional que lógico, porque la usamos al encontrarnos frente a una situación que no quisiéramos, y para aludir a un período penoso pero pasajero, y en el concepto de crisis, además de un elemento de desaprobación hay un elemento de esperanza. En este caso, la expresión crisis la usaremos queriendo significar cambio.

La titulada crisis o decadencia del contrato no es tanto la del ámbito del contrato, es la de la libertad contractual, por lo que tal crisis es la autonomía de la voluntad (y no del contrato), en realidad concierne tanto a reformulaciones de criterios interpretativos de sus alcances como a la fuerte incidencia de un derecho estatutario. Y así hay que considerar, las evidencias de una vigorosa supervivencia del

contrato como fuente obligacional: el surgimiento constante de nuevas figuras contractuales, la ampliación de casos que son subsumidos en la órbita contractual de nuevas figuras jurídicas. Por lo que la posibilidad de elegir entre varias alternativas reconocidas por la ley en materia de contratos, tienen en general dos manifestaciones o expresiones: la LIBERTAD DE CONTRATAR, es decir, para celebrar o no un determinado contrato y para escoger a la persona con la que se va a contratar; y, la LIBERTAD CONTRACTUAL, esto es, tanto para revestir al contrato de la forma que se prefiera, como para modelar el contenido del contrato con las cláusulas que se quieran.

Pero indudablemente que no siempre existe en toda su plenitud o en todos sus grados la libertad de que se trata, y así más que un problema de libertad, es un problema de límites. El dogma de la autonomía de la voluntad puede proclamarse y repetirse a condición de que se subrraye que prácticamente es hoy, como lo fue ayer y lo será mañana, un problema de medida, en cuanto no ataque el orden púbico, leyes prohibitivas o imperativas y las buenas costumbres, (**supra**, 43.bbbb.).

125. aa. Intervención del Poder Legislativo

La revisión de los contratos por el Poder Legislativo se opera generalmente mediante la llamada "LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA" o "DE CONSECUENCIA", dictada con

motivo de algún acontecimiento sobreviniente, derogando los efectos normales de los contratos, en situaciones que creaban una excesiva dificultad y onerosidad a una generalidad de deudores en el cumplimiento de las obligaciones estipuladas a largo plazo.

Las leyes de emergencia han sido de gran trascendencia para la vida nacional de un país, tanto en las relaciones jurídico-privadas como en la contratación administrativa. Así, una de las primeras leyes de emergencia de que se tiene conocimiento, fue la que se aplicó en Francia por el Consejo de Estado, la famosa LEY FAILLOT del 21 de enero de 1918 que estableció que independientemente de las causas de resolución resultantes del Derecho común o de los contratos, los negocios y contratos anteriores al 1o. de agosto de 1914, que comportarán la entrega de mercaderías o artículos u otras prestaciones sucesivas o sólo diferidas, mientras dura la guerra y hasta tres meses después de cesadas las hostilidades, podrían ser rescindidos a pedido de una o cualquiera de las partes, sí se establecía que a causa del estado de guerra la ejecución de las obligaciones de uno de los contratantes comportaría cargas o le causaría un perjuicio cuya importancia excedería en mucho las previsiones que razonablemente pudieron tenerse en el momento del contrato. Esta ley fue completada por otra del 9 de mayo de 1920, que establece que la resolución del contrato se opera de pleno derecho cuando no se ha demandado el cumplimiento dentro del término señalado para ello por la misma ley.

Con el propósito de evitar desproporciones injustas que habrían de producirse de seguir aplicándose las normas del Derecho positivo vigente creado para la normalidad, y allí donde se encuentre un caso no previsto que dé lugar a una injusticia se injerte una oportuna "legislación de emergencia".

Interviene también el Poder Legislativo mediante preceptos y principios permanentes, unos, incorporados en leyes generales o especiales, y otros se encuentran en la naturaleza intrinseca de las cosas, los cuales le sirven al legislador de fundamento para elaborar la norma escrita en la medida de que estas sean formal y materialmente válidas.

El estudio de estas normas entrañaría un examen primero de orden de Derecho Constitucional, para después hacer un análisis somero de los mismos, y obtener así una posible solución al problema planteado por la imprevisión. Cuando un Código no contenga una disposición expresa que resuelva esta cuestión, como sucede con nuestro C. Civ. de 28 [a excepción de algunos ordenamientos civiles locales (**infra**, 163.a.)] o si a través de un procedimiento de integración de las normas puede resolverse la dificultad que se presenta cuando suceden acontecimientos no previstos en el cumplimiento de los contratos de tracto sucesivo o de prestaciones diferidas.

Una vez dicho lo anterior y sin entrar a detalles por no ser este el propósito del presente trabajo, diremos que la

norma fundamental de cualquier ordenamiento jurídico lo constituye su CONSTITUCIÓN, (sea federal o estadual para el caso mexicano) de la cual se desprende la manera en que van a ser emitidas las demás reglas subordinadas que rigan la conducta de los hombres para una mejor convivencia en la sociedad y se logre con esto el bienestar general.

En este orden de ideas es como el C. Civ. ale. dispone en su artículo 157 que: "Los contratos deberán interpretarse como exigen la fidelidad y la buena fe, en atención a la intensión de las partes determinada según la costumbre."

Por su parte el C. Civ. fra. dispone en su artículo 1134 que: "Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquellos que las han hecho. No pueden ser revocados sino por su mutuo consentimiento o por las causas que la ley autorice. Deben ser cumplidas de buena fe." En su artículo 4o. para aclarar la idea se establece que: "El juez que se negare a juzgar, so protexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser acusado como culpable de denegación de justicia."

En tanto en el C. Civ. arg. se sigue la misma técnica de establecer disposiciones permanentes e inmutables, como pueden serlo el artículo 17 que determina: "Los usos y las costumbres no pueden crear derecho sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente." Así

como también el artículo 533 que señala: "Las condiciones deben cumplirse de la manera que las partes verosímilmente quisieron y entendieron que habían de cumplirse."

El C. Civ. esp. también contiene preceptos que tienen un significado de justicia equitativa para las relaciones de los hombres. Así el articulo 7 de este ordenamiento prescribe que: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe." Además en su artículo 1258 se lee: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y al ley."

El C. Civ. ita. remite para solucionar conflictos en las cuales la ley no de solución, a los Principios Generales del Derecho, por lo que en su artículo 12 de disposiciones sobre la Ley en general preceptua: "Al aplicar la ley no se puede atribuir a ella otro sentido que aquel que resulte manifiesto del significado propio de las palabras según la conexión de ellas, y de la intención del legislador. Si una controversia no puede ser decidida por una disposición precisa, se toman en consideración las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso sigue siendo todavía dudoso, se decide según los principios generales de ordenamiento jurídico del Estado."

El C. Civ. cub. remite para solucionar conflictos

como el que ahora nos ocupa a los Principios Generales del Derecho, sin embargo, se pueden observar algunas contradicciones en sus ordenamientos positivos de los cual nos ocuparemos en líneas adelante (**infra**, 145.a.). Sólo basta decir por el momento que el Legislador cubano en su ordenamiento civil establece en su artículo 6° lo siguiente: "El Tribunal que rehusaré fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del Derecho." Al igual que el C. Civ. esp. y el C. Civ. 28, el artículo 1258 del C. Civ. cub. preceptua lo siguiente: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso o a la ley."

El C. Civ. per. puede considerarse como el ordenamiento más moderno de Latinoamérica, pues su nacimiento fue en el año de 1984. El avance jurídico es notorio en diversos artículos, como ejemplo de ello transcribimos los siguientes: "ARTÍCULO II. La ley no ampara el abuso del derecho. El interesado puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitarlo o suprimirlo y, en su caso, la indemización que corresponda.", o bien el "ARTÍCULO VIII. Los jueces no puden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la

ley. En tales casos, deben aplicar los Principios Generales del Derecho y, preferentemente, los que inspiran el Derecho peruano." La cuestión moral en la ciencia jurídica si fue tomada en cuenta por este ordenamiento al disponer: "ARTÍCULO VI. Para ejecutar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral..."

Nuestro actual ordenamiento civil, no es ajeno a este tipo de reglamentación estableciendo en su artículo 1796 que: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley." También hay otro artículo con la misma temática, el 19 que preceptúa: "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica, a falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho."

Obsérvese que en cada uno de los preceptos transcritos, hay indudablemente valores morales en cuestión, es de que hacer notar que éstos son sólo un ejemplo de la intervención permanente del Poder Legislativo para solucionar, el cumplimiento de los contratos celebrados a largo plazo, y que por alguna causa sufrieron los embates de sucesos imprevistos para

las partes cambiando de alguna manera el contrato.

126. bb. Intervención del Poder Judicial

La revisión de los contratos por el Poder Judicial se efectúa aplicando la "Teoría de la imprevisión", cuyo significado etimológico se traduce a: **rebus**, (las cosas); **sic**, (así); **statibus** (estando o permaneciendo); es decir, subsistiendo la misma situación o estado de cosas, no cambiando las condiciones o circunstancias en que se contrató originalmente.

Se entiende que tal cláusula de incumplimiento en caso de cambiar las circunstancias, está implícita, sobreentendida, ínsita en todo contrato, **EX NUNC** (que opera o produce efectos desde ahora para el futuro, no retroactivamente), y no **EX TUNC** (desde entonces). En otros términos: se considera que se celebra el contrato en la inteligencia de que subsistirán las mismas circunstancias durante su vigencia y que cuando ello no ocurre, cuando sobrevienen circunstancias excepcionales e imprevisibles, los jueces pueden revisarlos, aplicando esa estipulación tácita o sobreentendida.

Esta facultad revisora debe que tener fundamento en la propia ley, ahora bien, difícilmente se encontrará porque generalmente como hemos visto, los ordenamientos privados (sean civiles o mercantiles) contienen disposiciones que podemos decir son de Derecho Natural y como consecuencia de un Derecho

razonable. Situación que no se presentá en el Derecho público ya que cuando está en juego el interés general, el Estado tiene la facultad de imponer su voluntad unilateralmente en los contratos que haya celebrado, para revisarlos con el objeto de modificarlos, rescindirlos o aplazarlos, porque en sus leyes (Adquisiciones y Obras Públicas en el caso del Derecho mexicano), si está reglamentada la "Teoría de la imprevisión" [como antecedente HECHOS DEL PRINCIPE (**supra**, 203.d.)].

Se han elaborado por otra parte mecanismos que pueden ayudar al juzgador a resolver el problema de la imprevisión, estos pueden ser principalmente el "standard" jurídico, o la teoría de los órdenes concretos, entre otros; que a continuación se detallan.

127. aaa. El "standard" jurídico

La insuficiencia de la ley es bien conocida, ya que esta incapacidad de la norma jurídica de prevenir todos los casos que una institución puede regular se concreta precisamente en las llamadas lagunas de la ley (es pertinente hacer notar que las lagunas que pueda presentar la ley al regular instituciones en particular, no se manifiestan en los Derechos Penal y Tributario, toda vez que éstes ordenamientos se suelen regir por las expresiones "no hay delito sin ley, ni pena sin ley", (NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE); y el de "no hay tributo sin ley" (NULLUM TRIBUTUN SINE LEGE), de donde se llega a la conclución de

que si en la ley hay lagunas, en el Derecho no puede haberlas. Cuando un hecho no está previsto, siempre es posible resolverlo por aplicación de una regla de Derecho (155).

Ante una situación de esta naturaleza ¿que procedimiento supletorios utilizar? La analogía, la integración del Derecho o los Principios Generales del mismo, pueden ser considerados por los diversos ordenamientos que los acepten como normas rígidas, similares quizás a la ley, sin embargo este tipo de normas es unas veces impotente y su aplicación discrecional puede estimarse de peligrosa. En este sentido la universalidad del fenómeno de la imprevisión ha ocasionado que en todas partes se busquen fórmulas más o menos acertadas.

BADENES-GASSET(156) considera al "STANDARD": "...como un correctivo y complemento o suplemento de la norma jurídica que pretende resolver el conflicto que se suscita entre la necesidad de asegurar y estabilizar las relaciones jurídicas y la de adaptar el derecho a las condiciones sociales en cambio continuo."

---

(155) Se entiende por **REGLAS DEL DERECHO**: "Ciertos axiomas ó principios que en breves y generales palabras demuestran luego la cosa de que hablen, y tiene fuerza de ley en los casos que no están decididos por alguna ley contraria", LOZANO, Antonio de J., **DICCIONARÍO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA MEXICANA**, Edit. Orlando Cárdenas, Irapuato 1992, p. 1049; con esta misma témática VILLORO-TORANZO, **op. cit.** nota (7), p. 313.

(156) BADENES-GASSET, **op. cit.** nota (144), p. 49.

El "standard" jurídico tuvo su origen en la jurisprudencia inglesa que creó junto a la norma de Derecho, un sistema que guiara al juez en la administración del Derecho, un campo más libre para apreciar lo que en cada uno era de justicia en relación con las necesidades sociales.

La doctrina ha definido el "STANDARD" como el procedimiento que prescribe al juez a tomar en consideración el tipo medio de conducta social para determinada categoría de actos que trata de juzgar, es decir una medida de conducta social correcta.

Ahora bien, entre la norma jurídica y el "standard" corren diferencias que afectan a su naturaleza, a su funcionamiento y al campo de su aplicación. Caracterízarce la norma jurídica por su fijeza, tanto por lo que hace a los casos previstos como en lo que se refiere a las soluciones que en cada una procede. Junto a la norma se encuentra el principio, que se obtiene de una diversidad de reglas lógicamente relacionadas entre sí, consistente en una abstracción para una construcción basada en los datos que el propio Derecho ofrece, permitiendo solucionar aquellos casos en los cuales no se encuentra una hipótesis directa en el texto escueto de la ley.

Sobre la norma y sobre el principio se encuentra al "standard", sustituyendo la rigidez de la norma, permitiendo al juez adaptar esta medida a cada caso particular. A su vez

"standard" y principio se diferencían en que el "standard" no aspira a generalizar, no busca un principio de aplicación múltiple, sino que señala la dirección, el camino, la conducta que en justicia se debe observar, atendiendo a las circunstancias del momento y de cada caso.

BADENES-GASSET(157) explicá que: "La aplicación del 'standard' es empírica y conduce a una justicia individualizada; escapa a toda aplicación mecánica, y se basa, no sobre procedimientos lógicos y razonamientos subjetivos, sino sobre la intuición y la experiencia, sobre el conocimiento objetivo de los múltiples aspectos de la vida, fijando los diversos intereses en presencia. La función del juez es la de un perito y las concepciones puras y abstracciones lógicas están aquí de más. Mientras la norma y el principio deben utilizarse siempre que la necesidad de asegurar las relaciones jurídicas predomine sobre todo otro motivo, el 'standard' logra como ámbito apropiado aquella esfera del Derecho en que la necesidad de adaptabilidad predomine sobre la tendencia a la seguridad, como sucede en la actividad económica. Aparece la necesidad del 'standard' siempre que se trate de armonizar dos principios rígidos y antagónicos."

Observese que el "standard" es un medio que sirve

(157) **Ibid.**, p. 52.

para solucionar problemas que como el de la imprevisión, se presentan en sistemas jurídicos que no contienen dentro de sus ordenamientos una norma específica que ayude a solucionar el conflicto, basándose el juzgador no en la integración de las normas que el propio Código contenga, ni en principios basados en la naturaleza intrinseca de las cosas, sino sobre hechos externos y que objetivamente observados como serían cumplidas las obligaciones contraídas en los contratos a largo plazo que hayan cambiado por causas imprevistas por personas racionales, abandonando el criterio de remontarse a la voluntad interna.

128. bbb. Teoría de los "Órdenes concretos"

En relación con los "standards" y por su significación realista, debemos mencionar aquí la doctrina alemana del "ORDEN Y FORMA CONCRETOS", posición científica que contrariamente al normativismo abstracto, afirma que en el Derecho como creación del espíritu nacional, es a un tiempo "IDEA Y REALIDAD".

Esto no debe entenderse en el sentido de que ambos momentos sean susceptibles de ser separados entre sí o de que sólo ulteriormente en el concepto del Derecho se ven unidos. La IDEA no ha de ser comprendida aquí como un principio abstracto o incluso, como una mera representación, sino como la potencia creadora de un espíritu nacional vivo; y la REALIDAD, a su vez, no como una existencia externa, sino como la manifestación de la

idea como concreción.

Dentro de la teoría alemana del Derecho político, SCHMITT(158) halla la esencia de la soberanía en un poder decisorio no delimitable por normas, sólo mediante decisiones concretas que llevan en sí mismas su fuerza de validez es como se plasma en validez jurídica concreta la idea de Derecho que en su pureza nunca alcanza realidad.

Este viraje hacia el realismo político desembocó en un estilo mental que SCHIMITT denomina "pensamiento de un orden y forma concretos". Este orden no es un orden suprahistóricamente dado, sino un orden que se desarrolla y al par se acepta históricamente y que es, al mismo tiempo, vivido y configurado.

129. ccc. El amparo judicial para la revisión de los contratos

Respecto a este mecanismo, la posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión está en intima conexión con el debatido problema de las facultades o el arbitrio judicial, cuyo estudio concreto escapa obviamente a la índole de este trabajo; sin embargo con respecto a esta materia, no podemos dejar de mencionar a la figura que la técnica alemana denominada "VERTRAGSHILFE DES RIGHTERS" (Decreto de auxilio

(158) **Apud.** por BADENES-GASSET, **op. cit.** nota (144), pp. 53-54.

contractual). La disposición fundamental de esta materia es la "Verordnung über die Vertragshilfe des Richters aus Anlass des Krieges o Vertragshilfe verordnung" (Decreto sobre la ayuda contractual de los jueces con motivo de las guerras o Decreto de auxilio contractual) del 30 de noviembre de 1939. Hemos de advertir que esta Ordenanza surge por la situación de la guerra, y sus disposiciones están en relación a la misión del juez y respecto a las facultades que se le otorgan, rebasando la órbita tradicional de pasividad del principio dispositivo que encierra a los tribunales. Lo que convierte al juzgador en órgano estatal y eminentemente activo de una noble tarea de compensación de intereses, orientado por los dictados supremos de la conveniencia nacional; es decir, protege y defiende al débil, al perjudicado por los azares de la guerra, pero no puede olvidar nunca que el norte de su labor lo fija el interés económico de la Comunidad. Afirma PÉREZ-SERRANO(159) en este sentido: "Acaso el amparo judicial nacido como mediación de urgencia o remedio de fortuna en momentos azarosos de morbosa agitación contractual,venga a ser presagio de una estructura ulterior que, sedimenta y desencanta, privada de excrecencias patológicas propias del instante en que se engendra, ofrezca una fórmula nueva y más justa para los tiempos de paz en ese mismo mundo de la contratación."

(159) PÉREZ-SERRANO, **op. cit.** nota (147), t. I, vol. I, p. 120.

130. C. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Para la comprensión de este epígrafe debemos partir sobre la enunciación de criterios que soportan a los requisitos de dicha teoría, así debe reconocerse la justicia del principio de la imprevisión; debe subordinarse su aplicación a la concurrencia de determinadas circunstancias; para lograr actuar desde luego con suma prudencia, limitando esa aplicación aún cuando esten reunidas las condiciones necesarias para su utilización. Con estos criterios, la doctrina preconiza el funcionamiento de la "Teoría de la imprevisión" exigiendo varios requisitos, que a continuación se detallan.

PRIMERO.- **IMPREVISIBILIDAD.** Consistente en un hecho, suceso o acontecimiento extraordinario y repentino, es una condición de lo que escapa a la previsión humana habitual.

Desde luego si estaba previsto o era previsible, según lo normal y ordinario de la vida, se entiende que el deudor contrató asumiendo el riesgo, a sabiendas de la posibilidad de que ocurriera el evento oneroso para él.

La imprevisibilidad debe referirse a los efectos que en el contrato produce el hecho generador del cambio ambiental que hace excesivamente onerosa la prestación. En efecto, se puede prever ese hecho productor, pero no los efectos

que en el contrato lleva aparejado el mismo. Por ejemplo, se puede prever una guerra, pero no las consecuencias que ese conflicto bélico va a acarrear, de manera que la imprevisibilidad recae en los efectos del hecho y no en le hecho mismo. Se trata en todo caso de una cuestión de hecho, dependiente de las condiciones que se den en cada caso (**infra**, tercer requisito).

Con ayuda doctrinal y sobre el eje de su concepto DE PINA (160) define la imprevisión como: "La circunstancia o conjunto de circunstancias que en un caso o momento dados libera en forma total o parcial del cumplimiento de un contrato."

SEGUNDO.- **GRAVEDAD** o **IMPORTANCIA**. El evento imprevisible se traduce a que de haberlo previsto el deudor no se hubiera obligado, o lo hubiera hecho en forma muy distinta. No es bastante cualquier acontecimiento imprevisto para alterar la obligación del deudor; debe hacer tan difícil pero no imposible el cumplimiento de su obligación. En otras palabras, es menester que como efecto de este hecho inimputable, el cumplimiento de alguna de las prestaciones convenidas en el contrato resulte excesivamente gravoso, notoriamente desmesurado en relación con lo estipulado originariamente, que entrañe un gran desequilibrio entre las prestaciones recíprocas originarias.

TERCERO.- **CONMOCION GENERAL**. Estimándose en esta

(160) DE PINA, **op. cit.** nota (25), t. III, p. 273.

que el hecho imprevisible tiene que afectar, por lo menos a una categoría de deudores.

Si bien el cambio de las circunstancias ambientales se produce por una conmoción general, tales como una guerra, un ciclón, un terremoto o una fuerte crisis económica, etc., por lo que no creemos que tenga que existir un gran número de deudores afectados para la aplicación de la teoría. El evento que produce el cambio de las circunstancias es el general, pero de dicho evento se pueden producir consecuencias que afecten a múltiples categorías y tipos de deudores, por lo que las situaciones simplemente individuales no cuentan y así, según un ejemplo tradicional, un actor no podría invocar la muerte inesperada de su esposa o su hijo para excusar su inasistencia y actuación en la función teatral de un día determinado.

CUARTO.- **EXCESIVA ONEROSIDAD**. Consideráse a este elemento como el principal motivo o causa de la teoría. Ahora bien, ¿qué debemos entender por "excesiva onerosidad"?

En toda relación contractual que no quede consumada de presente, siempre existe un alea para ambas partes, ya sea un factor ajeno a sus respectivas voluntades que va a determinar el mayor o menor éxito que se va a obtener del contrato, o la mayor o menor dificultad que se va a experimentar para su cumplimiento. Cuando esa dificultad sobrepasa los límites normales por causas ajenas al contratante, es cuándo se produce

la excesiva onerosidad. El problema estriba en determinar cuando se sobrepasan esos límites normales para caer dentro del ámbito de la teoría en términos generales. Es conveniente establecer que no consideramos dentro de ésta temática queden incluidos los contratos aleatorios (**infra**, 139.b.).

Para que se produzca la excesiva onerosidad, es necesario que el deudor para cumplir, sufra un verdadero quebranto económico derivado de la relación contractual y, no una mera frustración de ganancia. Por ejemplo, si un vendedor se compromete a entregar cualquier mercancía por determinado tiempo a un comprador y, la mercancía después de perfeccionado el contrato sube de precio, entonces el vendedor podrá pedir la rescisión o la modificación del mismo, según las consecuencias que se le quieran dar a la teoría. Claro está, que si el deudor tenía la mercancía adquirida antes de la subida de precios, no puede alegar que con el cumplimiento dejara de ganar en vista del alza.

QUINTO.- **EXTRAÑO A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.** Es manifiesto que si el hecho se produce por la voluntad directa o indirecta de las partes, éstas no pueden exonerarse del cumplimiento, basándose en la cláusula "Rebus sic stantibus", toda vez que caerían en el campo de la culpa.

Es decir, que tal acontecimiento debe ser independiente de la voluntad de las partes contratantes, y por

ende, no ser personal o estar dentro de la esfera de influencia de la parte perjudicada. O bien, repercutió en el contrato, porque la parte perjudicada se encontraba al producirse el mismo, en **mora solvendi** o **accipiendi**, o bien, porque formaba parte del riesgo asumido en el contrato.

SEXTO.- **LA PETICION DE LA PARTE INTERESADA.** La intervención judicial no es de oficio en este caso, toda vez que para que pueda ponerse en práctica la teoría de la imprevisión es necesario que la parte que se perjudica con el cumplimiento del contrato en el cual las condiciones han cambiado, sea la que solicite la intervención del juez para remediar el mal.

El juez es el que debe declarar cuál va a ser la solución más adecuada, toda vez que las soluciones que se den no operen **"ipso jure"** entre las partes.

Por otro lado, el silencio, la aceptación de la contraprestación o la ejecución de la prestación, son presunciones **juris tantum** de que existe la voluntad de no invocar la protección judicial a través de la teoría de la imprevisión. Sobre esta acción para hacer operar la "teoría de la imprevisión" la doctrina está de acuerdo en afirmar que no es prescriptible, por las siguientes razones: si la situación que altera el contrato es permanente, se estará reproduciendo continuamente el derecho del afectado a pedir la intervención judicial; o si la situación irregular desaparece entonces aquella parte ya no

tendrá nada que alegar.

131. D. LA IMPREVISIÓN COMO INSTITUCIÓN AUTÓNOMA DE OTRAS CATEGORÍAS JURÍDICAS

No es posible confundir este instituto específico de la imprevisión, por ser una noción autónoma e independiente, de otras figuras jurídicas del Derecho Civil, ya que presenta caracteres propios. En este sentido esta autonomía la debemos entender como la calificación que corresponde a las instituciones jurídicas conforme a los conceptos utilizados por determinado sistema normativo. Así presentamos algunas para ilustrar la autonomía citada.

132. a. La lesión

Entendida como el vicio que resulta en un contrato conmutativo por la existencia en él de una desproporción inequitativa entre las prestaciones recíprocas de las partes, susceptibles de causar a una de ellas un daño, por lo que a esta situación objetiva, consistente en la desproporción de las prestaciones, se le hace acompañar de una situación subjetiva consistente en una debilidad personal del perjudicado, tales como la miseria, la ignorancia, la inexperiencia o un estado de necesidad.

El C. Civ. 28 consagra a la lesión como un vicio

objetivo-subjetivo con la salvedad apuntada, (**supra**, 36.ccc.) en su artículo 17.

La lesión como puede observarse es una figura jurídica muy similar a la imprevisión, sobre todo si se considera que ambas procuran una reducción equitativa de las prestaciones de acuerdo a la equidad. Pero mientras que en la lesión ese desequilibrio de las prestaciones existe inicialmente al contratar y afecta al contrato desde su celebración; la imprevisión es posterior a la celebración del contrato, surgiendo durante su ejecución, sin que las partes hayan intervenido en ese hecho. Debido a esto es que no pueden ser confundidas ambas figuras.

133. b. El error

Entendido como una noción falsa de la realidad. Aquí el error versa sobre hechos existentes al contratar y es un vicio del consentimiento que afecta el contrato en el momento mismo de nacer, es decir es contemporáneo del contrato; mientras que la imprevisión supone un consentimiento libre de vicios y se relaciona con un hecho posterior al contrato, actúa sobre el porvenir.

Además, el error produce la nulidad del contrato, mientras que la imprevisión no tiene ese efecto, según las circunstancias de cada caso (**supra**, 53.).

134. c. El Enriquecimiento sin causa

Consagrado en el artículo 1882 del C. Civ. 28, al disponer: "El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indenmizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido."

Se señalan como elementos del enriquecimiento ilegítimo: 1o. Enriquecimiento de una persona; 2o. Empobrecimiento de la otra persona; 3o. Una relación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento; 4o. Ausencia de una causa (entendiéndose por causa, que no tenga su fuente en la Ley o en un contrato).

BONNECASE(161) considera que el enriquecimiento sin causa tiene dos elementos constitutivos, uno de hecho y otro de derecho. El de hecho consiste en el desplazamiento de un valor en favor de un patrimonio, perteneciente a otro patrimonio. El elemento de derecho lo constituye la no justificación de tal pérdida o desplazamiento de valor. Pero ambos elementos constituyen un todo indivisible.

Por lo anterior no puede el enriquecimiento ilegítimo asimilarse a la imprevisión, pues falta en aquél la justa causa a que nos hemos referido, que si existe en ésta,

(161) BONNECASE, **op. cit.** nota (16), t. II, pp. 315 y ss.

teniendo el enriquecimiento en la imprevisión por así decirlo una causa, que es el contrato celebrado entre las partes.

135. d. El abuso del derecho

Reglamentado por nuestro C. Civ. 28 en su artículo 1912, el cual dispone: "Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho."

Por lo que el ejercicio de los derechos no es absoluto, sino limitado, más allá de esos límites se le ejerce abusivamente, y cuando esto sucede se tiene la intención de causar un daño.

Afirma BONNECASE(162) que el abuso de los derechos puede dividirse en un estado psicológico y en un situación material: "En el primer sentido, el abuso de los derechos se refiere al hecho de una persona de ejercitar, con el sólo fin de perjudicar a otra, y por tanto, sin ningún interés para sí misma, un derecho de que es titular. En su segundo sentido, el abuso de los derechos designa el acto por el cual una persona ocasiona un perjuicio a otra excediéndose de los límites materiales de un derecho que indiscutiblemente le pertenece y que sólo en apariencia reviste un carácter absoluto."

(162) **Id.**, p. 321.

Si bien entre el abuso y la teoría de la imprevisión existen analogías ya que ambos causan un perjuicio, se diferencían en que, en la imprevisión no medía la intención nociva de causar un daño, característica está del abuso del derecho, además, en el abuso del derecho el ejercicio de éstos se refiere a derechos aparentes, mientras que en la imprevisión nada más justo que pedir el cumplimiento de una obligación que ha sido expresamente estipulada.

136. e. La fuerza mayor y el caso fortuito

Con relación a estas figuras jurídicas BORJA SORIANO(163) se expresa de la siguiente manera: "¿Hay diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor? Se ha llamado caso fortuito al acontecimiento de la naturaleza y fuerza mayor al hecho del hombre... Hay que advertir que cualquiera que sea el sentido en que se tomen las expresiones caso fortuito y fuerza mayor sus efectos jurídicos son los mismos."

Por otro lado, constituye quizá el instituto más semejante a la imprevisión que ha dado lugar a la revisión de contratos afectados por sucesos imprevisibles extraordinariamente onerosos para una de las partes.

---

(163) BORJA-SORIANO, **op. cit.** nota (12), t. II, pp. 109-110; en un sentido muy similar VILLORO-TORANZO, **op. cit.** nota (7), pp. 338-341.

Pero su equiparación a la imprevisión no es posible, primero, porque el caso fortuito o fuerza mayor, ocacionan una imposibilidad absoluta y objetiva, en tanto que en la imprevisión sólo hay una agravación en el cumplimiento de la obligación, lo que indica que hay una imposibilidad relativa; segundo, porque la fuerza mayor o caso fortuito, son causa de extinción de las obligaciones, que ya no se pueden ejecutar, mientras que en la imprevisión da lugar a una revisión o modificación de la obligaciones contractuales; por último, el alcance de la imprevisión es más reducido, pues sólo se limita a los contratos. Por su parte, el caso fortuito o fuerza mayor se le ve lo mismo en matería delictuosa que en la contractual, desbordando así el Derecho de las obligaciones.

137. E. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Las consecuencias jurídicas y prácticas de la admisión de la "Teoría de la imprevisión" y de su aplicación a los casos concretos planteados judicialmente, varia necesariamente según las circunstancias de tales casos y la solicitud de parte interesada que puede dar lugar a ciertos efectos, sean radicales como la rescisión o a efectos atenuados, como puede ser una disminución en las prestaciones.

En este mismo orden de ideas, cabe señalar que existen dos tendencias sobre la forma en como funciona la teoría

que nos ocupa, tales son la francesa y la alemana. La primera hace al juez intervenir cuando las partes no se ponen de acuerdo, aplazando el cumplimiento de la obligación ó reduciendo su monto equivalente de conformidad con el criterio seguido por el Consejo de Estado (en los contratos administrativos) y no por la Corte de Casación (en los contratos entre particulares). La tendencia germana, más práctica, generalizando el principio de seguridad jurídica, considera muy peligroso facultar al juez para modificar la cuantía de las obligaciones, ya que con ello se daría lugar a la arbitrariedad judicial, y no entrar en componendas que darían lugar a la incertidumbre jurídica.

138. a. Diverso medios de aplicar la Teoría de la imprevisión

La intervención del Poder Judicial es más clara cuando frente a un acto jurídico gangrenado, es decir cuando se ha producido la circunstancia sobreviniente e imprevisible y la obligación deviene excesivamente oneroso, ¿qué remedios cabe utilizar? Existen diversas posibilidades, una puede ser la resolución, otra puede ser la revisión, o bien, la prórroga, sólo por mencionar algunas de las formas en que puede ser resuelto el conflicto de la imprevisión.

LA **RESOLUCIÓN**, constituye el modo más radical de aplicar la noción de la imprevisión, consiste en anular el acto o contrato de que se trate operando sólo para el futuro, dejando

subsistentes los efectos pasados, en esto se diferencía de la RESCISIÓN, la cual si opera retroactivamente, volviendo las cosa al estado que guardaban antes de celebrarse el contrato.

LA **REVISIÓN**, exige evidentemente la voluntad coincidente de las partes, ya que revisar significa modificar el contrato. Semejante solución parte de la premisa de que ambas partes coinciden en su voluntad de proseguir las relaciones contractuales; pero ésto solo es parcialmente cierto, puesto que cada una de ellas quiera un contrato distinto: una, un contrato primitivo, la otra, un contrato nuevo modificado y revisado. Por lo que toca al juez con el acuerdo de los contratantes el revisar el contrato.

LA **SUSPENCIÓN** o **PRÓRROGA**, el tiermpo muchas veces basta por si sólo para normalizar la situación y de ahí la adopción de este remedio provisional. La facultad del juez de conceder un dilación al deudor cuenta con un antiguo abolengo. La introdujo el Derecho canónico, en matería de arrendamiento y fue después extendida a toda clase de obligaciones a fin de moderar la rigurosa regla del **"dies interpellat pro homine"** (las obligaciones a término llegado esté, se incurre en mora).

Un último recurso de entre los tres que acabamos de enumerar es que los tres admiten en todo caso una **indemnización** compensatoria.

139. b. Contratos a los que es aplicable la imprevisión

Con referencia a los efectos de la imprevisión está lo tocante a que contratos es aplicable. Con todo y tener ya un fundamento, la "Teoría de la imprevisión" en los contratos no debe producir alarma o desconcierto, pues no es a todos los contratos a los que debe aplicarse, sino a muy reducido número de ellos.

La imprevisión de los contratos como hemos visto (**supra**, 138.a.) trata de resolverlos, revisarlos o prórrogarlos, cuando circunstancias futuras provocan cambios en las condiciones en que fue celebredo, debe referirse forzosamente a obligaciones para las cuales se fijo como fecha de su ejecución una posterior a la de su celebreción. En este sentido quedan incluidos los contratos de TRACTO-SECESIVO, celebrados a largo plazo, como pueden ser los contratos de suministro, entregas periódicas de mercancias, de obras públicas, contratos de arrendamiento a largo plazo, mutuos con interés también a largo plazo. En este sentido solamente podría aplicarse a contratos que produjecen prestaciones futuras, ya sea que éstas consistiesen en una sola prestación o prestraciones periódicas, pues si el contrato es de cumplimiento inmediato y al celebrarse se hubiese cometido una injusticia notaria para una de las partes, entonces debería considerársele incluido dentro de la teoría de la lesión, o de un enriquecimiento sin causa, u otros vicios o acciones.

Los contratos aleatorios por su parte deben quedar excluidos de la "Teoría de la imprevisión", puesto que el elemento de riesgo o azar se ha tenido en consideración al celebrar el contrato si las partes contratantes en el caso especial del contrato aleatorio han sujetado el cumplimiento de su contrato a ese azar, es decir, a las variaciones que pudieren sufrirse, debieron haber sido previstas por las mismas partes. El elemento "alea", ha sido tomado en consideración por los contratantes, por lo que no existe, razón de ninguna para que en un momento dado sostengan, para justificar el incumplimiento de su obligación, que las condiciones y circunstancias han cambiado notoriamente. (164)

Para que pueda apliacrse la imprevisión, será necesario que las modificaciones ocurridas implique una alteración a tal grado exagerada, que excedan en mucho a las previsiones que cualquier contratante normalmente previsor pudo haber tenido, por lo tanto, se referirá exclusivamente a aquellas obligaciones en la que se ha fijado, para su cumplimiento, una fecha posterior a la celebración, de modo que entre la celebración del contrato y su cumplimiento medie un período de tiempo, suficiente para permitir que los cambios provoque alteraciones notoriamente radicales.

---

(164) En un sentido opuesto ROCHA DÍAZ, Salvador, **LOS CONTRATOS ALEATORIOS**, México, 1969, **in totum**, que considera que los contratos aleatorios son suceptibles de revisión cuando se rompe el "alea" normal y se sobrepasa en manera considerable ésta.

CAPÍTULO CUARTO

LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO INTERNACIONAL

SUMARIO:

140.A) SU PERSPECTIVA EN EL DERECHO EUROPEO: 141.a) La Teoría de la imprevisión y la "exceptio non adimpleti contractus" en el Derecho francés; 142.b) La fuerza del principio "Pacta sunt servanda" en el Derecho español; 143.c) El equilibrio presupuestal o inexistencia de la base del negocio en el caso de Alemania; 144.d) Idea primigenía del principio "Rebus sic stantibus" en el Derecho italiano (una gran aportación). **145.B) APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO AMERICANO (UN CASO DE ECLECTICISMO):** 146.a) El Derecho cubano y la aplicación de la imprevisión a través de la noción de la fuerza mayor o caso fortuito en los contratos; 147.b) La Teoría de la imprevisión y su variada regulación en el Derecho argentino; 148.c) La cláusula "Rebus sic stantibus" y el nuevo Código Civil peruano del año de 1984. **149. DOGMÁTICA DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.**

140. A. SU PERSPECTIVA EN EL DERECHO EUROPEO

El gran interés que despertó la teoría que estudiamos, constituyó el motivo por el cual fue incluida entre las materias a debatir en el Congreso de la Semana Internacional de Derecho, reunido en París en el año de 1937, a iniciativa de la Societé de Legislation Comparée, de la Societé d'Etudes Legislatives y por la Association de Juristes de Lengue Francaise, hoy Association Henry Capítant pour la Culture Jurídique Francaise, habiendo participado en dicho Congreso, las representaciones de cuarenta y siete paises, lo que demuestra su importancia.

Las cuestiones debatidas fueron seis, entre las que se encontraba la revisión de los contratos. Cada una de ellas dio lugar a la exposición de relatorios parciales, los que se encargaron a juristas destacados de varios paises, siendo las concluciones expuestas en un relatorio general, para su debate en sesión plenaria.

En cuanto a nuestro objeto de estudio, la revisión o resolución judicial de los contratos en caso de excesiva onerosidad en el cumplimiento, por motivo de circunstancias imprevistas, la matería fue tratada frente a las legislaciones de Alemania, Inglaterra, Francia, Hungría, Italia, Líbano, Noruega, Polonia, Suecia, Turquía, Yugoslavia, Japón y

Rumanía, respectivamente por VOLKMAR, GUTTERIDGE, LALOU, entre otros. En el relato general M. NIBOYET, sintetizó esos trabajos preliminares y clasificó las legislaciones en dos grandes grupos: PRIMERO, las NO revisionistas, y SEGUNDO, las revisionistas.

En virtud de que no presenta ningún interés para el fin que nos proponemos referirnos detalladamente a las múltiples legislaciones que se ocupan de la imprevisión en el mundo, sólo se mencionan algunas a fin de que se tenga una impresión de lo que ocurre sobre la cuestión que nos ocupa en diversos paises, lo cual trataremos de manera muy general.

Las legislaciones como hemos mencionado antes se dividen en dos grupos. Dentro del grupo de las que no son partidarias de la aplicación de la "Teoría de la imprevisión" se encuentran Francia, España y Cuba. Por lo que toca a los ordenamientos jurídicos que si admiten la "Teoría de la imprevisión", podemos mencionar a Alemania, Italia, Argentina y Perú, paises que mencionamos de una manera enunciativa y no limitativamente, quien desee tener un estudio más completo sobre la legislación de otros paises con relación a nuestro tema, deben consultar el interesante libro de Eugenio OSVALDO-GARDINI, denominado la "Teoría de la imprevisión", en el que se contempla el Derecho francés, italiano, inglés, alemán, mahometano, egipcio, español, polonés, suizo, belga, austríaco, sovietico, japonés, chino, libanés, norteamericano, y sudamericano, en cuyo

trabajo afirma el autor que: "Son pocos los Códigos que de una manera expresa e indubitable, se ocupan de los casos en los cuales, después de perfeccionado un contrato, por circunstancias sobrevinientes, imprevistas e imprevisibles, las condiciones en que fue celebrado cambian de tal modo que hace muy difícil o muy onerosa la ejecución por el deudor, o dejan absolutamente sin garantía al acreedor." (165)

Dicho todo lo anterior expondremos las legislaciones que van a ser objeto de nuestro estudio, mencionando en primer término, aquellas que rechazan la admisión de la teoría de la imprevisión, para luego referirnos a las que aplican la teoría en los contratos a los que ya nos hemos referido.

141. a. La Teoría de la imprevisión y la "exceptio non adimpleti contractus" en el Derecho francés

Como lo hacen notar PLANIOL y RIPERT(166), la jurisprudencia siguiendo la doctrina predominante se ha negado a modificar las condiciones de los contratos, que consideran intangibles y sólo susceptibles de ser resueltos o suspendidos por aplicación de la **"exceptio non adimpleti contractus"** es decir cuando falta la contraprestación y en la medida en la que falte.

Ya en los años 1852, 1853 y 1856, la Corte de

(165) **Apud.** por BADENES-GASSET, **op. cit.** nota (144), p. 16.
(166) PLANIOL, **op. cit.** nota (88), t. VI, vol. I, p. 557.

Casación desestimó pretenciones de contratantes fundadas en el aumento de impuestos o derechos aduaneros, y desestimó también pretenciones similares al resolver un contrato de seguro de sustición militar cuando una ley, en forma imprevista, aumentó considerablemente el contingente anual llamado a las armas, haciéndose mucho más oneroso para el asegurador el cumplimiento del contrato.

Así también y puede decirse que con mayor razón, **"a fortiori"**, en materia de locación de servicios por tiempo indeterminado, la jurisprudencia francesa declaró que el locatario o patrono no queda librado de sus obligaciones aunque las circunstancias de la guerra le privarán de su clientela, y que en caso de despedir a su personal debía abonar el salario correspondiente hasta el vencimiento del plazo, si hubiese uno estipulado.

Así también, en materia de locación de inmuebles y más especialmente tratándose de teatros, casinos, hoteles termales, etc., los Tribunales galos mantiene vigente la obligación de pagar el alquiler convenido, aunque por efecto de guerra el locatario no pueda obtener del inmueble todo el provecho o el disfrute esperado. Sólo ha admitido la "resiliation" de la locación o la disminución del alquiler, por aplicación del artículo 1722 del C. Civ. fra., cuando se prueba que existe absoluta imposibilidad de disfrutar de la cosa

arrendada, como consecuencia de la guerra. Además, la jurisprudencia francesa hace extensivas a todos los acreedores de sumas de dinero la regla del articulo 1895 del propio Código, que excluye la revisión cuando se trata de un préstamo de dinero, aunque se desvalorice la moneda en que debe efectuarse la devolución del préstamo un ejemplo de esto último lo encontramos en el art. 2389 del C. Civ. 28 que dispone: "Consistiendo el prestamo 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 mutuatario."

En el famoso caso del "Canal Grappone", se encuentran el primero de los dos **"leading case"** (caso principal), siempre recordados en esta materia. En el siglo XVII, el propietario del canal Grappone, situado en la comuna de Palisanne, había contratado con los dueños de los inmuebles limítrofes beneficiados por el agua del canal, el pago de una cuota o canon fijo periódico, por el regadío, en contrato de 160 años de plazo. Durante el curso de ese contrato sobrevinieron importantes oscilaciones en el valor de la moneda y otras circunstancias, como la guerra franco-alemana de 1870, por las que resultaba ínfimo aquel canon originalmente convenido por el uso del agua del canal. El sucesor del primitivo propietario de

éste, demandó un aumento razonable del canon estipulado y el Tribunal de Aix, en 1874, declaró viable esa demanda, considerando que en los contratos sucesivos no se aplica el articulo 1134 del C. Civ. fra. y que el Derecho admite modificarlos por decisión judicial, cuando no existe ya correlación equitativa entre el rédito de una parte y la carga de la otra. Pero la Corte de Casación, invocando y aplicando textualmente el articulo 1134 del referido Código y atemorizada por la excesiva generalización de esa sentencia la revocó, entendiendo que en los contratos de tracto sucesivo ni el tiempo ni las circunstancias pueden considerarse para modificar los pactos celebrados. El Tribunal de Justicia francés estimó, que la regla del articulo 1134 del C. Civ. fra. es general, absoluta y rige los contratos cuya ejecución se extiende a épocas sucesivas, lo mismo que a los de cualquier otra naturaleza, y en ningún caso corresponde a los Tribunales, por equitativa que pueda parecerles su decisión, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones de las partes y sustituir por cláusulas nuevas las que habían sido libremente aceptadas por los contratantes.

La misma Corte de Casación reiteró ese criterio esencialmente fundado en la obligatoriedad de las convenciones, en fallos pronunciados en casos planteados durante la guerra de 1918 y aún posteriormente a ella.

Sin embargo, el criterio de ese elevado Tribunal

no fué respetado cuando se planteó el caso de un contrato de servicios públicos. Durante la guerra europea de 1914-1918 ocurrió el segundo "leading case" famoso en esta materia: el célebre "Caso de la compañía de Gas de Burdeos contra la Municipalidad de Burdeos" y en tal oportunidad el Consejo de Estado reconoció que el alza anormal del precio del carbón, en una proporción tal que no sólo tenía un carácter excepcional, sino que entrañaba un aumento en el costo de fabricación del gas, lo que sobrepasa todos los cálculos y los límites máximos que habían podido ser previstos por las partes al concluir el contrato, y reenvío a las partes litigantes al Tribunal judicial inferior a fin de que fijase la indeminización que la Municipalidad debía abonar a la Compañía de Gas para que ésta pudiese continuar su servicio público. (167)

La doctrina de ese pronunciamiento se generalizó, y así se acordaron indenmizaciones para la construcción del subterráneo de París, denominado "Metropolitain", y a las empresas de gas desplazadas por el nuevo sistema del alumbrado eléctrico. También se aplicó el principio en contratos de suministro, de transportes, de seguros, etc.

Posteriormente se dictó la famosa Ley Faillot, del 21 de enero de 1918, a la cual ya nos hemos referido

(167) BONNECASE, **op. cit.** nota (16), t. II, p. 351.

(**supra**, 125.aa.), y otras leyes que prorrogaron locaciones terminadas durante la guerra. Otras redujeron los alquileres, y una ley del 9 de marzo de 1918 consideró como causal de rescisión del contrato, sin indemnización, la muerte del jefe de familia en la guerra.

Agreguemos que, un amplio sector de juristas franceses contemporáneos, se niegan a admitir la doctrina de la imprevisión en cualquier de sus formas, y en los trabajos preparatorios de la reforma al Código Napoleón, la Comisión Plenaria ha aceptado expresamente el vicio de "lesión" como causa de anulación de los actos jurídicos, pero no el de la "lesión sobreviniente", que es el supuesto de la imprevisión; pero se ha dicho que indirectamente si puede aplicarse de acuerdo con las disposiciones del propio C. Civ. fra., como el párrafo tercero del artículo 1134, que prescribe que los contratos deberán cumplirse de buena fe, que el tratar de exigir del deudor el cumplimiento de su obligación cuando ésta ha devenido muy onerosa es contrario a la buena fe. Tal argumento ha sido objetado de falso, porque el artículo en cuestión obliga al deudor a cumplir sus obligaciones tal como han sido pactadas y además a todas las consecuencias que deriven de la buena fe, la equidad, el uso y la ley, siendo una consecuencia lógica de los dos incisos anteriores del propio artículo.

Se han invocado también el precepto 1150, que

dispone que le deudor está obligado a cubrir los daños y perjuicios previstos o previsibles al celebrarse el contrato. Este argumento también es falso, porque el legislador tuvo como objetivo, en tal disposición, el repartir entre el acreedor y el deudor los riesgos cuando por culpa exenta de dolo se hubiese de proceder a la liquidación del la situación contractual, según los opositores de la imprevisión.

También se intentó apoyar la noción de la imprevisión en el artículo 1156, que dispone atender en los contratos a la común intención de las partes contratantes. Como es de observarse, tal disposición se refiere a la interpretación de la voluntad obscura. Por lo que se llega a la conclusión de que es necesario renunciar al intento de fundamentar la teoría de la imprevisión en texto legal alguno del C. Civ. fra.

Sin embargo, BONNECASE(168) considera que el C. Civ. fra. no admite la noción de la imprevisión con sus consecuencias ni de una manera directa, ni por vía indirecta e implícita al amparo de ciertos textos. Propone como solución al problema de la imprevisión lo siguiente: "Consideramos que la acción de la imprevisión está admitida por el Derecho Civil actualmente en vigor... al amparo del papel permanente de la noción del Derecho en el desarrollo positivo. Estimamos, además,

(168) BONNECASE, **op. cit.** nota (130), t. III, pp. 616-629.

que lejos de ponerse en pugna con los textos del Código Civil, está solución se concilia con las directivas generales que se desprenden de ellos."

A continuación examina las aplicaciones de la noción de imprevisión en los artículos 1244 y 565 del C. Civ. fra.: el primero da al juez facultad de conceder al deudor plazos para el pago, y el segundo proclama que el derecho de accesión cuando tiene por objeto dos cosas muebles que pertenecen a dos dueños diferentes, está enteramente subordinado a los principios de la equidad natural. Después el autor se refiere al articulo 1135, según el cual los convenios obligan a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación según su naturaleza.

A pesar de todos los argumentos que se dan en favor de la teoría de la imprevisión, la jurisprudencia francesa (por lo que se refiere a la Corte de Casación) ha resistido los esfuerzos de estos doctrinarios, manteniendo la obligatoriedad del contrato y considerando como única liberatoria de las obligaciones del deudor, la imposibilidad absoluta.

Contrastando por último con este rigor, el Consejo de Estado si ha recogido francamente la noción de la imprevisión que permite la revisión de los contratos administrativos, a través de la noción de HECHOS DEL PRINCIPE (**infra**, 203.d.).

142. b. La fuerza del principio "Pacta sunt servanda" en el Derecho español

El principio fundamental del C. Civ. esp. es el de "Pacta sunt servada", consagrado en los artículos 1256 y 1258, y existen preceptos como los artículos 1575 apartado 1o., 1576, 1593 y 1625 apartado 2o., que niegan trascendencia a ciertas alteraciones de circunstancias. Pero como lo hacen notar los catedráticos de la Universidad de Barcelona, PÉREZ-GONZÁLEZ Y José ALCUER(169), fuera de los casos en que existen disposiciones concretas como las mencionadas procedentemente, nada se opone: "... para que en los demás se de valor a la alteración de las circunstancias, a tenor de las ideas que laten en la cláusula 'rebus sic stantibus' y en las doctrinas del interés contrapuesto, de la equivalencia, de la presuposición y de la desaparición de la base del negocio, ya que todas ellas conducen a igual comparación de los intereses de las partes, que debe ser la justa consecuencia de los principios de la buena fe (artículo 1.258) y de la reciprocidad no sólo formularía y aparente sino económica y real de las obligaciones en los contratos bilaterales (arts. 1.124, 1.274 y 1.289 ap. 1, prop. 2)..."

Agregan dichos profesores, que: "...de una manera paladina, aunque con técnica imperfecta y por un conducto

(169) ENNECCERUS, **et. all.**, **op. cit.** nota (147), t. II, vol. I, pp. 206 y s.

1.258) y de la reciprocidad no sólo formularía y aparente sino económica y real de las obligaciones en los contratos bilaterales (arts. 1.124, 1.274 y 1.289 ap. 1, prop. 2)..."

Agregan dichos profesores, que: "...de una manera paladina, aunque con técnica imperfecta y por un conducto equivocado, el Tribunal Superior ha venido a reconocer en la sentencia del 25 de marzo de 1913 que la alteración de las circunstancias básicas del negocio pueden determinar un derecho de resolución."

En el caso se trataba de un contrato de seguro de incendios, y la sociedad aseguradora redujo su capital social a la décima parte, perjudicando así la garantía de los asegurados; el Tribunal declaró procedente la resolución del contrato en beneficio del asegurado. Comentan que esa sentencia puede ser punto de partida para la formación de una doctrina que, teniendo en cuenta necesidades prácticas y las exigencias de la equidad y la buena fe, derive de la desaparición de la base del negocio un derecho de resolución a favor del perjudicado.

Pese a todo ello el principio fundamental que inspira a la legislación española como se ha advertido es el "Pacta sunt servanda", que energícamente se encuentra consignado en el artículo 1091 del C. Civ. esp. que dispone: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos."

Pero frente a este principio de obligatoriedad de los contratos y a la resolución de los contratos por cambios de las circunstancias en que fueron celebrados (que sólo es un punto que trata la imprevisión, pues pueden ser revisados, modificados o prorrogados) se ha buscado el fundamento a la excepción.

Ante la ausencia de preceptos que autoricen o prohiban la teoria de la imprevisión, escribe TERRAZA MARTORELL(170): "...estamos de acuerdo con el criterio de que para aplicar la cláusula 'rebus sic stantubus' de un modo general en el derecho español, hay que recurrir al artículo 1105 del Código Civil, ampliando claro está, el concepto clásico de caso fortuito que en él se expresa."

Agrega este mismo autor que la aplicación de la cláusula "Rebus sic statibus", como una temperación de la doctrina tradicional del caso fortuito, tiende a prevalecer en la doctrina y en la Jurisprudencia, concluyendo que el principio de obligatoriedad de los contratos tiene la suficiente flexibilidad como para que una jurisprudencia comprensiva encuentre soluciones adecuadas a la tendencia que hoy prevalece y que de acuerdo con determinados artículos del C. Civ. esp., se podría construir una doctrina general, que de valor a la alteración de las circunstancias al tenor de las ideas de la buena fe y de la

(170) **Apud.** por VILLARINO-ESPINOZA, **op. cit.** nota (143), p. 43.

recíprocidad de las obligaciones.

BADENES-GASSET(171) pretende encontrar el fundamento de la revisión contractual por parte del juez, en los artículos 1258 del C. Civ. y en el 57 del de Comercio españoles, que consagran el principio de la buena fe. Dice este jurista ibérico que el principio de la buena fe debe ser un predicado de todo Derecho, hasta el punto de ser una línea divisora que separe a los hombres en dos campos: los que obran de buena fe y los que obran de mala fe (mala intención para nosotros **supra**, 32.eeee.). Además del principio de la buena fe, el C. Civ. esp. consagra el principio de la recíprocidad, no sólo formularia y aparente, sino económica y real, de las prestaciones en los contratos bilaterales (artículos 1124, 1274 y 1269).

Se cual fuere la solución adecuada, la verdad es que el C. Civ. esp. no contiene dispositivos que favorezcan el acogimiento, general y expreso de la "Teoría de la imprevisión". No obstante lo anterior, la Jurisprudencia Española, registra además del fallo precitado del 25 de marzo de 1913, algunos otros que también reconocieron que la alteración de las circunstancias básicas del negocio pueden determinar un derecho de resolución.

En sentencia del 13 de junio de 1944 el Tribunal

(171) BADENES-GASSET, **op. cit.** nota (144), pp. 174-198.

Supremo de Justicia declaró que el principio de la autonomía de la voluntad, que exige el cumplimiento de lo pactado, en los propios términos convenidos, admite sin embargo, ciertas restricciones por razón de la buena fe que preside la contratación (art. 1258 del C. Civ. y 57 del C. de Comercio españoles) y más concretamente por razón del elemento de justicia objetiva implícito en la exigencia de causa en los contratos, referida esencialmente a los onerosos, a la recíprocidad o a la equivalencia de las prestaciones. Agregó que es preciso reconocer la facultad judicial de modificar el contrato, si bien sólo con gran cautela y notoria justificación se podrá hacer uso de esa facultad modificadora. Por ello y en consecuencia declaró el Tribunal que, por razón de alteración sobrevenida de las bases previstas por los contratantes, era procedente modificar un contrato de compraventa de aceite celebrado entre dos comerciantes en junio de 1936, en situación en que el comprador había abonado el precio pero el vendedor no había podido remitirle el aceite por haber sido requisitado por las autoridades de los "rojos" y terminada la lucha el comprador pretendía que se le hiciera efectiva la entrega por el mismo precio convenido y ya pagado, no obstante haber aumentado considerablemente su valor.

Más recientemente, en sentencia del 15 de junio de 1945 el mismo Tribunal Supremo, sin negar la posibilidad de admitir la cláusula "Rebus sic stantibus", por el contrario la

reconoció implícitamente al rechazar una demanda por considerar que no podía decirse que en el caso de autos se haya producido un verdadero e imprevisible desequilibrio.

También cabe citar la abundante "Legislación de emergencia", que si bien no entrañan la derogación de los principios informadores del Derecho común, hacen presentir los rasgos de un ordenamiento futuro. Agreguemos que una ley del 5 de noviembre de 1940, denominada "Ley sobre contratación en zona roja", dispuso en su artículos 6° y 7° respectivamente atendiendo a la conmoción general causada por la revolución y la guerra, que: "En los contratos de prestaciones recíprocas el incumplimiento de la obligación lleva aparejados a favor del que la cumplió, los derechos consignados en el art. 1124 del Código Civil; pero si quien incumplio su obligación probase que el motivo del incumplimiento fue su situación desventajosa en la zona roja, en términos suficientes a impedir o dificultar gravemente la prestación a que se hallaba obligado, podrá oponerse a la resolución del contrato, quedando en todo caso exento de la obligación de indemnizar" y además "Las obligaciones pendientes de cumplimiento a que vengan obligados los contratantes por suministro o suministro y obra, pactadas antes del 18 de julio de 1936, o bajo el dominio marxista, se regirán por los precios del contrato, solamente modificables equitativamente para restablecer una más justa recíprocidad, en el caso de que circunstancias posteriores al contrato, y

derivadas de la revolución o de la guerra, hubiesen determinado una grave desproporción que alcanzare a significar una lesión superior a más de la tercera parte de su verdadero valor."(172)

143. c. El equilibrio presupuestal o inexistencia de la base del negocio en el caso de Alemania

La doctrina prevaleciente entre los autores siguiendo con mayores o menores variantes la idea fundamental de WINSCHEID, sobre la "Presuposición", acoge el principio que estamos estudiando. Se basan principalmente en las nociones del "fin del negocio" y de "las representaciones de las partes sobre las circunstancias de hecho" (económicas, jurídicas y de otra índole) que las deciden a contratar. Por ello los autores alemanes se refieren a ese principio bajo la denominación del "EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES" o "DE LA DESAPARICION DE LA BASE DEL NEGOCIO", conceptos que como se ve tienen su filiación evidente en la doctrina de WINDSCHEID (**supra**, 114.aaaa.).

Sin embargo, el C. Civ. ale. no contiene un precepto que haya consagrado explícitamente el principio de la imprevisión, aunque como lo hace notar ENNECCERUS(173), esta consagrado en los viejos Códigos como el de Baviera, el Codex

(172) **Cfr.** REZZONICO, **op. cit.** nota (154), p. 79.
(173) ENNECCERUS, **et. all.**, **op. cit.** nota (147), t. II, vol. I, pp. 206 y s.

Maximilianus Bavarious, de 1756 en su cuarta parte, capítulo 15, artículo 12 y por el "Landrecht Prusiano" o Código General para los Estados Prusianos de 1791 en su artículo 377 a 380 inclusive (**supra**, 107.ccc.). Sin duda el codificador alemán tuvo presente que la jurisprudencia del Derecho común anterior al Código vigente lo había desestimado como principio general, por considerarlo peligroso para la seguridad contractual.

A pesar de ello, se ha hecho notar que diversos preceptos aislados del mismo C. Civ. ale. suponen aplicaciones particulares de la noción de la imprevisión. Así, se observa que en el título dedicado a la transacción se contempla un caso de error o imprevisión, pues el artículo 779 dispone: "El contrato por el que se termine por recíprocas concesiones un litigio o la incertidumbre de las partes sobre una relación de derecho, será ineficaz cuando el estado de cosas supuesto según el tenor del contrato, no responda a la realidad y el litigio o incertidumbre citado no habría surgido si las partes hubieran conocido el estado del negocio. Se equipará a la incertidumbre del lapso o relación de derecho la incertidumbre del resultado de una acción."

Son también preceptos aislados en los que se presta consideración al fin del negocio y a las circunstancias decisivas para la consecución de ese fin, los artículos 626 y 723 del C. Civ. ale., que reconocen al derecho de denunciar por una

razón importante los contratos de servicios y de sociedad, respectivamente, en razón de la alteración de las circunstancias que existían al concluirse al contrato.

Lo es también, como lo señala ENNECCERUS, el artículo 812, apartado 1, proposición 2a., que declara que hay enriquecimiento sin causa y obligación de restituir, cuando el resultado perseguido, según el tenor del acto jurídico, por medio de la prestación, no llegue a realizarse.

También se han señalado los artículos 321 y 610 del mismo Código como vínculados a la "Teoría de la imprevisión", pero a nuestro juicio, si bien se mira, esos son casos de aplicación de la **"exceptio non adimpleti contractus"**. Dispone en efecto el artículo 321: "Cuando alguien está obligado a una prestación en virtud de un contrato sinalagmático y después de la conclusión del contrato sobreviene una disminución esencial en la fortuna de la otra parte, que compromete el derecho a la contraprestación, puede rehusarse a cumplir la prestación que le incumbe hasta que la contraprestación sea ejecutada o que se le hayan acordado suficientes garantías". Y el artículo 610 preceptúa a su vez: "El que ha prometido hacer un préstamo, en caso de duda puede revocar su promesa cuando el estado de fortuna de la otra parte sufra una alteración esencial que ponga en peligro el derecho a la restitución."

Por su parte el legislador alemán sancionó una

legislación de emergencia similar a la de otros paises, con leyes de moratoria, de alquileres, impositivas, etc., que consideramos inspiradas en la noción de imprevisión.

La Jurisprudencia alemana no le reconoce la categoría de principio general, pero la ha aplicado en diversos pronunciamientos fundándose en el concepto de la "imposibilidad económica" equiparada a la "imposibilidad material"; o en el concepto de "la equivalencia de las contraprestaciones presupuesta al concluirse el contrato" o "en la desaparición de la base del negocio"; mención explícita de la cláusula "Rebus sic stantibus", o en la interpretación del contrato.

Fundado sobre una u otra noción el Tribunal del Reich, en númerosos fallos reconoció el derecho de pedir la resolución del contrato cuando por consecuencia de las alteraciones esenciales de la situación económica, producidas por la guerra o por la revolución, la prestación se hubiera convertido desde el punto de vista económico, en otra completamente distinta de la que originalmente pensaron y quisieron las partes, de suerte que el forzar al cumplimiento resultase contrario a la buena fe.

Han declarado por ejemplo, que siendo la finalidad de los contratos de seguro conferir un protección eficaz contra ciertos riesgos, hay derecho a resolución cuando las circunstancias se han modificado de tal manera que peligran las

pretenciones del asegurado; que si surgen nuevas e importantes dudas, hay lugar a resolver un contrato celebrado con el fin de evitar el concurso; que también es resoluble la promesa de renta que una madre hace a su hijo sobre la base de sus ingresos, que posteriormente disminuyen; que es condición tácita en el "contrato de espera", que no se altere la solvencia del deudor; que una alteración radical de los precios puede, en determinadas circunstancias, justificar la objeción fundada en el artículo 242 del C. Civ. ale. ("El deudor está obligado a efectuar la prestación según lo exigan la buena fe y la intención común de las partes, determinada por los usos y costumbres") y en el artículo 157 ("Los contratos deberán interpretarse como exige la buena fe y la intención de las partes, determinadas según la costumbre), aunque a la vez no se dificulte la prestación; que en un contrato de arrendamiento por largo plazo, con suministro de fuerza para fines industriales, había derecho a exigir la elevacion del alquiler o resolver el contrato, por razón de una alteración extraordinaria del valor de la contraprestación calculada y expresada en moneda desvalorizada y por razón de la ruptura plena de la equivalencia de las prestaciones recíprocas, propuesta al concluirse el contrato.

En fallos de los años 1916, 1918 y 1920, la Corte de Leipzig declaró que los artículos 242 y 325 del C. Civ. ale. exigen la buena fe en la ejecución del contrato y ésta no puede cumplirse por el deudor ni ser reclamada por el acreedor cuando

por consecuencia de modificaciones completas sobrevinientes de las circunstancias esta ejecución se convierte económicamente en otra y no corresponde a la que habían pensado y querido primitivamente las partes. En tales pronunciamientos se asimiló la imposibilidad económica a la imposibilidad de hecho.

En su estudio sobre "La revisión de los contratos por el juez en Alemania" VOLKMAR(174) menciona otros pronunciamientos de los Tribunales alemanes que han acogido el principio de la imprevisión, basándose en la noción del "deber recíproco de fidelidad" y en el precepto del artículo 138, párrafo tercero del C. Civ. ale. Así, por sentencia del 21 de septiembre de 1920, el Tribunal del Reich, reconoció que es posible extender la cláusula "Rebus sic stantibus" prevista en los artículos 321 y 610 del C. Civ. ale., cuando media un desequilibrio económico nacido del fin imprevisto de la guerra, pues según el artículo 242 del mismo ordenamiento la buena fe debe presidir la ejecución de las obligaciones del deudor, y también debe regir el derecho del acreedor a la ejecución, y porque si el artículo 325 considera la imposibilidad de la prestación como una causa de liberación, esa imposibilidad puede ser no sólo material, sino también económica. Por ello, el Tribunal del Imperio admitió que en los contratos de ejecución sucesiva escalonada en un plazo bastante largo, si las partes

(174) **Apud.** por REZZONICO, **op. cit.** nota (154), pp. 64-65.

continuaban la ejecución del contrato, no obstante la desvalorización, el juez tendría el derecho de modificar las contraprestaciones teniendo en cuenta las nuevas circunstancias.

Por sentencia del 2 de abril de 1935, el Tribunal del Imperio declaró que la parte obligada a efectuar una prestación, que ha sufrido una pérdida a consecuencia de la desvalorización del dólar, puede pretender una compensación, sobre el fundamento de la noción de buena fe; es decir una repartición equitativa del riesgo según las circunstancias del caso.

En sentencia del mismo mes y año, en un caso de locación de servicios, reconoció el juez el derecho de determinar las retribuciones contractuales, modificándolas, pues el principio "Pacta sunt servanda" no vale sino con la restricción muy natural de que el contenido de la prestación, en su género y en su extensión, es función de las nociones de la buena fe y de la costumbre (art. 242 del C. Civ. ale.). Por lo cual, un empleado particularmente bien retribuído debe tener el sentimiento de una unión estrecha con la empresa, y en caso de cambio completo de la situación, no puede suscitar pretensiones que si fueran totalmente satisfechas podrían comprometer la existencia misma de la empresa.

En fallo del Gran Senado Civil, de marzo de 1936, se declaró: "Cuando en un acto jurídico la prestación y la

contraprestación son manifiestamente desproporcionadas, pero faltan otras condiciones de la lesión (Art. 138, párrafo 2 del C. Civ. ale.), este acto es nulo en virtud del artículo 138, párr. 1o., si se ha constatado además de la desproporción de las prestaciones, que el acto según su contenido, sus motivos y su fin, es contrario al sano buen sentido popular."

En sentencia del Tribunal regional de Saarbruken, de marzo del año 1936, se declaró: "Convencido de que todo derecho encuentra su límite en la noción de la buena fe, el Tribunal estima que el ejercicio de un derecho, aún contractual, llega a ser inadmisible cuando es perseguido en una época en que las concepciones y las circunstancias sociales y económicas han cambiado por completo. Una tasa del interés del 12% ha podido corresponder en 1928 a la situación económica de entonces; no se sigue que esta tasa deba ser mantenida para el futuro. El Tribunal ha concluído que parecía legítimo admitir una tasa del 10% para 1929, del 8% para el período de 1931-1933, y del 6% a partir de 1934."

Por ello expresa el mismo VOLKMAR(175): "...que la evolución jurisprudencial nacida del desequilibrio económico consecutivo a la inflación, ha terminado por conceder al juez el derecho de intervenir en los contratos, en la medida en que

(175) **Ibidem.**, pp. 66-67.

esta intervención era imperativamente impuesta por la acción de la buena fe". Agrega que después del fin de la guerra "...la jurisprudencia y la legislación alemana han multiplicado los casos de intervención del juez en las relaciones contractuales, como resultado de una evolución progresiva de las concepciones y nociones jurídicas; que se extendió la noción de imposibilidad fuera de los límites primitivamente previstos por el legislador, asimilándose la imposibilidad moral a la imposibilidad real (artículos 324 a 326 inclusive del C. Civ. ale.) y entendiéndose que los contratantes no son antagonistas, sino compañeros asociados en vista de un fin fijado de común acuerdo, de cuyo acuerdo nace el deber de fidelidad, cuya obligación provoca una abligación de daños e intereses o la supresión del contrato". Y defendiendo esa posición, concluye VOLKMAR que: "...es justo no considerar la relación obligatoria como un todo definitiva y rigidamente establecido por la convención de las partes sino como un hecho orgánico susceptible de desarrollo a consecuencia de acontecimientos nuevos."

144. d. Idea primigenía del principio "Rebus sic stantibus" en el Derecho italiano (una gran aportación)

En Italia el principio de la imprevisión fue ya pronunciado por ALCIATO, jefe de la escuela hitórica de los humanistas y muchos otros jurístas, como PACCHIONI, MANTICA, RIHERI, GRAZIANO, POYAJI, CATTANEO Y BORDA, GALDI, FERRAZOTI

citados todos ellos por BRANCA(176).

También es preconizado por la alta autoridad de GIORGI, COVIELLO, BARSANTI, GIOVENE, OSTI, PESTALOZZA, BRUGI, MANARA, RUGGERO y otros, contra la opinión de PUGLIESE, STOLFI entre otros, que lo consideran inadmisible, por lo menos en el Derecho privado, aunque se inclinan a aceptarlo tratándose de contratos de Derecho Administrativo, por la prestación de servicios público o la ejecución de obras públicas.

El "leading case" jurisprudencial está constituido por un fallo de la Corte de Casación de Turín, del 16 de agosto de 1916, que declaró: "Los contratos bilaterales que tienen tracto sucesivo y dependencia del futuro, se entienden concluídos con la cláusula 'Rebus sic stantibus'. La imposibilidad de la ejecución y la excesiva gravosidad de la misma, sobrevenida por el cambio de las circunstancias de hecho, pueden inducir la resolución del contrato, o por lo menos su modificación y la reducción de sus consecuencias."

Anteriormente, el 6 de diciembre de 1915, el Tribunal de Génova había declarado que media imposibilidad en el cumplimiento de la obligación, si el deudor necesita arriesgar su vida, por ejemplo, si para cumplir su prestación pactada en épocas normales debe por circunstancias imprevisibles

(176) BRANCA, **op. cit.** nota (20), p. 401.

sobrevinientes cruzar zonas enemigas con peligro de muerte.

A su vez, la Corte de Parma, en fallo de agosto de 1915, pronunciado en un litigio entre la Empresa de Gas y la Municipalidad de esa ciudad, declaró: "El concepto de fuerza mayor no va restringido al caso de absoluta, material imposibilidad de efectuar la prestación, sino que abarca también el caso de que, siendo total o parcialmente posible el sobrevenir del acontecimiento no previsible ni previsto, vuelve extremadamente gravoso para el deudor el cumplimiento de la prestación, resolviendose en serio daño para él y en una indebida ventaja para el otro". Y la Corte de Casación de Florencia, en sentencia de diciembre de 1914, admitió también la cláusula "Rebus sic stantibus", si las circunstancias sobrevinientes son de mucha gravedad.

Posteriormente, en fallo del año 1924 declaró que cuando en los contratos de tracto sucesivo se verifiquen hechos nuevos a cargo de uno de los contratantes, puede éste demandar la resolución o modificación sosteniendo que la obligación estaba sometida a la cláusula "Rebus sic stantibus", que si no está sancionada por la ley, deriva de los Principios Generales del Derecho y la equidad.

Por otra parte el 27 de mayo de 1915 dictóse el célebre Decreto "Iuogotenenziale" del Lugarteniente del Reino, que a grosso modo en su artículo 1o. estableció que la guerra

debe considerarse como caso de fuerza mayor, no sólo cuando hace imposible el cumplimiento de la obligación, sino también cuando la hace excesivamente onerosa. Ese decreto se aplica a todos los contratos comerciales anteriores al 24 de mayo de 1915 fecha de la movilización general, que no hubieran sido cumplidos.

Además, durante la guerra de 1914 se dictaron leyes de alquileres y de moratorias. Por decretos y leyes de enero de 1920 y marzo de 1921 que fijaron reglas para la revisión de los contratos entre las comunas y los particulares que explotaran usinas para la distribución de gas; y por Real Decreto de julio de 1928, se estableció que en casos de cambios sobrevinientes se permite la revisión de los contratos de trabajo.

Finalmente, corresponde a Italia el honor de haber sido el primer país que ha formulado categóricamente el principio "Rebus sic stantibus" en textos claros de su ley positiva. Su novísimo C. Civ. ita. de 1942, en terminantes preceptos que transcribimos más adelante, no sólo admite la acción general de rescisión por lesión que exceda de la mitad (art. 1448), sino que también legisla sobre la "excesiva onerosidad" en los contratos no aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes.

Así pues, el C. Civ. ita. de 1942, ha consagrado en los términos más amplios la "Teoría de la imprevisión", en

disposiciones que a nuestro juicio deberían servir como modelo a nuestros legisladores.

El artículo 1467 de ese novísimo Código preceptúa: "CONTRATO CON PRESTACIONES RECÍPROCAS.- En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las parte hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el artículo 1458. La resolución no podrá ser demandada si la onerosidad sobrevenida entrara en el álea normal del contrato. La parte contra quien se hubiera demandado la resolución podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato."

El artículo 1468 refiriéndose a los CONTRATOS CON OBLIGACIONES DE UNA SOLA PARTE, preceptúa a su vez: "En la hipótesis prevista por el artículo precedente, si se tratara de un contrato en el que una sola de las partes hubiese asumido obligaciones, ésta podrá pedir una reducción de su prestación o bien una modificación en las modalidades de ejecución, suficientes para reducirlas a la equidad."

Finalmente el artículo 1469 establece: "CONTRATO ALEATORIO. Las normas de los artículos precedentes no se aplican a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de

las partes."

De tales disposiciones del C. Civ. ita. resultan claramente estos principios fundamentales:

I. El hecho de que la prestación de una o de la única parte obligada por el contrato resulte excesivamente onerosa constituye causa de resolución del contrato a prestaciones correlativas y es causa de modificación del contrato unilateral, siempre que:

- Esa mayor onerosidad sea excesiva y no entre en el álea normal del contrato o en el álea puesta a cargo del deudor por voluntad de las partes;

- Que esa excesiva onerosidad dependa de un acontecimiento extraordinario e imprevisto al celebrar el contrato;

- Que el contrato de que se trate no sea aleatorio por naturaleza o por voluntad de las partes.

II. En los contratos bilaterales (que el C. Civ. ita. denomina a prestaciones correspectivas), la resolución no opera de pleno derecho, sino que debe ser demandada por el interesado; y en los contratos unilaterales (que el C. civ. ita. denomina con prestaciones de una sola parte), también debe ser pedida por la parte interesada la modificación o reducción de la prestación, que no se produce "ipso jure".

III. En los contratos bilaterales la resolución puede ser evitada si la parte contra la cual es demandada, ofrece una equitativa modificación del contrato.

IV. Los preceptos de los artículos 1467 y 1468 no se aplican sino en casos de excesiva onerosidad sobrevenida en la ejecución de contratos "de ejecución diferida", sea continuada o periódica, o sea de ejecución única, pero diferida en el tiempo.

En lo tocante a cuál es el fundamento de tales principios del nuevo C. Civ. ita. de 1942, MESSINEO(177) se inclina por opinar, que el legislador se inspiró principalmente en un criterio de equidad.

145. B. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO AMERICANO (UN CASO DE ECLECTICISMO)

Con los elementos aportados por el Derecho europeo, los paises del continente americano han tratado de incrustrar dentro de sus ordenamientos positivos a base de construcciones doctrinales la "Teoría de la imprevisión". El movimiento del Derecho para ir adecuando sus instituciones jurídicas a los cambios constantes de la sociedad se ve reflejado en los Códigos, que regulan las relaciones de las personas que vayan quedar sujetas a dichos ordenamientos.

(177) MESSINEO, **op. cit.** nota (94), t. II, pp. 376 y ss.

En este movimiento vanguardista, Argentina tomó la delantera, al ser el primer país que reglamentó expresamente la "Teoría de la imprevisión". Sin embargo, no todos los paises del continente han seguido este desarrollo, un claro ejemplo de ellos es la República de Cuba, que trata de encontrar en la figura de la "Fuerza mayor o caso fortuito" un amplio campo para insertar la "Cláusula Rebus sic stantibus" y de esta manera revisar los contratos cuando en esté se produzca una excesiva onerosidad, haciendo que en la obligación haya una imposibilidad relativa.

Afortunadamente el nuevo C. Civ. per. puede con orgullo, inscribirse como cuerpo legal que refleja el elevado grado de estudios y de la evolución del Derecho latinoamericano al ser otro de los paises de que se tiene conocimiento que reglamenta expresamente la "Cláusula Rebus sic stantibus".

146. a. El Derecho cubano y la aplicación de la imprevisión a través de la noción de la fuerza mayor o caso fortuito en los contratos

El Derecho cubano circunscribe el "problema" de la imprevisión a las instituciones que su ordenamiento civil puede brindar, excluyendo toda referencia a las "Legislaciones de emergencia" que fueron creadas para combatir los problemas que ocasiona la teoría que estudiamos, ya que con ellas ha visto coronado su más evidente triunfo.

En este orden de ideas GARCÍA-MONTES(178) explica: "Esas leyes de emergencia promulgadas a consecuencia de la crisis económica porque ha venido atravesando el mundo y que son las de moratorias, alquileres, etc., escapan a la esfera de nuestro trabajo, ya que como Derecho objetivo que son, no pueden existir dudas en cuanto a su aplicación."

Como hicimos notar (**supra**, 126.aa.) en el Derecho cubano se encuentra una contradicción entre su Constitución Política, y el C. Civ. cub. respecto a la expedición de esas leyes de emergencia a que hemos hecho referencia, ya que en efecto, el artículo 23 constitucional del año 1952 en su parte conducente establece: "Las obligaciones de carácter civil que nazcan de los contratos o de otros actos u omisiones que los produzcan no podrán ser anulados ni alterados por el Poder legislativo ni por el Ejecutivo..."

El estudio de este problema entrañaría un examen de orden constitucional y un análisis de la retroactividad con su correspondiente colorario de los derechos adquiridos, que esta fuera del fin que nos proponemos.

Basta decir que el respeto al principio de la

(178) GARCÍA-MONTES, Oscar, **"LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN MATERÍA CONTRACTUAL"**, Revista del Colegio de Abogados de la Habana, Cuba, año IX, vol. IX, núm. 61, enero-mayo, 1964, pp. 115-141.

autonomía de la voluntad justifica el contenido del artículo 23 del Código político, por lo que las obligaciones de carácter civil, no podrán ser anuladas ni ser alteradas por el Poder Legislativo ni por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, pese a este riguroso artículo se ha tratado de buscar en la noción del caso fortuito y en la ausencia de culpa el fundamento para revisar los contratos por cambios de circunstancias que dan origen a la imprevisión.

En este sentido DÍAZ-CRUZ(179) expresa: "Después de este estudio general, expondremos las tesis... que consiste en tratar de acomodar 'la cláusula rebus sic stantibus' dentro de lo preceptuado en el Art. 1105 de nuestro Código civil que regula el caso fortuito, para que la misma pueda ser aplicada por nuestros Tribunales, sin necesidad de esperar una legislación que la introduzca en nuestro derecho positivo."

Así, los juristas cubanos empiezan por analizar el concepto clásico de caso fortuito aceptado por el C. Civ. cub. en su artículo 1105 que preceptua: "Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieren podido preverse, o que, previstos fueran inevitables."

(179) DÍAZ-CRUZ, **op. cit.** nota (133), p. 95.

Por principio de cuentas, se establece por los cubanos que el incumplimiento tiene que ser consecuencia del suceso imprevisible e inevitable, de lo que resulta que el caso fortuito se produce en cualquiera de estos dos supuestos: por sucesos que no hubieran podido preverse o bien, por sucesos que previstos fueren inevitables.

Este artículo no escapa a las críticas que se le hacen. Dentro de una de las primeras, esta aquella que se enfoca en la que no se tiene que subjetivar el fundamento de este instituto, toda vez que la previsión descansa en la conciencia de las partes contratantes, lo que lleva el concepto a un campo de ilimítada inseguridad. Además, tampoco se especifica quien debe preveer, si son las mismas partes contratantes o la generalidad de las personas. Esta cuestión la resuelve magistralmente el Tribunal Supremo de Cuba en la sentencia número 7 de fecha 15 de enero de 1916 al declarar: "No constituye caso fortuito hechos o circunstancias que la parte obligada por un contrato conocia al celebrarlo. En otras palabras, existe la presunción de un evento productor del caso fortuito es imprevisible o desconocido por las partes contratantes cuya presunción admite prueba en contrario del conocimiento específico." Otra de estas criticas descansa sobre el elemento de inevitabilidad que no deja de ser tan inconcreto como el de la previsión.

Si bien es verdad que los autores cubanos (180) están contextes en el sentido de que para fundamentar la "Cláusula rebus sic stantibus" no sólo hay que tomar en cuenta el artículo 1105 del C. Civ. cub. si no también la noción de culpa, en el sentido de considerar al caso fortuito como el hecho de que independientemente de la culpa del obligado hace imposible el cumplimiento de la obligación, toda vez que si en el caso fortuito no hay culpa, en la imprevisión tampoco la hay. Es por esto que el artículo 1104 establece: "La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstacias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no expresa la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia."

Como conclusión, mientras no se legisle en relación con el problema a que se contrae la "Teoría de la imprevisión", los jueces deben darle cabida a dicha teoría dentro del ambito del art. 1105 del C. Civ. cub. ampliándose desde luego el concepto de caso fortuito. En este orden de ideas concluye DÍAZ-CRUZ(181): "Si estos son los requisitos que exige el Art. 1105 para que se produzca el caso fortuito, nos parece que dándose los mismos en la teoría que estudiamos, resulta

(180) **Cfr.** GARCÍA-MONTES, **op. cit.** nota (178), p. 125 y DÍAZ CRUZ, **op. cit.** nota (133), pp. 103-106.
(181) DÍAZ-CRUZ, **op. cit.** nota (133), p. 113.

factible acoger en su seno la aplicación de la 'cláusula rebus sic stantibus'."

147. b. La Teoría de la imprevisión y su variada regulación en el Derecho argentino

Por lo que se refiere al Derecho de la República de Argentina, ni los autores clásicos como SEGOVIA, MACHADO, LLERENA, ni los civilistas modernos entre los que se encuentra SALVAT o LAFAILLE, han comentado especialmente la teoría que estudiamos.

Sólo COLMO(182) se ha referido a este tema, aunque someramente, en su libro de las "Obligaciones", al estudiar la imposibilidad como hecho extintivo de las obligaciones, cuando expresa: "La doctrina de la tácita presuposición o la implícita cláusula 'rebus sic stantibus', puede ser admitida en aquellos supuestos de contratos a largo plazo, o de usos y prácticas que la consientan, pues de otra suerte la simple dificultad o la mayor onerosidad del obligado van a dar cuenta de la imposibilidad que quiere la ley."

BIELSA(183) después de reconocer que el principio "Pacta sunt servanda" ha sido atemperado por razón de equidad en el Derecho Administrativo, agrega que es el legislador y no el

(182) **Apud.** por REZZONICO, **op. cit.** nota (154), p. 88.
(183) **Apud.** por REZZONICO, **op. cit.** nota (154), p. 90.

juez quien debe decidir sobre la admisión de la imprevisión, afirmando que en la República Argentina sería legalmente imposible la aplicación de esta teoría, ya que los tribunales fallan según el derecho positivo, **jure condito** (como es) y no **jure condenado** (como debiera ser).

Por su parte BIBILONI(184) en su Anteproyecto de reformas al C. Civ. arg., no propuso expresamente la teoría de la imprevisión, opinando que estas graves cuestiones no necesitan de preceptos especiales como el que inspira la teoría en estudio, y que para resolverlas es suficiente desarrollar la doctrina del enriquecimiento indebido y consagrar la regla de la buena fe, con un precepto similar al sancionado en el artículo 1134 del C. Civ. fra. y al 242 del C. Civ. ale., que en términos generales disponene que los contratos deben ser cumplidos y ejecutados de buena fe.

Los defensores de la imprevisión en el Derecho argentino pretendian fundamentar su aplicación de algunos textos de los artículos que el Código Civil ofrecía, es decir, sus preceptos podrían considerarse inspirados en el esencial principio de equidad que informa la cláusula "Rebus sic stantibus", toda vez que comportaban o significaban la aceptación implícita de ese principio, o que por lo menos armonizan

(184) **Apud.** por FLAH, Lily R., y SMAYEVESKY, Miriam, **TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN**, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 10.

totalmente con el mismo.

Así, no obstante la norma de la autonomía de la voluntad traducida en el artículo 1197, se encuentran numerosas limitaciones a ese postulado, como son los artículos 21 (el orden público) y sus correlativos 502, 530, 792, 953, 2261; en el derecho de familia, los arts. 297, 298, 434 y 435; en el derecho sucesorio los arts. 3591, 3599, 3618; en los derechos reales los arts. 2621 a 2652, 2680 a 2682. Pero principalmente cabe ver alguna conexión con el principio de la imprevisión, no sólo en los artículos 74 y siguientes, sobre cesación de pensión alimenticia por cambio de las circunstancias sobrevinientes, sino en los arts. 2001, 2002 y 2056. Además, encontraban en el artículo 1198, un precepto muy útil para resolver la cuestión de la imprevisión, en cuanto disponía que: "Los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos." Con este precepto decían es imposible extraer de una convención consecuencias que han quedado fuera de las previsiones de las partes, por lo que la doctrina de la imprevisión no es pues, una innovación arbitraria, sino el corolario de reglas tradicionales en materia de obligaciones.

También constituían aplicaciones más o menos directas de la teoría de la imprevisión las numerosas Leyes de emergencia dictadas con motivo de algún acontecimiento

sobreviniente; entre estas leyes mencionareos las número 11.720 y 11.741, del año 1939 llamadas de moratoria hipotecaria, referentes a los deudores del Banco Hipotecario y a los deudores hipotecarios de acreedores particulares, respectivamente; la ley número 11.157 de alquileres, que estableció que desde su promulgación, no podía cobrarse por la locación de casas, piezas y departamentos destinados a habitación, industria o comercio, un precio mayor que el que se cobraba al 1° de enero de 1920; los decretos-leyes números 1.580 del año 1943, que estableció una rebaja general de los alquileres; el número 29.716 del año 1945, que prorrogó los plazos de las locaciones, dictados durante el gobierno **"de facto"** que siguió a la revolución del 4 de junio de 1943, entre muchos otros.

Por su parte los Tribunales argentinos ha reconocido en algunos fallos el principio que estudiamos, no obstante la valla que significa el artículo 755 donde los mismos tribunales han repudiado el principio del artículo 1244 del C. Civ. fra., que autoriza expresamente a los jueces a conceder a los deudores, en casos especiales, plazos moderados (plazos de gracia) para el cumplimiento de sus obligaciones, y a pesar del obstáculo que significa también el artículo 943, donde el codificador argentino repudió absolutamente la teoría de la lesión, que el C. Civ. fra. aceptó en su artículo 118 aunque limitada a casos especiales. Teniendo presente que el principio de la equidad fundamenta expresa o implícitamente muchos de los

preceptos del C. Civ. arg., los Tribunales en base a ello han dictado muchas de sus jurisprudencias.

Así, la sentencia número 18/953 de noviembre determinó que: "...la teoría de la imprevisión puede resolverse en nuestro Derecho por aplicación del artículo 1198. Cuando las condiciones de hecho por razón de las cuales las partes fijaron ciertos precios unitarios son considerablemente alteradas y cambiadas por hecho no imputable al empresario o por circunstancias imprevistas e imprevisibles, que quedaron fuera de las intenciones de los contratantes, las modificaciones de los precios o justa compensación de la obra en tales condiciones confeccionada se impone en homenaje a la equidad y al Derecho común."

Otro fallo en el mismo sentido fue el dictado en el mes de agosto de 1952, fallo número 26/952 que dispuso que: "...la teoría de la imprevisión es aceptada en el Código Civil a través de distintos institutos, pero debe surgir implícitamente del contrato respectivo. La teoría de la imprevisión debe aceptarse como criterio interpretativo, por cuanto que los contratos deben cumplirse de buena fe, y de acuerdo con las consecuencias virtuales."

Siendo bastantes las sentencias que aceptaron la teoría de la imprevisión sería extenso citar aquí todas y cada una de ellas, por lo que a nuestro juicio dieron pauta para que

se organizaran congresos y recomendaciones en jornadas de trabajo. En efecto, en 1959 la Sexta Conferencia Nacional de Abogados de la Plata, traduce la importancia que la doctrina atribuía a este tema. En el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de Córdoba en 1961, se aprobó la recomendación 15 del tema 10, basada en la ponencia del Dr. Jorge MOSSET-ITURRASPE que expresaba que debía incorporarse al C, Civ. arg. el siguiente texto a continuación del art. 1198: "En los contratos bilaterales, conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte afectada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al álea propia del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución si el afectado hubiese obrado por culpa o estuviere en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato." (185)

Salvo las expresiones "álea" que fue modificada por "riesgo", y "afectado" que paso a ser "perjudicado", la recomendación transcrita se convirtió en la segunda parte del

(185) **Ibid.**, pp. 9 y s.

artículo 1198, según reforma ordenada por la ley número 17.711. La inclusión del artículo 1198 en el C. Civ. arg. significó recoger en forma expresa una inquietud traducida en congresos, jornadas, proyectos de reforma y fallos jurisprudenciales. Fue así que el 22 de abril de 1968, se reformó el C. Civ. arg. y en la exposición de motivos la Comisión Redactora encargada de tal reforma se expresó: "La Comisión designada por la Secretaría de Estado de Justicia para el estudio de la Reforma del Código Civil y leyes complementarias, tiene el honor de elevar a el proyecto elaborado en cumplimiento de la tarea que se le encomendó.

La primera cuestión considerada fue determinar si debía proyectarse un nuevo Código o una reforma parcial. La mayoría de los miembros de la Comisión se pronunció en este último sentido. No debe dejar de señalarse que para ello gravitó fundamentalmente el innegable progreso que en la vida jurídica del país ha significado la evolución de la jurisprudencia civil, que como beneficioso resultado de la de la encomiable labor de una prestigiosa magistratura, ha impuesto soluciones, superando así la concepción exegética predominante en las primeras décadas de vigencia del Código.

Se tuvo en cuenta también el riesgo de perder el importante esfuerzo de los tratadistas y autores que han cumplido en la elaboración de las obras doctrinarias una tarea cultural de alto nivel, que honra al país, como lo prueba el elevado concepto

de que goza, aún fuera de las fronteras nacionales, en los contratos jurídicos de derecho codificado.

Entiende la Comisión que las modificaciones que auspicia constituyen prudentes reformas que, de acuerdo con las enseñanzas de la doctrina, se estiman convenientes. Se ha tratado de evitar en lo posible las innovaciones que puedieran suscitar reacciones polémicas, por no contar con el auspicio de los más autorizadas fuentes de opinión.

Han gravitado por ello especialmente, en esta Comisión, los Proyectos de Reforma elaborados hasta la fecha y las decisiones de los Congresos y Jornadas que reunieron a destacados juristas y auspiciaron la sanción de modificaciones al Código Civil.

En cuanto a la orientación general de la reforma, se **HA ACENTUADO EL PREDOMINIO DE LA REGLA MORAL COMO FUNDAMENTAL NORMA DE CONDUCTA**. Puede mencionarse como expresión de ello la reprobación del ejercicio abusivo de los derechos, el **RECONOCIMIENTO DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION EN MATERIA CONTRACTUAL**, el principio de la lesión subjetiva como causa de nulidad de negocios jurídicos y otras instituciones."

Con estos antecedentes el C. Civ. arg. a partir del año de 1968 cuenta con la inclusión expresa de la "TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN" dentro de su ordenamiento civil en el artículo

1198, el cual dispone: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornará excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato."

148. c. La cláusula "Rebus sic stantibus" y el nuevo Código Civil peruano del año de 1984

El debate científico acerca de la caracterización del sistema jurídico latinoamericano, ha progresado ciertamente en los últimos años. No es nuestra intención ahora agotar el argumento, pero sí epitomar en modo bastante esquemático algunos de los resultados a los que ha llegado, y ciertas cuestiones que quizás merezcan un examen más detenido.

Dentro de este progreso jurídico latinoamericano se encuentra el nuevo C. Civ. per. de 1984, que bien demuestra esa tendencia y el coraje de enfrentrar los problemas que la sociedad va reclamando, en estos asuntos de ir adecuando los ordenamientos jurídicos a las necesidades de la sociedad en constante progreso, como algunos otros, son objeto de reflexión de los estudiosos del Derecho, puesto que todavía se encuentran de cierta forma polemizados, reclamando por tanto, la palabra decisiva del legislador.

En este orden de ideas se pone de relieve el hecho de que el legislador peruano haya tomado posición frente a una serie de asuntos polémicos doctrinalmente, habiendo logrado que el C. Civ. per. absorva las principales conquistas de la ciencia civilista. SILVA-PEREIRA(186) cita por ejemplo, la enumeración de los derechos de la persona (arts. 3 a 5); los actos de disposición del propio cuerpo (art. 7); la declaración de muerte presunta y el reconocimiento de existencia (arts. 63 a 69); la igualdad absoluta de los cónyuges (arts. 287 a 294); el principio de la buena fe como norma en la celebracion de los contratos (art. 1362); entre otros.

Resalta de entre todos ellos la incorporación de

(186) SILVA-PEREIRA, Caio Mario da, **RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR EXCESIVA ONEROSIDAD**, Edit. Cultural Cuzco, Perú, 1986, p. 419.

la figura de la "excesiva onerosidad de la prestación" con lo que se inscribe el C. Civ. per. entre los más modernos monumentos civilistas de nuestra época. Esta figura ha sido el fruto de una larga lucha entre los principios "Pacta sunt servanda" y "Rebus sic stantibus".

En efecto, el C. Civ. per. a reglamentado la "Teoría de la imprevisión" con algunas pecurialidades que merecen ser destacadas. Se tiene entre ellas, el hecho de haber extendido su aplicación a los contratos aleatorios cuestión que no compartimos (**supra**, 139.b.), cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato (art. 1441, inciso 2), no obstante que su campo de aplicación normal es el de los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida (art. 1440); así como la circuntancia de resaltar improcedente la acción cuando la ejecución de la prestación fue diferida por dolo o culpa de la parte perjudicada (art. 1443).

De acuerdo con el artículo 1440, el contratante pretextando su perjucio, no podrá unilateralmente alterar ó suspender la ejecución de la prestación a su cargo. Cualquier cambio en la relación obligacional deberá darse mediante procedimiento jurisdiccional. El segundo parráfo de este precepto establece la resolución del contrato por decisión judicial cuando lo solicite el demandado o cuando no fuere posible que el juez

reduzca o aumente la contaprestación por la naturaleza de la prestación o por las circunstancias.

Este resumen sintético, no tiene la pretención de destacar todas las innovaciones del Código por lo que hace a nuestro tema de estudio, sin embargo es lícito afirmar, que de entre lo más valioso del C. Civ. per. consiste sin duda en convertir en normas positivas nacionales los principales derechos de los contratantes cuando haya un cambio de circunstancias imprevistas, toda vez que son muchas las dispocisiones particulares dignas de encomio, tanto por la afirmación axiológica que contienen, como por su afinamiento técnico-jurídico y su concordancia con la mejor y más moderna doctrina de tradición romano-canónica. En este sentido, pasaremos al exámen detallado de las normas que consagran la "Revisión del contrato por excesiva onerosidad de la prestación", reiternado que el nuevo C. Civ. per. al tratar el asunto, se inscribe entre los más modernos ordenamientos del Derecho privado.

La norma fundamental expresada en el art. 1440 dispone que el campo de aplicación de la imprevisión está en los contratos conmutativos de ejecución continuada, períodica o diferida, a mayor abundamiento, quien contrata, asume los riesgos futuros, más si la prestación se torna excesivamente onerosa por fuerza de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, cabe la aplicación del principio del citado artículo 1440, que

literalmente expresa: "En los contratos conmutativos de ejecución continuada, períodica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que le reduzca o que aumente la contraprestación a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuere posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitará el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas."

Dentro de este precepto es interesante observar como la revisión puede hacerse en dos direcciones: la reducción o el aumento de la contraprestación, de suerte que el equilibrio roto puede lograr una solución preferencial mediante su restablecimiento prestacional. Claro está que si no fuere posible esto último por la naturaleza de la prestación, las circunstancias o a solicitud del mandato, el juez podrá decretar la terminación del contrato, o sea que le corresponderá a éste,calificar todos esos factores para decidir sobre el mantenimiento del acto o su disolución.

Explícitamente en el precepto 1440 se incluyen a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo natural del acto, en lo que se aproxima al C. Civ. ita. de 1942. A este respecto el art. 1441 establece: "Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se

aplican: 1. A los contratos conmutativos de ejecución inmediata cuando la prestación a cargo de una de las partes a sido diferida por causa no imputable a ella; 2. A los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produce por causas al riesgo propio del contrato."

Por otro lado la parte perjudicada no está legitimada para demandar la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa suya como ha quedado establecido en el precepto 1441, inciso 1. En este sentido nadie puede alegar su propia culpa para exigir la revisión del contrato y mucho menos para pedir su terminación.

La acción por excesiva onerosidad tiene el carácter de orden público, puesto que el artículo 1444 establece: "Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación." Este carácter se sustrae del ámbito privado para incluirla en la órbita del interés general por ser competencia de éste.

La acción por excesiva onerosidad caduca a los tres meses de haber cesado el acontecimiento imprevisto que le dio origen según disponen los artículos 1445 y 1446 que respectivamente establecen: "La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los 3 meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el art. 1440." "El término inicial del plazo de caducidad a que

se refiere el art. 1445 corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles."

Sin embargo, a pesar de ser un Código que supera a todos los del continente por su alto contenido jurídico y avanzadas teorías que contienen muchas de sus instituciones, SCHREIBER-PEZET(187) hace una crítica con respecto a la excesiva onerosidad de la prestación en los siguientes términos: "Preocupa la situación que se producirá cuando iniciada la acción por excesiva onerosidad de la prestación, el juicio se dilate de un modo tal que las prestaciones se sigan sucediendo entretanto, hasta agotarse. ¿De qué reajuste o resolución estaríamos hablando en esta hipótesis? Por otra parte , si se le concediera al juez la facultad de suspender la ejecución de la prestación objetada, todos los interesados la invocarían y esto crearía un estado de hasta agotarse. ¿De qué reajuste o resolución estaríamos hablando en esta hipótesis? Por otra parte , si se le concediera al juez la facultad de suspender la ejecución de la prestación objetada, todos los interesados la invocarían y esto crearía un estado de grave inseguridad jurídica. Hasta donde llega nuestro conocimiento, el tema no ha sido regulado por ninguno de los códigos que admiten la excesiva onerosidad de la prestación.

(187) SCHREIBER-PEZET, Max Arias, **ERRORES DETECTADOS EN EL ÁREA DE LOS CONTRATOS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984**, Edit. Cuzco, Lima, 1986, p. 348.

Queda como en otros casos, propuesto el debate."

Pese a todo esto BONIVENTO-FERNÁNDEZ(188) concluye: "El Código Civil peruano, con el principio de la excesiva onerosidad instituido como causa de modificación de las prestaciones, o resolución del contrato, se revela atento a las constantes innovaciones que la ciencia civilista viene introduciendo en la dogmática del derecho privado. Y la forma minuciosa como trata el tema, pretende cubrir todos sus ángulos, estructurando el instituto de la manera más amplia, aventajándose sobre los Códigos que lo tienen admitido."

149. DOGMÁTICA DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

De lo que se extrae de los principios consagrados en las diversas legislaciones que admiten la cláusula "Rebus sic stantibus", se puede construir la doctrina de la "Teoría de la imprevisión" y asentar sus elementos etiológicos, en los siguientes puntos:

I. Salvo casos excepcionales, tiene cabida la invocación de la excesiva onerosidad en los contratos de ejecución continuada o diferida;

(188) BONIVENTO-FERNÁNDEZ, José Alejandro, **EL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y EL SISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO**, Edit. Cultural Cuzco, Perú, 1986, pp. 391-392.

II. Es necesario que ocurra una alteración radical (circunstancias no previsibles) en las condiciones económicas sociales de manera objetiva entre el momento en que el contrato fue celebrado y aquel en que deberá ser ejecutado. Deben ser irrelevantes los criterios subjetivos que pudieran tomarse (abuso del derecho, fuerza mayor, lesión, enriquecimiento ilícito, entre otros);

III. La ejecución del contrato con el cambio de circunstancia impondrá a una de las partes onerosidad de tal modo excesiva, que su contraparte lo aproveche inusitadamente, al mismo tiempo que imponga un perjuicio anormal;

IV. No puede invocarse el beneficio de la "Teoría de la imprevisión" apelando que se contrato en circusntancias coyunturales de carácter económico-social, toda vez que los acontecimientos que motiven la aplicación de la teoría deben ser imprevisibles y anormales.

V. Tampoco se aplicará la imprevisión a los contratos naturalemente aleatorios, o que la voluntad de las partes así los transforme;

VI. La parte perjudicada por causa de la imprevisión puede acudir al juez, y éste en vista de las circunstancias debe determinar si revisa el contrato ya sea para

modificarlo, aplazarlo o resolverlo, debiéndolo hacer siempre en los términos de equidad y buena fe;

VII. Por último, la resolución del contrato puede ser evitada, si el contratante a quien beneficio acepta la revisión del contrato (aplazandolo o modificandolo).

CAPÍTULO QUINTO

LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO MEXICANO

SUMARIO:

150.A. ACONTECIMIENTOS SOCIALES EN LA INCIDENCIA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO CIVIL

En este capítulo expondremos los que consideramos los fundamentos por los cuales el juez debe aplicar la "Teoría de la imprevisión" sin necesidad de que haya una disposición expresa al respecto. No dudamos que en un futuro el legislador reforme nuestro ordenamiento-jurídico civil, para adecuarlo y colocarlo dentro del progreso de evolución jurídica que esta produciendo con respecto a esta doctrina (**supra**, Cap. IV), toda vez que la teoría fue nuevamente utilizada a raíz de las consecuencias que produjo la Primera Guerra Mundial, sacudiendo las relaciones político-económicas y jurídicas (especialmente las contractuales).

México no fue extraño a este tipo de problemas, ya que durante la Revolución armada y socio-política de 1910, se expidierón una serie de normas para combatir los embates sufridos por esta gran conmoción nacional; después la Segunda Guerra Mundial fué motivo para que se expidieran "Leyes de emergencia" y cambiar con ello las relaciones contractuales, modificándose la forma de pago en algunos contratos; en otros como el arrendamiento, se prorrogarón por tiempo indefinido, prohibiéndose el aumento de rentas (**infra**, 175.aaa.); y en algunos otros se compensaron los salarios de los trabajadores. Se demuestrá con lo anterior, que la legislación mexicana no es

contraria en aceptar la cláusula "Rebus sic stantibus" cuando acontecen sucesos imprevistos, basándose desde luego en principios de equidad, justicia y buena fe.

Por otro lado, nuestro C. Civ. 28 inspirado en un nuevo concepto social de los derechos personales, como prerrogativas que cumplen a la vez una función individual y social, tiende a desplazar el individualismo exagerado que ominaba el artículado del C. Civ. 84, motivo por el cual consideramos que a raíz de ésto y de la incipiente jurisprudencia que existe con relación a este tema, debe aceptarse que el juez tenga la facultad de modificar los contratos que han sufrido una alteración que no pudo ser prevista por los contratantes debido a lo extraordinario del acontecimiento haciendo con esto más ventajoso el contrato para una de las partes, lo que nos ubica en la posición de los científicos del Derecho, para la justificación de su aplicación.

151. B. FUNDAMENTOS JURÍDICOS-DOCTRINALES PARA LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Como se examinó (**supra**, Cap. III), resalta la importancia de las diversas doctrinas que se han elaborado para dar fundamento a la "Teoría de la imprevisión", en el sentido de si corresponde al juez o al legislador dar solución a los contratos que una vez celebrados, puedan ser revisados, esto

siempre y cuando en el transcurso del tiempo la relación contractual sufra una alteración para su posible cumplimiento, toda vez que la onerosidad excesiva hace jurídicamente imposible el cumplimiento de la prestación, siendo el juez quien primeramente tiene la facultad para resolver el problema de la imprevisión. Por su parte, el merito del legisdador estribará en la posibilidad de ejercitar la potestad de la derogación o abrogación para crear mediante una reforma, una nueva preceptuación jurídica.

Enfocaremos pues nuestra atención a transmitir primero: las opiniones de diversos tratadistas que estan de acuerdo en aplicar la "Teoría de la imprevisión"; y segundo: a aquellos que no la aceptan, dichas posturas doctrinales sirvirán para fundamentar la propia.

152. a. Sus detractores

Esta corriente funda su idea en que en el Código Civil vigente no existe una reglamentación ni especial ni general que permita al juez modificar los contratos ante situaciones extraordinarias que no pudieron ser previstas oportunamente por las partes contratantes. Explican que esta tarea queda reservada al legislador, que a través de leyes de carácter general resuelva el problema que plantea la imprevisión; tampoco se halla precepto alguno que otorgue facultades ilimitadas al Poder judicial, ya que esto haría más inestables las transacciones y la

seguridad de los contratos.

Concluyen que los contratos deben de ser puntualmente cumplidos de conformidad con lo establecido en el artículo 1796 del C. Civ. 28, que en su parte conducente dispone: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento... desde que se perfeccionan obligan a los contratantes...", precepto que procede del artículo 1419 del C. Civ. 84 que dispone en su parte conducente: "Los contratos legalmente celebrados serán puntualmente cumplidos..." y éste a su vez, del precepto 1134 del C. Civ. fra. que consagran el principio "Pacta sunt servanda", debiéndose tomar también en cuenta el artículo 1797 del C. Civ. 28 que ordena: "La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes." A tales efectos reseñamos lo fundamental de los opositores de la "Teoría de la imprevisión".

153. aa. En la opinión de BORJA-SORIANO

Este autor afirma que el principio de la obligatoriedad del contrato no admite excepciones, ya que una vez celebrado el contrato, éste debe de ser cumplido en todos sus términos. Que de llegar a aceptarse la "Teoría de la imprevisión" corresponderá al legislador el emitir la modificación al ordenamiento jurídico mediante una "Ley de emergencia" que atempere la situación concreta que se este viviendo por motivo de sucesos imprevistos y extraordinarios, que agraven el

cumplimiento de las obligaciones de una categoría general de deudores.

En apoyo a la argumentación anterior invoca los artículos 1419 del C. Civ. 84 y el 1796 del C. Civ. 28 que consagran el principio ya enunciado; para dar fundamento a su postura cita artículos del C. Civ. fra. en los cuales DEMONGUE y BONNECASE trataron de encontrar cabida a la "Teoría de la imprevisión", lo cual critica diciendo: "Como los artículos del Código Napoleón citados por Demogue y Bonnecase... 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..." (189)

Concluye BORJA-SORIANO(190) de la siguiente manera: "El problema llamado de la imprevisión, como cualquier otro problema jurídico, puede considerarse desde dos ángulos que no siempre coinciden: desde el punto de vista del Derecho Ideal y desde el punto de vista del Derecho Positivo. Según el Derecho ideal, la fuerza obligatoria del contrato debe templarse por la consideración de lo justo. Pero no se llega a esta solución dando al juez el poder de revisar los contratos. Esta facultad debe

(189) BORJA-SORIANO, **op. cit.** nota (12), t. I, p. 329.
(190) **Loc. cit.**

quedar reservada al Legislador para que la ejerza en circunstancias excepcionales." Por último dice que con respecto a nuestro Derecho positivo, deben tenerse en cuenta los artículos 1419 del C. Civ. 84 y 1796 del C. Civ. 28 y el problema de la imprevisón estará resuelto.

154. bb. Postura de GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ

Después de exponer a grandes rasgos el problema de la imprevisión como él lo llama, dice que el ordenamiento civil vigente sigue la tesis del principio "Pacta sunt servanda", por lo que los contratos deben cumplirse a pesar de que las circunstancias cambien en el transcurso del tiempo, toda vez que ni la buena fe, ni la equidad, sirven para adaptar la cláusula "Rebus sic stantibus" en el Derecho mexicano.

Agrega dicho autor: "Hay sin embargo, un caso de excepción en el Código y es el que se consigna en el artículo 2455... Como se indica, es esta una situación de mera excepción, pues la regla que el Legislador mexicano ha observado en casos de imprevisión, es la de dar soluciones especiales en cada uno de ellos..." (191)

155. cc. Parecer de SÁNCHEZ-MEDAL

Es también partidario de que la "Teoría de la

(191) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, **op. cit.** nota (30), p. 378.

imprevisión" no es aplicable en nuestro ordemamiento jurídico civil, expresando que las construcciones doctrinales que se han elaborado para adaptarla al Derecho mexicano traería como consecuencia la inseguridad en la contratación.

Por lo que se refiere al poder revisor por parte del juez, expresa: "...nunca compete al juez hacerlo si no existe la autorización precisa de la ley... ni a pretexto de que al celebrarse (el contrato) no pudieron preveer los contratantes que sobrevendrían después cambios inesperados y extraordinarios que aumentarían o meguarían de manera excesiva el valor real de las obligaciones pecuniarias de alguno de ellos." (192)

Por lo que hace al Poder legislativo agrega: "Sobre la intervención del legislador cabe decir 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 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (**infra**, 184.aaa.) así lo ha sustentado en dos ejecutorias (amparo 1863/58, José de la Luz Valdés, Sem. Jud. de la Fed. 6a. época, tomo XXIV, 4a. parte, pág. 62; y amparo 1947/80, Hidrogenadora Nacional, S.A., en el Informe de 1980 de la 3a. Sala de la Corte, pág. 31 y 32)." (193)

---

(192) SÁNCHEZ-MEDAL, **op. cit.** nota (99), p. 99.
(193) **Loc. cit.**

Concluye nuestro autor de la siguiente manera: "...según se indico antes, ni los mencionados esfuerzos de una parte de nuestra doctrina, ni las soluciones que ofrece también una parte del Derecho Comparado, autorizan la aplicación general a nuestro Derecho, de la teoría de la imprevisión o de la revisión del contrato o de la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente, pues la admisión de estas instituciones quebrantaría gravemente la seguridad de la contratación. Es más, nuestra legislación rechaza expresamente esta revisión del contrato a propósito del contrato de obra a precio alzado..."

156. dd. El criterio de ROJINA-VILLEGAS

Este autor sostiene (después de hacer una reseña al problema que plantea la imprevisión en los contratos y criticar la postura de BORJA-SORIANO) que: "Por lo que se refiere a la tesis de Demogue, se invoca el principio de la interpretación del contrato a favor del deudor. Este principio esta aceptado no sólo en un artículo sino en una serie de preceptos de nuestro Código, que tratan siempre de imponer la equidad en la interpretación de los contratos... El principio de la buena fe es otra forma de interpretar equitativamente los contratos, que reconoce explícitamente nuestro derecho... Refiriéndose a la tesis de Bonnecase... nuestro derecho... admite el término de gracia al deudor... para concederle un plazo discrecional que le evitará un embargo inmediato con el remate de

sus bienes... Por último, el principio de equidad en materia de accesión respecto de bienes muebles, esta expresamente aceptado por nuestro Código Civil, para regir todos los casos en la mezcla, confusión, especificación e incorporación; podrá desconocerse los preceptos del Código Civil y resolverse simplemente por equidad..." (194)

Como se podrá observar, el parecer del maestro ROJINA-VILLEGAS(195) hacia suponer que era partidario de la doctrina de la imprevisión, pero el criterio que siguio fue contrario: "En nuestro concepto, creemos que la teoría de la imprevisión no puede fundarse en los artículos que han citado Bonnecase y Demongue, porque fundar la teoría de la imprevisión en la interpretación de los contratos, es desconocer el problema que entraña esta teoría... En nuestro derecho el legislador a demostrado ante ciertas crisis, que estos problemas se resuelven mediante leyes y no facultando al juez para que altere las condiciones de un contrato... Por lo tanto, creemos que sería más jurídico sostener que en nuestro medio toca al legislador, y no al juez, modificar por preceptos de observancia general las condiciones de los contratos en circunstancias extraordinarias."

(194) ROJINA-VILLEGAS, **op. cit.** nota (115), t. I, pp. 648-649.
(195) **Ibidem.**, pp. 650-652.

157. b. Aceptación doctrinal de la imprevisión

Frente a la anterior argumentación, se ha sostenido una postura contraria, afirmando que es posible encontrar en los textos del Código Civil vigente indicios y preceptos concretos que permitan columbrar un principio general a fin de aplicar la "Teoría de la imprevisión". Los autores que sostienen esta postura fundan las mismas en conceptos como la buena fe, la equidad y en los Principios Generales del Derecho, que facultan a los juzgadores y aún al mismo legislador para que en los casos en que se presente la imprevisión procedan a revisar o modificar los términos de un contrato en su cumplimiento.

158. aa. Reflexión de Rafael de PINA

Escribe este autor en relación al tema que nos ocupa, que: "...la teoría de la imprevisión es aplicable, en los casos para los que está elaborada, en el sistema jurídico civil mexicano por una razón fundamental. Esta razón la encontramos en la declaración constitucional expresa en los principios generales del derecho civil como fuente formal del derecho positivo mexicano. Esta posición sólo se podrá objetar desconociendo esta realidad legal." (196)

Continúa explicando el eminente jurista: "Ahora

(196) DE PINA, **op. cit.** nota (25), t. III, p. 275.

bien, si los principios generales del derecho son fuente legal de nuestro derecho civil, ¿cómo podría un juez frente a un caso de imprevisión negar al interesado los beneficios de la aplicación de una teoría tan plena de elementos espirituales y de fundamentación tan justiciera? La necesidad de aceptar la teoría de la imprevisión con sus consecuencias prácticas, puede fundarse, además, en las exigencias éticas, indeclinables, que siempre deben inspirar a las normas del derecho positivo. Por otra parte, toda proposición jurídica que lleve a concluciones inicuas debe ser rechazada resueltamente."

Nuestro autor en cita hace de los Principios Generales del Derecho la base fundamental de su postura doctrinaria. Por lo que como una primera premisa consideramos que la aplicación de los Principios Generales del Derecho aún los no legislados positivamente, plantea un conjunto de cuestiones que tienen a la vez un indudable interés teórico y práctico, trasuntando un atractivo muy especial para quiénes piensan que el Derecho es sólo un catálago de las normas positivas, desprendidas de la justicia y de la realidad natural, que el juez se limita a aplicar como un autómata, con el auxilio exclusivo de la lógica formal y el método deductivo, sino es algo más, donde están en juego los principios y valores fundamentales de las personas y de las cosas, en este sentido, nuestro C. Civ. 28 no es la única fuente del Derecho Civil, toda vez que éste ordenamiento admite los Principios Generales del Derecho, entre los cuales se halla

evidentemente el de la buena fe y la equidad contractual.

159. bb. Tesis de ORTÍZ-URQUIDI

Este autor después de analizar la "Teoría de la imprevisión" y los problemas que ocaciona cuando se presentan situaciones que den pauta para aplicarla, menciona las soluciones que se han dado por las legislaciones y autores extranjeros; afirmando que nuestro ordenamiento positivo si da cabida a esta teoría desde la siguiente perspectiva: "Pues bien, para nosotros no hay la menor duda: no la acoge en forma expresa mediante una norma general, clara y precisa... pero sí implícitamente como nos autoriza a afirmarlo el contenido de los preceptos que... invocaremos y cuya sistemática interpretación de los unos por los otros y lógica armonización de todos ellos en conjunto, nos conduce a llegar a la apuntada conclución, o sea que nuestro Derecho positivo no podía ni puede quedar al margen de las soluciones de justicia que nos brinda la teoría que nos ocupa." (197)

Los preceptos a que hace referencia el maestro ORTÍZ-URQUIDI son del C. Civ. 28 en el siguiente orden: art. 17 que condena energícamente la lesión; los arts. 20 y 1857 que mencionan a la equidad; los arts. 16, 840 y 1912 que sancionan el abuso de todo derecho; también rechaza nuestro Codigo que se siga

(197) ORTÍZ-URQUIDI, **op. cit.** nota (13), p. 432.

obligado ante el caso fortuito, regla general contenida en el artículo 2111, todos estos preceptos establecen reglas generales para tenerse en cuenta al fundamentar la imprevisión, girando ellos en torno de un precepto de carácter fundamental en las relaciones contractuales, el artículo 1796, que además de obligar a las partes al cumplimiento de lo pactado y a las consecuencias que sean conformes al uso y a la ley, también lo hace a las consecuencias que sean conformes a la buena fe, que es indudablemente una de las bases inspiradoras de la imprevisión.

Pero no sólo se basa en preceptos generales para fundar su tesis, sino también en artículos particulares referidos a instituciones concretas, tal es el caso de los artículos 2395 y 2396 en materia de mutuo y el 2455 en materia de arrendamiento de fincas rústicas.

Además de basar sus posturas en preceptos del C. Civ. 28, lo hace también en artículos del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, como el artículo 404 referente al término de gracia y el 511 que dice: "Si los bienes embargados no estuvieren valuados anteriormente, se pasará a avalúo y venta en almoneda pública, en los términos prevenidos en 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 CURSO DEL TIEMPO** o

por mejoras HUBIERE VARIADO EL PRECIO."

El maestro ORTÍZ-URQUIDI(198) después de analizar los artículos citados concluye: "De manera, pues, que, siendo todo ello así, estamos en condiciones de afirmar... que nuestro Derecho positivo acoge, en forma por demás incontrovertible para nosotros, y en muy buena hora, la justificada y justiciera teoría de la imprevisión."

160. cc. Posición de QUINTANILLA-GARCÍA

Maestro que es partidario de la "Teoría de la imprevisión", estableciendo que en el marco legislativo mexicano sólo dos Códigos Civiles locales han aceptado expresamente la imprevisión en los contratos: "En el aspecto doctrinal, la gran mayoría de los autores mexicanos, han sostenido injustificadamente, que solo aquellos códigos locales (Jalisco y Aguascalientes), que han aceptado a la teoría de la imprevisión en forma expresa, se aplica dicha teoría..." (199)

Este autor como la mayoría de los partidarios de la imprevisión, funda su postura en los siguientes artículos del C. Civ. 28: el 1796, 1836, 1837, 1851 y 2455. Además funda su tesis en una jurisprudencia (**infra**, 184.aaa.) que emitió nuestro

(198) **bid.**, p. 434.
(199) QUINTANILLA-GARCÍA, Miguel Angel, **DERECHO DE LAS OBLIGACIONES**, Edit. Departamento de publicaciones E.N.E.P. Acatlán, Naucalpan, 1979, p. 67.

máximo tribunal en el amparo 1863/58 promovido por José de la Luz Valdés en la Tercera Sala y que en su parte conducente dice: "Para estudiar el problema... es preciso invocar la teoría de la imprevisión que la doctrina jurídica ha formulado en los siguientes términos: cuando en los negocios de ejecución a largo plazo o de tracto sucesivo surgen en el intervalo acontecimientos extraordinarios que rompen el equilibrio entre los intereses de las partes, no está de acuerdo con la buena fe exigir el cumplimiento de las obligaciones con un alcance que no pudo preveerse, advirtiendo que debe tratarse de acontecimientos de cierta magnitud que no cabía tomar en cuenta razonablemente al formar el acto jurídico, ya que de lo contrario, faltaría una de las bases de la imprevisón y vendrían a sufrir desmedro la estabilidad en los negocios."

Por último, nuestro autor en cita manifiesta que: "A manera de conclusión, respecto al estudio de la aplicación de la teoría de la imprevisión en nuestra legislación del Distrito Federal, nos permitimos citar la siguiente tesis jurisprudencial que amalgama al artículo 1796, dando cabida a la resolución o modificación de las prestaciones que se hubieren convertido imprevisiblemente en excesivamente onerosas: BUENA FE. La buena fe es base inspiradora de todo el derecho y debe serlo, por tanto, del comportamiento de las partes en todas sus relaciones jurídicas y en todos los actos del proceso en que

intervenga." (200)

161. dd. El nuevo criterio de ROJINA-VILLEGAS

Se manifestó (supra. 156.dd.) que dicho autor formaba parte de la corriente contraria, empero en una nueva posición sostiene que: "No obstante la trascendencia de este principio (Pacta sunt servanda) dado que él depende todo el régimen contractual, la heteronomía de la norma misma, su coercibilidad, su posibilidad por lo tanto de hacerse cumplir coactivamente, etc., se tolera una excepción de carácter general cuando causas extraordinarias vengan a modificar senciblemente la situación económica reinante, siempre y cuando hayan sido imposibles de prever... existe un fundamento de equidad y de buena fe para que se flexione el principio de obligatoriedad y se modifiquen las cláusulas de un contrato, que de ser cumplidas exactamente, traerían consigo la ruina económica del deudor por causas imposibles de prever y de carácter extraordinario." (201)

Obsérvese que el autor citado reitera su postura en favor de la teoría de la imprevisión, toma como fundamento nuevamente las posturas francesas de BONNECASE y DEMONGUE agragando a sus fundamentos la doctrina alemana en el sentido de que ésta es más práctica buscando ante todo la

(200) **Ibidem.**, p. 69.
(201) ROJINA-VILLEGAS, **op. cit.** nota (4), t. V, vol. I, p. 217.

seguridad jurídica de las relaciones. Así, explica que ante el caso que nos ocupa el juez tendrá que equiparar la imprevisión a la imposibilidad física de cumplimiento y rescindir el contrato, para no caer en componendas peligrosas, considerando esta solución la más adecuada ante casos de imprevisión cuando ha desaparecido la base del negocio.

ROJINA-VILLEGAS(202), cambiando su postura de 1943 respecto a la imprevisión, emite un nuevo juicio de la siguiente manera: "Podemos concluir que también en nuestro derecho hay todo ese conjunto de datos (alude a los que sirvieron a Demongue y Bonnecase en la interpretación que sobre el particular hicieron del C. Civ. fra. y que Borja-Soriano dice que no tenemos) para fundamentar la facultad del juez a efecto de que pueda modificar, en términos de equidad un contrato cuyo cumplimiento exacto traería consigo la ruina del deudor. 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... 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 de dólar para los deudores que se obligaron a pagar calculando al tipo de 4.85 y

(202) **Ibid.**, p. 224.

que en la actualidad tengan que pagar al tipo de 12.50 (esto era en 1976, pues actualmente nuestro peso flota alrededor 3.50 nuevos pesos por dólar) permitira al juez, resolver con equidad, siempre y cuando el deudor no haya incurrido en mora. CON ESTAS RESTRICCIONES PODEMOS ACEPTAR EN MÉXICO LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN" (el subrayado es nuestro).

162.C. EN EL DERECHO PRIVADO ESTADUAL (UN SOPORTE PRÁCTICO A LA DOCTRINA)

Vamos ahora a plantear el problema de la imprevisión dentro del ambito del Derecho positivo civil mexicano. Primeramente, hay que hacer notar que nuestra legislación civil a nivel federal, no contiene una disposición concreta que autorice o prohiba la revisión de los contratos para que el juez los modifique, difiera o rescinda. Si tal disposición existiera de la misma manera que en Italia, Argentina o Perú (**supra**, 144.d., 147.b., 148.c.) no tendríamos necesidad de plantearnos esta cuestión, pues con adecuar la disposición relativa al caso concreto resolveremos el problema.

A falta de un precepto de naturaleza semejante es preciso hacer un exámen de nuestro Derecho para ver si dentro del espíritu de que está informado, se puede encontrar la solución que cabe dar al problema que estudiamos.

Hay que recordar que cuando nuestro C. Civ. 28

fue elaborado sirvieron de inspiración las ideas sociales que predominaban en aquella época, por lo que al hablar del fenómeno de la socialización del Derecho no hay que hacerlo en un sentido cualitativo, pues constituye una gran redundancia (el Derecho no se puede concebir más que como fenómeno y ciencia eminentemente social); sino que hay que hacerlo en un sentido cuantitativo.

En el dominio de las obligaciones contractuales, son tan hondas estas transformaciones por la socialización del Derecho, que se ha llegado a decir que se pone en aguda crisis la dogmática del contrato [cuestión que nosotros no compartimos, (**supra**, 124.c.)], toda vez que los principios básicos y tradicionales que regían la celebración de los contratos y la determinación de su contenido, estan hoy modificadísimos a virtud de nuevas categorías jurídicas (contratos forzosos, normados y los de adhesión), que plasman la disminución de la autonomía de la voluntad. En esta nueva tendencia socializadora del Derecho se encuentran los que establecían la observancia de los contratos y su irrevocabilidad, pues actualmente se encuentran desvirtuados por disposiciones que en determinados supuestos, permiten la modificación o alteración del contenido del contrato o conceden al juez facultades para ello. Si se pasa revisión a los diversos y clásicos tipos de contratos, se ve que gran número de ellos, tal vez la generalidad, han sufrido tantas restricciones en sentido socializador que resultan transformados considerablemente, perdiendo muchas de sus características

contractuales. Sirvan de ejemplo en el ambito del Derecho privado el contrato de arrendamiento y de mutuo; o los de nuestro Derecho público (**infra**, 199.c) como el de suministro y el de obra pública.

163. a. Legislación civil de los Estados de Jalisco y Aguascalientes

Aguascalientes y Jalisco (y son los dos únicos Códigos del país que asi lo hacen), admiten la revisión del contrato por causa de imprevisión. Según los textos legales, la rescisión opera en los casos de "variación radical de las condiciones generales del medio en que el contrato debería cumplirse", pero no comprende esa variación las "fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico o social, ni los cambios de posición o circunstancias de los contratantes en la sociedad", con lo cual y a nuestro juicio se resuelve parcialmente el problema.

164. aa. Código Civil de Jalisco

Establece este ordenamiento la revisión de los contratos por causas de imprevisión, según el cual los contratos pueden declararse rescindidos cuando varían radicalmente las condiciones generales del medio en que debían tener cumplimiento, de tal forma, que sea imposible satisfacer la verdadera intención de las partes y de llevar adelante los términos captados en la convención, y de la que resulte una notoria injusticia o falta de

equidad que no corresponda a la causa del contrato celebrado. Se excluyen desde luego de esta institución los contratos aleatorios y las fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico o social, así como los cambios que sufran los contratantes.

La exposición de motivos y fundamentos que sirvieron a la comisión encargada de elaborar el citado Código expresa: "Y una cuestión se a proyectado a la doctrina desde las realidades vividas en la post-guerra, que no puede pasarse inadvertida, sino que por el contrario cualesquiera que sean las dificultades para su captación en los Códigos y para su realización en el terreno de la práctica, es imperativo ensayar las fórmulas que en lo sucesivo puedan remediar y resolver las cuestiones que en el tiempo han sido fuente de abusos para quien se acogio al texto de leyes imprevisoras o de protestas e insubordinaciones para quien pone los ojos en miras más altas que el sólo Derecho positivo. Contratos que fueron celebrados bajo un régimen normal y en condiciones sociales determinadas, vieron transtornados sus términos por el cambio repentino de los valores o por la falta de correspondencia entre las prestaciones que en un tiempo aceptaron como equivalentes y que de pronto perdieron su significado para el acreedor, o dejaron vivo el esfuerzo personal no retribuido debidamente. La Comisión ha buscado el paliativo o el remedio, si fuere posible, para tales situaciones y, sin desconocer los peligros y las dificultades que estorban su próposito, ha establecido una base legal, fiando necesariamente

en la prudencia de los Tribunales para la actuación correcta en esta materia, en presencia de circunstancias cuya característica de imprevisibilidad los sustrae en Derecho positivo e incumbe más bien a la Jurisprudencia. Por esto también, los artículos 1771 a 1774 del proyecto como un ensayo o una innovación han parecido convenientemente que salieran un poco de la forma ordinaria de las leyes, llevando en si mismos un principio de explicación o de exposición de motivos que puedan orientar a los jueces hacia una correcta interpretación."

Tales artículos del 1771 al 1774 inclusive, colocados en el libro IV De las obligaciones, Primera parte, De las obligaciones en general, Título Primero, Fuente de las obligaciones, Capítulo II, Contratos, en su parte relativa a la Interpretación, del citado ordenamiento jalicience establecen:

"Art. 1771.- El consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato; por tanto, salvo aquellos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, los contratos podrán declararse rescindidos cuando, por haber variado radicalmente las condiciones generales del medio en que debían tener cumplimiento, sea imposible satisfacer la verdadera intención de las partes y resulte, de llevar adelante los términos aparentes de la convención, una notoria injusticia o falta la 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."

"Art. 1772.- En todo caso de aplicación del artículo anterior, la parte que haya obtenido la cesación de los efectos de un contrato, debera indemnizar a la otra, por mitad, de los perjuicios que le ocacione la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato, incluyendo gastos y demás que tuvieren que hacerse para lograr las mismas prestaciones en los términos que sean usuales o justos en ese momento, sólo podrá liberarse de este compromiso la parte que ofreciere a la otra llevar adelante las prestaciones aludidas, en términos hábiles, aún cuando ésta última rehusare la proposición."

"Art. 1773.- En los casos a que se refiere el artículo 1769 (203) si por vitud de la rescisión quedare sin

(203) Este artículo hace referencia a que las generalidades del contrato no deben comprender cosas distintas de aquellas que los interesados se propusieron contratar, numeral que de acuerdo con la lógica-jurídica no corresponde, toda vez que debe ser el precepto 1771.

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."

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

Como se ve, en el C. Civ. jal., la doctrina de la imprevisión si faculta al juez para rescindir los contratos y evitar el cumplimiento injusto de las obligaciones contenidas en los mencionados actos; no obstante lo encomiable de los artículos transcritos, estos no escapan a ciertas criticas, que se observarán (**infra**, 166.cc.).

165. bb. Código Civil de Aguascalientes

Este ordenamiento jurídico dentro del capítulo de interpretación a los contratos e inspirándose en el C. Civ. jal., regula la teoría de la revisión de los contratos por causas de imprevisión. Los preceptos que la regulan son una transcripción literal del de Jalisco, con la salvedad obvia de que el numeral ordinal de los artículos no corresponden en éste; los artículos de referencia son del 1733 al 1736 inclusive (la transcripción literal que hizo el legislador de Aguascalientes de la imprevisión fue también con los errores y con una falta total de

visión jurídica).

Consideramos que por ser una copia literal, caben tanto los mismos comentarios que se hagan a favor como en contra, toda vez que ambos ordenamientos adolecen de los mismos errores.

166. cc. Críticas y modificaciones a dichos ordenamientos

Según se desprende de estos ordenamientos, es indudable que se recogió la teoría de la imprevisión fundada sobre una base objetiva dentro de la relación contractual (equilibrio de las pretaciones).

Como una **primera crítica** está aquella de dar como única solución al problema la RESCISIÓN (arts. 1771 C. Civ. jal. y 1733 C. Civ. agu.), solución que nos parece parcial, ya que como hemos explicado, la teoría que venimos tratando dirime la cuestión con la revisión de los contratos. No tiene porque resolverse el problema única y exclusivamente con la cesación de los efectos, ya que pueden ser aplazados (otorgándose un término de gracia, o diferir la fecha de su cumplimiento), o bien modificarlos (hacer que las contraprestaciones sean lo más equitativas posibles, de acuerdo con la buena fe de ambos contratantes).

Una **segunda crítica** estriba en resolver la contradicción que se establece en dichos ordenamientos (arts. 1771 C. Civ. jal. y 1733 C. Civ. agu.), toda vez que el precepto

dispone que se aplicara la imprevisión "...por haber variado radicalmente las condiciones generales del medio...", sin embargo, "...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...", pero sí "...aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevienen por hechos de carácter general...". Podríamos entender que una devaluación drástica de la moneda no puede dar cabida a la imprevisión; lo mismo que un levantamiento armado, pues ambos sucesos pudieran ser considerados dependiendo de la circunstancias de que sea vean rodeados como cambios normales de la economía o de la sociedad.

Un **tercer comentario** es el relativo a la obligación que se impone a cargo de quien obtuvo la cesación de los efectos de un contrato, de indemnizar por mitad a su contratante de los prejuicios que le ocacione la carestía repentina de las pretaciones. Esta solución además de ser incompleta, es una negación a la propia teoría. Habrá casos en que la indemnización sea de todas maneras una notoria injusticia, que nada alivie la situación que se trata de corregir, así como también el pago de la mitad de los perjuicios puede ser demasiado ventajoso para la parte que lo va a cubrir y desventajoso para quien lo recibe.

También consideramos que no es cuestión de

interpretación, toda vez que las partes al momento de otorgar su consentimiento, saben desde un principio a lo que cada una de ellas se obliga, que posteriormente la situación económica-social cambie y haga que sus prestaciones no sean las que originalmente habían previsto, queda fuera de su razonable alcance. Motivo por el cual estimamos que la teoría que ecomiablemente establecen ambos ordenamientos se encuentra erroneamente colocada dentro del capítulo de la interpretación de los contratos, lugar que notoriamente no le corresponde desde un punto de vista técnico-jurídico, sino que debería encontrarse en un capítulo correspondiente al cumplimiento de la obligaciones. No debe entrarse a confusión el hecho de que nosotros considermos que nos es un problema de interpretación (si por INTERPRETAR entendemos esclarecer el desacuerdo que existe entre la voluntad interna y la declarada), pues como dijimos, el consentimiento se otorgó en un contrato conmutativo, no obsta ello de que las reglas interpretativas de los contratos nos sirvan para poder resolver la imprevisión, en base a la buena fe y a la equidad que en ellas impera.

Por último, los artículos a los que nos hemos referido no dicen nada respecto a la facultad que debe concedérsele al juzgador para que éste pueda realizar la equidad en los casos particulares que se sometan a su conocimiento. También se encuentran algunos errores mecanográficos, como el de los artículos 1773 del C. Civ. jal. y 1735 del C. Civ. agu. que

remiten a los preceptos 1769 y 1731 respectivamente, cuando debió ser al 1771 y 1733.

Consideramos que para aportar soluciones, la primera será aquella que permita la revisión del contrato para modificar algunas de sus cláusulas, es decir, en términos de equidad y buena fe, se pueden cambiar las prestaciones a que se habían comprometido las partes. Una segunda sería aplazar el cumplimiento del contrato otorgándose un término de gracia al deudor, o bien, esperar a que la situación que dio lugar al cambio imprevisto se normalice. La última solución factible es dar por terminado el contrato, en una palabra rescindirlo. En todos estos casos el juez es el que tiene que intervenir a petición de la parte interesada. Con las anteriores ideas, consideramos que los artículos deben ser modificados de la siguiente manera:

"Art. 1771.- El consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato; por tanto, salvo aquellos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, los contratos podrán ser revisados, ya sea para modificar, aplazar o rescindir su cumplimiento, cuando surgan alteraciones imprevisibles que sobrevengan por hechos de carácter general, estableciendo una desproporción absoluta entre lo pactado y lo que actualmente debería corresponder a la terminología empleada en el contrato."

"Art. 1772.- En caso de aplicar el artículo anterior la parte perjudicada acudirá al juez para que se aplique el procedimiento antes indicado. Llegado el caso de que ninguna de las partes quisiera modificar o aplazar el contrato, éste se rescindira, con el pago de los perjuicios que a la parte perjudicada le correspondan a prudente arbitrio del juez y siguiendo los medios de prueba que sean necesarios para ello."

"Art. 1773.- Para que tengan aplicación los artículos que preceden, se entiende que el deudor no se halla en mora de su obligación, y que no fue su culpa el cambio de circunstancias."

167. b. Códigos Civiles de 1870 y 1884 del D.F.

Entre el C. Civ. 70 y el C. Civ. 84 no existe una diferencia esencial sino modificaciones de mera forma, entre otras la reducción en el número de artículos.

El C. Civ. 70 es en realidad, el primer monumento legislado a nivel federal con que contó México en materia civil, inspirado desde luego como lo expresaba su exposición de motivos en el Derecho romano, en el antiguo Derecho español, y por supuesto en el Código Napoleónico, a los cuales se había tomado como modelo. En este orden de ideas lo que imperaba por encima de todo era la autonomía de la voluntad. No consideramos que pudiera tener cabida en éste la revisión de los contratos por aplicación

de la imprevisión.

Abrogado el C. Civ. 70 inicio su vigencia el C. Civ. 84, como expresamos este ordenamiento fue una copia de su antecesor con algunas modificaciones, pero tiene los mismos fundamentos en cuanto el tema que nos ocupa.

ORTÍZ-URQUIDI(213) al referirse a éstos ordenamientos afirma, y con razón que: "...en ellos no se hallan un nitído favorecimiento de la teoría en estudio, y que aunque para darle acogida se habrían podido aprovechar algunas disposiciones que coinciden con las de la legislación vigente y que hacen encuadrar a ésta dentro de la tesis de la imprevisión, resulta innegable que la aplicación de aquellos ordenamientos se mantuvo sujeta a los principios de la libertad contractual absoluta, de la intangibilidad de los contratos y de su fuerza vinculatoria con eficacia de ley."

186. c. Código Civil de 1928 del D.F.

Este ordenamiento civil no contiene una disposición que reglamente abiertamente la teoría que venimos tratando, sin embargo, a base de una construcción doctrinal y de algunos artículos del C. Civ. 28, consideramos que si puede aplicarse la imprevisión por circunstancia que transformen los

(213) ORTÍZ-URQUIDI, **op. cit.** nota (13), p. 427.

contratos excesivamente onerosos, para que el Poder judicial los revise.

Este epígrafe se dedicará al artículo 1796, el cual creemos es el principal precepto para fundamentar la imprevisión, no decimos que sea el único pero si el principal. Propondremos la modificación a dicho precepto así como los demás fundamentos de la imprevisión en nuestro Derecho patrio.

169. aa. Comentarios al artículo 1796

Para iniciar nuestros comentarios tengamos presente el artículo de referencia: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley."

Como primera cuestión con respecto a este artículo es que confirma el principio "Pacta sunt servamda". La fuerza obligatoria de los contratos tan enfáticamente afirmada en el artículo 1796, se funda no sólo en el respeto de la voluntad de los contratantes, sino en los principios de autodeterminación y autovinculación, así como en las necesidades del trafico social (esto por lo que se refiere a la socialización del Derecho).

Hemos dicho que la fuerza obligatoria de los contratos no se funda sólo en el respeto de la libertad y de la voluntad individual, sino también en las exigencias del tráfico social. El interés social vitaliza los contratos, fecunda las manifestaciones de voluntad y, al propio tiempo, señala límites a la autonomía de la voluntad, en este sentido es que independientemente de la calificación jurídica que merecen, la fuerza obligatoria de los contratos la podemos encontrar en la moral.

El transcrito artículo 1796, después de establecer el principio de obligatoriedad del contrato, agrega que éstos deberán cumplirse de acuerdo "...a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe...".

Hablar de temas morales dentro del Derecho no debe causarnos confusión, toda vez que no es extraño al pensamiento humano que dentro de éste siempre hay la creencia de obrar con fidelidad, en este sentido podemos decir que hay obligaciones expresas, y obligaciones tácitas o sobreentendidas. Así, "La **BUENA FE** es la obligación de conducirse como hombre honrado y concienzudo no solamente en la formación sino en la ejecución del contrato y de no atenerse a la letra de éste... La buena fe se exige tanto al acreedor cuanto al deudor. Para determinar lo que es debido hay que averiguar lo que la honradez

permite exigir y lo que la misma obliga a cumplir." (205)

Por otro lado, la expresión buena fe tiene dos sentidos: subjetivo y objetivo: el primero se refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen; en el sentido objetivo se trata igualmente de juzgar la conducta del individuo pero a base de tener en cuenta si se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es justo y honesto.

Ambos sentidos se encuentran integrados en el artículo 1796, en cuanto se debe actuar conforme a lo expresamente pactado, pero además a las circunstancias que del mismo contrato se deriven. Por lo que por buena fé debemos entender el modo leal y sincero con que debe actuarse en los contratos, sin la intención de engañar.

Por último, diremos que examinada la cuestión desde un punto de vista psicológico, facíl es demostrar que hay en la naturaleza humana una necesidad irrefrenable de creer, de forjarse verdades que satisfagan sus anhelos más intímos. Pensemos que el hombre es más que un ser racional, un ser que vive de la fe y que necesita de ella para no sucumbir.

Los contratos también deben cumplirse de acuerdo

(205) BORJA-SORIANO, **op. cit.** nota (12), t. I, p. 319.

con el uso, es decir conforme a las prácticas seguidas por un determinado número de personas y en un lugar específico.

Frecuentemente nos encontramos dentro de los preceptos del C. Civ. 28 el empleo de la expresión USO, y ello se debe a que el legislador la utiliza como sinónimo de la expresión costumbre. Pero al margen de lo anterior, por **USO** debemos entender "la cláusula tácita sobreentendida en un convenio, por la cual las partes arreglan sus relaciones según la práctica establecida."

Con relación a que los contratos deben ser cumplidos de acuerdo con la ley debemos recordar lo que con respecto a esto hemos dicho (**supra**, 110.a.), que no son la ley, que ni hacen la ley y que muchos menos tienen el lugar de la ley.

Ahora bien, si la buena fe y el uso quedan reservados al proceder de un hombre honrado, porque se presuponen, la ley es obligatoria, y en este sentido, nuestro ordenamiento civil prevee que los contratantes pueden estipular todo aquello que no sea contrario al orden público ni a las buenas costumbres, con respecto a este tipo de cláusula no remitimos a lo ya expuesto (**supra**, 87.c.).

170. bb. Reforma que se propone

Es necesario reformar nuestro C. Civ. 28 para adecuarlo a las más modernas doctrinas contemporaneas, como lo

demuestra el C. Civ. per. siendo éste el ordenamiento civil más joven dentro del Continente. Ante esta situación de constante cambio del Derecho, tratadistas de nuestro foro han tratado de buscar fundamentos jurídicos doctrinales para aplicar la imprevisión (**supra**, 157.b.), buena prueba de ello lo constituyen los proyectos de reformas que del Código Civil vigente se han elaborado.

En este orden de ideas ROJINA-VILLEGAS(206) en su nuevo criterio a favor de la revisión de los contratos por imprevisión, expresa: "La primera parte del libro quinto se refiere a las obligaciones en general. En la misma, el título preliminar, denominado clasificación de las fuentes de la obligaciones, se agregó por completo al Código Civil vigente del Distrito, debido a que se estimó necesario definir la obligación y formular diversas disposiciones generales a propósito de la misma, siendo de especial mención la que dice que el deudor debe cumplir su obligación, no sólo en los términos legales estrictos, sino de acuerdo con la buena fe, los usos y costumbres y la equidad. Este principio permite al juez mediar aquellas consecuencias extremadamente severas que en los casos imprevistos y extraordianrios, motivados por grandes crisis económicas, las revoluciones o la guerra, se presentarían dentro del marco rígido de la ley. En este sentido se ha orientado la jurisprudencia y la

(206) ROJINA-VILLEGAS, **op. cit.** nota (28), pp. 33-34.

doctrina de los países europeos de indiscutible cultura jurídica, permitiendo al juez a través de la buena fe, los usos y costumbre y la equidad, evitar las consecuencias que pudiera originar la ruina del deudor o el cumplimiento lesivo del acreedor."

En estos términos el autor en cita propone el siguiente texto al artículo 1792 de su proyecto: "La obligación es un estado de sujeción jurídica que constriñe al deudor a ejecutar una pretación o una abstención, estimables o no en dinero, en favor del acreedor, facultando a éste para exigir su cumplimiento del primero. El deudor debe cumplir su obligación teniendo en cuenta no sólo lo expresamente determinado en la ley o en el acto jurídico que le sirva de fuente, sino también todo aquello que sea conforme a la naturaleza de la deuda contraida, a la buena fe, a los usos y costumbres y a la equidad."

Por su parte GALINDO-GARFIAS(207), que también es partidario de la revisión de los contratos por imprevisión expone en su propuesta de modificación al C. Civ. 28 que: "El anteproyecto se inspira en un criterio causalista, amplía la figura jurídica de la lesión por excesiva onerosidad, establece normas que favorecen al deudor, impone al acreedor la obligación de colaborar para el cumplimiento de las finalidades del contrato

(207) GALINDO-GARFIAS, Ignacio, **ANTEPROYECTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LIBRO CUARTO PRIMERA PARTE (OBLIGACIONES EN GENERAL) DEL CÓDIGO CIVIL DEL D.F.**, U.N.A.M., México, 1979. p. 29.

y atribuye al juez la potestad necesaria para modificar los efectos del contrato, si en el momento de la ejecución del negocio se presentan circunstancias imprevisibles y extraordinarias que lo hagan no sólo excesivamente oneroso, sino que por causa de esas graves alteraciones, la ejecución de las prestaciones convenidas cuando prevalecían otras circunstancias produciría el enriquecimiento injusto del acreedor con inicuo perjuicio del deudor y no es evidentemente la función del contrato. La doctrina ha aceptado de tiempo atras que el principio PACTA SUNT SERVANDA, aplicado en el sentido literal puede resultar inequitativo y que debe ceder su fuerza obligatoria si con él se rompe el equilibrio económico que existía al celebrar el negocio". En tales términos, el autor en cita propone el siguiente texto a los artículos de su anteproyecto:

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

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

I. Por sentencia que el juez pronunciará a instancia del deudor, en juicio ordinario en el que será demandado el acreedor y en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.

II. Procederán las modificaciones del contrato, si en el juicio se prueba que la alteración de las circunstancias fueron imprevisibles y general en la región o en el país.

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

Es indudable que las partes pueden de común acuerdo, modificar el contrato, toda vez que si su voluntad común ha hecho el contrato, puede ser desecho por esa misma voluntad, en tales circunstancias es conveniente modificar en términos de equidad y buena fe el artículo 1796 del C. Civ. 28. En este orden de ideas proponemos los siguientes textos:

Art. 1796.- Los contratos se perfeccionan de acuerdo con la forma establecida por la ley. Desde su perfección obliga a los contratantes al exacto cumplimiento de lo expresamente pactado, excepto aquellos contratos conmutativos, onerosos y de ejecución diferida, en los que la prestación de uno de los contratantes es excesivamente onerosa por circunstancias

imprevistas que afecten la ejecución del mismo, quedan excluidos de este supuesto los contratos aleatorios.

Art. 1796(A).- En caso del supuesto del artículo anterior, la parte perjudicada podrá acudir ante la autoridad jurisdiccional competente, para que acuerden en vista de los acontecimientos si procede la revisión de los contratos para su modificación, aplazamiento o resolución.

Art. 1796(B).- Para la aplicación de los artículos que anteceden se entiende que los contratantes no se encontraban en mora de su cumplimiento, por lo que los contratantes deberán cumplir y ejecutar los contratos de acuerdo a las consecuencias propias de su naturaleza y además conforme a la buena fe, al uso, a la ley y a la equidad contractual que debe inspirarlos.

Consideramos que para fundamentar la imprevisión en nuestro Derecho positivo a falta de texto expreso que autorice su aplicación, lo podemos establecer en los Principios Generales del Derecho, así como en la buena fe y la equidad contractual, además de algunos artículos del C. Civ. 28 como lo son el 19, 20, 1796, 1797, 1857, 1859 y 2455 en los cuales están insertos los principios antes mencionados.

171. cc. Soluciones para una posible reglamentación

Indiscutiblemente que nuestro ordenamiento civil vigente admite la "Teoría de la imprevisión" de manera indirecta,

en base a los Principios Generales del Derecho, la buena fe y la equidad, y como una premisa no consideramos que se trate de un problema de interpretación, toda vez que para poder interpretar es necesario que exista el supuesto sobre el cual recaera ésta.

A mayor abundamiento sobre la admisión de la imprevisión en nuestro Derecho positivo se encuentra el artículo 2455 sobre el arrendamiento de fincas rústicas, que necesariamente habrá que relacionarlo con el 1859 ya que ambos son preceptos, unidos a los principios antes indicados que nos muestran el camino para la solución.

Así, el primer artículo citado dispone: "El arrendatario no tendrá derecho a la rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de los frutos provenientes de casos fortuitos ordinarios; pero si en caso de perdida de más de la mitad de los frutos por casos fortuitos extraordianrios. Entiendase por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro acontecimiento igualmente desacostumbrado y que los contratantes no hayan podido razonablemente preveer. En estos casos el precio del arrendamiento se rebajará proporcionalmente al monto de las pérdidas sufridas. LAS DISPOSICIONES DE ESTE ARTÍCULO NO SON RENUNCIABLES."

Fuera de los comentarios que cabría hacer, está la cuestión importante que dados los términos en que está

redactado el precepto, recoge por demás de manera justiciera la "Teoría de la imprevisión", toda vez que se establece que ante sucesos imprevisibles es posible la revisión del contrato, en términos de buena fe y equidad para equilibrar las prestaciones de las partes. El problema que observamos está entre la distinción de los casos fortuitos ordinarios y los extraordianrios.

Como anotamos líneas atrás habrá que relacionar el artículo 2455 con el 1859, este último preceto establece: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o disposiciones especiales de la ley sobre los mismos."

Sobre el artículo 1859 ya hemos hecho algunos comentarios (**supra**, 9.C.), ahora enfocaremos la cuestión desde otra prespectiva, así, consideramos que con una lógica jurídica y aún por mayoría de razón es de aplicarse en el Derecho mexicano la imprevisión a cualquier contrato de tracto sucesivo, invocando la relación de los artículos antes indicados, es decir que cuando la naturaleza del contrato no sea contraria al orden público o a las buenas contumbres, y así lo permita la analogía jurídica, no comprendemos porque no es posible aplicar la imprevisión a los contratos, convenios o actos jurídicos en general en nuestro Derecho positivo vigente.

Para finalizar reiteramos que la "Teoría de la imprevisión" esta bien fundada **desde nuestra modesta opinión**, en los Principios Generales del Derecho, en la buena fe, en la equidad y en los artículo 19, 20, 1796, 1797, 1857, 1859 y 2455 del C. Civ. 28.

172. D. ADMISIÓN DE LA IMPREVISIÓN Y SU APLICACIÓN EN CASOS DE EXCEPCIÓN

En este parágrafo veremos que en el medio jurídico-doctrinal mexicano, encontramos que tanto la legislación como la jurisprudencia admiten esta figura jurídica en forma expresa, buena prueba de ello lo constituyen las diversas "Legislaciones de emergencia" que se han expedido en México, cuyo propósito fundamental es el de alterar las relaciones contractuales.

Es menester señalar que las potestades legislativas de emergencia, nos ubican en esta teoría, la cual no es exclusiva del Derecho privado, cuyo escape la coloca en el Derecho público tomando el nombre de TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN y HECHOS DEL PRINCIPE(208), respecto de los actos o decisiones reales o de la autoridad pública, regular o irregular, que se consideran como casos de fuerza mayor para la suspensión o

(208) ACOSTA-ROMERO, Miguel, **SEGUNDO CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**, Edit. Porrúa, México, 1989, p. 476.

extinción de las obligaciones, sin olvidar desde luego que la fundamentación jurídica de esta figura, como muchas otras, se han trasladado al Derecho Administrativo (**infra**, 188.a.).

Este preámbulo sirve de base para demostrar que en el Derecho mexicano (lato sensu) si es posible la aplicación de la "Teoría de la imprevisión", con fundamento en el ordenamiento jurídico de emergencia, así como en los incipientes criterios jurisprudenciales.

173. a. "Legislación de emergencia" (una ilustración jurídico-práctica)

La actividad legislativa extraordinaria es una de las medidas que el Poder Público competente aplica en el caso de que circunstancias extrañas a la voluntad de las partes se tornen excesivamente onerosas respecto de los contratos, beneficiando especificamente a una de las partes.

Como primer aspecto, trataremos de dar una definición de lo que debe de entenderse por LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA, para comprender sus efectos.

Así, la LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA es aquella que surge por imposición estatal debido a necesidades de orden o a situaciones imprevistas y graves circunstancias, que exige con carácter transitorio, medidas radicales y expeditas para remediar el mal o evitar su propagación. También es conocida como LEY DE

EXCEPCIÓN por su carácter transitorio, además de que refuerza las facultades del Poder ejecutivo o restringe las garantías constitucionales, según sea las necesidades o consecuencias extraordinarias.

En México como en otros paises (**supra**, Cap. IV) se han utilizado estas medidas para solucionar los casos de imprevisión. Particularmente México a admitido la "Teoría de la imprevisión": primero, con motivo de los enfrentamientos armados que sucedieron durante la Revolución de 1910; y segundo, recientemente se a ocupado este tipo de legislación a partir de los acontecimientos acaesidos durante la Segunda Guerra Mundial y que afectarón las relaciones contractuales.

174. aa. De Derecho privado

Las legislaciones de emergencia en el ambito privado, concretamente en el Derecho Civil tienen una importancia trascendental, ya que remedían las situaciones jurídicas imprevistas ante sucesos extraordinarios, atacando de raíz el problema, toda vez que nuestro ordenamiento privado a nivel federal no contempla en normas específicas esta figura.

Estas legislaciones pueden tener diversas finalidades para una posible solución (**supra**, 138.a.) que varían según las circunstancias, pueden modificar el contrato para un posterior cumplimiento; o bien, haciendo uso de la equidad y la

buena fe equilibran las prestaciones a que se habían obligado las partes. Como un ejemplo de aplazamiento y tratando de equilibrar las prestaciones en el cumplimiento, tomando también como base la situación por la que atravezaba México, encontramos el "Decreto de congelación de rentas", es de hacer notar que este decreto ya se encuantra abrogado desde el 30 de diciembre de 1992, según publicación en el Diario Oficial.

175. aaa. Decreto legislativo de congelación de rentas

Un ejemplo de "Legislación de Emergencia" lo fueron los diversos Decretos que Congreso de la Unión expidio referente a las prorrogas de los contratos de arrendamientos de fechas 24 de julio de 1942, 11 de noviembre de 1943, 20 de enero de 1945, 28 de diciembre de 1945 y 30 de diciembre de 1948; todos estos, tuvieron como finalidad inmediata la de modificar la volunatd de las partes contratantes en cuanto a su forma de pago y a su duración. Así lo hizo notar el Ejecutivo en uno de los considerandos de los Decretos citados al expresar: "Que es la obligación del Gobierno ante la crisis económica actual, tomar medidas enérgicas para impedir que las clases laborantes (considerando comprendidas en estas a las trabajadores particulares y del Estado y a los obreros) se vean impedidos de atender su standar de vida por la elevación continua de los precios...", actualmente estos decretos se encuentran abrogados desde el día 30 de diciembre de 1992.

176. bb. De Derecho público

En cuanto a este tipo de medidas y por lo que se refiere al Derecho Administrativo encontramos claros ejemplos de su utilización, toda vez que el fin del interés general es el que predomina en este tipo de disposiciones, ya que si se quiere asegurar el cometido de servicio público, o bien, un cometido privado, que se vean afectados por situaciones imprevistas y extraordianrias que escapen de toda previsión humana, y no haya norma que regule el caso específico, estas legislaciones pueden ser un buen camino para solucianar estos conflictos.

Entre las medidas que se han tomado en el Derecho Administrativo mexicano, se encuentran las que datan desde la Revolución hasta la Segunda Guerra Mundial, y que suscientamente rezeñaremos a continuación.

177. aaa. Ley de pagos (1915-1926)

El 26 de enero de 1915, en atención a la seria crisis económica que el movimiento revolucionario había creado en todo el país, se expidió la "Ley de Pagos", que tuvo como finalidad el mantenimiento de la equidad dentro de los contratos celebrados durante la circulación de la moneda fiduciaria. Si en un contrato de mutuo (por ejemplo), se hubiera estipulado que las obligaciones contraidas serían resueltas haciendo el pago con moneda del cuño corriente, la "Ley de Pagos" indicaba que los

deudores no se verían obligados a resolverlas pagando en moneda de cuño corriente, sino que, al efecto, se hizo una tabla de equivalencias. Lo que origino que junto a la misma "Ley de Pagos", se promulgara la "Ley de Moratoría" para modificar las condiciones bajo las cuales los contratos debía resolverse, así como también la voluntad expresa de las partes.

Posteriormente, Venustiano CARRANZA expidió el 15 de septiembre de 1916 una nueva "Ley de Pagos"; y por Decreto del 14 de diciembre del mismo año, estableció también una moratoria general a los mismos, prorrogándose por seis meses más los contratos de arrendamiento y aumentándose en un 25% el monto de las rentas, teniendo que soportar equitativamente el gravamén o perdida que para los interesados signifique el cambio de moneda.

Por último, en circular número 47 de fecha 16 de diciembre de 1916, se estableció la Tabla de Equivalencias a que debieron ajustarse los pagos de rentas insolutas; más tarde el 24 de diciembre de 1917, se expidio un Decreto que reglamentó los pagos, levantando en parte el moratorio establecido durante el Decreto del 14 de diciembre de 1916; en actitudes de adecuación legislativa, por ley del 15 de abril de 1918 se levantaba el moratorio de los intereses y de un 25% de los capitales insolutos. Finalmente, por Decreto de fecha 21 de julio de 1926 se levanta totalmente el moratorio.

178. bbb. Leyes de emergencia administrativas

Pero la Legislación de emergencia no solamente es utilizada para modificar las relaciones entre los particulares, sino que el Poder legislativo también la usa para modificar sus contratos públicos o relaciones que interesan a todos sus gobernados, es decir que son de interés público.

Un caso claro de este tipo de medidas por parte del Legislativo lo encontramos en una serie de Decretos que con motivo de la Segunda Guerra Mundial fueron expedidos. Así, en primera instancia, se encuentra la "Ley de Prevenciones Generales relativas a la suspención de Garantías Individuales" publicada el 13 de junio de 1942, que tenía por fin introducir en los distintos ramos de la Administración Pública las modificaciones necesarias para que pudiera con la mayor eficacía atender a las exigencias de la seguridad, tanto en el interior como en el exterior, así como expedir las leyes que las condiciones del país reclamen. Ley que fue reformada mediante Decreto publicado el 20 de septiembre de 1943, en cuyo artículo 11 se disponía que: "Las garantías consignadas en el artículo 14 de la Constitución quedaran restringuidas de la siguiente forma:... V.- Se expedirán Leyes de Emergencia que determinen la forma y medida... para lograr la mayor eficacía..."

Posteriormente el 24 de septiembre de 1943, por Drecreto publicado en el Diario Oficial se expidió la "Ley de

Compensaciones de Emergencia al Salario Insuficiente", cuya finalidad era hacer frente a la crisis producida por la guerra a través de aumentos a los sueldos de los trabajadores mediante un porcentaje, y con esto, que los obreros y sus familias tuvieran la posibilidad de enfrentar la situación económica imperante. El espíritu del legislador fue no "... desoir el clamor público de las capas más pobres de la población, en demanda de compensaciones de carácter económico que les permitar hacer frente al alza considerable de los precios."

Finalmente con fechas 21 de septiembre de 1943 y 30 de septiembre de 1943, se expidieron en el Diario Oficial de la Federación sendos Decretos relativos al congelamiento de las subsistencias y al aumento de sueldos y salarios de los empleados públicos respectivamente. Con lo que se demuestra que la Legislación de emergencia ha sido utilizada por el Poder público para revisar los contratos o mejor dicho, las relaciones jurídicas contractuales, sean estas públicas o privadas, cuando así lo dicte el interés público (209).

179. cc. A manera de conclusión preliminar

A través de todas las disposiciones legales enunciadas, se advierten principios de los que podríamos obtener las siguientes conclusiones:

(209) Artículos 27 parrafo tercero, y 29 constitucionales.

I. En beneficio de la Nación en general, y en atención a las condiciones económicas que puedan prevalecer en períodos de alta crisis socio-económica, política o jurídica, se deben modificar las cláusulas de los contratos de tracto sucesivo, desde luego sin respetar el principio de la "autonomía de la voluntad", esta revisión de los contratos debe ser de carácter general;

II. Los principios de justicia, equidad y buena fe deben prevalecer sobre la voluntad de los contratos.

Se ve pues, en todas estas leyes de emergencia, que no siempre ha sido la voluntad de las partes la que ha prevalecido en los contratos; que son los Principios Generales del Derecho, de justicia, de buena fe y de equidad capaces de inspirar al legislador y modificar la voluntad expresa y manifiesta de los contratantes.

Para finalizar este epígrafe diremos que en el Derecho mexicano a través de un precepto Constitucional, está expresamente admitida de manera permanente la "Teoría de la imprevisión", para ser aplicada por el legislador mediante la expedición de Leyes de emergencia. El artículo de referencia es el 29. En este orden de ideas, "...El Poder Legislativo, al refrendar las disposiciones de emergencia, ningún mandato de la Constitución violo, ya que el Congreso de la Unión, al

restablecer el orden constitucional pudo como Poder Legislativo y en forma simplificada, hacer la ratificación de aquellas disposiciones para convertirlas formal y materialmente en leyes ordinarias y como provenientes del Congreso de la Unión." (210)

180. b. La Jurisprudencia

Las aportaciones que pueda hacer la Suprema Corte de Justicia por medio de los criterios que de ella emanen a través de la jurisprudencia son de suma importancia para nuestro tema. Hasta la fecha la jurisprudencia sustentada por nuestro máximo órgano jurisdiccional puede calificarse de incipiente, toda vez que a sido omisa con relación a la imprevisión, hasta este momento por lo que es de nuestro conocimiento, sólo son dos tesis jurisprudenciales la que se han emitido al respecto.

Como primera cuestión a debatir dentro de este epígrafe está el saber si la jurisprudencia es fuente del Derecho. En este sentido la terminología jurídica reconoce tres tipos de fuentes a saber: las formales, las reales y las históricas.

Interesa circunscribrir nuestro estudio a saber si la jurisprudencia es fuente o no, por lo que omitiremos cualquier fundamentación filosófica así como a detallar cada una

(210) Amparo en revisión 322/50, Rubén Alcántara y Coags., 14 de junio de 1977, Informe de 1977, Pleno, p. 304.

de las fuentes mencionadas. Por lo tanto, diremos que las fuentes formales, sirven para la creación de normas jurídicas a través de procesos determinados. En este orden de ideas cada fuente formal estará constituida por diversas etapas que se suceden en cierto orden y deben realizar determinados supuestos. Así pues, de acuerdo con la opinión más generalizada las fuentes formales clásicas del Derecho son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia.

Pese a la afirmación anterior, a sido punto de discución el tema de saber si la jurisprudencia es fuente del ordenamiento jurídico en el Derecho mexicano. En efecto ni la Constitución ni la Ley de Amparo afirman expresamente que la jurisprudencia sea fuente del Derecho. Sin embargo, a partir del año de 1950 en que fue reformado el artículo 107 constitucional, no hay duda de considerar a la jurisprudencia como una fuente formal del Derecho. Esta apreciación no aparece de manera expesa en el mencionado precepto, sino que se establece de la exposición de motivos, cuya parte conducente afirma: "La fracción XIII del artículo 107 de esta iniciativa considera que la ley determinará los términos y casos en que sea obligatoria la jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, así como los requisitos para su modificación. Estimamos pertinente la inclusión de esta norma en la Constitución por ser fuente del derecho la jurisprudencia, lo cual explica el carácter de obligatoriedad que le corresponde igualmente que a los mandatos

legales, debiendo ser por ello acatada..."

Así es que, por ser fuente formal del Derecho, la jurisprudencia requiere de un proceso de elaboración para tener obligatoriedad, a dicho proceso se refiere el artículo 192 de L.A. que en su parte conducente establece lo siguiente: "Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, si se trata de jurisprudencias del Pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las Salas." Tratándose de los Tribunales Colegiados de Circuito se requiere de la aprobación por unanimidad para forma jurisprudencia.

181. aa. Concepto legal

El concepto de jurisprudencia que maneja la L.A. es un concepto especifíco que difiere del antiguo y del clásico. Efectivamente, los romanos entendían que la jurisprudencia era el "conocimiento de las causas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de lo injusto." Para los clásicos, la jurisprudencia era el "hábito práctico de interpretar correctamente las leyes y aplicarlas oportunamente a las cosas que ocurren." Por su parte la idea que de jurisprudencia tuvo nuestro legislador se acerca más a una noción doctrinal, de acuerdo con lo cual es concebida como un criterio constante y uniforme, con apego a la cual se

aplica el Derecho en las sentencias de los jueces.

De estas ideas brevemente expuestas se advierte que la jurisprudencia tiene, dos finalidades esenciales: INTERPRETAR el Derecho legislado y CREAR o CONSTRUIR los criterios de interpretación aplicables al caso concreto, sin pretender ir más allá de lo que el legislador quizo decir. Lo que si es cierto, es que no podemos negar que el Poder Judicial al ir interpretando, creando o construyendo jurisprudencia, lo hace en relación a la denominada función legislativa, derivada o material.

En este orden de ideas BURGOA(211) elabora una definición de jurisprudencia desde su aspecto positivo-jurisdiccional en los siguientes términos: "La jurisprudencia se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos semejantes que se presente, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señale la ley."

(211) BURGOA, Ignacio, **EL JUICIO DE AMPARO**, Edit. Porrúa, 23a. ed., México, 1986, p. 821.

182. bb. Especies de jurisprudencias

Es preciso observar que de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, es posible desprender que la jurisprudencia puede ser:

I. SUPLETORÍA, aquella que colma los vacios de la ley, creando en ocaciones una norma que la complete;

II. INTERPRETATIVA, aquella que explica el sentido de los preceptos legales, poniendo de relieve el pensamiento del legislador, la cual obra de dos maneras: o bien aplica la ley a un menor número de casos de los que ella previo, o por el contrario, extiende su aplicación a un mayor número. En el primer supuesto es restrictiva, en el segundo ampliativa;

III. CONFIRMATORIA, es aquella que mediante la ratificación que en la sentencia hace de lo preceptuado, confirmando la ley;

IV. DEROGATORIA, aquella que decide en contra del mandato legal. Esta última esta prohibida expresamente por nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad con los arts. 9 y 10 del C. Civ. 28, toda vez que no es posible desprender de nuestra jurisprudencia tal efecto.

En cambio, el efecto confirmatorio, supletorio e interpretativo del Derecho, son característicos de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

183. cc. Misión de la jurisprudencia

Son dos las principales misiones de la jurisprudencia: la primera eminentemente reguladora, que consiste en contribuir a mantener la exacta observancia de la ley; y la unificadora, que consiste en dar unidad a la interpretación del Derecho.

184. aaa. Tesis contradictorias

La unidad de la interpretación del Derecho se obtiene, precisamente, mediante la debida coordinación de criterios sustentados en las sentencias dictadas por los órganos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ahora bien, desde un punto de vista orgánico, la jurisprudencia, proviene de las siguientes fuentes: el Pleno, las Salas y los Tribunales Colegiados en matería de su competencia, sin embargo, a pesar de la misión unificadora y por la multiplicidad de su origen, se abre la puerta para que pueda haber, como de hecho la ha habido y la hay, tesis jurisprudenciales opuestas u contradictorias.

Sobre este punto en particular y en relación al tema que tratamos (**supra**, 155.cc.), existen dos jurisprudencias que desde nuestro punto de vista son contradictorias. Estas tesis fueron pronunciadas por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia en matería Civil, publicadas bajo los siguientes rubros:

I. Amparo directo 1863/58.- José de la Luz

Valdés, editada en el Semanario Judicial de la Federación, 6a. época, tomo XXIV, 4a. parte. "CONTRATOS A LARGO PLAZO.- Cuando en los negocios de ejecución a largo plazo o de tracto sucesivio surgen en el intervalo acontecimientos extraordinarios que rompen el equilibrio entre los intereses de las partes, NO ESTA DE ACUERDO CON LA BUENA FE EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CON UN ALCANCE QUE NO PUDO PREVEERSE, advirtiendo que debe tratarse de aconteciemintos de cierta magnitud que no cabía tomarse en cuenta razonablemente al formar el acto jurídico, ya que de lo contrario, faltaría una de las bases de la imprevisión y vendría a sufrir desmedro la estabilidad de los negocios." La publicación integra de la ejecutoria, así como las otras tesis que contiene aparecen publicadas bajo los rubros: "Moneda, nulidad de la cláusula en que los contratos prevé la devaluación de la" y "Arrendamiento, moneda que en debe pagarle la renta", se integran en este trabajo en el anexo número UNO.

II. Amparo directo 1947/80.- Hidrogenadora Nacional, S.A., editada en el informe de 1980 que en su parte conducente establece: "CONTRATOS, INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS.- El artículo 1625 del Código Civil del Estado de México, igual al 1796 del Código Civil del Distrito Federal, supletoriamente aplicado, siguiendo el sistema rígido de los contratos, acorde con el principio relativo a los efectos de la declaración de voluntad, dispone que aquellos obligan a las partes al exacto cumplimiento de las prestaciones expresamente

pactadas, y además, a las consecuencias de que los mismos se deriven, 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 su obligaciones, 'cualquiera que resulte la magnitud de su contenido, aún cuando sobrevengan acontecimientos que no se previerón o no pudierón preverse y que la modifiquen.'". La publicación integra de esta ejecutoría se encuentra en este trabajo en el anexo número DOS.

185. bbb. Solución al conflicto de contradicción

Como se observa hay una contradicción evidente, cuestión que resuelven los artículos 197 y tercer parráfo del 192 de la L.A.

La institución de la dilucidación de contradicción de tesis jurisprudenciales, es de gran importancia debido a que con ella se van a evitar confusiones sobre la interpretación legal, así como la tesis o el criterio que debe prevalecer o aplicarse en un caso determinado. Efectivamente, si se ha convenido que la jurisprudencia es la interpretación de la ley, hecha por algun órgano jurisdiccional competente y facultado para ello, cuando se presenta la contradicción, los juzgadores que deben acatar uno de tales criterios, se encontrarán ante una

disyuntiva de resolver cual de los dos es el apropiado o correcto

La solución al conflicto de contradicción de jurisprudencias que se presente en las Salas de la Suprema Corte de Justicia serán resueltas por el Pleno de éstas, órgano facultado jerárquicamente para ello por ser el superior inmediato una vez que se haga la denuncia de la contradicción de mérito, la que corre a cargo de cualquiera de la partes indicadas en el primer parráfo del artículo 197 de la L.A. Ahora bien, la resolución que se dicte no admitira recurso legal alguno, ni afectara el estado de los juicios a que dio lugar la jurisprudencia, solución que nos parece adecuada, porque se trata de encontrar un criterio que debe prevalecer para el futuro, por lo que nunca será aplicable para el pasado.

Consideramos para que realmente haya una solución adecuada, es menester que en las resoluciones que vayan a conformar la nueva tesis jurisprudencial respectiva se haga un estudio sobre los puntos considerativos y estos coincidan, y no sólo por lo que hace a los resultados. En efecto, así lo hace notar CASTILLO DEL VALLE(212): "...si los puntos considerativos o considerandos en una sentencia de amparo son aquellos en que una autoridad jurisdiccional hace el estudio de fondo del negocio, es en esta parte de la sentencia donde debe estar fundado el

(212) CASTILLO DEL VALLE, Alberto del, "Comentario al art. 192", **LEY DE AMPARO COMENTADA**, Edit. Duero, México, 1990, p. 221.

criterio para conformar la jurisprudencia a la que se pretende implantar por alguna de los orgános facultados legalmente para sentar esta fuente del derecho."

En este sentido, de las jurisprudencias citadas, debe prevalecer **desde nuestro punto de vista**, la que publicó los considerandos, además del voto particular de un ministro, que la que no lo hizo, debido que en aquella se puden apreciar los motivos que sirvieron a los magistrados para que se emitiera en ese sentido la tesis en cuestión, lo que en la otra no existe.

186. dd. Corolario

A nadie escapa la importancia y trascendencia que tiene la función jurisprudencial que despliegan los tribunales. Merced a ella éstos no sólo interpretan la norma jurídica objetiva con el auxilio imprescindible de la ciencia del Derecho y demás disciplinas culturales, sino que integran el orden jurídico positivo mediante la elaboración de reglas generales, abstractas e impersonales. Pero puede suceder, y esto acontece con cierta frecuencia en la realidad, que la ley sea omisa en el tratamiento normativo que el legislador no previó pero que plantea la vida del Derecho que es esencialmente dinámica y está en perenne evolución o tranformación. Ante cualquier OMISIÓN o IMPREVISIÓN de la ley, los tribunales deben integrarla, integración que implica ya la creación o constitución de Derecho.

Corroborando estas apreciaciones el jurista mexicano SILVA Y NAVA(213) sostiene:"Ya no puede aceptarse, según las teorías modernas, que el juzgador sea un simple aplicador, el juzgador es un creador del derecho y así se ha acuñado el concepto 'creación derivativa del derecho', o sea los órganos que legislan estan creando originalmente el derecho positivo, pero el juez, derivando su acción de aquellas normas generales, está creando un derecho especial, esta creando normas jurídicas que son obligatorias y coercibles... si aceptamos estos criterios tenemos que... la jurisprudencia individualizada esta creando constantemente el derecho y además lo crea porque repetimos, no es una aplicación mecánica de la ley."

187.E. EN EL DERECHO PÚBLICO

Como lo hicimos notar en su oportunidad (**supra**, 125.aa.), la aplicación moderna de la imprevisión tuvo su campo de acción en el Derecho público, concretamenten el Derecho Administrativo francés con la promulgación y aplicación de la Ley Faillot. Es de hacer notar sin embargo, que las instituciones y principios que se utilizarón para fundamentar la "Teoría de la imprevisión", fueron tomadas del Derecho Civil. En este orden de ideas, señalaremos como el Derecho privado a influido una de las

(213) **Apud.** por BURGOA, **op. cit.** nota (211), p. 819.

ramas del Derecho público, en este caso, el Administrativo; por lo que al fenómeno de penetración de las instituciones del Derecho Civil en el Administrativo se le conoce en doctrina mexicana como, publicización de las actividades de los particulares y privatización de la actividad del Estado (213).

En este sentido afirma ENTRENA-CUESTA(214), para dejar bien marcado este fenómeno que: "...ante la carencia de una dogmática propia de la nueva rama del Derecho se echó mano del patrimonio doctrinal elaborado por los privatistas. Conceptos que hasta entonces se habían considerado propios del Derecho privado, como los de la personalidad, derecho subjetivo, acto jurídico, contrato, etc., pasan así, previas las correspondientes matizaciones al Derecho público..."

188. a. Evolución del Derecho Administrativo como beneficiario del Derecho Civil

La aparición del Derecho Administrativo como rama autónoma, nace como ciencia jurídica y vida propia a partir del siglo XIX, su constante proceso de elaboración permite establecer que no pudo haber existido como disciplina científica organizada, antes de la aparición del "Estado de Derecho" que marca la

(213) **Cfr.** ACOSTA-ROMERO, **op. cit.** nota(207), pp. 14-22; así como a NAVA-NEGRETE, Alfonso, **"CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN"**, Revista de la Facultad de Derecho de México, México, núm. 51, 1963, pp. 703-706.
(214) **Apud.** por GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, **op. cit.** nota 117, p. 947.

separación del régimen que la doctrina llamaba "Estado de policía".

A lo anterior GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ(215) nos ilustra al establecer que: "La Administración del Estado policía no constituía el objeto posible de una ciencia jurídica sistemática. La ejecución de las funciones estatales por el poder absoluto del monarca no representaba, en efecto, un proceso jurídico. Todo Derecho presupone una delimitación, una fijación de fronteras: si ésta falta, nos encontraremos únicamente con actos ejecutivos, los cuales si se califican de jurídicos es tan sólo por que el Estado que los ejecuta así lo ordena, basándose en que su poder puede realizar tales actos porque está autorizado a todo."

Es desde el momento en que surgen las corrientes del pensamiento político en donde se sostiene que el Principe no gobierna por Derecho divino, sino que el poder radica en el pueblo, surgiendo la idea de soberanía, empezando a vislumbrarse la aparición del Derecho Administrativo (216).

---

(215) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, **"RELACIONES ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO CIVIL"**, México, 1969, P. 7.

(216) **Cfr.** GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, **REVOLUCIÓN FRANCESA Y ADMINISTRACIÓN CONTEMPORÁNEA**, Edit. Taurus, 2a. ed., 2a. reimp., Madrid, 1986, **in totum**; en especial el contenido de como resurge el Derecho Administrativo contemporáneo sobre la vertiente de el "Principio de legalidad", la idea de la libertad o constitución del orden social por concurrencia y la estructura y función del Estado.

Bajo estas ideas surgen los intentos doctrinales para formar un Derecho Administrativo científico y organizado, siendo con Otto MAYER(217) cuando esta rama cobra toda su estructura científica, con un método y una sitemática propia y definida, sin embargo, en el método jurídico-administrativo que siguió MAYER es sorprendente encontrar como en su resultados sistemáticos, conceptuales y metódicos, llegó a un extraordinario paralelismo con el Derecho privado. Así, uso conceptos como: derechos reales públicos, servidumbres públicas, propiedad pública, derecho de obligaciones especiales, entre otros.

Esto se explica si se parte de la idea de que todas las normas de Derecho aplicado a un país moderno deben formar un sistema unitario; por lo que la disitnción entre Derecho público y privado conserva su utilidad no sólo desde el punto de vista teórico, gracias al cual podemos distinguir aspectos diferentes en las normas que forman un sistema normativo unitario que es el Derecho positivo de un país, toda vez que las disitnciones teóricas nos permiten conocer la diferente forma de aplicación que tienen las normas de los diferentes Derechos citados; por lo que podemos concluir que si existe una distinción

(217) Sin embargo, porlo que se refiere al Derecho Administrativo mexicano, es conveniente señalar que esta disciplina surge como una rama científica y organizada, con la aparición de la primera obra que se ocupa de ella de una forma sistemática, correspondiendo a don Teodosio LARES en el año de 1852 esa gran aportación, **op. cit.** nota (70), **in totum.**

entre éstos, es simplemente para efectos didácticos, pues como asentamos el Derecho es uno sólo.

En estos términos las instituciones del Derecho Civil son útiles para el Administrativo, puesto que le brinda a éste, un terreno ya explorado, por supuesto elaborando nuevas denominaciones que tienen que regularse con normas creadas **ad hoc**, normas que respondan al contenido y a la naturaleza propia del Derecho Administrativo. Algunas de las bases jurídicas que aporta el Derecho Civil al Administrativo son entre otras:

I. La teoría de hecho y el acto jurídico, con las variantes indispensables para imprimirles la naturaleza de la materia que regulen, como en el acto administrativo;

II. En la teoría de las obligaciones, recogió casi toda su terminología, pudiendo mencionar como principales a: el convenio, el contrato, la rescisión, etc.;

III. La técnica y clasificación de las cosas y los bienes, que la plasmó en la Ley General de Bienes Nacionales (arts. 2° y 3°) reglamentaría del artículo 27 constitucional.

189. aa. Noción de Derecho Administrativo a través de las funciones del Poder público, particularmente la administrativa

Enmarcado el estudio del Derecho Administrativo en el contexto general de su posible origen, señalando además la fuente donde nutre sus instituciones, continua que conceptuemos

esta rama del Derecho.

En este orden de ideas debemos señalar que la Ciencia Política y la Teoría General del Estado tienen como objeto de estudio, la seguridad jurídica, el orden público y el interés general. Fines que tienen en doctrina múltiples concepciones (218), que ligados al objeto de estudio señalado, nos permite abordar por cuestiones prácticas, que deben ser cumplidos a través de las funciones que otorga el ordenamiento jurídico, y que son: la constituyente permanente, la legislativa, la judicial y la administrativa, plasmadas en los artículos 73, 103, 104, 105, 135, especialmente el 89, respectivamente para el caso del Derecho mexicano.

Interesa a nuestro propósito abocarnos a la función administrativa, toda vez que ésta nos dará una idea de lo que debemos entender en principio por Derecho Administrativo, por lo que es necesario conceptualizar en términos generales la FUNCIÓN DEL PODER PÚBLICO **lato sensu**, siendo ésta: "...una manifestación de la voluntad general que, mediante la emisión de actos jurídicos y/o la realización de operaciones materiales, tieneden al cumplimiento de los fines supremos del Estado,

(218) Los fines del Derecho en doctrina, suelen ser identificados como los fines del Estado, en esta postura se halla a LE FUR, DELOS, RADBRUCH, CARLYLE, **LOS FINES DEL DERECHO**, 3a. ed., U.N.A.M., México, 1960, trad. esp. de Daniel Kuri Breña, **in totum**; y en este sentido, los fines del Estado serán la seguridad jurídica, la justicia y el bien común.

preceptuados por la Constitución y demás reglas subordinadas del ordenamiento jurídico." (219)

Por su parte la FUNCIÓN ADMINISTRATIVA **stricto sensu**, se define: "...como una manifestación de la voluntad que, mediante la emisión de actos jurídicos y su ejecución mediante operaciones materiales, tienden al cumplimiento de los cometidos del Poder Público, impuestos a la Administración, por la Constitución y demás reglas subordinadas del ordenamiento jurídico." (220)

De las definiciones vertidas, se observa que la genérica, se aboca al CUMPLIMIENTO DE LOS FINES SUPREMOS DEL ESTADO y la particular (administrativa) al CUMPLIMIENTO DE LOS COMETIDOS DEL PODER PÚBLICO. Se concluye que la función administrativa no se agota con la emisión del acto jurídico, ya que requiere además para su completa plenitud la realización de actos materiales, lo que no se observa en las otras funciones, toda vez que éstas alcanzan su plenitud con la simple emisión del acto jurídico que le corresponde.

Por lo tanto, la función administrativa se encauza a la realización de los coemtidos del Poder Público, es

---

(219) CORTIÑAS-PELÁEZ, León, **et. all.**, **INTRODUCCIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO**, Edit. Porrúa, México, 1992, p. 59.
(220) **Loc. cit.**

decir, "las tareas concretas" que son impuestas a la Administración pública por imperio del Derecho. En estas condiciones se nos permite dar una idea doctrinal del Derecho Administrativo, que para otros es el Derecho de la Administración Pública, y que se define como el "...conjunto de reglas relativas a la organización, funcionamiento y control de las instituciones administrativas que configuran, en su caso mediante prerrogativas y sujeciones exorbitantes al Derecho común, al sistema de relaciones requerido por la prestación de los cometidos del Poder Público." (221)

Como se observa, en dicha definición, el Derecho Administrativo no puede separarse del Civil, pues utiliza a éste de manera especial, ya que en principio se sujeta a un régimen exorbitante que implica un matiz distinto sin perder su estructura.

190. bb. Ubicación de las categorías jurídicas civiles en el Derecho Administrativo

Ante la influencia que recibe el Derecho Administrativo del Civil es necesario tener presente que ésta se puede apreciar de dos maneras diversas: sustrayendo algunas instituciones civiles, a las cuales les da una nueva orientación en lo que a su contenido se refiere; o bien, penetrando

(221) **Ibidem.**, p. 87.

instituciones y normas en el campo de los ordenamientos civiles.

Esto trae como consecuencia que un empleo equivocado de los términos civiles que utilice el Derecho Administrativo, hará que muchos jurístas cometan errores en el campo de la formación de las leyes, en el de su aplicación y aún en la misma doctrina.

Por lo tanto, para una mejor adecuación conceptual de las instituciones administrativas, tiene que hacerse buen uso de la semántica y de la lexicografía. La primera entendida como la disciplina científica que se ocupa del estudio de la significación de las palabras o vocablos; en tanto la lexicografía es la ciencia y el arte de definir correctamente una palabra, determinar su ortografía y pronunciación correcta, fijar las condiciones y lugares de su uso y, si corresponde, ordenarla dentro de una seria sistemática o alfabética y ofrecer ilustraciones apropiadas e informaciones suplementarias como su etimología y sinonimia.

Esto, aunque parezca fuera de lugar es importante dentro del campo del Derecho, pues al ignorarlas (222) se cae en equivocaciones y confuciones con un grave perjuicio para nuestra

(222) En este sentido, CORTIÑAS-PELÁEZ, **op. cit.** nota (219), pp. 58 y ss., denomina a este problema de conceptos como, "Sutilezas conceptuales" o bien "Depuración terminológica", que algunos "apresurados burocratas" no suelen tomar en cuenta.

disciplina científica. Por lo que debemos hacer las siguientes reflexiones y estructurar con ello la doctrina administrativa:

I. En nada se merma la brillantez y calidad de los juristas o legisladores, cuando utilizan las instituciones civiles y las emplean con su contenido exacto, siempre y cuando sea posible su aplicación con ese contenido en el Derecho Administrativo;

II. En aquellos casos en que se vayan a utilizar vocablos de Derecho Civil, debe hacerse un análisis semántico para determinar si su significado original es el mismo que se le debe dar en el Administrativo; y

III. Abordar la creación de nuevos términos en aquellos casos que los vocablos del Derecho Civil no sean utilizables por tener un contenido diverso al que se trata de regular.

191. b. Análisis de los contratos administrativos

Debido a que nuestro tema de estudio está enfocado a la modificación de los contratos por causas imprevistas, es conveniente que se haga un estudio acerca de los acuerdos de voluntades de carácter público. Así, el Estado puede celebrar contratos con los particulares para el cumplimiento de su cometidos (223), éstos acuerdos tendrán el carácter de

(223) **Ibid.**, p. 89.

públicos en razón de que el Estado goza de ciertas prerrogativas (llamadas cláusulas exorbitantes de Derecho público), pero siempre enmarcadas dentro del ordenamiento jurídico particular y a través del "Principio de legalidad" reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en tesis jurisprudencial número 166 resolvió que: "Las entidades sólo pueden hacer lo que la ley les permite", es decir, ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstas o autorizadas por una disposición general anterior.

Por lo tanto, el orden que seguiremos será explicar primero el acto administrativo, como un acto jurídico especial, producto de "la manifestación de la voluntad general"; después nos abocaremos al estudio de los contratos administrativos, distinguiéndolos de los convenios, ambos como acto jurídicos, pero no como actos administrativos, toda vez que la doctrina administrativa mexicana identifica y en algunos casos los considera como sinónimos.

192. aa. Noción elemental del acto administrativo

La dificultad para precisar lo que se debe entender por acto administrativo es bien conocida, toda vez que se le trata de conceptuar desde diversos puntos de vista, así es visto como una decisión general, o bien como una declaración de volunatd, y en ocaciones se le agrega como característica la unilateralidad y la concreción, pese a todo ello trataremos de

dar un concepto del mismo.

Por de pronto diremos que el acto administrativo es una especie del acto jurídico, y sobre éste último, se han ensayado diversos trabajos (**supra**, 4.B.), llegando todos a la conclución de definirlo como una manifestación de voluntad capaz de producir una consecuencia de Derecho, que puede consistir en crear, transferir, conservar, modificar o extinguir algún derecho, distinguiéndolo del hecho jurídico, ya que las consecuencias que éste último produce, pueden provenir de la naturaleza o del hombre, pero en este último caso la voluntad es irrelevante. Por lo tanto, el acto administrativo puede abarcar una gran gama de actos o hechos materiales, como actos o hechos jurídicos. Este es el criterio aceptado por BIELSA(224) al expresar: "Desde un punto de vista jurídico, la actividad administrativa, cualquiera que sea la forma que asuma y los efectos que produzca, se concreta en hechos y actos administrativos", por lo que el acto administrativo tiene que ser observado con un valor de funcionalidad y utilidad, y así podemos definirlo de acuerdo con ACOSTA-ROMERO(225) como una: "...manifestación unilateral y externa de la voluntad, que expresa una decisión de autoridad administrativa competente, en

(224) BIELSA, Rafael, **DERECHO ADMINISTRATIVO**, Edit. Depalma, 5a. ed., Buenos Aires, 1955, t. II, p. 1.
(225) ACOSTA-ROMERO, Miguel, **TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**, Edit. Porrúa, 7a. ed., México, 1986, p. 529.

ejercicio de la potestad pública. Esta decisión crea, reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos u obligaciones, es generalemente ejecutivo y se propone satisfacer el interés general."

De lo anterior obtenemos los caracteres fundamentales del acto administrativo: es un acto de Derecho público y una decisión ejecutoría, que emana de una autoridad administrativa, es unilateral y concreta, influye o altera situaciones jurídicas subjetivas, persigue la satisfacción del interés general teniendo una presunción de legitimidad, además de ser estable e inimpugnable.

De la misma manera que en el acto jurídico (**supra**, 9.C.), recordemos que quien pretenda estudiar al acto administrativo, tendrá la dificultad de encontrarse que es un producto de la mente y como tal inmaterial y por lo tanto no apreciable por los sentidos, todo esto aunado a que en nuestro medio jurídico no contamos con un ordenamiento sustantivo y procedimental administrativo, por lo que los tratadistas nacionales no se han llegado a poner de acuerdo en los elementos que deben conformar el acto administrativo (226), sin embargo,

---

(226) **Cfr.** PINEDA-GONZÁLEZ, Guillermo Manuel, **LA CAUSAL DESVIO DE PODER EN DERECHO ADMINISTRATIVO MEXICANO**, U.N.A.M./E.N.E.P. "Acatlán", Tesis con mención honorifica, Naucalpan, 1984, pp. 67 y ss., en donde el tesista ofreció una síntesis valiosa de la teoría del acto administrativo y una abunadante bibliografía sobre el tema.

podemos decir que éstos se engloban en los llamados elementos SUBJETIVOS, OBJETIVOS y FORMALES, por lo que en una límitada y apretada síntesis nos proponemos desarrollar los principales puntos que lo integran.

193. aaa. Elemento subjetivo

Dentro de este elemento encontramos que el acto está formado por: un sujeto, un órgano, la volunatad, la competencia, la investidura, mismos que se detallan:

I. En cuanto al sujeto, éste será siempre un órgano de la Administración Pública, sin embargo, cabe decir que la relación jurídico-administrativa estará integrada por dos o más sujetos. De esta manera se diferencia un SUJETO ACTIVO (órgano de la Administración, creador del acto), y un SUJETO PASIVO (siendo éste aquel a quiénes van dirigidos los efectos, pudiendo ser órganos de la misma administración, personas individuales o jurídico-colectivas).

II. En cuanto a la competencia, el sujeto creador del acto debe tener facultades para realizar determinados actos por así atribuírselo el orden jurídico, o mejor expresado, es una "porción órganica competencial" (227), para que conozca de determinados negocios y pueda actuar legítimamente, requiere

(227) CORTIÑAS-PELÁEZ, **et all.**, **op. cit.** nota (219), p. 90.

texto expreso, su ejercicio es obligatorio, irrenunciable e innegociable, no siendo un derecho propio de los titulares de los órganos, está fragmentada en los diversos órganos de la administración y es constitutiva de éstos.

III. Por lo que hace a la manifestación de la voluntad, la podemos entender como el acto externo mediante el cual se declara la intensión del órgano administrativo, que no debe confundirse con la forma en que se objetiviza ésta, la cual debe ser expontánea y libre, emitirse dentro de las faculatdes del órgano, estar exenta de vicios y expresarse dentro de los términos que marca la ley.

IV. La investidura es importante, por lo que recurrimos al profesor GARCÍA de ENTERRÍA(228) que enseña: "No basta con que el acto proceda de una Administración y se dicte a través del órgano competente, es menester también que la persona o personas físicas que actuén en la correspondiente declaración como titulares de ese órgano ostenten la investidura legítima de tales (nombramiento legal, toma de posesión, situación de actividad o ejercicio, suplencia legal en su caso)", es decir, el acto por el cual se torna definitivo el nombramiento del titular del órgano.

---

(228) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, **CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**, Edit. Civitas, 4a. ed., Madrid, 1987, t. I, p. 510.

194. bbb. Elemento objetivo

El objeto, el motivo, el contenido, la finalidad, la oportunidad y el mérito son considerados como elementos objetivos del acto administrativo, los cuales se ilustran:

I. El motivo del acto son los antecedentes que lo provocan, es decir, las circunstancias fácticas y jurídicas en virtud de las cuales la autoridad administrativa los exterioriza, este elemento constituye una garantía para el particular, toda vez que la motivación y fundamentación como presupuesto de hecho y de derecho, está preceptuado en el artículo 16 de la Constitución.

En este sentido podemos afirmar que no hay acto jurídico genérico o particular (administrativo) sin antecedente, sin motivo. Para no tener confuciones omitiremos cualquier referencia a la figura de la causa, pues ésta plantea complejos problemas, además como expresa SERRA-ROJAS(229), la causa en nuestro Derecho Administrativo no tiene razón de ser, sin explicar ni justificar su afirmación, en tanto que otros autores nacionales prescinden de toda referencia específica sobre ella. Como en Derecho Civil en el Administrativo sucede algo parecido, en considerar a la cauasa como el fin o motivo del actuar, por lo

(229) SERRA-ROJAS, Andrés, **DERECHO ADMINISTRATIVO**, Edit. Porrúa, 14a. ed., México, 1988, t. I, p. 248.

que la causa en matería administrativa sólo ha servido para reconocer que en todo acto existen dos elementos netamente distintos: los ANTECEDENTES DEL ACTO (elemento objetivo y externo al sujeto al que llamamos MOTIVO); y el elemento TELEOLÓGICO, (al que se denomina FINALIDAD o simplemente FIN); ambos estrechamente vinculados a través del objeto del acto.

II. Por lo que se refiere al objeto del acto, éste logrará producir efectos jurídicos concretos e individualizables. Estos efectos pueden dividirse en DIRECTOS o INMEDIATOS que consistirán en la creación, reconocimiento, modificación, transmisión, declaración o extinción de derechos administrativos; y en INDIRECTOS o MEDIATOS, que cumplen con los cometidos del Poder público y ejercen las potestades encomendadas en vista del interés público. Este objeto debe ser posible tanto física como jurídicamente, lícito y ser realizado dentro de las facultades que le otorga la competencia del órgano administrativo.

III. El contenido del acto administrativo forma la sustancia que lo determina, es decir, aquello que el acto decide, certifica, opina, dispone o permite. FRAGA(230) nos dice respecto a la finalidad que: "La doctrina ha sentado diversas reglas cuya aplicación en nuestro medio nos parece indudable: a) El agente no puede perseguir sino un fin de interés general; b) El agente

(230) FRAGA, Gabino, **DERECHO ADMINISTRATIVO**, Edit. Porrúa, 25a. ed., 1986, p. 270.

público no debe perseguir una finalidad en oposición a la ley; c) No basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario, además, que entre en la competencia del agente que realizae l acto; d) Pero aún siendo lícito el fin de interés público y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de los actos que la ley ha establecido al efecto."

IV. Para finalizar diremos que la oportunidad la entendemos como la coincidencia del acto con las necesidades del interés general; por su parte el mérito es la adecuación necesaria para lograr los cometidos públicos que la emisión del acto pretenda alcanzar.

195. ccc. Elemento formal

Se considera dentro de éste a: la forma y el procedimiento, es decir, este elemento está integrado por la observancia de los procedimientos establecidos para la elaboración del mismo, como son su expresión por escrito y su comunicación a los gobernados, y que se traduce entre otros en los acuerdos, decretos, oficios, circulares. Según el artículo 16 constitucional, tenemos que éstos se pueden encontrar en: a) Mandamiento escrito; b) Autoridad competente; c) Fundado y motivado; y, d) Conforme al procedimiento legal. Finalmente, diremos que el problema en Derecho Administrativo que no es el del Civil, es que hay actos jurídicos que no requieren que sea

por escrito (231), éstos pueden ser señales, sonidos o símbolos.

196. bb. Aplicabilidad de los convenios y contratos administrativos

Los múltiples y complejos cometidos del Poder Público, lo obliga a celebrar numerosos actos jurídicos y operaciones materiales, haciendo así más eficaz la acción administrativa. Este actuar del Estado por conducto de la administración, no siempre es por vía impérativa (imponiendo unilateralmente su voluntad), sino que también recurre a los convenios y contratos (solicitando de los particulares o de los mismos órganos de la administración su participación).

Hemos expuesto que en el Derecho Civil la diferencia entre CONVENIO y CONTRATO es clara, (**supra**, 60.f.), también sugerimos los términos en que debe ser reformado nuestro ordenamiento civil vigente (**supra**, 60.f.).

Pese a esto, en Derecho Administrativo la diferencia y tratamiento por separado de ambas instituciones, pierde importancia, toda vez que la doctrina las valora de tal manera hasta considerarlas como figuras sinónimas, olvidándose de su connotación correcta. En este sentido ACOSTA-ROMERO(232) expresa: "Para los efectos administrativos consideramos dichos

(231) **Cfr.** PINEDA-GONZÁLEZ, **op. cit.** nota (226), p. 95.
(232) ACOSTA-ROMERO, **op. cit.** nota (225), p. 467.

términos sinónimos, dado que el uso y la costumbre administrativa así los identifica, al margen de la distancia de matiz que hace el Código Civil para el Distrito Federal."

La tendencia de identificar los convenios y contratos ha llegado al grado de definir el contrato público como: "...la convención que el Estado obrando como sujeto de Derecho público realiza con otro sujeto de derecho (público o privado), con un fin público." (233)

La práctica administrativa por su parte, ha identificado no con acierto y con carencía de toda sutiliza conceptual (234) los PACTOS, CONVENIOS, CONTRATOS Y CONCERTACIONES, los cuales son tratados indistintamente como productores de los mismos efectos.

Expusimos (**supra**, 55.a) que originalmente el PACTO no engendraba ninguna obligación, servía como excepción. En la actualidad podemos decir que el pacto es una disposición particular insertada en un contrato, que no obstante encontrarse relacionada con el contenido del mismo, no es esencial para su existencia, lo debemos considerar como una cláusula dentro del contrato. Desafortunadamenete el pacto es tomado como un acuerdo de voluntades productor de derechos y obligaciones, y en este

(233) BIELSA, **op. cit.** nota (224), t. II, p. 142.
(234) **Cfr.** CORTIÑAS-PELÁEZ, **op. cit.** nota (219), p. 58.

sentido es considerado como un CONTRATO, sirva de ejemplo el PACTO DE ESTABILIDAD Y CRECIMIENTO ECONÓMICO (P.E.C.E.).

Determinemos cual es la naturaleza de los PACTOS en doctrina mexicana. Primeramente, observamos que éstos no son sancionados por el Congreso de la Unión, y por lo mismo no deberían ser obligatorios, sin embargo lo son; su base legal se extrae de la Ley de Planeación, que a su vez se deriva de la Constitución Política en la parte relativa a la rectoría económica y planeación democrática del desarrollo (artículos 25 y 26), por lo que este tipo de pactos son celebrados entre el sector público y privado (el sector obrero por vía del Congreso del Trabajo y en alguna medida el sector campesino) y permiten adherirse indirectamente al sector social. Lo anterior da facultades a la PROFECO (art. 28 constitucional) como parte de Ejecutivo para sancionar el incumplimiento de los pactos. Finalmente, el interés que rige a los pactos es el económico y político, quedando al margen y muy cuestionado el jurídico, toda vez que no son sancionados por las Cámaras (un claro ejemplo de esto último lo observamos recientemente con el PACTO DE CIVILIDAD, firmado por los diversos partidos políticos con motivo de las elecciones electorales del año de 1994).

Por lo que se refiere a la CONCERTACIÓN (que no es otra cosa que un simple acuerdo de voluntades sin un interés jurídico), se llega al absurdo de hacer de ésta una figura

jurídica nueva , y así se dice que ésta podrá ser objeto de un contrato o de un convenio, con lo cual no solamente se confunde el lenguaje jurídico sino que se alejan de una buena técnica adecuada y sin tomar en cuenta la sistemática y la lexicografía (art. 38 de L. de P.).

En cuanto a los convenios y contratos nuestro Derecho no hace una clara distinción, toda vez que ambos son producto de una manifestación de la voluntad general, de la que derivan los actos administrativos (que son unilaterales); y los convenios de Derecho público (**lato sensu**); y los contratos administrativos y de la administración (pudiendo ser bilaterales o plurilaterales, además abarcando éstos, a los convenios en sentido estricto).

Nuestro Derecho Administrativo considera que los convenios son únicamente los celebrados entre los diversos sectores de la Administración, los cuales pueden tener diversas finalidades u objetos (de coordinación o colaboración por ejemplo), entre éstas se señalan la fiscal, electoral, turística, sanitaria, educativa, vial, (arts. 25, 26, 115 fracc. IV-a, 116 fracc. VI, etc.), y a los cuales no se les da el carácter de contratos administrativos (235). A mayor abundamiento en México la distinción entre convenios y contratos administrativos no es

(235) **Cfr.** GARCÍA de ENTERRÍA, **op. cit.** nota (228), pp. 667 y ss.

clara, y la doctrina no ayuda mucho a hacer una diferenciación adecuada, NAVA-NEGRETE(236) por ejemplo establece que el contrato administrativo es aquel: "...que celebra la administración pública con los particulares con el objeto directo de satisfacer un interés general, cuya gestión y ejecución se rige por los procedimientos de Derecho público. Es posible que el contrato administrativo tenga como partes contratantes a dos órganos de la administración, aunque en la práctica administrativa se prefiera hablar de convenios administrativos."

Lo anterior nos obliga a reafirmar que urge una adecuada utilización de los términos jurídicos civiles en el Derecho Administrativo, toda vez que las palabras CONVENIO y CONTRATO tienen una connotación precisa en todo el Derecho.

Por lo tanto, y con ayuda de la semántica y la lexicografía proponemos que los actos jurídicos concretos que celebren los órganos de la Administración entre si sean llamados **ACUERDOS DE VOLUNTAD CON UN INTERÉS JURÍDICO** o **CONTRATOS** pero no CONVENIOS, toda vez que este último término traería el problema de contestar a la siguiente pregunta: ¿Cómo podriamos extinguir o modificar un convenio? Por lo que si se les da el nombre que corresponda no habra problema alguno. Por otro lado y para finalizar, siguiendo en parte la aportación del maestro

(236) NAVA-NEGRETE, Alfonso, "Contrato administrativo", **op. cit.** nota (1), t. II, p. 294.

NAVA-NEGRETE en cuanto a la celebración de contratos inter-institucionales administrativos concluiremos que éstos aún con la orientación doctrinal imperante si son posibles, este tipo de contratación se puede presentar entre las entidades públicas cuando éstas sean paraestatales (organismos públicos descentralizados o empresas de participación estatal), instituciones político-administrativas (Federación, entidades federativas, municipios y hasta el año de 1977 D.D.F.) y los particulares.

Obtenemos de lo anterior que las figuras CONVENIO y CONTRATO tienen en Derecho una semántica y una lexicografía bien determinada, y que cuando se haga su traslado al campo administrativo ésta no tendría por que cambiar, así decimos que el **CONVENIO ADMINISTRATIVO** es el acuerdo de voluntades por el cual se crea, transfiere, declara, reconoce, modifica o extingue derechos de carácter administrativo entre las partes que lo celebran; como se observa al convenio se le han agregado dos características más, pero que en nada cambian su connotación ya sea civil o administrativa, éstas son la declaración y el reconocimeinto. Por su parte el **CONTRATO ADMINISTRATIVO** es el acuerdo de voluntades para crear, transferir, declarar o reconocer derechos de carácter administrativo entre las partes que lo celebran.

Precisados los alcances que tienen ambas

instituciones, es criticable la definición que conjuntamente hace ACOSTA-ROMERO(237) al decir: "El contrato o convenio puede ser concebido como un acuerdo de voluntades que crea obligaciones y derechos para las partes que lo celebran, para realizar un objeto determinado que puede ser específico para cada una de ellas cuyo cumplimiento puede ser exigido por cualquiera de ellos."

En conclusión el contrato administrativo en Derecho mexicano es aquel que celebra la Administración Pública en el ejercicio de la "manifestación de la volunatd general" y obviamente en ejecución de la Ley (artículo 89 fracc. I de la Constitución federal), con los particulares (o con otros órganos de la misma Administración, de acuerdo con nuestras ideas ya expuestas) con el fin de crear, transferir, declarar o reconocer derechos de tipo administrativo, a efecto de asegurar la ejecución de los cometidos del Poder Público y sus operaciones materiales.

197. cc. Contratos administrativos y contratos de la Administración

En la práctica mexicana la Administración Pública celebra un sin número de contratos, éstos pueden ser acordados con los particulares y en los cuales el Estado debe sujetarse a las reglas y procedimientos del Derecho común, y aquellos otros

(237) ACOSTA-ROMERO, **op. cit.** nota (207), p. 468.

en los cuales el Estado actúa con poder de imperium (denominados contratos administrativos en sentido estricto).

BREWER-CARÍAS(238) expresa al respecto: "Los contratos de la administración se presentan bajo dos formas distintas. Por una parte, la Administración puede realizar sus negocios jurídicos con los particulares, bajo la forma de contratos de Derecho Privado, es decir, contratos idénticos a aquellos de los particulares, tal como están regidos en el Código Civil... Pero la Administración Pública puede realizar también actos bilaterales, que, si bien tienen naturaleza contractual, como consecuencia de su contenido, la relación jurídica que surge de ellos es una relación de Derecho Administrativo y, por tanto, estarán sometidos a normas jurídicas autónomas, algunas de las cuales distintas de las del Derecho Privado. Estos contratos forman, dentro de los contratos de la Administración, la categoría particular de los CONTRATOS ADMINISTRATIVOS."

198. aaa. Criterios de distinción

¿Qué criterios se siguen para distinguir los contratos que la Administración celebra con el carácter de privados y aquellos que celebra con el carácter de públicos?

Los primeros que se dieron para diferenciar ambos

(238) **Apud.** por ACOSTA-ROMERO, **op. cit.** nota (207), p. 469, especialmente su nota (1).

tipos de contratos, se debieron a la necesidad de determinar el tribunal competente para conocer de las controversias que surgierán, esto es: TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS o JUDICIALES; así, de la teoría del autor del acto se paso a la del fin del mismo. Para que los tribunales judiciales se inhibieran de conocer de un acto de la administración era indispensable que el mismo tuviera como finalidad satisfacer necesidades de interés general y no de un interés particular.

Empero, la doctrina que arrojo más claridad en el criterio para distinguir los contratos fue la de los ACTOS DE AUTORIDAD o DEL PODER PÚBLICO y los ACTOS DE GESTIÓN, que tuvo su fuente en la teoría que divide al Estado-fuerza pública y Estado-persona colectiva, este es el criterio que adopta en nuestro medio NAVA-NEGRETE(239). Los actos de autoridad en que el Estado actua por vía de mando, dando ordenes, y/o haciendo uso de la fuerza pública, serán competencia de las autoridades administrativas. En cambio, los actos de gestión, en que el Estado se desprende de sus actos de imperium para actuar en las mismas condiciones que los particulares, son de la competencia de los tribunales judiciales. De esta manera los primeros darían lugar a contratos públicos y los segundos a contratos privados.

(239) **Cfr.** NAVA-NEGRETE, **op. cit.** nota (213), pp. 712 y ss.

Después fue la noción de SERVICIO PÚBLICO (240) la que dio lugar a un nuevo criterio de distinción. Todo lo que concernía a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos (a nivel federal, estadual, municipal o D.D.F.), contituyen una tarea concreta susceptible de operaciones materiales que es, por su naturaleza, una obligación de la Administración Pública.

Pese a todos estos criterios no se ha llegado a un consenso, pues ni la doctrina que dio su base en el autor del contrato, ni la que derivó el carácter administrativo en el fin, han sido definitivas ni acertadas. Hoy es indudable que el Estado celebra contratos administrativos y contratos con carácter privado. ¿Cómo saber si los contratos celebrados o que quizo celebrar la Administración son del Derecho común o del Derecho público? Las razones o criterios que se conocen y que a nuestro jucio pueden ser aplicables en el medio jurídico administrativo mexicano (advirtiendo que no hay desde luego un criterio único), para determinar si un contrato es administrativo o privado son:

I. POR DETERMINACIÓN DE LA LEY: La legislación

(240) Esta noción es criticada por CORTIÑAS-PELÁEZ, **op. cit.** nota (219), pp. 67 y ss., en el sentido de que él considera que el servicio público francés en sentido amplio y la actual idea mexicana de servicio público, debe considerarse en sentido estricto, por que no todo lo que hace el Estado son servicios públicos en la línea de los cometidos del Poder Público.

expresará cuando se trata de contratos administrativos y cuando de contratos privados, o bien, no los regulados como administrativos en la ley serán privados por exclusión. En estos términos son administrativos el contrato de obra pública y el de suministro.

II. POR LIBRE VOLUNTAD DE LAS PARTES. La particularidad de que las partes libremente elijan el régimen jurídico incluyendo o no en el contrato la cláusula exorbitante o derogatoría del Derecho común, es lo que ha hecho calificar a este criterio como una concepción voluntarista del contrato administrativo. En este orden de ideas, la voluntad de las partes puede celebrar todo tipo de contratos, ya hemos expuesto (**supra**, Cap. I, especialmente 43.bbbb.) que los contratantes pueden pactar todo aquello que no este prohibido por la ley, observándose claramente está libertad cuando éstos incluyen o no cláusulas exorbitantes (entendidas como aquellas derogatorías del Derecho común, rompiendo el principio de la igualdad de las partes, lo que crea prerrogativas en favor de la Administración).

Bastaría con examinar el contenido del contrato para saber si la Administración y su cocontratante particular se quisierón ajustar a un régimen u otro, con la inclusión o no de cláusulas exorbitantes, en pleno ejercicio de su derecho de autodeterminación y autolimitación, traduciéndose esto, en el "Principio de la autonomía de la voluntad" (**supra**, Cap. III,

especialmente 109.B.). Ahora bien, ¿Cómo determinar el contenido de éstas cláusulas? Expondremos sumariamente los criterios generales adoptados:

1°. La cláusula exorbitante en una prerrogativa que se traduce en privilegios para la Administración;

2°. La cláusula exorbitante es una cláusula imposible de existir en un contrato privado;

3°. Por lo tanto la cláusula exorbitante no es habitual en los contratos privados;

4°. La cláusula exorbitante es una cláusula específica del Derecho público.

Para concluir, estimamos que todo contrato celebrado por la Administración en ausencia de un texto legal que específicamente así lo designe, o en el que no se incluyan cláusulas exorbitantes será contrato privado de la Administración.

III. POR EL OBJETO o POR LA NATURALEZA MISMA DEL CONTRATO. No puede dejar de reconocerse que es el objeto o la naturaleza del contrato los que han de resolver en definitiva su carácter. Ahora bien, sobre este objeto cabe decir que no debe ser contrario a la ley (**supra**, Cap. I, especialmente 14.bb y ss.). Los criterios que descubren el objeto o la naturaleza del contrato son:

1°. Que se refieran a un servicio público;

2°. Que los contratos impliquen una participación del contratante en la ejecución misma del servicio público;

3°. Por la naturaleza del empleo para los contratos de alquiler de servicios; y

4°. Por las condiciones particulares del funcionamiento del servicio público.

Por lo tanto, no es posible adoptar un criterio único, por ello consideramos mejor optar por una forma excluyente, primero se tendrá que estar al texto de la ley, a su falta, segudo, a la letra del contrato, y en su defecto por la naturaleza misma del contrato.

199. c. Comentarios a la nueva Ley de Adquisiciones y Obras Públicas y su base constitucional

Esta ley entró en vigor el día 1° de enero de 1994 (241), es reglamentaría del artículo 134 de la Constitución mexicana. De acuerdo con lo que dispone su segundo artículo transitorio: "Se abroga la Ley de Obras Públicas publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de diciembre de 1980, y sus reformas...; así como la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de febrero de 1985, y sus reformas...; y se derogan todas las

(241) Ley publicada en el D.O.F., el 30 de diciembre de 1993.

disposiciones que se opongan a la presente Ley"; a excepción de sus reglamentos correspondientes, lo cual consideramos incongruente jurídicamente, toda vez que la nueva ley es producto de reformas de fondo con respecto a las leyes abrogadas, lo que disposiciones que se opongan a la presente Ley"; a excepción de sus reglamentos correspondientes, lo cual consideramos incongruente jurídicamente, toda vez que la nueva ley es producto de reformas de fondo con respecto a las leyes abrogadas, lo que implicaría desde nuestro particular punto de vista una urgente creación de nuevos reglamentos.

La base para la celebración de los contratos administrativos la encontramos en el artículo 134 constitucional, el cual señala en su parte conducente que: "Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obras... se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoría pública..."

Es conveniente recordar que éste precepto no contiene antecedente alguno en las constituciones anteriores que han regido en los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que es una creación del Constituyente de 1917.

El segundo párrafo del precepto que nos ocupa se amplia para abarcar todo tipo de contratos que suscriba la

Administración Pública, comprendiéndose las adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones, servicios y obras públicas. Este artículo establece de manera general el procedimiento que habrá de seguirse para la celebración de estos contratos.

En este orden de ideas,, la Administración Pública celebra para el cumplimiento de sus cometidos diversos tipos de actos jurídicos, entre los cuales podemos mencionar:

I. Actos jurídicos relativos a bienes inmuebles, teniendo por objeto crear obligaciones de hacer, consistentes en construir, conservar, modificar, reparar o demoler bienes inmuebles, todo lo cual constituye la ejecución de una obra pública;

II. Actos jurídicos relativos a bienes muebles, que tienen por objeto generar obligaciones, tanto de dar, como de hacer; las obligaciones de dar consistirán en transmitir la propiedad o uso de bienes muebles; en tanto que las obligaciones de hacer consistirán en reparar entre otras tales bines, todo lo cual constituye las adquisiciones, arrendamientos y servicios relativos a bienes muebles (contrato de suministro).

De acuerdo con lo anterior el Estado (Federación, entidades federativas y municipios) a través de la Administración Pública, y sus entidades paraestatales, celebra contratos para ejecutar obras públicas, así como para adquirir, arrendar o

reparar bienes muebles, dichos contratos están regulados por el artículo 134 constitucional a través de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas. Para finalizar, el maestro GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ(242) enfáticamente señala los errores técnico-jurídicos en que se cae, por la falta de la semántica y la lexicografía al usar los conceptos y figuras del Derecho Civil (**supra**, 190.bb.).

200. aa. Idea conceptual en el marco de la ley vigente de los contratos administrativos

Hemos dicho que el Estado procura en primer término lograr concretar sus fines con el cumplimiento de los cometidos, con los cuales satisface sus propias necesidades y en consecuencia las de la colectividad, por medio de convenciones y prestaciones con los particulares que acuerdan concurrir con él.

Los contratos administrativos presentan una modulación propia que los diferencia de los contratos de Derecho privado. Y es que el contrato administrativo necesita desenvolverse dentro de normas propias que permitan, sobre bases siempre contractuales, acordar los derechos y obligaciones de las partes al fin superior que implica la necesidad o de dar satisfacción al interés general que el contrato busca satisfacer.

Esta idea directríz alumbra el nacimiento de principios propios de la contratación administrativa que

(242) **Cfr.** GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, **op. cit.** nota (117), p. 1044.

en que se cae, por la falta de la semántica y la lexicografía al usar los conceptos y figuras del Derecho Civil (**supra**, 190.bb.).

200. aa. Idea conceptual en el marco de la ley vigente de los contratos administrativos

Hemos dicho que el Estado procura en primer término lograr concretar sus fines con el cumplimiento de los cometidos, con los cuales satisface sus propias necesidades y en consecuencia las de la colectividad, por medio de convenciones y prestaciones con los particulares que acuerdan concurrir con él.

Los contratos administrativos presentan una modulación propia que los diferencia de los contratos de Derecho privado. Y es que el contrato administrativo necesita desenvolverse dentro de normas propias que permitan, sobre bases siempre contractuales, acordar los derechos y obligaciones de las partes al fin superior que implica la necesidad de dar satisfacción al interés general que el contrato busca satisfacer.

Esta idea directríz alumbra el nacimiento de principios propios de la contratación administrativa que determinan el modo como lo jurídico actúa sobre la realidad social. Esos principios no constituyen únicamente fuentes del Derecho directamente aplicables en caso de insuficiencia de normas legales, sino que deben presidir la labor interpretativa en toda circunstancia, a efectos de dar unidad de sentido a cada norma aplicable.

De lo que se extrae que la nueva Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, no es omisa en esa vanguardía de incorporar los acontecimientos sociales a la ley, muestra de ello se encuentra plasmado en los contratos de obra pública y suministro.

201. aaa. Contrato de obra pública

Este contrato gira en torno del concepto de obra pública, el cual no debe ser tomado solamente como el hecho material de construir sino también de remodelar o conservar las obras existentes.

Debemos entender por obra pública el uso general y aprovechamiento, además de las construcciones destinadas a un servicio público que se halle a cargo de la Administración. En este concepto podemos obtener los elementos básicos de la obra pública: uno SUBJETIVO, que hace referencia a la naturaleza pública del sujeto (el Estado); otro OBJETIVO relacionado con el destino o empleo de la obra; y uno más que se une al inmediato anterior relativo a la NATURALEZA del inmueble que debe revestir la obra.

En la legislación mexicana administrativa a través de la L.A.O.P. se establece qué debe entenderse por "obra pública", y así su artículo 4° en términos generales establece que es todo trabajo que tenga por objeto crear, conservar,

construir o modificar los inmuebles por su naturaleza o por disposición de la ley, así como todos aquellos trabajos de naturaleza análoga.

Acorde a los planteamientos de Derecho Civil y de la influencia que éste ejerce sobre el Administrativo (**supra**, Cap. II y 190.bb.), este contrato se clasifica como: principal, bilateral, oneroso, conmutativo, formal, de tracto sucesivo, intuitu personae y administrativo; y cuyos elementos serán: a) Un sujeto activo, que pide la realización de la obra; b) El régimen jurídico al cual va a estar sujeto y que será al Derecho público (cláusula exorbitante); c) La realización de la obra es de interés general para satisfacer necesidades generales; d) El sujeto pasivo es el contratista, o sea, es el encargado de realizar la obra.

De todo lo anterior obtenemos que éste contrato es el acuerdo de voluntades a través del cual la Administración acuerda la realización o reparación de una obra pública, para el cumplimiento de sus cometidos, sean esenciales, de servicio público **stricto sensu**, sociales, o los ya casi inexistentes privados.

El concepto anteriormente expuesto choca totalmente con el que nos ofrece el maestro ACOSTA-ROMERO(243),

(243) ACOSTA-ROMERO, **op. cit.** nota (207), p. 477.

toda vez que define el contrato de obra pública de manera equivocada, al decir que éste es: "...el acuerdo de voluntades por medio del cual la Administración Pública Federal, Local oMunicipal, por conducto de sus dependencias, **ordena** a un particular la construcción o reparación de una obra pública. Siempre deberá constar por escrito". El error desde **nuestro punto de vista**, consiste en decir que la Administración **ORDENA** la construcción de una obra, pues se estará ante un acto unilateral el cual podemos identificar con el acto administrativo, lo que no es correcto, toda vez que el contrato es un acuerdo de voluntades en el cual, cada parte se obliga a realizar determinada actividad, **pero nunca será por una orden de la ley**, sino por un acuerdo de voluntades, una pública y otra privada.

202. bbb. Contrato de suministro

Otro contrato administrativo es el de suministro, LAUBADERE(244) nos dice que: "...en sentido amplio el contrato de suministro se aplica a todo contrato que tiene por objeto la entrega de prestaciones muebles a una persona pública. En sentido estricto se aplica únicamente a los contratos que tienen por objeto un régimen exorbitante de derecho civil, en este sentido estricto hablamos de contrato de suministro."

---

(244) **Apud.** por SERRA-ROJAS, **op. cit.** nota (229), t. II, p. 582.

Según el concepto legal, el artículo 3° de la L.A.O.P. establece como suministro todos los actos que queden comprendidos dentro de las adquisiciones, arrendamientos y servicios. En términos generales el contrato de suministro se considera:

I. Que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por medio unitario, sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el negocio por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración;

II. Que se refiera a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso, y

III. Que el bien o bienes que hayan de ser entregados por el empresario, deben acorde al procedimiento legal fijado previamente por la Administración, en ejecución de la ley (art. 134 constitucional, respecto de la CONVOCATORÍA-LICITACIÓN, y ADJUDICACIÓN).

En el mismo sentido que en el de obra pública, este contrato se clasifica como: principal, bilateral, oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo, formal y administrativo (**supra**, 201.aaa.).

Para finalizar y al margen de la ley, lo definimos sencillamente como aquel en el que el contratista se compromete a suministrar a la Administración los bienes muebles,

productos o servicios necesarios para el cabal cumplimiento de sus cometidos.

203. d. Perspectiva jurídico-doctrinal de la imprevisión en los contratos administrativos, a la luz del Derecho público y privado

El problema de la imprevisión debe comprender la respuesta que el Derecho debe brindar, cuando circunstancias extraordinarias e imprevistas alteran sustancialmente el equilibrio de las prestaciones, convirtiendo el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes excesivamente gravosa. Este problema recibe una distinta respuesta, según el contrato se desenvuelva en la órbita del Derecho privado o del Derecho público, ya que en el primero se enfrentan intereses particulares, y en el segundo nos encontramos que el interés particular del contratista se coloca frente al interés público o general.

En los contratos administrativos, esta desventaja del contratista se aprecia con claridad si se considera que el Estado es el sujeto de Derecho más irresponsable, toda vez que es difícil que resarza daños y perjuicios si no estan autorizados en la partida de egresos de la Federación y por la Cámara de Diputados (arts. 74 fracc. IV y 126 constitucionales), con lo cual se rompe el "Estado de Derecho", entendido éste como: "...aquel que en sus relaciones con sus súbditos y PARA GARANTÍA

DE LOS DERECHOS DE ÉSTOS, se somete él mismo a un régimen de derecho, y está sujeto en su acción a reglas que primero, determinan los derechos que se reservan los habitantes y segundo, fijan las vías y medios por los cuales las autoridades públicas pueden lograr los fines del Estado", con lo cual se rompe el "Estado de Derecho". Es por esto que decimos que la Administración Pública es el sujeto de Derecho más irresponsable.

Es característica de los contratos administrativos la de ser actos de colaboración voluntaria destinados a satisfacer las necesidades que exigen los cometidos del Poder Público, situación que se traduce en que se exige del contratista su máximo esfuerzo, diligencia y capacidad técnica, y de la Administrtación que concurra en auxilio de su contratante, aún en casos no previstos en la leyes o en las cláusulas del propio contrato.

Como toda actividad económica, el contrato está sujeto a riegos e imponderables que afectan en mayor o menor medida las previsiones tenidas en cuenta por las partes. Esa posibilidad se acrecienta sustancialmente en contratos de gran complejidad destinados a ejecutarse durante largos períodos de tiempo, como ocurre en los típicos contratos administrativos de obra pública y de suministros. Debido a esto el Consejo de Estado en el famoso "Arrêt 'Gaz de Bordeaux'", aplicó por primera vez la "Teoría de la imprevisión", cuyo origen es estrictamente

jurisprudencial (245).

Ante esta situación la reciente L.A.O.P. que ilógicamente continúa con los reglamentos anteriores, regula la "Teoría de la imprevisión" en la contratación administrativa. Así, el artículo 67 dispone: "Cuando ocurran circunstancias de orden económico no previstas en el contrato, que determinen un aumento o reducción de los costos de los trabajos aún no ejecutados conforme al programa pactado, dichos costos podrán ser revisados, atendiendo a lo acordado por las partes en el respectivo contrato. El aumento o reducción correspondiente deberá constar por escrito. No dará lugar a ajuste de costos, las cuotas compensatorias a que conforme a la ley de la materia, pudiere estar sujeta la importancia de bienes contemplados en la realización de una obra."

Como expusimos (**supra**, 199.c.) hay que recordar que la L.A.O.P. dejó vigentes los reglamentos de las leyes anteriores, al efecto, el artículo tercero transitorio dispone: "Los reglamentos de las leyes de Obras Públicas y de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles, así como las disposiciones administrativas expedidas en estas materías, se seguirán

(245) Cassin, R., Waline, M., **LES GRANDS ARRÊTS DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE**, Edit. Sirey, Paris, 1956, pp. 114 y ss.

aplicando, en todo lo que no se oponga a la presente ley...". En este orden de ideas, los artículos 50 y 51 del reglamento de la derogada L.O.P. establecen los procedimientos que deben seguirse para el ajuste de los costos, los cuales se refieren a aspectos contables y de ingeniería, pero en términos generales podemos establecer que éstos se llevan a cabo de la siguiente manera:

I. El procedimiento de ajuste deberá proponerlo la dependencia o entidad en las bases del concurso, que permanecerá vigente durante el ejercicio del contrato;

II. La revisión de los costos será promovida por la dependencia o entidad, así como por el contratista; y

III. Si el contratista promueve el ajuste, deberá hacerlo mediante solicitud escrita, acompañada de la documentación comprobatoria del desajuste de los costos.

Como se podrá observar la L.A.O.P. contempla de manera expresa la imprevisión en el contrato de obra pública; importa resaltar que el Derecho común por lo que se refiere a la revisión de los costos (C. Civ. 28), no reglamenta la "Teoría de la imprevisión" en artículo expreso, por lo que se ha pretendido derivarla en base a lo establecido en dicho ordenamiento, por lo que se refiere a la buena fe y a la equidad, principios contemplados en el artículo 1796 del ordenamiento citado; es así que a diferencia del ordenamiento civil, la L.A.O.P. si reglamenta esta teoría en el artículo 67 de su contrato de obra pública en sentido lato, es decir, no distingue entre los

contratos de precio alzado o a precios unitarios; y en este sentido el reglamento va más allá de la propia ley, lo que permite concluir que si se celebra un contrato de obra a precio alzado y con posterioridad se alteran las circunstancias que sirvieron de base para calcular el importe de los precios, por ejemplo a causa de una devaluación, será procedente el ajuste de los costos tomando como base el artículo 67 de la L.A.O.P.; situación que no permite el art. 2626 del C. Civ. 28, pero esto se entiende porque dicho Código no establece de manera expresa la "Teoría de la imprevisión", a diferencia del art. 67 de la L.A.O.P. que sí uncluye dicha institución en su ordenamiento.

Una cuestión por demás interesante y con fines criticos esta en lo establecido por la fracc. IV del art. 51 del Reglamento de la L.O.P., donde se observa que el traslado de las instituciones civiles al campo administrativo no se hace con una adecuada técnica sistématica y lexicográfica, toda vez que dicha fracción establece: "La formalización del ajuste de costos deberá efectuarse mediante el oficio de resolución que acuerde el aumento o reducción correspondiente, en consecuencia no se requerira de convenio alguno..."

En este sentido, tenemos que ante casos de imprevisión en el contrato de Obra Pública, no requeriremos de **CONVENIO** que **MODIFIQUE** el acuerdo de voluntades, sino que por simples oficios estaremos en posibilidad de cambiar los términos

de un **CONTRATO**, lo cual criticamos fuertemente, porque las figuras jurídicas del **CONVENIO** y **CONTRATO** tienen funciones específicas (**supra**, 196.bb.), y no por "apresurados burocrátas" a los cuales se les hace fácil manejar indistintamente términos y conceptos, tengámos que soportar las aberraciones conceptuales, desvirtuando la naturaleza jurídica de los conceptos civiles y administrativos. Así pues, sirva todo esto como una pequeña aportación, concluyendo que todo cambio en un contrato administrativo que tenga por objeto MODIFICAR o EXTINGUIR derechos tiene que ser a través del **CONVENIO y no por SIMPLES OFICIOS**.

Otro de los contratos administrativos en los que podemos encontrar reglamentada la imprevisión es el de suministro, que en publicación (246) bajo la denominación de "Normas de concursos para la adquisición de mercancías, materías primas y bienes muebles" esta privisto la revisión del contrato por causa imprevistas. Por otro lado, consideramos que el contenido de dichas "normas" es en realidad un reglamento y no simples normas, pues establece toda una serie de procedimientos para: la celebración de concursos, basas de concursos, especificaciones en la entrega de mercancías, entrega de muestras y catálogos, recepción de ofertas, entre otras. Tales normas son aplicadas a todas las dependencias de la Administración Pública y

(246) D.O.F. de fecha 15 de octubre de 1980.

fueron expedidas por la Secretaría de Comercio.

Cabe comentar que en dicho documento, se establecen posibilidades de rescisión (incisos 15.1 y 15.2), así como una serie de principios que entrañan lo que se conoce como cláusulas exorbitantes, también contiene todo un capítulo relativo a modificaciones (punto 3.6) con lo que establece expresamente la "Teoría de la imprevisión", modificaciones a pedidos o contratos por aumento de cantidad, cambios en las características de los bienes u otras modificaciones (puntos 3.7 a 3.7.4).

Estos dos contratos que expresamente reglamentan la "Teoría de la imprevisión" son de carácter administrativo y realizados en interés general. ¿Por qué entonces se encuentra la oposición del C. Civ. 28 de no reglamentar la imprevisión? Como hemos expuesto, urge una reforma a nuestro ordenamiento civil federal (**supra**, 170.bb.), ya que si éste fue elaborado durante la época en que dominaban las ideas socializadores del Derecho, es conveniente que éstas influyan a nuestros legisladores a fin de adecuar el C. Civ. 28 a las más modernas ideas progresistas del Dercho Civil (**supra**, Cap. IV, especialmente 145.B.).

A mayor abundamiento, reiteramos que es impresindible modificar dicho ordenamiento, o aquellos inherentes a la "Teoría de la imprevisión", para fortalecer en esencia el "Estado de Derecho", y obviamente, en beneficio de la seguridad

jurídica no sólo como derecho garantizado en la Constitución Política sino también como uno de los fines supremos del Estado, por lo que nos permitimos exponer nuestra idea primaria al respecto (**supra**, 170.bb.), de dichas modificaciones.

204. F. EL FUTURO DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO MEXICANO

Para terminar este trabajo, expondremos suscintamente los fundamentos que consideramos deben ser aprovechados por nuestro legislador para reformar el ordenamiento civil vigente, toda vez que como hemos visto en el Derecho Administrativo si hay norma expresa que autorice la revisión de los contratos por causas de imprevisión.

Iniciaremos nuestros fundamentos con el artículo 19 del C. Civ. 28 que dispone: "Las controvercias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho". Precepto que es acorde con el cuarto parrafo del art. 14 constitucional, el cual se refiere tanto a la interpretación como a la integración de la ley, en este sentido es de aplicarse el principio de hermeneútica jurídica.

Ante el caso planteado el juez tiene dos caminos a seguir: resolver si es posible el problema de acuerdo al texto

expreso de la ley si ésta prevee tal situación; o bien, ante su falta, integrar la ley ante carencia de textos. Así las cosas, todo texto encierra un sentido, el cual unas veces no es claro, por lo que tocará al juzgador en esta hipótesis ser constructor del Derecho como si fuera el mismo legislador y, descubrir cual hubiera sido la solución que éste órgano daría de habérsele planteado la cuestión.

En el caso que nos ocupa, ciertamente no existe texto expreso que resuelva el problema, pero a través de preceptos como el ahora comentado el juez podrá optar por crear el Derecho através de la integración del mismo; o si el caso planteado no estuviera previsto, no por eso el juez dejará de resolverlo, ya que también podrá ayudarse de la analogía, que es otro medio de integración del Derecho, aplicando la ley que se utilizó en un caso similar.

En cuanto a los Principios Generales del Derecho que son, los criterios o entes de razón que expresan un juicio acerca de la conducta humana a seguir en cierta situación, el Derecho, como obra de la inteligencia humana enuncia ciertos principios axiológicos que informan los sistemas jurídicos positivos. Obviamente, las leyes no pueden anticipar todas las remotas posibilidades y vaivenes de la actividad humana; consecuentemente, en el campo de lo no previsto, la norma, en cuanto institución humanística, debe ceder ante la aplicación de

éstos principios, que buscan ante todo hacer reinar la justicia en todas nuestras relaciones contractuales.

El artículo 20 del C. Civ. 28, es otro de los preceptos que nos ayudan a fundamentar la teoría en estudio al diponer: "Cuando haya conflictos de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados". De conformidad con la plenitud hermética del orden jurídico, toda situación controvertida puede ser resuelta jurídicamente.

Este artículo hace referencia sin que expresamente la mencione a la equidad (que es el más general de todos los principios del Derecho), precepto que habrá de relacionarse con el art. 1859, él cual contiene el mismo principio en la manera de interpretar los contratos. Tales disposiciones tienen el mismo fin, esto es, ante situaciones en la que los derechos de las partes sean desiguales, es la equidad la que debe restablecer el equilibrio roto.

Consideramos a contrario de lo que opina la Suprema Corte de Justicia de la Nación que no hay necesidad de que un texto expresamente reglamente la equidad, puesto que se

puede inferir del contenido de los artículos en comento. En tales circunstancias no es acertada la tesis jurisprudencial que expresa: "Mientras haya normas legales de aplicación al caso, no hay porque tratar de corregirlas, sustituyéndolas por un criterio subjetivo; mientras la ley no haya reconocido positivamente los dictados de la equidad, éstos no constituyen el derecho..." En tales circunstancias, ante el caso de imprevisión y en ausencia de disposición expresa, de conformidad con las exigencias de justicia y con base en la equidad, plasmada en los arts. 20 y 1859 del C. Civ. 28, los cuales enriquecen nuestro Derecho privado, es por eso que consideramos que el juez tiene suficientes bases para incorporar tales principios y resolver la imprevisión en la contratación, con lo cual elevara el rango moral de la contratación, además de fortalecer la seguridad jurídica y evitar perjuicios o desventajas a las partes obligados en contratos a largo plazo.

En cuanto al artículo 1796 del que ya hemos dicho algunas cosas (**supra**. 169.aa. y 170.bb.), sólo diremos que el texto fue tomado quizás del artículo 1135 del C. Civ. fra., pero cuando se legisló en el Derecho mexicano, se cambió la expresión "equidad" por la de "buena fe". No por ello puede dejar de desconocerse el valor de esta disposición en el sentido de que de acuerdo con esta buena fe es de aplicar la imprevisión en nuestro Derecho. La equidad y la buena fe son el alma de los contratos. El principio de buena fe consagra una confianza despertada de un

modo inimputable, debiendo ser mantenida porque efectivamente se ha creido en ella, al mismo tiempo, demanda el respeto recíproco ante todas aquellas relaciones jurídicas que requiere una larga y continuada colaboración, así como el comportamiento que se puede esperar de los contratantes que deben intervenir honestamente en el contrato. La equidad (por lo que se refiere en la ejecución de los contratos) esta fundada en un principio ético-moral de no hacer a otro lo que no quisieramos que se hiciera con nosotros mismos y de no enriquecerse a expensas de otro. Además, el problema de la imprevisión que consideramos en este trabajo no puede se resuelto con la simple aseveración que el C. Civ. 28 hace en el art. 1796 al disponer que los contratos tienen que ser cumplidos como si fueran ley entre las partes (**supra**, 110.aa.). Dichos problema plantea las exigencias y consideraciones que trascienden el campo del mencionado precepto. Por eso, esa disposición de ley fijada **a priori** a base de una congelación de la actividad social normal del hombre, no puede tener vigencia absoluta frente a situaciones anómalas como la de la imprevisión. Es precisamente en este campo donde surge el conflicto entre la coercibilidad de las normas jurídicas y su relación con el Derecho justo.

En cuanto a lo que se refiere a los artículos 1859, 2455 y 1797, sólo el último es matería de nuestra atención, toda vez que de los dos primeros ya hemos dicho algo (**supra**.

171.cc.), así el artículo 1797 dispone: "La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes", disposición que fija claramente el justo limite de la libertad para no ir más alla de ésta.

Por otro lado, la inestabilidad económica de la vida moderna a producido como consecuencia que las partes en un contrato traten de buscar ellas mismas la solución ante un caso de imprevisión, y no tener que esperar la intervención del legislador, ya que ésta sería un poco tarde, o bien someter a un proceso largo el contrato por mediación de un juez.

Así con el fin de asegurarse contra fluctuaciones en los precios, toda vez que la mayoría de los supuestos a los que se les pudiera aplicar la teoría de la imprevisión giran en torno a la devaluación de la moneda.

Los contratantes al tratar de valorizar contractualmente sus deudas de dinero que estan pendientes de ejecución utilizan mecanismos que pueden clasificarse de la siguiente manera:

I. CLÁUSULAS MONETARIAS. Que hacen referencia al valor del oro o de una moneda extranjera. Ha sido negado el valor jurídico de estas cláusulas, ya que atentan contra el orden público monetario, toda vez que es el propio Estado el que emite su moneda art. 28 párrafo cuarto constitucional, y sólo en él

tiene poder liberatorio.

En nuestro Derecho estas cláusulas estan expresamente permitidas en los artículos 2389 del C. Civ.28, 359 del C. Co. y sobre todo el art. 8° de la Ley Monetaria, además todo ello esta conforme a la libertad contractual.

II. CLÁUSULAS ECONÓMICAS. Llamadas también en forma especial CLÁUSULAS DE ESCALA MOVIL o CLÁUSULAS INDEXACIÓN, que remiten al valor de ciertas mercaderías (como el trigo y pétroleo, entre otros) o en determinadas prestaciones (como el salario mínimo) o al costo de la vida conforme a los índices de precios.

Las objeciones principales contra la validez de estas cláusulas son: que pretenden eludir el curso forzoso de la moneda nacional, negándole su poder liberatorio; que rompen con la equivalencia de las prestaciones con lo que se crean situaciones leoninas; y por último, que la depreciación de la moneda cosntituye una calamidad nacional que debe soportarse por todos.

La validez de estas cláusulas no puede ser desconocida por supuestamente ser contrarias al orden público, toda vez que la indexación legislativa se hace patente en nuestro Derecho. Sirva de elemplo el art. 17-A de C.C.F. que dispone en su parte conducente: "El monto de las contrubuciones o de las

devoluciones a cargo del fisco federal se actualizará por el transcurso del tiempo y con motivo de los cambios de precios en el país...." , actualización que utiliza como factor el Indice Nacional de Precios al Consumidor; o bien, hoy día las multas se cobran en base al salario mínimo.

III. CLÁUSULA COMPROMISORIA. Cuando se sujetan las partes a una jurisdicción, porque en el contrato hayan surgido causas imprevistas y deseen la revisión del mismo.

205. PROGNOSIS FINAL

El artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados textualmente establece:

"ARTÍCULO 62. CAMBIO FUNDAMENTAL EN LAS CIRCUNSTANCIAS

1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que:

a) La existencia de esta circunstancias constituyerá una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y

b) Ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deben cumplirse en virtud del tratado.

2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:

a) Si el tratado establece una frontera; o

b) Si el cambio fundamental resulta una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado a para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado."

Nuestro país, ratificó está Convención por Decreto del 29 de octubre de 1964. Consecuentemente de conformidad con el artículo 133 de la Constitución, la Convención de Viena se ha convertido en "Ley Suprema en toda la Unión" y los jueces de cada Entidad Federativa deberán aplicarla, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en sus ordenamientos, incluso constitucionales.

Podrá argumentarse que el artículo 62 se refiere a los tratados, que como su nombre lo indica y aunque parezca reiterativo, son de corte internacional, pero desde un punto de vista técnico-jurídico el principio ha quedado incrustado en la Ley Fundamental y debe considerarsele aplicable a las relaciones contractuales por notoría mayoría de razón, aunque no hay disposición especial en nuestra legislación civil federal alguna sobre la materia, de conformidad con los Principios Generales de Derecho, la buena fe y la equidad, tienen los Tribunales las puertas abiertas para incorporar a nuestro sistema dicha doctrina. Por lo que nos parece que el curso más saludable que debe seguirse, es que nuestro Derecho reconozca las exigencias de esta nueva tendencia y proceda a enmendar adecuadamente el C. Civ. 28 (**supra**, 170.bb.) de manera que esta doctrina quede cabalmente regulada y con ello trascender del marco privado a otras ramas del Derecho [como es la administrativa (**supra**, 190.bb y 203.d.)].

Por lo tanto, esta situación legal del art. 62 de la Convención de Viena y de los criterios que hemos expuesto, ponen fin a toda discución teoría, toda vez que desde nuestro punto de vista la "Teoría de la imprevisión" por disposición de nuestra Ley Suprema, debe ser considerada implícita en los contratos y consecuentemente cuando se produzcan modificaciones substanciales imprevistas en las relaciones contractuales, las obligaciones futuras deberán ser equitativamente reajustadas.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Como corolario del estudio realizado y con todo el respeto que nos infunden los autores jurístas que piensan que no es posible aplicar la "Teoría de la imprevisión" en nuestro Derecho, formularemos las siguientes conclusiones; sin que obsten algunas otras que se hallen en el desarrollo de este trabajo de tesis, que se resaltan a manera de propuestas, como posturas personales.

PRIMERA.- La estructura del precepto jurídico debe ser contemplado y comentado en su totalidad, esto es, abarcando todos los elementos que lo componen. Toda vez que se expresa que si no se cumple el presupuesto de la norma, el Estado aplicará una sanción a tal incumplimiento, situación que consideramos incompleta, ya que como hemos expuesto (**supra**. 2.a.), se olvida mencionar dentro de esta estructura el sector de lo contencioso, ya que nadie puede ser condenado sin ser oido y vencido en juicio.

SEGUNDA.- Sugerimos (como lo haremos en muchos puntos) reformar el C. Civ. 28 y con ello la doctrina respecto a los vicios del consentimiento. Ya hicimos notar (**supra**. 26.bb.) que de acuerdo a nuestro ordenamiento civil, se reconocen como vicios, al error, al dolo y a la violencia. Lo que por nuestra parte no aceptamos

y de algún modo criticamos, toda vez que desde nuestro punto de vista son vicios del consentimiento el error y el miedo.

TERCERA.- Si bien no pueden existir contratos solemnes dentro de nuestro Derecho, si existen actos jurídicos que sí son solemnes, en este sentido y de conformidad con el artículo 1859 del C. Civ. 28, precepto que hace extensivas las disposiciones de los contratos en general a los convenios y a los propios actos jurídicos, es conveniente agregar una fracción al artículo 1794 en el sentido de que para la existencia del contrato, se cumpla con la solemnidad del caso, en estos términos:

Art. 1794.- 'Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato;

III. Solemnidad cuando la ley lo exija.'

CUARTA.- Por lo que se refiere a la figura de la "LESIÓN", es conveniente adecuar el supuesto previsto en el artículo 17 del C. Civ. 28, y adaptarlo a una realidad social moderna y en cosntante movimiento como lo es la mexicana, agregando desde luego el "Estado de necesidad".

QUINTA.- En cuanto a los conceptos vertidos en los artículos 1792 y 1793 del C. Civ. 28 de convenio y contrato respectivamente, de

acuerdo a la exposición que dimos (**supra**, 98.A. y ss.), consideramos que un Código no debe ser conceptualista, y si esa es su tendencia, tendrá que soportar las críticas que se le hagan. En este orden, nuestro ordenamiento civil al definir las figuras citadas no lo hizo con una adecuada técnica en el lenguaje, además no se adecuó a los conceptos que dio, toda vez que utilizó indistintamente ambas, ya que cuando debió tratarse de convenio se le dió el nombre de contrato (**supra**. 61.aa.) y viceversa. Por lo que es pertinente reformar también en esta parte el C. Civ. 28 en estos términos:

'Art. 1792.- CONVENIO ES EL ACUERDO DE VOLUNTADES PARA CREAR, TRANSFERIR, CONSERVAR, MODIFICAR O EXTINGUIR DERECHOS ENTRE LAS PERSONAS QUE EN EL INTERVIENEN'.

SEXTA.- La "Teoría de la imprevisión" como cualquier otra institución jurídica tiene su origen remoto en el Derecho romano, sin embargo en este ordenamiento histórico no era conocida esta doctrina como actualmente está establecida. Así, la imprevisión renació modernamente a consecuencia de las contiendas bélicas mundiales (Primera y Segunda Guerra) provocando un desajuste en las relaciones económicas, sociales, jurídicas y políticas, afectando consecuentemente la estabilidad de los contratos celebrados a largo plazo, produciendo que la obligación para el deudor sea excesivamente onerosa, en tanto que para el acreedor

haya un enriquecimiento injusto si llegara a ejecutarse el contrato.

SÉPTIMA.- La "Teoría de la imprevisión" plantea el dilema entre el principio **"Pacta sunt servada"** regla que establece que las obligaciones concertadas en un contrato deben ser cumplidas tal y como fueron pactadas para con ello mantener la estabilidad y seguridad jurídicas de los contratos; y el principio **"Rebus sic stantibus"** regla opuesta al anterior principio, toda vez que ésta establece una cláusula tácita sobreentendida en los contratos, expresando que los mismos sean cumplidos y ejecutados si permanece el mismo estado de circunstancias en que fueron celebrados.

OCTAVA.- La validez y vigencia de aplicar la "Teoría de la imprevisión" a los contratos se debe a que el principio de la "Autonomía de la voluntad" traducido al adagio que dice: "la voluntad de las partes es la suprema ley en los contratos" esta perdiendo fuerza; en este sentido consideramos contra aquellos que piensan que el contrato se encuentra en "CRISIS" o "DECADENCIA", que basta con ver la multitud de relaciones jurídicas que se realizan diariamente en las cuales el CONTRATO es el principal instrumento utilizado, toda vez que la figura contractual no a perdido su vigencia. Lo que si consideramos en "CRISIS" es el principio de la "Autonomía de la voluntad" porque

cada día se le imponen más restricciones, como puede ser entre otras la imprevisión.

NOVENA.- Las construcciones prácticas (sin mencionar las doctrinarias, pero que indudablemente sirven de apoyo), que se han elaborado para resolver las cuestiones planteadas por la imprevisón se resumen en dos partes, a saber:

I. Por intervención del Poder legislativo, al expedir "Leyes de emergencia" dictadas con motivo de acontecimientos imprevistos. Estas disposiciones eliminan toda posibilidad de aplicar la "Teoría de la imprevisión", toda vez que estas leyes son un remedio para dar solución a situaciones no previstas por la ley ni por los afectados;

II. Por intervención del Poder judicial, al someter el contrato a un juez para que este decida si debe proceder la revisión del mismo en términos de buena fe y equidad, revisión que puede ser para modificar el contrato, para prorrogar su cumplimiento o para rescindirlo.

DÉCIMA.- La imprevisión es aplicable a los contratos de tracto sucesivo (quedan comprendidos en esta categoría todos los contratos celebrados a largo plazo) quedando excluidos desde luego aquellos celebrados con carácter aleatorio. Estos contratos de prestaciones diferidas deben reunir determinados requisitos

para que pueda ser posible aplicar la imprevisión, estas condiciones son en resumen:

I. Que haya un acontecimiento imprevisto;

II. Que sea de una gravedad o importancia extrema;

III. Que se trate de una conmoción general;

IV. Que las prestaciones se tornen excesivamente onerosas;

V. Que los eventos sean extraños a la voluntad de las partes.

UNDÉCIMA.- En estas condiciones la "Teoría de la imprevisión" la debemos entender como la situación que se presenta en los contratos a largo plazo o de prestaciones diferidas, que puede producir riesgos imposibles de preveer al momento de la celebración y que trae como consecuencia un excesivo gravamén en el cumplimiento para una de las partes, y de ello se deduce, que no cabe compeler a la ejecución de la obligación concertada, o bien, que haya una posible revisión al contrato ante estas circunstancias imprevisibles.

DUODÉCIMA.- De las dos tendencias en que hemos dividido las legislaciones de los diversos ordenamientos que se ocupan de la imprevisión, y que son a saber las REVISIONISTAS y las NO REVISIONISTAS, desde luego es preferible aceptar aquellas que

encuentran un equilibrio ideal y justo entre la fuerza obligatoria del contrato y la cláusula "Rebus sic stantibus", es decir, las revisionistas, toda vez que en la mayoría de estos ordenamientos se encuentran fundamentos doctrinales y etiológicos, tales como:

I. Salvo casos excepcionales se puede invocar la "Teoría de la imprevisión"

II. Las circunstancias imprevisibles pueden ser de manera objetiva y general, por tanto quedan excluidos los criterios subjetivos;

III. La aplicación de la imprevisión es a los contratos celebrados a largo plazo o de tracto sucesivo, quedando excluidos los contratos aleatorios por su naturaleza o por disposición de las partes;

IV. La ejecución del contrato con el cambio de circunstancias impodrá a una de las partes onerosidad, de tal modo excesiva que su contraparte aproveche injustamente y al mismo tiempo imponga un perjuicio anormal, pero no se podrá obtener el beneficio de la "Teoría de la imprevisión" por culpa de alguna de las partes;

V. Las partes pueden hacer intervenir a un juez para que éste, en términos de buena fe y equidad, revise el contrato con el objeto de modificarlo, prorrogarlo o rescindirlo.

DÉCIMOTERCIA.- La "Teoría de la imprevisión" es aplicable desde

el punto de vista teórico, práctico y jurídico, tanto al Derecho privado como al Derecho público, no hay que olvidar que al Consejo de Estado francés (tribunal administrativo) correspondió el honor de hacer uso práctico de la imprevisión mediante la expedición de la Ley Faillot, por la tanto esta teoría se extiende a todos los actos jurídicos en general, especialmente a los contratos.

DÉCIMOCUARTA.- En México, las "Legislaciones de emergencia" dictadas con ocación de las circunstancias excepcionales por la que ha atravesado nuestro país, deben ser el principio de un conjunto de normas que admitan la aplicación de la imprevisión. La valía de este tipo de medidas es incuestionable, toda vez que lejos de derogar principios jurídicos de nuestro Derecho positivo son por el contrario, informadores de éste, sin embargo pueden no ser del toda benéficas, ya que la expedición de estas leyes de excepción puede ser muy tardía y con ello remediar en parte los estragos de las situaciones extraordinarias, por lo tanto su publicación tiene que ser en el intante mismo en que haya ese cambio de circunstancias.

DÉCIMOQUINTA.- El Poder judicial mexicano aunque tibiamente también a participado en la construcción doctrinal de la "Teoría de la imprevisión", participación que no ha sido del todo afortunada, pues las dos únicas tesis existentes y publicadas son

contradictorias, y así lejos de ayudar complican aún más la solución, sin embargo estas tesis lo mismo que las "Legislaciones de emergencia" son orientadoras e informadoras de nuestro Derecho positivo.

DÉCIMOSEXTA.- No existe en nuestro Derecho Civil a nivel federal una disposición general y concreta que autorice o prohiba la revisión de los contratos por causa de imprevisión; sin embargo gracias a que nuestro C. Civ. 28, no es hermético jurídicamente, es posible aplicar la imprevisión en base a fundamentos jurídicos y doctrinales tales como los artículo 19, 20, 1796, 1797, 1857, 1859, 2455 y en reglas como los Princios Generales del Derecho, la buena fe y la equidad contractual.

DECIMOSÉPTIMA.- En consecuencia a la conclusión que antecede sugerimos el siguiente texto que reforme al artículo 1796, por ser este precepto el principal orientador de la imprevisión:

'Art. 1796.- Los contratos se perfeccionan de acuerdo con la forma establecida por la ley. Desde su perfeción obliga a los contratantes al exacto cumplimiento de lo expresamente pactado, excepto en aquellos contratos conmutativos, oneroso y de ejecución diferida, en los que la prestación de uno de los contratantes es excesivamente onerosa por circunstancias imprevistas que afectan la ejecución del mismo, quedan excluidos de este supuesto los contratos aleatorios.'

'Art. 1796(A).- En el caso del supuesto del artículo anterior, la parte perjudicada podrá acudir ante la autoridad jurisdiccional competente, para que acuerde en vista de los acontecimientos si procede la revisión de los contratos para su modificación, aplazamiento o resolución.'

'Art. 1796(B).- Para la aplicación de los artículos que anteceden, se entiende que los contratantes no se encontraban en mora de su cumplimiento, por lo que los contratantes deben cumplir y ejecutar los contratos de acuerdo a las consecuencias propias de su naturaleza y además conforme a la buena fe, al uso, a la ley y a la equidad contractual que deben inspirarlos.'

DÉCIMOCTAVA.- La Administración Pública celebra contratos de carácter privado, sometiéndose al ordenamiento civil; y contratos públicos [situación que a ocacionado grandes discusiones (**supra**, 194.bbb.)]. Esto a dado lugar a que se establescan criterios de distinción, y así son contratos administrativos los que posean estas características:

I. Que así lo establesca la ley;

II. Por voluntad de las partes (al incluir cláusulas exorbitanes);

III. Por el objeto o naturaleza misma del contrato.

DECIMONONA.- La mayoría de los supuestos a los que pudiera

aplicarse la "Teoría de la imprevisión", tienen como base la desvalorización de la moneda, por tal motivo los contratantes han buscado la manera de remediar la situación que se presenta ante estos sucesos imprevistos a través de las siguientes estipulaciones o pactos:

I. Cláusulas monetarias;

II. Cláusulas económicas, de escala móvil o de indexación; o

III. Cláusulas compromisoras.

VIGÉSIMA PRIMERA.- En la historia de las relaciones internacionales los Estados no han negado, en general, el valor de la doctrina de la cláusula **"Rebus sic stantibus"**, y por este motivo, México ratificó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que acepta esta cláusula, por lo tanto de conformidad con el artículo 133 constitucional es aplicable la imprevisión en el Derecho positivo mexicano.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- Corraborando la ausencia virtual de la norma jurídica en torno a la "Teoría de la imprevisión" del Derecho Civil, encontramos en México que, el Derecho público a partir de las Guerras Mundiales se ha fortalecido en tal dimención que, se pensaría que la imprevisión surge en el ambito del Derecho

público en su rama del Derecho Administrativo (Ley Falliot **supra**, 203.d..

VIGÉSIMA TERCERA.- Por virtud de los parametros establecidos en el Derecho Constitucional, en especial en el art. 29 de la Constitución vigente respecto de la "...invación, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en peligro..." permite la emisión de actos jurídicos llamados "prevenciones generales" que conllevan necesariamente a las denominadas "Legislaciones de emergencia" (**supra**, 173.a.) alterando sustanciualmente las relaciones jurídicas preexistentes, celebradas entre particulares o bien entre éstos y el Poder Público.

Lo anterior ilustra que siendo el Derecho Constitucional la pauta normativa de nuestro ordenamiento jurídico desde 1824, se presupone que la "Teoría de la imprevisión" es susceptible de ser aplicada más en el campo del Derecho público que del privado.

de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día veintiséis de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

Visto para resolver el expediente número 1863/58 relativo al juicio de amparo directo promovido por el señor José de la Luz Valdés, contra la sentencia definitiva pronunciada en veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho por el Magistrado de la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila, en la apelación interpuesta en el juicio sobre prórroga de contrato de arrendamiento seguido por el señor Mauricio Rodríguez Perea contra el quejoso ante el Juez Primero de Primera Instancia del Ramo Civil del Distrito de Saltillo y,

RESULTANDO:

PRIMERO.—Los antecedentes del juicio de acuerdo con la copia certificada de constancias son los siguientes: por escrito de veintisiete de julio de mil novecientos cincuenta y siete, el señor Mauricio Rodríguez Perea demandó al señor José de la Luz Valdés la prórroga del contrato de arrendamiento de la casa ubicada en la esquina que forman las calles de Juárez y Allende de la ciudad de Saltillo, Coah., y gastos y costas del juicio. Manifestó en la demanda que el primero de agosto de mil novecientos cuarenta y siete celebró con el señor Valdés contrato de arrendamiento respecto de la casa indicada que se destinó a expendio de vinos y licores; que el arrendamiento se pactó por el término de diez años y se fijó, como renta la cantidad de ciento veinte pesos mensuales; que ante la inminencia del vencimiento del contrato y encontrándose al corriente en el pago de rentas, ocurrió con el propietario de la finca para establecer de común acuerdo, la prórroga a un año, más cuatro meses por cada año que ocupó la localidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 2379 del Código Civil; que como no se allanó a cumplir lo ordenado por dicho precepto se ve obligado a promover esta demanda.

ARRENDAMIENTO. MONEDA EN QUE DEBE PAGARLE LA RENTA.- No puede pretenderse el pago de la renta conforme al valor que la moneda tenía en la fecha en que se celebró el contrato de arrendamiento, pues el valor de la moneda está fijado por la ley y su poder liberatorio no depende de convenciones privadas, de suerte que cualquier convenio en tal sentido, concertado por los contratantes, sería nulo.

Amparo directo 1863/58. José de la Luz Valdés. 26 de junio de 1959. Mayoría de 3 votos.—Ponente: Manuel Rivera Silva.—Disidentes: José López Lira y Gabriel García Rojas.

Se publica íntegra la ejecutoria. Las otras tesis que contiene aparecen publicadas bajo los rubros: "Contratos a largo plazo" y "Moneda, nulidad de la cláusula que en los contratos prevé la devaluación de la".

México, Distrito Federal. Acuerdo de la Tercera Sala

SEGUNDO. El demandado expuso en el escrito de contestación que el inquilino pretenda la prórroga del contrato, pagando como renta la misma cantidad de ciento veinte pesos mensuales; que si bien es cierto que esta cantidad fué la estipulada en el contrato, ello se debió a que el inquilino iba a invertir la cantidad de cinco mil pesos en mejoras a la finca que quedarían en beneficio del dueño, por lo que la suma invertida formó parte de la renta cuyo monto debe calcularse a razón de ciento sesenta y un pesos, sesenta y siete centavos que además, la renta debe aumentarse, para efecto de la prórroga, hasta trescientos cincuenta pesos mensuales, que el precio de los arrendamientos en la zona comercial donde se encuentra la localidad, puesto que con la devaluación de la moneda y el aumento de contribuciones, la cantidad de ciento veinte pesos que paga el inquilino no alcanza ni para cubrir esas contribuciones, según lo demostrará oportunamente.

TERCERO. En réplica el actor negó que las mejoras a la finca hubieran alcanzado la suma de cinco mil pesos, así como que su importe formara parte de la renta; insistió en la procedencia de la prórroga del contrato y advirtió que el arrendador sólo podía aumentar la renta en un diez por ciento, siempre que demostrara un aumento de los alquileres en la zona sufrido después de la celebración del contrato.

El demandado reiteró en el escrito de dúplica los puntos de vista que expresó al contestar la demanda.

CUARTO.- Previas las trámites legales el juez dictó sentencia cuyos puntos resolutivos son los siguientes: Primero.-El actor probó en parte su acción.-- El demandado probó en parte su defensa. Tercero.-- Se condena al profesor José de la Luz Valdés a prorrogar al señor Mauricio Rodríguez Perea el contrato celebrado entre ambos con fecha primero de agosto de mil novecientos cuarenta y siete respecto de la casa ubicada en la esquina Noroeste de las calles de Juárez y Allende de

esta ciudad, marcada con el número ciento diez de la calle de Juárez, por un término de cuatro años cuatro meses a partir del día primero de agosto del año en curso, en los mismos términos y con la única diferencia de que la renta será de trescientos pesos mensuales Cuarto.—No se hace especial condenación en costas".

La sentencia aludida contiene estas consideraciones: Para fijarse la renta se tuvo en cuenta que el arrendatario haría mejoras a la finca, las cuales quedarían en beneficio del propietario, siendo esta la razón por la que se estipuló un plazo de diez años para el arrendamiento y una renta de ciento veinte pesos mensuales, a fin de que el inquilino se compensara de la inversión.

Si el espíritu de la ley es conceder al arrendatario cumplido una prórroga del contrato para evitarle los perjuicios que resiente con la desocupación, los cuales resultan mayores cuando como en el caso se trata de un negocio por largo tiempo establecido, sin embargo, una aplicación ciegamen del artículo 2479 del Código Civil no sería equitativo, pues se concedería al inquilino más prerrogativas de las que el legislador quiso otorgarle, con perjuicio de los intereses del arrendador.

Con el objeto de equilibrar los intereses de las partes debe declararse prorrogado el contrato, pero no con la renta que pretende el actor, sino con la que sea justa tomando en cuenta el alza de los impuestos y la devaluación de la moneda que es del conocimiento de todos, para que esté en proporción con la que se señaló originalmente y se estimó adecuada a la inversión que hizo el inquilino en beneficio del arrendador y a las condiciones comerciales que prevalecían en esa época.

Partiendo de tal consideración y en vista de que los peritos estiman la renta en trescientos pesos mensuales, debe admitirse esta apreciación y concluirse que el arrendatario está obligado a pagar dicha suma como renta durante la prórroga del arrendamiento.

QUINTO Interpuesto el recurso de apelación por la

parte actora, el Magistrado de la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila pronunció sentencia que modificó el fallo recurrido en estos términos: "Primero. Se modifica la sentencia pronunciada el día de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete por el C. Juez Primero de Primera Instancia del Ramo Civil del Distrito de Saltillo en el Juicio Sumario Número 291/957 promovido por Mauricio Rodríguez Pérez y Pedro de la Luz Valdés sobre prórroga de contrato de arrendamiento. Segundo. El actor probó su acción. Tercero. El demandado no probó la excepción opuesta. Cuarto. Se condena al pago de la Luz Valdés a que prorrogue el contrato celebrado con el señor Mauricio Rodríguez Pérez, el primero de agosto de mil novecientos cincuenta y siete, respecto del inmueble situado en la esquina Noroeste de las calles de Juárez y Allende en esta ciudad, marcada con el número ciento diez de la primera de citas, por un término de cuatro años, cuatro meses que principian el primero de agosto de mil novecientos cincuenta y siete, en los términos fijados en el contrato y con el aumento de diez por ciento sobre la renta pactada de ciento veinte pesos mensuales. Quinto. No se hace especial condenación en costas".

SEXTO. Inconforme el demandado promovió juicio de amparo directo impugnando en tiempo la sentencia mencionada. Se admitió la demanda por auto de treinta de abril de mil novecientos cincuenta y ocho y se turnó el expediente al Ministerio Público, quien formuló su pedimento solicitando la negativa del amparo. La última actuación se efectuó con fecha seis de noviembre próximo pasado.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. La existencia de la sentencia reclamada ha quedado debidamente acreditada mediante copia certificada de la misma rendida como prueba en este amparo.

SEGUNDO. El quejoso reclama la violación de los

artículos 20, 1689, 1690, 1691, 1700, 1736, 1748, 1751, y 2379 del Código Civil en vigor en el Estado de Coahuila, en relación con los artículos 402, 406, 411, 413, 417, 419 y 421 del Código de Procedimientos Civiles y por consiguiente la de los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal por los siguientes conceptos:

La autoridad responsable sin interpretar en forma debida la voluntad e intención de los contratantes y apegándose a la letra del artículo 2379 del Código Civil, concluyó que si la renta fijada en el contrato era de ciento veinte pesos mensuales, no podía aumentarse durante la prórroga más del diez por ciento. Tal consideración es ilegal porque se funda en la descontinuación de las pruebas rendidas por el demandado, mismas que el juez de primera instancia valoró correctamente, estableciendo que la renta debía aumentarse hasta la cantidad de trescientos pesos mensuales.

En el juicio se comprobó que los contratantes habían pactado como precio del arrendamiento la cantidad de ciento veinte pesos mensuales, en virtud de la inversión que el arrendatario haría en mejoras a la finca las cuales quedarían en beneficio del arrendador; que al vencerse el plazo de diez años del arrendamiento, la finca había tenido plusvalía por la urbanización de la ciudad y las mejoras realizadas; que los impuestos fiscales y derechos de conexión no se cubrían con la renta actual; que en la fecha de celebración del contrato la moneda tenía un valor de cambio de cuatro pesos ochenta y cinco centavos, y en la fecha de la prórroga había sufrido dos devaluaciones hasta llegar al de doce pesos cincuenta centavos.

La Sala sentenciadora debió determinar, en primer lugar, el monto que de acuerdo con estas circunstancias correspondía al arrendamiento, y después señalar el aumento del diez por ciento que ordena el artículo 2379 del Código Civil.

También debió dictarse la sentencia reclamada contra

de quien pretendía obtener un lucro injustificado y en favor de quien deseaba evitarse perjuicios, ya que el inquilino después de diez años de pagar como renta la cantidad de ciento veinte pesos mensuales, quería continuar cubriendo la misma renta durante cuatro años, cuatro meses de la prórroga, no obstante que la finca se destina a un giro mercantil —venta de vinos y licores— con capital muy considerable, que se encuentra la casa ubicada en el centro de la ciudad, en la misma manzana donde se halla el Palacio de Gobierno, que ha sido modificada y readaptada y la zona urbanizada y que las contribuciones han aumentado en proporción muy alta, siendo evidente que la autoridad responsable no observó al sentenciar, la mayor igualdad y reciprocidad entre los intereses de las partes.

TERCERO. La autoridad responsable funda la sentencia reclamada en las consideraciones siguientes:

Los agravios alegados por el inquilino están encaminados a demostrar que el juez de primera instancia elevó ilegalmente el importe de la renta que debe cubrirse durante la prórroga del contrato de arrendamiento al fijar la cantidad de trescientos pesos mensuales.

El artículo 2379 del Código Civil en vigor en el Estado de Coahuila previene que en la prórroga del contrato, el arrendador podrá aumentar hasta un diez por ciento de la renta anterior, siempre que demuestre que los alquileres en la zona de que se trata, han sufrido un alza después de que se celebró el contrato de arrendamiento.

Para fijar el monto de este diez por ciento es preciso determinar en el caso cual fue realmente la renta convenida en el contrato base de la acción, pues el arrendador sostiene que la renta fue de ciento sesenta y un pesos sesenta y siete centavos, porque a la de ciento veinte pesos señalada en el contrato, debe agregarse cuarenta y un pesos sesenta y siete centavos, que es la parte proporcional a un mes durante diez años tomando en cuenta como renta los cinco mil pesos que el inquilino invirtió en mejoras a la finca.

En ausencia de pruebas de un convenio entre los contratantes en el sentido de que el importe de las mejoras formaba parte de la renta, hecho negado por el arrendatario, y puesto que en el contrato sólo se dijo que toda mejora en el local arrendado efectuada con el consentimiento del dueño, quedaba en beneficio de éste, debe concluirse, que el juez carecía de base legal para considerar que la renta mensual importaba la cantidad de ciento sesenta y un pesos sesenta y siete centavos.

Tampoco tiene apoyo para resolver que la renta mensual durante la prórroga debe ser de trescientos pesos, toda vez que los dictámenes rendidos por los peritos no pueden modificar la cifra de diez por ciento que fija el artículo 2379 del Código Civil para el aumento de la renta.

Por tanto, el sentenciador al elevar su monto hasta aquella cantidad, aplicó inexactamente la disposición contenida en este precepto, causando al apelante los agravios consiguientes.

CUARTO. Los conceptos de violación son infundados. El artículo 1719 del Código Civil del Estado de Coahuila dispone que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas; pero si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquella. A su vez, el artículo 1919 del mismo ordenamiento establece que cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él, casos distintos y cosas diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieran contratar.

Ahora bien: la interpretación del contrato por la autoridad responsable en el sentido de que no fue intención de las partes considerar el importe de las mejoras como parte del precio del arrendamiento, se ciñe estrictamente a las normas sobre interpretación que contienen los preceptos legales invocados, puesto que la cláusula segunda del con-

trato claramente determina que el precio del arrendamiento es el de ciento veinte pesos mensuales.

Si bien es cierto que el arrendatario confesó al absolver posiciones que en virtud de las mejoras que iba a ejecutar en la finca obtuvo que el arrendador fijara esa renta y el plazo de diez años para el arrendamiento, tal confesión no demuestra como justificadamente observa la autoridad responsable, la existencia de un convenio por el cual una parte del precio del arrendamiento debería ser cubierta con el importe de las mejoras.

Cuando el arrendatario ejecuta obras en beneficio del arrendador, es normal que éste convenga en reducir la renta y ampliar el término del arrendamiento para que el inquilino pueda compensar la inversión; mas considerar que las mejoras forman parte del precio no sería consecuente, con la naturaleza del contrato, ni conforme con la buena fe, el uso o la ley, por lo que no puede válidamente imponerse al arrendatario la obligación de pagar durante la prórroga del contrato una renta cuyo monto comprenda la cantidad pactada más el importe de las mejoras ejecutadas en la finca.

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

Para estudiar el problema así planteado es preciso invocar la teoría de la imprevisión que la doctrina jurídica ha formulado en los siguientes términos: cuando en los negocios de ejecución a largo plazo o de tracto sucesivo surgen en el intervalo acontecimientos extraordinarios que rompen el equilibrio entre los intereses de las partes, no está de acuerdo con la buena fe exigir el cumplimiento de las obligaciones con un alcance que no pudo preverse,

dividiendo que debe tratarse de acontecimientos de cierta magnitud que no están tomar en cuenta razonablemente al formar el acto jurídico, ya que de lo contrario, faltaría una de las bases de la imprevisión y vendría a sufrir desmedro la estabilidad en los negocios.

En el caso, ciertamente, el quejoso probó mediante las boletas correspondientes el aumento considerable en el pago de los impuestos de la casa arrendada y las devaluaciones de la moneda constituyen un hecho notorio que no requiere ser probado. En verdad, pues, que el equilibrio entre los intereses de las partes se ha visto afectada por esas circunstancias, resultando demasiado oneroso para el arrendador la prórroga del arrendamiento.

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

Por otra parte, aun en el supuesto de que se hubieren previsto las devaluaciones de la moneda, la cláusula respectiva sería nula de pleno derecho por ser contraria al orden público e interés nacional, ya que cláusulas semejantes crearían desconfianza en el valor de la moneda y producirían motivos inflacionarios. El legislador ha formulado regla conforme a la cual, cuando el objeto de la obligación es una suma de dinero, el deudor paga entregando la suma debida según el valor nominal de la moneda el día del pago y no según el que tenía el día en que se contrató la obligación. Esta regla está contenida en el artículo 2283 del Código Civil del Estado de Coahuila que se refiere al mutuo: "considerando 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 el pago en

moneda extranjera, la alteración que esta experimenta en valor, será en daño o beneficio del mutuatario".

Ante los términos categóricos de la ley, el quejoso no puede pretender el pago de la renta conforme al valor que la moneda tenía hace diez años en que celebró el contrato de arrendamiento, pues el valor de la moneda está fijado por la ley y su poder liberatorio no depende de convenciones privadas, de suerte que cualesquier convenio en tal sentido concertado por los contratantes sería nulo.

Finalmente, el quejoso reclama la violación del artículo 20 del Código Civil del Estado de Coahuila, conforme al cual, cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro, y si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados. Al respecto, debe decirse que existe ley expresa exactamente aplicable, de suerte que las razones de equidad en que se inspira dicho precepto no pueden ser tomadas en cuenta contra el texto claro de la ley que rige el caso concreto, pues el artículo 2279 reformado del Código Civil en vigor en el Estado de Coahuila expresamente dispone:

"Vencido un contrato de arrendamiento, tendrá derecho el inquilino, siempre que está al corriente en el pago de las rentas, a que se le prorrogue hasta por un año ese contrato. Si la finca arrendada no se destina a habitación sino a negocio o industria, el arrendatario gozará además de la prórroga de un año a que se refiere el presente artículo, de una prórroga adicional de cuatro meses por cada año que la finca de que se trate hubiere estado ocupada con el mismo negocio o industria. La cláusula que en los contratos de arrendamiento establezca renuncia a estas prórrogas, se tendrá por no puesta. Podrá el arrendador aumentar hasta un diez por ciento de la renta anterior siempre que demuestre que los alquileres en la zona de

que se trata han sufrido una alza después de que se celebró el contrato de arrendamiento".

Como en la especie la ley únicamente autoriza al arrendador para aumentar la renta hasta un diez por ciento, es inadmisible la pretensión del quejoso que desea un aumento equivalente al ciento cincuenta por ciento con violación de la norma legal antes transcrita.

Por tales razones, debe concluirse, que la sentencia reclamada no es violatoria de garantías, motivo por el cual debe negarse al quejoso la protección constitucional que solicita.

Por lo expuesto y con fundamento en los artículos 103 fracción I y 107 fracciones I, II, y V de la Constitución Federal, 5, 76, 79, 158, 185, 186 y 190 de la Ley de Amparo y 26 fracción III de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se resuelve:

UNICO.—La Justicia de la Unión no ampara ni protege al señor José de la Luz Valdés contra la sentencia definitiva pronunciada en veinte de febrero de mil novecientos cincuenta y ocho por el Magistrado de la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila, en la apelación interpuesta en el juicio sobre prórroga de contrato de arrendamiento seguido por el señor Mauricio Rodríguez Pérez contra el quejoso.

Notifíquese; remítase testimonio de esta ejecutoria a la autoridad designada como responsable y, en su oportunidad archívese el expediente.

Así, lo resolvió la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de tres votos de los señores Ministros Mariano Ramírez Vázquez, Agustín Castro Estrada y Manuel Rivera Silva, ponente, contra el voto de los señores Ministros José López Lira y Gabriel García Rojas, quienes lo emitieron en el sentido de no otorgar el amparo al quejoso, manifestando el señor Ministro García Rojas que su voto se engrosaría con las razones que expuso la sesión de esta fecha. Firman los ciudadanos presidente y Ministros que intervinieron en unión del Secreta-

rio de Acuerdos de la Sala quien da fe.—Gabriel García Rojas.—Mariano Ramírez Vázquez.—José Castro Estrada.—José López Lira.—Manuel Rivera Silva.—Angel Morales Moreno, Secretario.

VOTO PARTICULAR que formula el señor Ministro Gabriel García Rojas en el amparo D. 1853/58, promovido por José de la Luz Valdés en contra de actos del Magistrado de la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila.

Disiento de la opinión de la mayoría por las siguientes razones:

Son fundados los conceptos de violación porque, tal como se conoció el litigio en primera y segunda instancia, es forzoso concluir que la responsable debió tomar en cuenta al cambio de circunstancias que se produjo entre el momento de celebración del contrato de arrendamiento y aquel en que, transcurridos los diez años de su plazo de vigencia, se pidió la prórroga legal.

La duración de diez años es demasiado considerable para dejar de estimar los cambios producidos en este lapso, de manera que el juzgador no puede aplicar automáticamente la ley, cerrando los ojos a la realidad y determinando que procede la prórroga (aproximadamente por cuatro años más) con sólo una elevación del diez por ciento en la renta.

Está demostrado que durante el plazo de duración del contrato, se alteraron las condiciones tomadas en cuenta por las partes, ya que subieron los impuestos y los gastos de conservación, en tanto que la moneda fué devaluada. Así pues, la cantidad de ciento veinte pesos más el diez por ciento de aumento, alcanza apenas la suma de ciento treinta y dos pesos que no llega a cubrir los gastos forzosos del propietario.

Debe aclararse que, a diferencia de lo que acontece en los casos de congelación de los arrendamientos, en el presente el legislador no previó de una manera precisa lo que debe suceder ante el cambio de las circunstancias. En

el contrato congelado no se dejó a la previsión de las partes el acontecimiento futuro, sino que se determinó imperativamente la solución que se creyó conveniente. Por ende, en los contratos no congelados debe destacarse que ni el legislador ni las partes previeron la solución aplicable al caso de cambio en las condiciones en que se celebró el pacto; es por ello que toca al juzgador encontrar la solución a este problema. El cambio de circunstancias conduce necesariamente a la modificación de las relaciones entre las partes. Los escolásticos empleaban un dicho latino para enumerar las ocho circunstancias mencionadas por Aristóteles, que eran: "Quis" (quien o sujeto) "quid" (objeto) "ubi" (lugar) "quibus auxiliis" (medios) "cur" (para qué) (fin) "quomodo" (modo) "quantum" (cantidad) y "quando" (tiempo). Al pensar en esas ocho circunstancias que pueden modificar la relación jurídica, el juzgador no puede aplicar las disposiciones de la ley cerrando los ojos a la realidad transformada por cualquiera de ellas. La doctrina cita diversos ejemplos, entre otros, los recordados por Radbruch y Laurent; Planiol sabe las aplicaciones que Laurent hacía de la letra de la ley hasta cerrar los ojos ante uniones incestuosas en las que se advierte que el exagerado apego a la letra de la ley conduce a soluciones injustas, como la que se presenta en este caso, cuando al cabo de diez años de celebrado un contrato de arrendamiento, la responsable sólo admite un aumento del diez por ciento en la importe de las rentas, sin estimar que su monto no alcanza siquiera a cubrir los gastos necesarios y que, por ello, el a quo había señalado la cifra de trescientos pesos que, en equidad, es la que debe recibir el propietario, tal como lo determinan los principios generales de derecho, puesto que el problema no se encuentra previsto específicamente por el juzgador.

El artículo 1796 del Código Civil del Distrito Federal, equivalente al de Coahuila, permite la apreciación según la buena fe, conforme a la cual, los cambios de circunstan-

cias influyen en las prestaciones a cargo de las partes. Estas características de la buena fe deben orientar la sentencia del juzgador, por lo que debe ordenarse a la responsable que modifique su resolución y estatuya una proporción equitativa en que la renta sea aumentada de acuerdo con los datos de la experiencia cotidiana. La decisión por equidad está impuesta en el artículo 1674 del Código Civil del Estado de Coahuila, idéntico en su relación al artículo 1796 del Código Civil del Distrito Federal que proviene del 978 del Código Civil Español.

Ahora bien, al estudiar García Goyena los orígenes de este precepto, expresa ("Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español", Tomo III, página 9): "La segunda parte del artículo es el 1135 Francés, que dice equidad en lugar de buena fe, 1089 Napolitano, 1226 Sardo, 836 de Vaud, 1897 y 1898 de la Luisiana, 1375 Holandes..... La equidad y la buena fe son el alma de los contratos. La equidad es la justicia natural, la base y complemento de la justicia civil o escrita: "legis scrita aequamentum vel non scripta supplementum": por eso deben ser consideradas en todo, y principalmente en el Derecho, según los 90 y 184 de "regulis y juris. In his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri exhonerare aequo prestare oportet", ley 2, párrafo 2, título 7 libro 44 del Digesto. El artículo 1960 del Luisiana es magnífico en este concepto: "La equidad (en cuanto a la ejecución o consecuencia de los contratos) está fundada en el principio religioso de no hacer a otro lo que no quisiéremos que se hiciera con nosotros mismos, y de no enriquecerse a expensas de otro".

Ahora bien el artículo 1135 del Código Civil Francés expresa textualmente: "Las convenciones obligan, no sólo a aquello que está expresado en ellas, sino a todas las consecuencias que la equidad, los usos o la Ley atribuyen a la obligación según su naturaleza". ("Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'equité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature"). Si se compara este precepto con el citado artículo 1674 del Código Civil de Coahuila (idéntico al 1796 del Código del Distrito), se descubrirá su sentido a través de las explicaciones anteriores dicho precepto expresa: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley".

Es este principio de equidad invocado con las palabras de buena fe en los Códigos Español y Mexicanos, el que propugna por la defensa de la propiedad privada base de la independencia de la persona humana, y el cual ninguna de las partes contratantes puede violentar en perjuicio de la otra, por ejemplo, aprovechando las circunstancias no previstas al momento de celebración del pacto. Es indudable que nadie daría en arrendamiento un bien, para percibir menos de lo que debe gastar en su mantenimiento; entre hombres de buena fe la equidad debe moderar las exageraciones producidas por las cosas imprevistas.

Al ser fundados los agravios que hace valer el quejoso, debe concedérsele el amparo, a fin de que la responsable dicte nuevo fallo en que, dejando sin efecto el combatido, decida equitativamente la proporción en que debe aumentarse la renta estipulada en el contrato original.

CONTRATOS A LARGO PLAZO.— Cuando en los negocios de ejecución a largo plazo o de tracto sucesivo surgen en el intervalo acontecimientos extraordinarios que rompen el equilibrio entre los intereses de las partes, no está de acuerdo con la buena fe exigir el cumplimiento de las obligaciones con un alcance que ni pudo preverse, advirtiendo que debe tratarse de acontecimientos de cierta magnitud que no cabía tomar en cuenta razonablemente al formar el acto jurídico, ya que de lo contrario, faltaría una de las bases de la imprecisión y tendría a sufrir desmedro la estabilidad de los negocios.

Amparo directo 1963/58. José de la Luz Valdés. 26 de junio de 1959. Mayoría de 3 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Disidentes: José López Lira y Gabriel García Rojas.

La ejecutoria aparece publicada en las páginas 62 y siguientes.

MONEDA, NULIDAD DE LA CLAUSULA QUE EN LOS CONTRATOS PREVE LA DEVALUACION DE LA.— En el supuesto de que en un contrato se hubieren previsto las devaluaciones de la moneda, la cláusula respectiva sería nula de pleno derecho por ser contraria al orden público e interés nacional, ya que cláusulas semejantes crearían desconfianza en el valor de la moneda y producirían motivos inflacionarios.

Amparo directo 1963/58. José de la Luz Valdés. 26 de junio de 1959. Mayoría de 3 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Disidentes: José López Lira y Gabriel García Rojas.

La ejecutoria aparece publicada en las páginas 62 y siguientes.

ANEXO NÚMERO DOS

AMPARO DIRECTO 1947/80, Hidrogénadora Nacional, S.A., en el Informe de 1980 de la 3a. Sala de la Corte.

TERCERA SALA

25

CONTRATOS, INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISION EN LOS.—El artículo 1625 del Código Civil del Estado de México, igual al 1796 del Código Civil del Distrito Federal, supletoriamente aplicado, siguiendo el sistema rígido de los contratos, acorde con el principio relativo a los efectos de la declaración de voluntad, dispone que aquellos obligan a las partes al exacto cumplimiento de las prestaciones expresamente pactadas, y además, a las consecuencias que de los mismos se deriven, según su naturaleza, conforme a la buena fe, al uso o a la ley, precepto que, en esas condiciones, no deja lugar a su interpretación a fin de aplicar la teoría de la imprevisión en razón de esa buena fe, que obviamente constituye un principio general de derecho, pues precisamente, con base en ella, el obligado debe conducirse como persona consciente de su responsabilidad en el cumplimiento cabal de sus obligaciones, "cualquiera que resulte la magnitud de su contenido, aún cuando sobrevengan acontecimiento que no se 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" citado por el licenciado Jorge Reyes Tayabas en la obra invocada por el apoderado de la quejosa, página 181, máxime si se toma en cuenta que de acuerdo con lo estatuído en el artículo 385 del Código de Comercio, las ventas de naturaleza mercantil, como el de la especie, no se rescinden aun por causa de lesión, sin que ello impida, por otra parte, que de existir causas imprevisibles que alteren fundamentalmente la economía de un determinado grupo social, no apreciado por las partes, se modifiquen las condiciones de los contratos relativos, mediante disposiciones de carácter general.

Amparo directo 1947/80. Hidrogenadora Nacional, S. A.—15 de octubre de 1950.—5 votos.—Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.—Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba.

—31 —

FUENTES CONSULTADAS

No vamos ha traer a colación esta extensa lista en vano de alarde quizá de erudicción, pues a nadie puede ocultarse que sería a lo sumo, un exponente de lo que suelen con algo de acierto llamar "cultura de museo". Nos proponemos únicamente poner bien de manifiesto el enorme interés que en el mundo jurídico despertó este renacimiento de la cláusula **"Rebus sic stantubus"**. Todas estas obras de alguna manera enfocan la cuestión de la imprevisón y así sus autores ofrecen una explicación de la teoría y, por ende, su justificación o no. Ante la discrepancía de opiniones, pretendimos obtener una que satisfaciera mejor la exigencias y de esa manera facilitar la comprención de nuestra orientación.

Consideramos además que es de suma importancia para las personas que nos honren con la lectura de este trabajo ofrecer, el lugar donde se pueden encontrar y consultar estas obras; casi la mayoría se pueden encontrar en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.

En este sentido, los lugares visitados para documentar nuestro trabajo, son tres a saber:

* La Biblioteca de la Procuraduría General de la República, ubicada sobre Paseo de la Reforma;

** La Biblioteca Nacional, ubicada en el sector Cultural de Ciudad Universitaria; y

*** El Instituto de Investigaciones Jurídicas, ubicado en Ciudad Universitaria.

Por último, señalaremos al final de cada una de las obras que así lo ameriten, el lugar donde pueden ser localizadas, las que no tengan señalamiento alguno, son propiedad de la biblioteca personal del autor de este trabajo. Tenemos que hacer notar que la mayoría de la obras o estan escritas en castellano o están traducidas a este idioma.

A) BIBLIOGRAFÍA

I. EXTRANJERA

a) DERECHO CIVIL (OBLIGACIONES Y CONTRATOS)

BONNECASE, Julien, **ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL**, Cárdenas, Editor y Distribuidor, Tijuana, 1985, trad. esp. de José Ma. Cajica Jr., (t. I y III).

_____, **TRAITÉ THEORIQUE ET PRÁCTIQUE DE DROIT CIVIL**, Edit. Recueil Sirey, París, 1926, (t. III). (***)

BORDA, Guillermo, **MANUAL DE CONTRATOS**, Edit. Perrot, 14a. ed., Buenos Aires, 1989.

BRANCA, Giuseppe, **INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO**, Edit. Porrúa, México, 1978, trad. esp. de Pablo Macedo.

CASTÁN-TOBEÑAS, José, **DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMÚN Y FORAL**, Edit. Reus, 11a. ed., Madrid, (t. III). (***)

ENNECCERUS, Ludwig, **et. all.**, **TRATADO DE DERECHO CIVIL**, Bosch Casa editorial, Barcelona, 1947, trad. esp. de Pérez González y Alger, **et. all.**, (t. II, vol.I). (***)

MESSINEO, Francesco, **DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO**, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, trad. esp. de R.O. Fontanarrosa, **et. all.**, (t. I y II).

PLANIOL, Marcel, **TRAITÉ ÉLÉMENTAIRE DE DROIT CIVIL**, Libraire Générale de Droit & Jurisprudence, 11a. ed., París, 1937, (t. I y II).
_____, **TRAITÉ PRÁCTIQUE DE DROIT CIVIL FRANÇAIS**, Libraire Générale de Droit & Jurisprudence, París, 1930, (t. VI, vol. I). **(***)**
POTHIER, R.J., **TRATADO DE LAS OBLIGACIONES**, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.
VON-THUR, Andrés, **DERECHO CIVIL COMPARADO**, Antigua Librería Robredo, México, 1945, trad. esp. de Wenceslao Roses.

b) DERECHO ADMINISTRATIVO

BIELSA, Rafael, **DERECHO ADMINISTRATIVO**, Edit. Depalma, 5a. ed., Buenos Aires, 1955, (t. II).
CASSIN, R. y WALINE, M., **LES GRANDS ARRÊTS DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE**, Edit. Sirey, 1956
GARCÍA de ENTERÍA, Eduardo, **CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**, Edit. Civitas, 4a. ed., Madrid, 1987, (t. I.).

c) DERECHO ROMANO

FOIGNET, René, **MANUEL ÉLÉMENTAIRE DE DROIT ROMAIN**, Libraire Arthur Rouseeau, 4a. ed., París, 1916.
IGLESIAS, Juan, **DERECHO ROMANO**, Edit. Ariel, 7a. ed., Barcelona, 1982.
PETIT, Eugene, **TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO**, Edit. Porrúa, México, 1984, trad. esp. de José Fernández González.

d) MONOGRAFÍAS (DERECHO EN GENERAL)

PUGLIATTI, Salvador, **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO**, Edit. Porrúa, México, 1943, trad. esp. de Oscar Vázquez del Mercado. **(*)**

e) ENSAYOS

BADENES-GASSET, Ramón, **EL RIESGO IMPREVISIBLE**, Bosch Casa editorial, Barcelona, 1946. **(***)**
BONIVENTO-FERNÁNDEZ, José Alejandro, **EL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y EL SISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO**, Edit. Cultural Cuzco, Perú, 1986.

FLAH, Lily R., SMAYEYSKY, Miriam, **TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN**, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1989.
GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, **REVOLUCIÓN FRANCESA Y ADMINISTRACIÓN CONTEMPORÁNEA**, Edit. Taurus, 2a. ed., 2a. reimp., Madrid, 1986.
REZZONICO, Luis María, **LA FUERZA OBLIGATORÍA DEL CONTRATO Y LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN**, Edit. Perrot, 2a. ed., Buenos Aires, 1954. (***)
RIPERT, George, **LA REGLE MORALE DANS LES OBLIGATIONS CIVILES**, Libraire Générale de Droit & Jurisprudence, 2a. ed., Paris, 1925.
SCHREIBER-PEZET, Max Arias, **ERRORES DETECTADOS EN EL ÁREA DE LOS CONTRATOS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984**, Edit. Cuzco, Lima, 1986.
SILVA-PERIRA, Caio Mario da, **RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR EXCESIVA ONEROSIDAD**, Edit. Cultural Cuzco, Perú, 1986.

II. NACIONAL

a) DERECHO CIVIL (OBLIGACIONES Y CONTRATOS)

AGUILAR-CARBAJAL, Leopoldo, **CONTRATOS CIVILES**, Edit. Porrúa, 3a. ed., México, 1982
BEJARANO-SÁNCHEZ, Manuel, **OBLIGACIONES CIVILES**, Edit. Harla, 3a. ed., México, 1984.
BORJA-SORIANO, Manuel, **TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES CIVILES** Edit. Porrúa, México, (t. I, 4a. ed., 1962), (t. II, 4a. ed., 1964).
DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, **DERECHO CIVIL**, Edit. Porrúa, 2a. ed., México, 1990.
FLORES-BARRUETA, Benjamín, **APUNTES DE DERECHO CIVIL**, edición mimeográfica, México.
GALINDO-GARFIAS, Ignacio, **DERECHO CIVIL**, Edit. Porrúa, 6a. ed., México, 1983.
GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, **DERECHO DE LAS OBLIGACIONES**, Edit. Cajica, 5a. ed., 13a. reimp., Puebla, 1986.
LOZANO-NORIEGA, Francisco, **CUARTO CURSO DE DERECHO CIVIL, CONTRATOS**, Edit. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 5a. ed., México, 1990.
ORTÍZ-URIQUIDI, Raúl, **DERECHO CIVIL**, Edit. Porrúa, 3a. ed., México, 1983.
PINA, Rafael de, **ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO**, Edit. Porrúa, México, (t. I, 16a. ed., 1986), (t. III, 6a. ed., 1983).
QUINTANILLA-GARCÍA, Miguel Angel, **DERECHO DE LAS OBLIGACIONES**, Edit. Departamento de publicaciones E.N.E.P.-Acatlán, México, 1979.

ROJINA-VILLEGAS, Rafael, **COMPENDIO DE DERECHO CIVIL**, Edit. Porrúa México, (t. I, 19a. ed., 1983), (t. III, 12a ed., 1983), (t. IV, 15a ed., 1983).
_____, **DERECHO CIVIL MEXICANO**, Edit. Porrua, México, (t. I, 5a. ed., 1986), (t. II, 7a. ed., 1987), (t. V, vol. I, 3a. ed., 1976), (t. VI, vol. I, 5a. ed., 1985).
_____, **TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES O DERECHOS DE CRÉDITO**, Edit. El Nacional, México, 1943, (t. I).
SÁNCHEZ-MEDAL, Ramón, **DE LOS CONTRATOS CIVILES**, Edit. Porrúa, 8a. ed., México, 1986.
ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel, **CONTRATOS CIVILES**, Edit. Porrúa, 3a. ed., México, 1989.

b) DERECHO ADMINISTRATIVO

ACOSTA-ROMERO, Miguel, **TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO** Edit. Porrúa, 7a. ed., México, 1986.
_____, **SEGUNDO CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**, Edit. Porrúa México, 1989.
CORTIÑAS-PELÁEZ, León, **et. all.**, **INTRODUCCIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO**, Edit. Porrúa, México, 1992.
FRAGA, Gabino, **DERECHO ADMINISTRATIVO**, Edit. Porrúa, 25a. ed., México, 1986.
GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, **DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO ADMINISTRATIVO AL ESTILO MEXICANO**, Edit. Porrúa, México, 1993
LARES, Teodosio, **LECCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO**, Edit. U.N.A.M., México, 1978. (***)
SERRA-ROJAS, Andrés, **DERECHO ADMINISTRATIVO**, Edit. Porrúa, 14a. ed., México, (t. I y II).

c) MONOGRAFÍAS (DERECHO EN GENERAL)

GARCÍA-MÁYNEZ, Eduardo, **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO**, Edit. Porrúa, 35a. ed., México, 1984.
ROJINA-VILLEGAS, Rafael, **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO**, Edit. Porrúa, 2a. ed., México, 1967.
VILLORO-TORANZO, Miguel, **INTRODDUCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO**, Edit. Porrúa, 5a. ed., México, 1982.

d) ENSAYOS

BAÑUELOS-SÁNCHEZ, Froylán, **INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS Y LOS TESTAMENTOS**, Edit. Orlando Cárdenas, 4a. ed., Irapuato, 1990.

BATIZA, Rodolfo, **EL FIDEICOMISO**, Edit. Porrúa, 4a. ed., México, 1980.

_____, **LOS ORIGENES DE LA CODIFICACIÓN CIVIL Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO MEXICANO**, Edit. Porrúa, México, 1982.

BORJA-COVARRUBIAS, Manuel, **LOS CÓDIGOS CIVILES Y LA TEORÍA GENERAL DE LOS ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS**, México, 1969.

BURGOA, Ignacio, **EL JUICIO DE AMPARO**, Edit. Porrúa, 23a. ed., México, 1986.

DOMÍNGUEZ-MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, **REPLANTEAMIENTO DE LOS CONCEPTOS DE CONVENIO Y CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL DEL D.F.**, México, 1992.

GARCÍA-MÁYNEZ, Eduardo, **DIÁLOGOS JURÍDICOS**, Edit. Porrúa, México, 1978.

GARCÍA-TELLEZ, Ignacio, **MOTIVOS, COLABORACIÓN Y CONCORDANCIAS DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL MEXICANO**, México, 1932. (**)

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, **RELACIONES ENTRE EL DERECHO CIVIL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO**, México, 1969.

LE FUR, DELOS, RADBRUCH, CAYLYLE, **LOS FINES DEL DERECHO**, 3a. ed., U.N.A.M., México, 1960, trad. esp. de Daniel Kuri-Breña.

MACEDO S, Miguel, **DATOS PARA EL ESTUDIO DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL DEL D.F. Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884**, Imprenta de Francisco Díaz de León, México, 1884. (*)

PINEDA-GONZÁLEZ, Guillermo Manuel, **LA CAUSAL DESVIO DE PODER EN DERECHO ADMINISTRATIVO**, U.N.A.M./E.N.E.P. "Acatlán", tesis, 1984.

ROCHA DÍAZ, Salvador, **LOS CONTRATOS ALEATORIOS**, México, 1969.

RUÍZ DE CHAVEZ Y SALAZAR, Salvador, **IMPORTANCIA JURÍDICA Y PRÁCTICA DE LAS CLASIFICACIONES DE LOS CONTRATOS CIVILES**, Edit. Porrúa, México, 1991.

VILLARINO-ESPINOZA, Alfredo, **LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN, SU FUNDAMENTO JURÍDICO Y APLICACIÓN EN EL DERECHO CIVIL**, U.N.A.M. Tesis, 1962. (**)

B) FUENTES NORMATIVAS

a) CONSTITUCIONES

Constitución Política de la República de Cuba.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)

b) LEYES

CASTILLO DEL VALLE, Alberto del, **LEY DE AMPARO COMENTADA**, Edit. Duero, México, 1990.

Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.
Ley de Compensaciones de Emergencia al Salario Insuficiente. (**)
Ley de Pagos de los años de 1915-1916. (***)
Ley de Proviciones Generales Relativas a la Suspención de Garantías Individuales. (***)
Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos
Ley General de Bienes Nacionales.
Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.

c) CÓDIGOS

GALINDO-GARFIAS, Ignacio, **ANTEPROYECTO DE REFORMAS Y ADICCIONES AL LIBRO CUARTO PRIMERA PARTE (OBLIGACIONES EN GENERAL) DEL CÓDIGO CIVIL DEL D.F.**, U.N.A.M., México, 1979. (*)
ROJINA-VILLEGAS, Rafael, **PROYECTO DE REFORMAS AL CÓDOGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL**, Edit. Porrúa, México, 1967. (*)
Código canónico (comentado).
Cödigo Civil alemán (comentado).
Código Civil argentino (comentado).
Código Civil cubano (comentado).
Código Civil español (comentado).
Código Civil francés (comentado).
Código Civil italiano.
Código Civil mexicano de 1870.
Código Civil mexicano de 1884 (comentado).
Código Civil mexicano de 1928 (comentado).
Código Civil peruano.
Código Civil de Aguascalientes.
Código Civil de Jalisco.
Código Civil de Oaxaca 1828-1829.
Código de Comercio mexicano (comentado).
Código de Procedimientos Civiles del D.F.
Código Fiscal de la Federación (comentado).
Código Penal mexicano (comentado).

d) ORDENAMIENTOS DIVERSOS

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
Exposición de motivos del C. Civ. 70.
Exposición de motivos del C. Civ. 28.
Normas de concursos para la adquisición de marcancías materías primas y bienes mueble.
Reglamento de la Ley de Obras Públicas.

Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de servicios relacionados con Bienes Muebles.

C) OTRAS FUENTES

a) DICCIONARIOS

CAPITANT, Henri, **VOCABULARIO JURÍDICO**, Edit. Depalma, 8a. reimp., Buenos Aires, 1986.
ESCRICHE, Joaquín, **DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA**, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 2a. ed., Tijuana, 1985 (t. I y II).
GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino, **DICCIONARIO DE DERECHO ROMANO**, Edit. Reus, 3a. ed. Madrid, 1982.
LOZANO, Antonio de J., **DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA MEXICANAS**, Edit. Orlando Cárdenas, Irapuato, 1992.
DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Edit. Porrúa, México, 1984, (t. IV y VI).

b) REVISTAS

Revista del Colegio de Abogados de la Habana, Cuba, año IX, vol. IX, núm. 61, enero-mayo, 1964. **(***)**
Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, num. 2° extraordinario, México, 1966. **(***)**
Revista de la Facultad de Derecho de México, México, núm. 51, 1963. **(***)**
Revista General de Derecho y Jurisprudencia dirigida por el Licenciado Alberto Vázquez del Mercado, México, 1930, (t. I). **(***)**

c) PUBLICACIONES PERIODICAS

Semanario Judicial de la Federación. **(***)**
Apendice al Semanario Judicial de la Fedaración (1917-1985).
Informe del Presidente de la 3a. Sala en matería Civil (1932 y 1980). **(*)**
Diarios Oficiales de diversas fechas. **(***)**