

DR. ALBERTO FABIÁN MONDRAGÓN PEDRERO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL
P R E S E N T E.

El Alumno **CARLOS ROBERTO VELÁZQUEZ MORENO** con número de cuenta **8723763-8**, inscrito en el Seminario a su digno cargo ha elaborado un trabajo intitulado **“La Teoría de la Imprevisión: alcances y consecuencias con respecto al Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria”**, bajo la dirección y asesoría del suscrito.

La tesis en comento, de la cual me permito acompañar el original que me entregara el interesado, fue revisada en su totalidad y en su oportunidad, se le hicieron las correcciones y modificaciones que consideré necesarias a efecto de que dicho trabajo desarrollara adecuadamente el capitulado autorizado.

De igual modo, la investigación correspondiente se encuentra apoyada en una amplia bibliografía y medios de consulta electrónicos sobre los temas por ésta tratados, reuniendo así los requisitos que marca el reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado.

Por lo antes expuesto, someto a su digna consideración la referida Tesis. Para el caso de no existir inconveniente alguno de su parte, tenga a bien autorizar que dicho trabajo se imprima, para ser sustentado en el Examen Profesional correspondiente.

Sin otro particular por el momento, reciba un cordial saludo y la reiterada disposición del suscrito, quien queda de usted.

A T E N T A M E N T E
“POR MI RAZA, HABLARA EL ESPÍRITU”
CIUDAD UNIVERSITARIA, 23 DE AGOSTO DEL 2001.

LIC. MOISÉS GUTIÉRREZ GÓMEZ



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ.
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E.

El alumno: CARLOS ROBERTO VELAZQUEZ MORENO realizó bajo la supervisión de este Seminario el trabajo titulado: "TEORIA DE LA IMPREVISION, SUS ALCANCES Y CONSECUENCIAS CON RESPECTO A LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CREDITO EN CUENTA CORRIENTE", con la asesoría del LIC. MOISES GUTIERREZ GOMEZ, que presentará como tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El mencionado asesor nos comunica que el trabajo realizado por dicho alumno reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Por sesión del día 3 de febrero de 1998 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en el oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad."

Atentamente,

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

Ciudad Universitaria, a 21 de septiembre del año 2000


DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDREÑO
DIRECTOR.



c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Archivo Seminario.
c.c.p. Alumno.
AFMP/rga.

contratación masiva que así satisface las exigencias impuestas por las operaciones comerciales.

Y es en estas circunstancias que surge el contrato de adhesión, un seudo contrato que no se ciñe a los términos del concepto tradicional, toda vez que en su formación sólo una de las partes impone sus condiciones no dando más alternativa a la otra que aceptarlas o no; contratación que de igual forma dejada de lado la idea clásica de la autonomía de la voluntad. Pero no por todo ello debe pretenderse también la pérdida de la equidad contractual ante la fractura de la ecuación prestacional que aún en tales casos es necesario observar.

Así, la crisis del principio de libertad contractual, que hoy en día ocupa la atención de tantos juristas, sobreviene como un resultado necesario; cuando el concepto de contrato descansa sobre una teórica igualdad entre las partes y prestaciones debidas, mientras la realidad presenta innumerables casos en los que ese equilibrio se ha roto.

Sin embargo, en una época que impone tan vertiginosa evolución a instituciones fundamentales del Derecho como el contrato, lejos de hablar de la supuesta obsolescencia de éste; el presente trabajo recepcional plantea como posible solución a tal crisis una doctrina cuyos orígenes se remontan a la cláusula *Rebus Sic Stantibus*, la Teoría de la Imprevisión. Figura jurídica que surge como respuesta a las exigencias de una situación fáctica; por lo que de manera alguna debe considerarse como una mera creación doctrinaria radical que pugne contra principios preestablecidos o refute derechos preexistentes y, menos aún, que pretenda contraponerse a un orden predeterminado sólo por rebelde postura únicamente justificada por un vano afán innovador o vanguardista. Situación que se confirma ante el hecho de que la Teoría de la Imprevisión ha existido largo tiempo atrás e incluso ha sido adoptada plenamente en multitud de países europeos, en el continente Americano Argentina la han regulado expresamente en materia Civil y Colombia la reglamenta de forma expresa en su legislación Mercantil y más aún en México los Códigos Civiles de los Estados de Aguascalientes, Jalisco, Guanajuato, Tamaulipas y Quintana Roo contemplan expresamente su aplicación.

De modo que la referida Teoría responde a la necesidad dinámica del Derecho, haciendo de éste un ordenamiento coherente con la realidad social. Ya que esta doctrina pretende brindar una solución que conjuga la legalidad que implica el respeto de las obligaciones contraídas y la justicia que en todo momento debe caracterizar los actos jurídicos. Puesto que la injusticia es antagónica a los fines y aspiración de toda sociedad que se jacte de considerarse moderna y a los propósitos más loables del Derecho.

Pues creo que como afirma el jurista Juan Carlos Venini: "El contrato, lo mismo que los seres vivientes, trata de adaptarse a nuevos climas, a nuevos desafíos impuestos por los tiempos, de manera que lejos de estar en una situación de crisis, atraviesa por un largo y doloroso proceso de adaptación de sus estructuras a las imposiciones de las circunstancias de hoy.

Si se permite a los contratantes definir el contenido del negocio que concertan sin tener en cuenta las exigencias sociales que se traducen en imperativos de solidaridad se transformaría al contrato en una isla dentro del cuerpo social; por ello la autonomía de la voluntad, motor de las relaciones negociales, debe experimentar necesarias limitaciones, con el objeto de que guarde concordancia con las modalidades de la vida en comunidad.

Es el manejo de nuevas estructuras hecho por los magistrados, dentro de los límites de lo prudente y razonable, lo que ha permitido dar solución a situaciones conflictivas, a las cuales la concepción clásica del contrato no estaba en condiciones de brindar respuesta adecuada. Mas por ello la seguridad no ha disminuido; antes bien, coexiste en armoniosa conjunción con la justicia."

Y toda vez que la Teoría de la Imprevisión de modo alguno pretende brindar a quien la invoque la posibilidad irrestricta de no dar cumplimiento a las obligaciones contraídas, sino solamente busca reajustar la ecuación prestacional de los actos jurídicos de donde dichas obligaciones derivan con base en los principios generales del Derecho de Justicia, Buena Fe, y, con total, apego al principio de autonomía de la voluntad; considero que resulta jurídicamente factible la aplicación de la Teoría en cita en el orden jurídico mexicano aún en materia mercantil y bancaria, sin contravenirlo, alterarlo o fracturarlo.

Postura que es compartida por el ministro Juventino V. Castro y Castro quien sostiene que: "La aplicación de la teoría mencionada, además, no constituye un instrumento que provoque inseguridad en las transacciones mercantiles y un ambiente de anarquía y desconfianza en las operaciones que lleven a cabo los bancos, como pudiera pensarse." Agregando que: "La seguridad jurídica constituye un derecho público subjetivo reconocido por la Constitución, y un valor jurídico que prevalece en los negocios jurídicos, como en los bancarios; en esta materia, es importante garantizar la seguridad contractual, pero no la de una sola de las partes, sino la de todos los contratantes. Sería contrario a tal principio pretender velar por la seguridad del acreedor, a costa del sacrificio de la seguridad del deudor; ambas partes aspiran y requieren de la seguridad contractual, en tanto que no es privativa de una de ellas."

Es así que, el presente trabajo a través de la aplicación de los remedios previstos por la Teoría de la Imprevisión busca brindar una posible solución para restablecer el equilibrio prestacional de los Contratos de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria, cuando éste se ve fracturado por la excesiva onerosidad producida por un acontecimiento imprevisible.

Por ello se plantea como hipótesis de trabajo en esta tesis para obtener el grado de licenciatura: La legal posibilidad de invocar los remedios planteados por la Teoría de la Imprevisión en el orden jurídico mexicano actual para dar solución a los conflictos que enfrentan los deudores de Tarjetas de Crédito ante las desmesuradas alzas de intereses cuando los Contratos de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria de donde éstas dimanen han sufrido un quebranto en su equilibrio prestacional; Siempre que ello se suscite de manera superveniente y como consecuencia de un acontecimiento imprevisible, extraordinarios y de consecuencias generalizadas, que ha producido ingentes alteraciones en las

cargas, condiciones y circunstancias concomitantes a la celebración de éstos llegada su ejecución.

Y si bien en un principio esta Tesis buscó brindar una adecuada solución a la problemática que enfrentan los deudores bancarios, quienes a consecuencia de la crisis que atraviesa México y concretamente como resultado de las imprevisibles devaluaciones, por lo repentino, inusitado y desmedido del alza de las tasas de intereses, han resentido un excesivo aumento en sus obligaciones. Al grado que dichas obligaciones se han tornado demasiado onerosas y casi imposibles de cumplir, al poner en grave riesgo su ya precaria situación económica. Como se descubrirá con la lectura de este trabajo, tan pretencioso objetivo esta lejos de ser alcanzado. Ya que habrán de ser nuestros dignos legisladores y honorables Jueces quienes respectivamente, incluyan en nuestros ordenamientos legales vigentes los principios y soluciones planteados por la Teoría de la Imprevisión y apliquen en un cause legal los mismos al caso concreto.

De modo que se entenderá cubierto el objetivo del presente trabajo si tan sólo la propuesta que esta Tesis expone siembra la inquietud de plantear como una factible posibilidad la aplicación de la Teoría de la Imprevisión en el Derecho Mexicano, en quienes están en real posición de dar solución a los conflictos que esta teoría resuelve. Toda vez que considera existen elementos suficientes para sustentar que la Teoría de la Imprevisión no se contrapone con las pautas que imperan en el Derecho Positivo Mexicano, sino que inclusive el mismo consagra los elementos y principios suficientes para invocar su legal aplicación.

Aplicación que se propone sea expresamente regulada para evitar ambiguas interpretaciones e incluso abusos de esta institución jurídica. Para lo cual este trabajo ofrece un bosquejo de los puntos que se han considerado deben ser tomados en cuenta al desarrollar dichas normas.

Justifica la elaboración del presente trabajo el hecho de que nuestro orden jurídico ha preferido resolver mediante la elaboración y aplicación de Leyes Emergentes; los problemas que plantea el desequilibrio de las prestaciones debidas a consecuencia de una la excesiva onerosidad sobreviniente de las obligaciones pactadas, cuando un acontecimiento imprevisible modifica substancialmente las condiciones y circunstancias en que dichas obligaciones se han de ejecutar. Legislaciones que quizá por la premura de su elaboración han creado más conflictos que las soluciones que han aportado.

Por lo que considerando que tal solución no es la más correcta, y toda vez que como ha sido referido, la aplicación de la Teoría de la imprevisión se encuentra expresamente regulada por los códigos civiles de cinco Estados de la República, este trabajo pretende confirmar que los ordenamientos legales vigentes en México consagran los fundamentos y principios suficientes para la legal invocación y aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

Dedico esta Tesis Profesional, manifiesta expresión de la conjunción de esfuerzos e incondicional apoyo de quienes me rodean, en un humilde homenaje a:

Mis profundamente amados y venerados padres;

ANASTASIA Y CARLOS.

Incansables faros, amorosos puertos y placidos remansos en mi travesía por la vida. Manantiales inagotables de comprensión.

Mis muy queridas hermanitas;

ANA LILIA, ARACELI Y ESTHER OLGA.

Cariñosas, dulces, leales y maravillosas aliadas.

Mi adorada esposa;

GABY.

Mi amor, mi cómplice y todo...

Yo a ti... eternamente.

Mis tan amados hijos;

EVA GABRIELA, CARLOS LEONARDO Y ANA GALIA.

La mejor de mis razones, inspiración y esperanza, por quienes cada día agotaré mis esfuerzos para forjar un futuro en el que tengan todo por posibilidad.

Mi querida suegra;

ZOIA GALIA.

Por su tan valiosa ayuda, incalculable apoyo y desmedida comprensión.

Mis apreciables cuñados;

MARIO ROBERTO Y CARLOS ERNESTO.

Por su valiosa colaboración y abnegada comprensión.

ANTONIO, ANDRÉS NOE Y JOEL.

Por el cuidado y amor que dedican a quienes amo.

Mis buenos amigos;
DAVID CASTOR,
JUAN ENRIQUE,
JUAN JOSÉ,
MARCOS ALEJANDRO,
RICARDO RAFAEL,
SAÚL ESTEBAN,

Y todos aquellos, quienes en sincera muestra de empatía, incondicionalmente así me llaman.

Mis maestros, progenitores intelectuales, quienes con sus profundos y especializados conocimientos gestaron la razón jurídica de este incipiente Abogado. Razón jurídica que con su calidad humana coronaron de moral y ética profesional. Y en particular al director de éste trabajo;
LIC. Moisés GUTIÉRREZ GÓMEZ.

Mi entrañable *alma mater*;
Espléndida **UNAM** y toda su comunidad, quienes hacen posible tan grandiosa Universidad.

Al **PUEBLO DE MÉXICO**; por su sacrificada aportación económica.

Y a **Dios**.

A todos Ustedes mi más profunda gratitud y absoluta reciprocidad, por siempre.

Infinitamente Gracias
Carlos Roberto Velázquez Moreno.

En la práctica, las operaciones de crédito consisten en obligaciones monetarias y, especialmente, en la cesión de capitales a título de préstamo.

El crédito es una subespecie del préstamo de consumo (mutuo), cuyos principales elementos son:

La existencia de ciertos bienes, generalmente dinero;

La transferencia de ellos o su disposición jurídica de su titular a otra persona;

El lapso de tiempo durante el que se usan estos bienes, y

La obligación de restituir los bienes obtenidos, más el pago de la cantidad pactada por su utilización, intereses, siempre que ello se haya convenido por los contratantes.

Para el autor Raúl Cervantes Ahumada jurídicamente, "habrá un negocio de crédito cuando el sujeto activo, que recibe la designación de acreditante, traslade al sujeto pasivo, que se llama acreditado, un valor económico actual, con la obligación del acreditado de devolver tal valor o su equivalente en dinero, en un plazo convenido."³

Paolo Greco, citado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, señala: "en sentido jurídico crédito indica el derecho subjetivo que denota de cualquier relación obligatoria y se contrapone al débito que incumbe al sujeto pasivo de la relación. En sentido económico-jurídico denota una relación de dar o poseer, existente entre dos sujetos, donde se da en un primer tiempo para recobrar después lo que se ha dado."⁴

Para Arwed Koch, citado por el profesor Raúl Cervantes Ahumada, el crédito se presenta en dos momentos y con un doble aspecto: "En un primer tiempo, se da una disposición, desde la perspectiva del acreditado, y la posibilidad de efectuar un contrato cuya finalidad es producir una operación de crédito, esto es, un contrato de crédito, desde la óptica del acreditante. En un segundo momento, al concretarse una operación de crédito, se efectúa la cesión en propiedad del capital, generalmente retribuida, o sea, la concesión del crédito por parte del acreditante, frente a la aceptación de ese capital por parte del deudor, con la obligación de restituir la cantidad prestada y realizar el pago de intereses en los términos pactados."⁵

De donde se deduce que el importe de un crédito, en un primer tiempo, otorga al acreditado la facultad de exigir la entrega de lo ofrecido y obliga al acreditante a permitirle la disposición de lo prometido; invirtiéndose con posterioridad los papeles, ya que al momento de la ejecución del crédito, éste puede ser contemplado como una deuda u obligación para el acreditado en contra posición al derecho subjetivo de pago generada a favor del acreditante.

Por su parte el jurista español Joaquín Garrigues, citado por el Profesor Raúl Cervantes, afirma: "toda operación de crédito implica el diferimiento de la prestación del deudor y, por tanto, un plazo. Pero no toda concesión de plazo supone el otorgamiento de crédito. Para que exista éste se requiere el transferimiento de la propiedad de un valor económico y el aplazamiento de la prestación equivalente a la propiedad que se adquiere." (sic) ⁶

³ CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito*. México, 1999. p.p. 203 y 204

⁴ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Argentina, 1991. T.V. p. 40. Cfr. GRECO, Paolo. *Derecho Bancario*, p.p. 21 y 22

⁵ CERVANTES AHUMADA, Raúl. Op.Cit. p. 204 in fine. Cfr. KOCH, Arwed. *El Crédito en el Derecho*, España, 1941, p. 21

⁶ *Ibidem*. Cfr. GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II España, 1940. p.p. 250

Así, desde un enfoque jurídico se podrá definir al crédito como: La voluntad de devenir acreedor de una obligación aplazada, es decir, la voluntad de realizar anticipadamente una prestación y, por tanto, ser acreedor del equivalente económico, por lo que se afirma que se produce una pausa entre el ejercicio del derecho, por parte del acreedor, y el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. De tal suerte, que mientras que en el patrimonio del acreedor entra una cosa con carácter definitivo, al mismo tiempo nace una obligación de cumplimiento diferido.

Por lo antes expuesto, se puede decir que el crédito no es un *ius in re* sino un *ius in personam*, que implica tanto la obligación del acreditante de entregar lo prometido, como el derecho subjetivo o facultad jurídica del acreedor de exigirlo. De modo que en el crédito existen dos características que le son esenciales: el tiempo y la confianza. Sin embargo, cuando la confianza no basta, se establece una garantía; así como por el paso del tiempo generalmente se fija el pago de un interés.

A tal grado, el crédito ha cobrado preponderancia en las actividades económicas, que se ha erigido una floreciente industria, "la industria del crédito". Por esta razón no es de extrañar que un contrato particular y con reglas específicas norme las operaciones crediticias "El Contrato de Crédito", contrato del cual a continuación se expondrán brevemente algunos de los criterios para su clasificación, con el propósito de ubicar claramente el campo de acción del presente trabajo.

EL CONTRATO DE CREDITO:

Si bien los negocios jurídicos de crédito generalmente son celebrados por Instituciones Bancarias que profesionalmente operan en éste campo, las operaciones crediticias no sólo pueden ser realizadas por los Bancos, salvo que la Ley así lo exija.

Por ello de acuerdo con su tipología el Contrato de Crédito, en el orden normativo Mexicano, puede ser clasificado en dos grupos:

Contratos de Crédito Privado.- En los cuales para su perfeccionamiento pueden participar cualquier persona, sin más limitante que no estar disminuido en su capacidad de ejercicio en el comercio.

Contratos de Crédito Bancario.- En los cuales, independientemente del papel que desempeñe, es necesaria la participación de un Banco o una Organización Auxiliar del Crédito.7

De igual modo, las múltiples causa o condiciones que dan origen a la celebración de los contratos de crédito, sirven de pauta para hacer una distinción entre estos, así los contratos de créditos pueden ser clasificar en el orden que a continuación se enlistan:

Según su Forma.- Venta a Crédito y Préstamo.

Según el Deudor.- Crédito Público, Crédito Semipúblico y Crédito Privado.

7 Cf. DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. *Derecho Bancario y de Crédito*. México, 1992. T. II. p. 252

Según el Plazo.-	Crédito a Corto Plazo, Crédito a mediano plazo y Crédito a Largo Plazo.
Según la Garantía.-	Crédito Personal o Puro, Crédito Personal con Garantía Simple, Crédito Personal con Garantía Solidaria, Crédito Real Prendario y Crédito Real Hipotecario.
Según su Objeto.-	Crédito de Consumo, Crédito de Producción Agrícola y Crédito de Producción Industrial.

Pese a que el campo de estudio de los contratos de crédito se extiende ampliamente, por la naturaleza del presente trabajo, se realizara exclusivamente el análisis del contrato de crédito Bancario en su forma de préstamo. Contrato cuyos alcances y características serán abordados más adelante en este mismo capítulo.

Toda vez que la figura del interés se relacionan estrechamente con el crédito, se realizará un breve paréntesis para definir y analizar este concepto, con el propósito de comprender mejor al crédito.

INTERÉS.

Este término ha sido definido, en relación directa con el crédito, como el pago realizado por la utilización del dinero de otra persona. En economía, se considera, más específicamente, un pago realizado por la obtención de capital. Los economistas también equiparan al interés con la recompensa del ahorro, es decir, el pago que se ofrece para animar a la gente a que ahorre, permitiendo que otras personas accedan a este ahorro.

Pese a lo anterior se considera más conveniente, en relación con el presente estudio, considerar que el interés es a la vez, el precio del tiempo y el costo del riesgo de un crédito. De tal suerte que, la tasa de interés aumenta en proporción directa al plazo de vencimiento y en proporción inversa a las garantías ofrecidas. Así, el interés o cantidad que el acreedor abona al acreditante por encima de la suma recibida va ha cubrir, no sólo el precio de la locación del bien o servicio prestado sino, también la prima necesaria para cubrir el riesgo, convirtiéndose entonces en el precio del crédito.

En un principio el interés fue condenado por Aristóteles y más tarde por Santo Tomas de Aquino y los Canonistas, ya que en sus comienzos el crédito se otorgó solamente para fines de autoconsumo; sin embargo, al impulsar el crédito la producción, esta condena se ve superada frente a argumentos tales como los daños, el riesgo corrido y las ganancias frustradas, consecuencias sufridos por quien otorgaba el crédito. De modo que estas nuevas circunstancias hacen del interés una institución del todo reconocida y aceptada siempre y cuando se mantenga dentro de los límites de la justicia y equidad.

Como se ha referido, el pago y cobro de intereses en principio condenado bajo la óptica de un análisis de la moral cristiana, puesto que la usura se consideraba pecado, fue revalorizado a grado tal que; la posición de la Iglesia Católica, definida por Santo Tomás de Aquino, no

consideraba pecado el pago de intereses por préstamos que se utilizaran en negocios, puesto que el dinero se empleaba para crear nueva riqueza. Pero siguió siendo considerado pecaminoso el pago o cobro de intereses por préstamos utilizados para comprar bienes de consumo.

Bajo el capitalismo moderno, el pago de intereses por cualquier préstamo se considera correcto e incluso conveniente, puesto que la carga que implica el pago de intereses permite la correcta asignación de los limitados fondos disponibles a aquellos proyectos que sean más rentables y productivos.

Por su parte la ley islámica sigue considerando el cobro de intereses como algo pecaminoso en sentido estricto, por lo que en algunos países islámicos se establecen medidas legales, como la participación en los beneficios, que permiten sustituir los intereses por recompensas al ahorro utilizado para tales inversiones.⁹

Normalmente sólo se pagan intereses sobre el principal, es decir, sobre la totalidad del dinero prestado, lo que se denomina interés simple. En algunos casos, el interés no sólo se paga sobre el principal, sino también sobre el total acumulado del principal y de los intereses pendientes de pago. Este procedimiento se conoce bajo el nombre de interés compuesto. El tipo de interés se expresa como el porcentaje del principal que se paga por la utilización de éste a lo largo de determinado tiempo, normalmente un año. El tipo de interés corriente, o del mercado, se calcula fundamentalmente sobre la base de la relación entre la oferta de dinero y la demanda de los prestatarios. Cuando la oferta de dinero disponible para la inversión aumenta más rápido que las necesidades de los prestatarios, los tipos de interés tienden a caer. Análogamente, los tipos de interés tienden a aumentar cuando la demanda de fondos para invertir crece más rápido que la oferta de fondos disponibles a la que se enfrentan esas demandas. Los hombres de negocios prudentes no se endeudarán cuando los tipos de interés sean superiores a la rentabilidad que esperan que ese dinero les produzca.

Dando así por concluido el anterior paréntesis con respecto al interés y retomando el concepto central del presente apartado el crédito; es oportuno destacar la importancia del crédito, la cual se pone de manifiesto en la facultad que posee este para hacer posible la movilización y aprovechamiento de capitales latentes, así como en la imperiosa necesidad de financiamiento que requieren las actividades industriales y comerciales, haciendo del crédito un elemento primordial de la actividad económica moderna. Como refiere el profesor Raúl Cervantes Ahumada, el crédito desenvuelve y multiplica los capitales fomentando la producción, generando riquezas y convirtiéndose en el eje central del progreso de la sociedad contemporánea.¹⁰

Una vez que han sido expuestos los elementos y características del Crédito; al mismo tiempo que se ha ubicado el contrato de crédito en el cual se enfocará la atención del presente estudio y tras incluir un breve análisis de la figura del Interés en razón de la estrecha relación que este posee con el Crédito, a continuación se definirá la Cuenta Corriente, esperando con ello disipar las dudas y confusiones que pudiesen existir entre esta figura jurídica y la Cuenta Corriente Bancaria; con lo que en su modalidad de Apertura de Crédito, se utilizará de sustrato para el desarrollo de la hipótesis planteada por la presente Tesis; al exponerlo a la reveladora luz de la Teoría de la Imprevisión, teoría cuyo análisis se realizará en el segundo capítulo de este trabajo.

⁹ Cfr. GRAN ENCICLOPEDIA LAUROUSE, Op. Cit. T. 3 p.p. 379-381

¹⁰ Cfr. CERVANTES AHUMADA Raúl et al. *Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto Manríza Malina*. México, 1984. p. 26f.

1.2. LA CUENTA CORRIENTE:

La Cuenta Corriente es el contrato comercial en virtud del cual las partes se obligan a anotar en una cuenta de remesas organizadas en relación continua sus negocios, con el fin de concederse crédito de manera temporal y recíproca. Para lo cual se ha de establecer que los diferentes créditos provenientes de las remesas se consideren inexigibles, indivisibles e indisponibles hasta el cierre de la cuenta. De modo que el saldo que resulte en la fecha del mencionado cierre sea el único crédito que se considere exigibles.¹¹

En otras palabras, la Cuenta Corriente permite que, cuando dos personas realizan operaciones continuas que los convierten en acreedores y deudores recíprocos, a efecto de simplificar las cosas, pueden optar por no liquidar cada operación a su vencimiento. Las liquidaciones se harán entonces en bloque, ya sea, al finalizar una serie de operaciones, al concluirse las negociaciones, o bien, en una fecha predeterminada por las partes. De este modo, se obtiene un solo saldo que será la única suma a pagar, ello después de sumar los cargos y abonos de cada uno de los cuentacorrentistas y compensarlos globalmente hasta el importe del subtotal menor, determinando así quien de los cuentacorrentistas es el deudor y cual es el monto a cubrir.

Lyon Caen y Renault definen la cuenta corriente como: "Un contrato por el cual dos personas en previsión de operaciones que ellas harán recíprocamente se obligan a reconocerse los valores que cambian, y hacer perder a los créditos, que puedan nacer, su individualidad y transformarlos en artículos de crédito y débito; de manera que el saldo final resultante de la compensación de éstos sea el único exigible."¹²

Para Vivante y Segovia el contrato de cuenta corriente se presenta "... cuando dos contratantes se conceden temporalmente crédito para sus remesas recíprocas, a fin de que quien resulte acreedor a la clausura de la cuenta pueda exigir la diferencia entre el Deber y el Haber."¹³

Es decir, en ámbito jurídico, la Cuenta Corriente hace referencia al contrato a través del cual dos personas que efectúan ciertas operaciones de forma regular, convienen en que el saldo sólo sea exigible a la clausura del mismo. De modo que dada la importancia jurídica que este contrato tiene en las relaciones comerciales, diversas legislaciones mercantiles han incluido una definición legal de Cuenta Corriente; tal es el caso del Código de Comercio Argentino y nuestra Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

En el Código de Comercio Argentino, se la define en los términos siguientes:

Artículo 771.- La cuenta corriente es un contrato bilateral y conmutativo por el cual una de las partes remite a la otra, o recibe de ella, en propiedad, cantidades de dinero u otros valores, sin aplicación a empleo determinado, ni obligación de tener a la orden una cantidad o valor equivalente. Pero a cargo de acreditar al remitente por sus remesas, liquidarlas en las épocas convenidas, compensarlas de una sola vez hasta la concurrencia del débito y crédito, y pagar el saldo.

En nuestro Derecho la Cuenta Corriente es definida, acorde a lo dispuesto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito como:

¹¹ Cfr. CORREA ARANGO, Gabriel. *De los Principales Contratos Mercantiles*. Colombia, 1991 p. 10.

¹² ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA Op Cit T VII p.224

¹³ *Ibidem*.

Artículo 302.- En virtud del contrato de cuenta corriente, los créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes se anotan como partidas de abono o de carga en una cuenta, y sólo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituye un crédito exigible y disponible.

De las anteriores definiciones legales de Cuenta Corriente se puede deducir que en este contrato existen remesas recíprocas, que podemos considerar como una situación fija de la cuenta; y una situación móvil o corriente deducida del tracto sucesivo, donde a cada momento la situación de las partes cambia, estructurándose legalmente el modo, oportunidad y forma de las liquidaciones periódicas de dichas remesas.

Para la mejor comprensión de la Cuenta Corriente parece oportuno definir los elementos que la constituyen, así como, las características y clasificación de los mismos, lo cual se procederá a realizar a continuación.

ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE:

En primer lugar se analizarán de forma conjunta por su indisoluble vinculación la voluntad de las partes o sujetos quienes han de poseer plena capacidad, aunado al hecho de que han de manifestar su voluntad de contratar de manera libre de vicios:

Voluntad Libre de Vicios y Emenda por Persona Capaz: Los Cuenta Corrientistas son quienes constituyen el elemento subjetivo del contrato, deben tener plena capacidad de goce, además de no estar disminuidos en su capacidad de ejercer para el comercio, para poder exteriorizar su voluntad de celebrar el Contrato de Cuenta Corriente, acorde a lo dispuesto por los artículos 2º y 3º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Además de lo anterior, como en cualquier otro acto jurídicamente válido, la voluntad de los Cuenta Corrientistas deberá ser exteriorizada de manera libre y no adolecer de vicio alguno; es decir, no deberá mediar para esta manifestación de la voluntad, violencia, ningún tipo de error, dolo, mala fe o lesión.

Ahora bien, aun cuando la ley no limita el número de cuentacorrientistas que pueden celebrar simultáneamente un contrato; técnicamente y en la práctica es común que éste contrato se celebre sólo entre dos personas *lato sensu* o partes. De tal modo que si un comerciante celebra varios contratos de Cuenta Corriente, la compensación de los mismo jamás se realizará de forma triangular sino bilateral, tantas veces como sea necesario dependiendo de los contratos celebrados.

El siguiente de los elementos de validez que se estudiara es su Objeto:

El Objeto del Contrato de Cuenta Corriente: La *ratio iuris* del Contrato de Cuenta Corriente u objeto formal del mismo lo constituye las recíprocas concesiones de crédito y liquidación única del saldo, es decir, las recíprocas prestaciones que los cuentacorrientistas pueden realizarse como consecuencia de sus relaciones de negocio. Es por ello que resulta conveniente en este punto desarrollar brevemente el concepto de remesa, proporcionando una clasificación de las mismas y describiendo la forma en que se realizan las inscripciones de éstas en la Cuenta Corriente. Toda vez que es precisamente la remesa el objeto material de éste contrato.

Las Remesas son el acto del cual deriva el crédito que se anota en el registro de la cuenta corriente, es decir, las relaciones patrimoniales que dan lugar a los créditos que se anotan en la cuenta. Sin embargo, las remesas no deben ser consideradas como pagos, ya que, habrá la necesidad de esperar a la compensación para establecer quien de los cuentacorrentistas resulta deudor. Mas debe quedar claro que una remesa existe desde que un crédito es concedido a favor del remitente y en contra del receptor, por lo que ésta debe ser llevada a la cuenta.¹⁴

Al inscribir las remesa en la Cuenta Corriente, deben tomarse en consideración las características y particularidades de cada una de las mismas, es por ello que la doctrina las ha clasificados de la siguiente forma:

Remesa Materiales.- Cuando poseen un valor intrínseco, por tratarse de dinero o mercancías, por lo que debe ser anotado en la cuenta de forma inmediata y sin reserva ni limitación alguna. Y

Remesas Jurídicas.- consistentes en la transmisión de un crédito. Las cuales por su naturaleza recibe un trato particular al ser llevadas a la cuenta; toda vez que se presumen recibidas "salvo buen cobro", "salvo buen fin" o "salvo ingreso en caja", ello es, estas remesas son recibidas con la presunción de una cláusula de revocabilidad. Lo que significa, que en caso de que el crédito transfido por uno de los cuentacorrentistas al otro no pueda hacerse efectivo, faculta al cuentacorrentista que lo recibió a optar entre cancelar dicha remesa anotando en su contrapartida el monto del título de crédito para anularlo y devolverlo, o bien, ejercitar el derecho literal contenido en el documento.

Por otra parte, las remesas para poder ser incluidas en la Cuenta Corriente deben presentar determinadas características, impuestas por la naturaleza y efectos del propio contrato, esto es las Remesas llevadas a Cuenta Corriente deben ser facultativas, recíprocas, fungibles, ciertas, líquidas y transmitirse en propiedad, lo cual quiere decir:

Facultativas.- Han de ser realizadas de manera libre, ello es por que de la celebración del Contrato en Cuenta Corriente no surge para las partes la obligación de efectuarse remesas, ya que dichos envíos se dejan al entero arbitrio de las partes. La obligación que éste contrato engendra es la de anotar en la cuenta las remesas, o con mayor precisión, anotar los créditos que de ellas se derivan.

Recíprocas.- Las remesas también han de ser recíprocas, ya que la naturaleza propia del contrato de Cuenta Corriente así lo exige.

Fungibles.- Por otra parte, también la doctrina refiere que las remesas han de ser fungibles, es decir, que puedan ser sustituidas por otras de igual calidad, genero y cantidad.

Ciertas, líquidas y transmisoras de propiedad.- Estas son cualidades intrínsecas que se exigen del crédito que de esas remesas resulta. a. Motivo por el cual aquellos créditos que sean exigibles en periodos determinados o no susceptibles de compensación, no podrán ser incluidos en la Cuenta Corriente ya que, como se ha referido; esto iría en contra de la naturaleza misma del Contrato de Cuenta Corriente, puesto que una de sus principales características es el

¹⁴ Cfr. VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Contratos Mercantiles*. México 2001. p. 462.

aplazamiento en la exigibilidad de los créditos en el inscritos, hasta en tanto no se realice la clausura del mismo. ¹⁵

Una vez que las remesas, objeto material de la Cuenta Corriente, cumplen con las características antes descritas pueden formar parte de dicho Contrato y para realizar la inscripción de los movimientos que en una cuenta se gestan ello se efectúa de manera convencional, para lo cual generalmente se utiliza la llamada T mayor de contabilidad. Una T mayor representa la división que sobre una hoja se realiza para obtener dos columnas con un encabezado, es así que en la columna del lado izquierdo denominada DEBE se insertan los cargos o débitos de la cuenta, los cuales si son proporcionalmente mayores en la misma arrojaran un "momento deudor" o saldo en contra; mientras que, en la columna de la derecha o HABER, se anotan los abonos o créditos pendientes por cobrar, los que de resultar proporcionalmente mayor en la cuenta arrojaran un "momento acreedor" o saldo a favor. ¹⁶

Así a todo valor que entra en la Cuenta Corriente corresponde un asiento en el Debe de quien lo recibe, ya que éste tiene la obligación de anotar la partida recibida como un cargo o débito. Mientras que su contra parte anotará en el Haber de su propia cuenta, como un crédito o abono, un monto igual al valor de la correspondiente partida remitida. De donde, única y estrictamente en ese sentido contable se puede decir que el valor de la remesa se acredita al remitente y se adeuda por quien la recibe.

Mas, debe quedar claro que las remesas no pueden ser definidas como pagos, toda vez que al celebrarse el Contrato de Cuenta Corriente las partes estipulan que el único pago exigible, de las reciprocas operaciones que celebren, será la cantidad que resulte de compensar todas éstas hasta el monto de la suma menor. De donde se infiere que, en la Cuenta Corriente el único saldo real a cubrir será aquel con el cual se liquide el adeudo resultante de la clausura del contrato.

De tal suerte que, puede concluirse que las remesas son el elemento objetivo material y acto de ejecución del contrato de Cuenta Corriente. Del mismo modo, es posible afirmar que las remesas están constituidas por todo acto del cual derive un crédito que deba ser anotado en la cuenta; es decir, por toda aquella relación patrimonial que de lugar a un crédito. Por lo que es precisamente ese acto jurídico, que da lugar a la inscripción de una remesa, el cual ha de perseguir un motivo o fin lícito, para así poder decir que el objeto del Contrato de Cuenta Corriente no es contrario al derecho, y por lo tanto poder calificarlo como jurídicamente válido.

Esperando con lo hasta ahora referido acerca de las remesas, haber dejado en claro el Objeto formal y material del Contrato de Cuenta Corriente, a continuación se analizará el siguiente de los elementos de validez del mismo, su forma:

La Forma del Contrato de Cuenta Corriente.- ley no señala que la celebración de este contrato deba tener forma determinada. Sin embargo, como sucede en la actualidad con casi todos los contratos, éste también se celebra generalmente en forma escrita.

Tras la breve exposición de los elementos de validez del Contrato de Cuenta Corriente y retomando el tema central del presente apartado, con el propósito de analizar más

15 RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. *Derecho Mercantil*. México 1999, p. 94.

16 PAC ZAVALA, Eugenio. *Introducción a la contabilidad*. México 1997, p.p. 229-255.

profundamente este contrato, ahora se expondrá cuales son los efectos que la celebración del mismo produce.

EFFECTOS DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE.

La Celebración de un Contrato de Cuenta Corriente produce diversos efectos entre los que destacan: La transmisión en propiedad de las remesas, la indivisibilidad y la compensación.

La Transmisión en Propiedad de las Remesas significa que la inscripción de las remesas en los asientos de la cuenta, ya sea como partidas de abono o de carga de la misma, implica la transmisión de propiedad de dicha remesa a quien la recibe; dado que si no hubiese transferencia de la propiedad, tampoco habría Cuenta Corriente, ya que como se ha venido anotando el cuentacorrentista que recibe una remesa debe poder disponer de ella de manera total, pues de otra forma éste contrato perdería su esencia.

Sin embargo, no se podrán presuponer los alcances y consecuencias que la inscripción de las partidas en la Cuenta Corriente produce, por el contrario, se han de observar reglas específicas y excepciones que señala la doctrina y la Ley recoge. Tal es el caso de lo dispuesto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 304 el cual dispone que la inscripción del crédito en la Cuenta Corriente no excluye las acciones relativas a la validez de los actos o contratos de que proceda tal remesa, salvo pacto en contrario, lo cual trae por consecuencia que si el acto o contrato que origina la partida es anulado, la partida correspondiente se cancelará en la cuenta.

También con respecto a los alcances y consecuencias de la inscripción de las partidas en Cuenta Corriente, en el artículo 306 del ordenamiento legal en cita, se establece que la inscripción de una partida constituida por un crédito contra tercero, o partida jurídica como se le ha referido. Se entiende definitiva y a riesgo de quien la recibe, salvo reserva expresa para el caso de insolvencia del deudor. Sin embargo, a falta de pacto expreso, la remesa así constituida se debe entender realizada "salvo buen cobro", lo que faculta a quien la recibe a optar entre anotar en la cuenta la contrapartida correspondiente, con el propósito de anularla y restituir el título de crédito que le dio origen; o ejercitar las acciones cambiaria directa que el documento consagra.

La Indivisibilidad de las partidas un efecto más de la Cuenta Corriente, para muchos autores la principal consecuencias de este contrato; se manifiesta por el hecho de que cada partida de haber y deber es inseparable, ya que la totalidad de las partidas constituyen un elemento único. Lo que significa que ningún crédito puede ser exigido antes de tiempo, ni en otra forma que mediante compensación, la cual sólo se puede llevar a cabo validamente a la clausura de la Cuenta Corriente. ¹⁷

La indivisibilidad de las partidas trae como resultado que los créditos devengan inexigibles e indisponibles aisladamente; ya que ninguna remesa puede ser considerada como pago; toda vez que ninguno de los cuentacorrentistas puede reclamar separadamente el pago de una remesa anotada en su haber; ya que no hay lugar a establecer una compensación entre una remesa anotada en el deber y otra anotada en el haber de manera individual. Por tanto, los

¹⁷ Entre los estudiosos del derecho que comparten el criterio de que la indivisibilidad de la cuenta es su efecto primordial y el cual, en su naturaleza, jurídica al Contrato de Cuenta Corriente, podemos mencionar al Dr. Raúl Cervantes Ahumada, Oscar Vazquez del Mercado, Arturo Puentes y Flores, Joaquín Rodríguez Rodríguez y Octavio Calvo entre otros.

acreedores de los cuentacorrentistas sólo puedan embargar el saldo que eventualmente pudiera resultar a favor de su deudor y actualizada dicha hipótesis, deberán dar aviso al otro cuentacorrentista quien en ese momento podrá dar por terminada la cuenta corriente; ya que tras el aseguramiento no se podrán tomar en cuenta, con respecto al cuentacorrentista embargado, las partidas que implique operaciones de cargo

Otro resultado producido por el efecto de la indivisibilidad que la Contrato Cuenta Corriente acarrea, es que la prescripción de cada crédito será la misma que la prescripción general del saldo. La cual comenzará a correr a partir de la clausura de la cuenta, para los casos en que se realice la rectificación de errores de cálculo, omisiones o duplicidad de las partidas anotadas en la cuenta. Prescripción que acorde a lo dispuesto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 309 será de seis meses contados a partir de la clausura.

Finalmente en lo que concierne a los resultados consecuentes de la indivisibilidad producida por el Contrato de Cuenta Corriente una remesa anotada en el Haber no puede servir de provisión de fondos para el giro de una letra de cambio.

Pese a lo antes referido, debe quedar claro que esa indivisibilidad no es real, sino una mera ficción jurídica, que surge del acuerdo de voluntades de las partes ya que tanto las remesas como los créditos que de ellas derivan siguen conservando su propia individualidad jurídica. Los diferentes créditos que se anotan en la cuenta son distintos entre sí, es decir, conservan su propia individualidad; pero en virtud del acuerdo de las partes todos se incluyen en una cuenta como partidas de la misma, sin poder ser segregados con el fin de exigirlos o disponer de ellos de manera individual o aislada, ya que como se ha anotado es precisamente éste el objeto formal del Contrato de Cuenta Corriente.

Otro de los efectos de la Cuenta Corriente es la mencionada Compensación, circunstancia que se analizará más detenidamente a continuación.

La Compensación si lo esencial en este contrato es la mutua concesión de créditos, resulta lógico y obligatorio pensar que, llegado el momento del cierre o clausura de la cuenta y consecuentemente de la liquidación y obtención del saldo, los créditos de una y otra parte se compensen con tal fin. De tal suerte que dicha operación tiene el efecto de un pago abreviado o sin emplazamiento.

Por ello, el fenómeno de la compensación resulta esencial al contrato de Cuenta Corriente, en cuanto a que, responde eficazmente al propósito de los contratantes, es decir, facilitar sus relaciones de negocio, evitando la liquidación aislada de cada una de ellas.

Este efecto compensatorio, constituye un elemento esencial y característico del Contrato de Cuenta Corriente, que sólo se produce al final, cierre o clausura de la cuenta. Y tiene como consecuencia que se realicen las operaciones aritméticas tendientes a liquidar el saldo de las masas de créditos y deudas de cada uno de los cuentacorrentistas, para efectuar su contraposición hasta el monto del menor adeudo.

Por lo que hace a los efectos que produce la celebración del Contrato de Cuenta Corriente, los tres antes mencionados son unánimemente compartidos por los doctrinarios: sin

embargo, existen autores que sostiene un último efecto que dicho contrato produce y es la novación. Polémica afirmación que se procede a exponer a continuación.

La Novación algunos autores como Boistel Renault refieren que otro de los efectos del Contrato de Cuenta Corriente es la novación que experimentan las remesas, al transformarse en partidas de la cuenta. Efecto cuyas consecuencias se manifiesta de varios modos como son: que un crédito, al convertirse en partida de la Cuenta pierde su carácter particular y adquiere el que tenga esta cuenta, transformándose en mero asiento contable o numérico: aunado a que dejan de ser individualmente exigibles, ya que sólo el saldo resultante de la clausura de la cuenta lo será. De tal suerte que un derecho anterior se extingüía y transformaba en un derecho nuevo. De igual modo la prescripción de cada crédito será la misma que la prescripción general del saldo, la cual correrá a partir de la clausura de la cuenta, para los casos en que se realice la rectificación de errores de cálculo, omisiones o duplicidad de las partidas anotadas en ésta.

Sin embargo, como ya se ha referido y el jurista alemán Cosack lo expresa, si bien la cuenta corriente liga los créditos en un todo inseparable: esto significa, simplemente, que deben hacerse valer en la misma época todos los créditos pertenecientes a la Cuenta Corriente, y de ningún modo que todos estos créditos pierdan su carácter primitivo.

Aunado a lo anterior cabe recordar que la propia ley determina que las consecuencias de la inscripción de las remesas en Cuenta Corriente, no incluyen la extinción de las acciones y excepciones de nulidad, anulabilidad, rescisión y terminación del acto del cual deriva el crédito inscrito como partida de la cuenta. Las cuales se conservan y podrán hacer efectivas por el cuentacorrentista que resulte acreedor a la clausura del contrato.

Es por ello que ha de aclararse que durante la cuenta corriente no hay novación en sentido técnico, porque la obligación primitiva no se sustituye por ninguna otra. Y sólo hasta el momento del cierre de la Cuenta Corriente cuando el saldo definitivo, resultado de la compensación global, viene a sustituir a todos los créditos inscritos en ella; es cuando se podría hablar de novación, con la consecuente extinción de las obligaciones accesorias y la apertura de un nuevo plazo de prescripción, que comenzará a correr a partir de la fecha de aceptación del saldo.

Por su parte la ley se ha inclinado por excluir la novación como efecto del Contrato de Cuenta Corriente, ya que para que la novación se produzca debe existir el *animus novandi*, toda vez que la novación nunca se presume.

Otras razones para descartar la figura de la novación como efecto de la Cuenta Corriente es el hecho de que, una de las principales consecuencias de la novación es la extinción de las obligaciones accesorias y, por consiguiente, el acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinta. Lo cual no sucede en la Cuenta Corriente, ya que incluso si hay un crédito del cual existan fiadores o coobligados éstos quedarán obligados por los términos de sus respectivos contratos, y por el monto del crédito a favor del cuentacorrentista que resulte acreedor del saldo a la clausura de la cuenta.¹⁸

18 Cfr. PUENTE Y FLORES Arturo et al. *Derecho Mercantil*. México, 1981. p.p. 51 y 52

Por ello es que juristas como el Italiano Fiorentino observan que: "Los defensores de la teoría del efecto novatorio han ido progresivamente batiéndose en retirada y todas las teorías construidas sobre la existencia de tal efecto novatorio han perdido su interés de actualidad."¹⁹

Una vez que han sido expuestos los efectos que produce la Cuenta Corriente, se deberá hacer una aclaración más respecto a este contrato. Esto entre dos términos que aun cuando podrían ser definidos comúnmente como análogos tratándose del Contrato de Cuenta Corriente poseen alcances muy diversos: la clausura y la extinción de la cuenta.

LA CLAUSURA Y LA EXTINCIÓN DE LA CUENTA CORRIENTE.

Se debe distinguir entre el Cierre, Liquidación o Clausura de la Cuenta Corriente y la Extinción, Terminación o Conclusión de la misma, ya que ambas operaciones producen diversas consecuencias como se expondrá a continuación.

El Cierre, Liquidación o Clausura de la Cuenta Corriente significa tan sólo que se ha cumplido el término para la liquidación de un periodo de la cuenta, lo cual no trasciende en la continuidad del contrato, de donde resulta que durante la vigencia del contrato puedan presentarse en diversa ocasiones Clausuras o Liquidaciones de la Cuenta; fenómeno que ocurre generalmente en plazos de seis meses salvo pacto en contrario, según lo prescrito por el artículo 308 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El principal efecto de la Clausura, Liquidación o Cierre de la Cuenta Corriente es la fijación del saldo, el que se determina a través de la operación contable de deducir la diferencia entre la suma de las partidas del Haber y el Deber, bajo el común denominador del valor monetario de las partidas que constituyen la Cuenta Corriente.

Así, con el cierre de la cuenta se produce la compensación entre las remesas inscritas como partidas de la misma, hasta el monto de la suma menor de éstas, para de este modo obtener el saldo que es la única deuda líquida y exigible de la Cuenta Corriente.

El saldo resultante del cierre de la cuenta es exigible inmediatamente, o bien puede inscribirse nuevamente en la cuenta como primera remesa de un nuevo periodo y como tal causará intereses a la misma tasa que, en su caso, se haya pactado para las otras remesas.

Por su parte la Extinción, Terminación o Conclusión de la cuenta produce los efectos que enseguida se expondrán.

La Extinción, Terminación o Conclusión de la Cuenta Corriente disuelve el vínculo contractual y, por ende, pone fin al contrato.

La extinción del Contrato de Cuenta Corriente se produce por diversas circunstancias, como son: Por mutuo acuerdo de los cuentacorrentistas; por el vencimiento del plazo pactado; por la denuncia de uno de los cuentacorrentistas, cuando no se fijó tiempo de duración del contrato, para lo que, cualquiera de las partes que desee denunciar el contrato deberá dar aviso

¹⁹ CORREA ARANGO, Gabriel. Op. Cit. p. 35

cuando menos 10 días antes de la fecha propuesta para la terminación a su contraparte de tal situación; causas que son clasificadas como voluntarias.

De igual modo el Contrato de Cuenta Corriente se puede extinguir por causas forzosas como son: Por quiebra o suspensión de pago de una de las partes; por muerte o incapacidad de uno de los contratantes, toda vez que no se trate una persona jurídica; por el embargo sufrido por uno de los cuentacorrentistas. Siempre y cuando la terminación de la Cuenta Corriente sea pedida por su contra parte, ya que la conclusión de la Cuenta Corriente no opera *ipso iure*.

De lo antes expuesto, pueden deducirse dos momentos en la Cuenta Corriente y por ende deben distinguirse dos grupos de obligaciones, las propias de la celebración y vigencia del contrato y aquellas que nacen a la Conclusión de la Cuenta Corriente.

Las obligaciones de los cuentacorrentistas derivadas de la celebración y vigencia del Contrato de Cuenta Corriente son de carácter recíproco, existen durante la vigencia del contrato, son idénticas para ambos cuentacorrentistas, están presentes hasta la obtención del saldo y consisten en: otorgar a su contraparte una serie de créditos que se anotan en la cuenta corriente en virtud de la cual tales partidas no podrán ser exigidas, ni disponer de ellas de manera individual o aislada. También puede mencionarse como una obligación de los cuentacorrentistas, el envío de las remesas que su contra parte le solicite, sin embargo, esta es una obligación facultativa.

Las obligaciones derivadas de la conclusión del Contrato de Cuenta Corriente consistente en las obligaciones de crédito típicas, toda vez que es en este momento cuando se fija el saldo de la misma y ello implica la determinación de quién es el acreedor y quién el deudor de la cantidad líquida, misma que se deberá pagar.

De modo que el cuentacorrentista deudor del saldo se convierte en el responsable de una deuda mercantil de tipo contractual que, sin embargo, por las circunstancias particulares, a las que ya se ha hecho referencia, posee posibilidades de ejecución previo reconocimiento judicial.²⁰

Tras el desarrollo de los anteriores aspectos en torno al Contrato de Cuenta Corriente, a modo de conclusión no resta más que resumir las características más destacadas de este contrato, así como enumerar las ventajas que la celebración del mismo ofrece.

Ahora bien, en conclusión de todo lo antes expuesto se pueden deducir que las características particulares del Contrato de Cuenta Corriente son las siguientes:

- ◆ Generalmente es mercantil, ya que por lo regular quienes concurren a su celebración son comerciantes, que se sirven de él para regular sus relaciones continuas de negocios, aunado al hecho de que nació precisamente de las necesidades prácticas de los comerciantes.
- ◆ Bilateral, toda vez que su celebración engendra prestaciones mutuas y obligaciones para ambos contratantes. Ya que este contrato entraña como sustrato económico recíprocas concesión de crédito.

²⁰ *Idem* p.p 14-20.

- ♦ Oneroso, ya que a través de la cuenta corriente cada parte busca y obtiene una ventaja a cambio de una prestación que se considera equivalente.
- ♦ Conmutativo, dada cuanta que desde la celebración del acuerdo de voluntades las partes pueden apreciar el efecto jurídico y económico del mismo.
- ♦ De tracto sucesivo, la vinculación negocial permanece en el tiempo, en virtud de que las prestaciones responden a una necesidad estable.
- ♦ Normativo, ya que tiene por objeto regular determinadas relaciones que se han creado o pueden crearse entre las partes; es decir, establece entre los cuentacorrentistas un mecanismo general y común de regular sus operaciones futuras y eventuales.
- ♦ Consensual, porque este acuerdo convencional se perfecciona con el concurso del consentimiento de las partes válidamente emundo.

Por otra parte se debe destacar que la celebración de un Contrato de Cuenta Corriente ofrece múltiples ventajas entre las que destacan que: Las liquidaciones y pagos parciales son suprimidos, lo que trae como consecuencia el ahorro de tiempo y numerario; de modo que se evita el desplazamiento material de valores monetarios, ya que las anotaciones en la cuenta sustituyen al pago en efectivo, lo cual aumenta la productividad de los capitales en circulación entre las partes, porque durante la relación de cuenta corriente cada uno de los contratantes dispone de los valores recibidos como si fueran propios.

De este modo, tras haber cubierto los aspectos más importantes del Contrato de Cuenta Corriente; al tiempo de aclarar los errores y confusiones más comunes que al hablar de Cuenta Corriente se comenten, se da por concluido este apartado. Debiendo por último quedar en claro que si bien, los Bancos se sirven de las ventajas que ofrece el referido Contrato de la Cuenta Corriente para realizar sus operaciones con otras Instituciones de Crédito, éstos celebran contratos con sus clientes, que también son denominados como de Cuenta Corriente, ya que bajo el esquema de la Cuenta Corriente puede realizarse casi cualquier tipo de operación Bancaria, v.gr. depósitos, apertura de créditos, anticipos, descuentos, etc.

Sin embargo, la Cuenta Corriente Bancaria observa notables diferencias con relación al Contrato de Cuenta Corriente que se acaba de analizar y es por ello que resulta oportuno abordar el estudio del mismo en el apartado siguiente.

1.3. LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA.

El término Cuenta Corriente Bancaria hace referencia a la cuenta abierta por un banquero a sus clientes alimentada por los depósitos de cada titular, cuando se trata de Cuentas con provisión de fondos, y eventualmente por cantidades no depositadas pero consentidas por el banquero, en tratándose de la Cuenta Corriente al descubierto. Sin embargo, en ambos casos los retiros de fondos se realiza generalmente mediante la presentación a cobro de un cheque o talón, o bien a través de medios electrónicos, v.gr. Cajeros Electrónicos, vía telefónica e Internet. 21

21 Cf. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Op. Cit. T.V. p.p. 228-235

La Cuenta Corriente Bancaria es un contrato consensual, bilateral y normativo, aún cuando generalmente se celebra a través de un contrato de adhesión o guión administrativo. Como tiene a bien llamar a este tipo de formularios de contratos, el Profesor Ernesto Gutiérrez y González. De donde resulta, que el contrato de Cuenta Corriente Bancaria en realidad es elaborado por el Banco de manera unilateral. También es un contrato oneroso; conmutativo y de tracto sucesivo donde las partes asumen una el papel de banquero y la otra el papel de cliente.

La importancia de éste contrato radica en que los clientes no operan con los Bancos sino por intermedio de su Cuenta Corriente Bancaria, realizando a través de ella sus operaciones de pagos, descuentos, cobranzas, giros, cambios, depósitos, disposición, créditos, etc.

Como se mencionó existen dos formas de dar nacimiento a un contrato de Cuenta Corriente Bancario; en razón de que existen dos operaciones *a priori* y esenciales para la existencia de la Cuenta Corriente Bancaria, dependiendo de las cuales este contrato adquiere diversos matices, dichas operaciones son:

LA PROVISIÓN DE FONDO.- Operación en la cual los fondos depositados pertenecen en exclusiva al cliente, y el Banco cumple mediante la cobertura de cheques, sus órdenes de pago, que imputa al depósito, descontando su monto en una operación de contabilidad que no tiene mayor relevancia jurídica.

Por ello la Cuenta Corriente Bancaria con Provisión de Fondos, como afirmara el jurista Italiano Adriano Fortino puede ser definido como el mecanismo funcional consistente en que una persona consigna una suma de dinero en un Banco; institución que se obliga a restituirla a petición del depositante, en una o varias veces, pudiendo el cliente realizar sucesivos ingresos en su propia cuenta.²²

Y EL DESCUBIERTO O APERTURA DE CRÉDITO.- Operación que se concreta cuando el Banco se obliga a suministrar a su cliente las sumas que necesite, y el cliente a su vez se compromete a restituírselas aumentadas con los intereses y los derechos de comisión debidos por este servicio. Transacción donde por lo común se fija un límite a la duración del contrato y a la suma total del crédito, pudiéndose establecer una garantía personal, hipotecaria, prendaria o de cualquiera otro tipo.

De modo que la Cuenta Corriente al Descubierta o Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria, puede ser definido como: el contrato a través del cual se facultad al cliente a disponer en todo momento de la propia cuenta, ante la obligación del Banco de mantener disponible la suma adeudada, sin que ello implique la forzosa obligación de aquel de realizar dicha disposición, quedando obligada, además, la institución crediticia, mientras dure la relación con su cliente a recibir nuevas entregas, y por consiguiente, aumentar su propia posición deudora.

Es decir, la Cuenta Corriente Bancaria es el contrato por el cual el Banco se obliga a cumplir las órdenes de pago emitidas por el titular sobre los depósitos realizados, en tratándose de la Contrato de Cuenta Corriente con provisión de fondos; o bien como el crédito concedido al cliente, siendo exigible el saldo a su clausura, en el caso de la Apertura de Crédito en Cuenta Corriente. Por lo que dentro de este contrato, se conviene que pueden hacerse pagos y

²² Cfr. CORREZ, ARANGO, Gabriel Op.Cit. p. 8.

revolvente suele ser la línea de crédito de cada cliente al igual que ocurre con muchos otros tipos de créditos Bancario. No obstante lo antes dicho, la ley no ha convertido esta figura en privativa de las Instituciones Bancarias. Por tanto, permanece la posibilidad de que la Apertura de Crédito pueda ser otorgado entre personas de derecho privado, tal como sucede con gran variedad de convenios, v.gr. cuando un vendedor entrega su mercancía al comprador de "fiado" o una empresa que vende artículos muebles al detalle otorgando a sus clientes créditos para sus pagos.

Sin embargo, ya que son lo Bancos los encargados de proporcionar el elemento de confianza esencial al crédito, al servir de intermediarios entre los propietarios de los grandes capitales inertes, quienes están dispuestos a colocarlos ventajosamente y aquellos que han de invertir y movilizar estos recursos. A lo largo del presente trabajo cuando se haga referencia al Contrato de Apertura de Crédito se hará enfocándose en la Apertura de Crédito Bancaria únicamente.

Así, para ubicar el Contrato de Apertura de Crédito en el contexto Bancario, en primer lugar se ha de distinguir entre las diversas operaciones celebradas por los Bancos.

Para la realización de sus fines de intermediación en el comercio del dinero y el crédito, los Bancos celebran gran variedad de negocios u operaciones, las cuales doctrinariamente podemos clasificar de la manera siguiente:

Operaciones Activas.- Por las cuales el Banco concede crédito a sus clientes, v.gr. Apertura de Crédito, Préstamo, Descuento, etc.

Operaciones Pasivas.- Aquellas por medio de las cuales el Banco se allega capitales, v.gr. Depósitos Irregulares, Emisión de Billetes al Portador, etc.

Operaciones Neutras.- En las cuales el Banco simplemente brinda un servicio de confianza y seguridad a sus clientes, v.gr. De Custodia Estricta como Depósito Abierto y Cerrado, etc.²⁴

Todas las llamadas operaciones Bancarias activas tiene como signo distintivo, ser concesiones de crédito hechas por el Banco. En particular, la Apertura de Crédito es el contrato en virtud del cual, un sujeto (acreditante) se obliga a poner a disposición de otro (acreditado) una determinada cantidad de dinero, o bien, a contraer durante el tiempo de duración del contrato, una obligación a su nombre; mientras que por su parte, el acreditado se obliga a restituir ese dinero o a pagar la obligación contratada, en el término y condiciones pactadas.

De modo que la Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria puede ser definida como: el contrato a través del cual, el Banco se obliga, dentro del límite pactado, y a cambio de una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, en la medida de sus requerimientos, sumas de dinero, o a otorgarle otras prestaciones que le permitan realizar pagos de bienes o servicios.

Debe quedar claro que al hacer referencia a que se ponga a disposición cierto monto, ello no significa la transmisión de propiedad de la suma de dinero. Esta permanece en el patrimonio del Banco, confundida con las otras sumas de dinero que le pertenecen. Sin embargo, económicamente, es como si se tuviera la propiedad del numerario, ya que siendo debida la

²⁴ Cfr. GOISIS, Giovanni. *La funzione della Banca nella Pratica Italiana*. Italia 1950 p. 15

prestación por el Banco, el acreditado sabe que puede contar con el cumplimiento en el momento oportuno, lo que equivaldría a tener en su poder el dinero en efectivo. Es así, que el objeto del contrato no es el goce de la cantidad adeudada, sino el goce de una disponibilidad, que es anterior a su utilización.²⁵

Sin embargo, precisamente el hecho de que se ponga a disposición, sin que se realice inmediatamente la entrega del numerario, es el elemento que caracteriza al Contrato de Apertura de Crédito y lo distingue del Contrato de Mutuo. Ya que mientras la Apertura de Crédito puede concretarse aun cuando no llegue a entregarse ninguna suma de dinero, en el mutuo se requiere, para su perfeccionamiento, de la entrega de una cantidad determinada que constituye la obligación principal.²⁶

Por lo tanto, es posible afirmar que la Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria es un contrato consensual, bilateral, oneroso y principal; ya que puede ser considerado como un contrato de concesión de crédito en el sentido, no de aplazamiento de una prestación, sino, del derecho a obtener del Banco dinero u otros medios de pago, que permitan al cliente obtener bienes o servicios. De modo que la promesa de conceder crédito engendra a favor del acreditado la facultad de obtener medios de pago, siempre que lo desee y dentro del límite pactado (disponibilidad); al tiempo que le otorga, el derecho de aplazar la restitución de la cantidad cubierta dentro del término establecido (crédito en sentido estricto).

Las prestaciones utilizadas por el acreditado no dan lugar a nuevos contratos porque se realizan en ejecución del primitivo contrato consensual de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente. De ahí que exista un contrato único y varias prestaciones posibles.

Parece adecuado en este momento mencionar que ha de distinguirse entre el perfeccionamiento jurídico del contrato, lo que ocurre en el momento de consentir expresamente las condiciones del mismo, es decir, la línea de crédito, intereses, comisiones y demás de las cláusulas que lo constituyen. Y su ejecución, la cual se actualiza cuando el acreditante cumple con su obligación, *obligation facere*, poniendo a disposición del acreditado la cantidad prometida o asumiendo por él una obligación. De tal suerte que el hecho de que el acreditado disponga del crédito mediante una serie de pagos realizados por el acreditante no implica que éstos sean operaciones autónomas, sino que son momentos de ejecución del contrato de apertura de crédito.²⁷

Por otra parte, con la celebración del contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancario, el Banco puede proporcionar al acreditado una Tarjeta de Crédito Bancaria, Comercial o de Servicios Financieros. Instrumento con el cual el cliente puede disponer del crédito, ya sea a través de la disposición de dinero en efectivo en sucursales o cajas automáticas, o bien, al realizar pagos de bienes o servicios en establecimientos afiliados, vía telefónica o a través de Internet.

Es así, que el uso de la Tarjeta de Crédito, prestación derivada de la celebración de un Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente, relaciona a la sociedad "expedidora" como acreditante, al tarjeta-habiente como acreditado, y a los establecimientos afiliados; obligando a la

25 Cfr. BAUCHE GARCÍADIEGO, Mario. *Operaciones Bancarias*. México 1981, p.p 258 y 259.

26 Cfr. MANTILLA MOLINA, Roberto L. *Derecho mercantil*. México 2001, p. 64

27 Cfr. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. *Op. Cit.*, p. 89

"expedidora" a pagar al establecimiento, por cuenta del tarjeta-habiente, el importe de las notas de cargo firmadas por éste, a la vez, que el tarjeta-habiente adquiere la obligación de restituir a la "expedidora" la suma de dinero gastada; conforme a lo dispuesto por el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, numeral que se analizara en el apartado siguiente.

Ahora bien, continuando el estudio del Contrato de Apertura de Crédito Bancario, tras haberlo ubicado, señalado las características que lo distinguen, y definirlo brevemente, a continuación se expondrá como es que nuestra Legislación define ha este contrato.

El Derecho Mexicano, define el Contrato de Apertura de Crédito, en el Artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en el Artículo 46, fracción VII de la Ley de Instituciones de Crédito como: El contrato a través del cual el acreditante se obliga a poner a disposición del acreditado una suma de dinero, o bien a contraer a cuenta de éste, una obligación para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma, términos y condiciones convenidas. Quedando el acreditado obligado a restituir al acreditante, las sumas de que disponga o a cubrir oportunamente el importe de la obligación que en su nombre se contrajo, además de pagar los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se hubiesen estipulado.

Si bien de una manera genérica ha sido definido el Contrato de Apertura de Crédito en los términos antes expuestos, deben distinguirse diversas modalidades que el propio contrato en estudio adquiere, ya existen dos tipos de contratos de apertura de crédito, por la forma en que puede realizarse la disposición de fondos de los mismos:

EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO SIMPLE.

Donde el acreditado debe disponer en una sola ocasión del crédito que se le concede, sin tener derecho a hacer reembolsos parciales que hagan recuperable el crédito en su cuantía original.

Tal como lo estipula el artículo 295 de la Ley General de títulos y Operaciones de Crédito al señalar que "Salvo convenio en contrario, el acreditado puede disponer a la vista de la suma objeto del contrato." Y

EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE.

En el cual se conviene de modo expreso que el acreditado podrá disponer del importe del mismo en uno o en varios actos, al igual que faculta el rembolsar, total o parcialmente, de la parte del crédito de la cual ya ha dispuesto, para de este modo aumentar la cuantía de la cantidad aún disponible.

Este tipo de contratos se regulan por lo dispuesto en el artículo 296 del ordenamiento legal en cita y él cual en lo conducente a la letra dispone que: "La apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor..."

En el Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente, se pacta que pueden hacerse pagos y disposiciones por un periodo determinado dentro del plazo del contrato, que por lo general es de un año.²⁸

Continuando con el análisis del Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria, se estudiarán las causas por las que éste se extingue, y, entre ellas, se pueden distinguir las denominadas causas de extinción de manera voluntaria y aquellas causas que se reconocen como forzosas, y cuyas hipótesis son las siguientes:

CAUSAS DE EXTINCIÓN DE MANERA VOLUNTARIA.-

Por la denuncia del contrato, para lo cual cualquiera de las partes que la realice deberá esperar que transcurra el plazo de vigencia, señalado como forzoso, y dar el aviso, notificando la fecha de terminación del contrato, a su contra parte (Facultad que generalmente se estipula en favor de los Bancos).²⁹

Y en los casos que para la concesión de la Apertura de Crédito se haya exigido una garantía, a falta o disminución sobreviniente de las garantías pactadas a cargo del acreditado, a menos que se complemente o sustituyan dentro del término convenido para ello.

CAUSAS DE EXTINCIÓN DE FORMA FORZOSA.

Entre las causas no voluntarias, de extinción del contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancario, derivadas del carácter personalísimo y de confianza que tiene esta relación, destacan:

La muerte, interdicción inhabilitación o declaración de ausencia del acreditado o la disolución de la sociedad, a cuyo favor se hubiese concedido el crédito.

Y cuando cualquiera de las partes se encuentre en estado de suspensión de pagos, quiebra o liquidación judicial.³⁰

Toda vez que el Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria, es el contrato sobre el cual se enfoca la atención del presente trabajo; con el propósito de evitar confusiones se analizarán las características que distinguen a éste de contratos como el de Cuenta Corriente y el contrato de Mutuo.

1.5. DISTINCIÓN ENTRE LA APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE BANCARIA Y OTROS CONTRATOS.

Con el propósito de evitar confusiones y deducir plenamente el alcance que el multicitado contrato de Apertura de Crédito posee, se ha considerado oportuno desarrollar la distinción entre éste y otros contratos.

²⁸ Cfr. ACOSTA ROMERO, Op Cit. p. 587.

²⁹ Cfr. DAVALOS, Op. Cit. p.p 259 y 260

³⁰ Cfr. Ídem.

EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE BANCARIA Y EL CONTRATO DE MUTUO.-

Como ya se ha mencionado y pese a las semejanzas que el Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria posee con el Contrato de mutuo, ambos poseen características propias y distintivas como son:

El Contrato de Apertura de Crédito se caracteriza por el hecho de que su objeto consiste en que una Institución Bancaria ponga a disposición de su cliente un crédito, sin que se realice inmediatamente la entrega del numerario, llegando al extremo de que este contrato puede concretarse, aun cuando no llegue a entregarse ninguna suma de dinero; mientras que en el Contrato de Mutuo se requiere, para su perfeccionamiento, de la entrega de una cantidad determinada que constituye la obligación principal y esencia del mismo.

Otras notas distintivas entre la Apertura de Crédito y el Mutuo las encontramos en el hecho de que mientras el Banco en la Apertura de Crédito, cuando esta se celebra en Cuenta Corriente, autoriza al acreditado a realizar los retiros y pagos que se desee, haciendo variar día con día el monto de la deuda; en el Mutuo la deuda es una e invariable cantidad. Así mientras en el Contrato de Mutuo existe la obligación por parte del mutualista de prestar una cantidad determinada, el acreditante en cuenta corriente se compromete a poner a disposición de su acreditado hasta un cierto monto, que se denomina línea de crédito

EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE BANCARIO Y EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE.

Por otro parte aún cuando sus nombres puedan prestarse a confusiones, existen notables diferencias entre el contrato de Cuenta Corriente y el contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancario, entre las cuáles destacan las siguientes:

Mientras en la Cuenta Corriente debe existir la posibilidad de que ambos cuentacorrentistas resulten acreedores recíprocos; en la Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria es sólo el acreditante quien concede o abre un crédito en favor del acreditado.

En la Cuenta Corriente los cuentacorrentistas no están obligados a celebrar aquellas operaciones de las que pueda surgir el crédito objeto de la cuenta. En cambio en la Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria, el acreditante está obligado a entregar el acreditado la suma que puso a su disposición, salvo su derecho para denunciar el contrato, si así se estipuló.

En la Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria el importe del crédito tiene un límite (línea de crédito), ya sea el que expresamente se estipule, el que resulte del destino que se dará a los fondos, o bien, el que fije unilateralmente el Banco acreditante. Mientras que en la Cuenta Corriente, no es necesario un límite puesto que las operaciones entre los cuentacorrentistas son facultativas.

En la Cuenta Corriente no es sino hasta la clausura de la cuenta cuando se puede determinar cuál de los cuentacorrentistas resulta acreedor y cuál deudor; en tanto que en la

Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria se sabe en cualquier momento quién es el acreedor y quién el deudor.³¹

En el Contrato de Cuenta Corriente es esencial que se fije plazo para la liquidación periódica y establecimiento del saldo, lo que no es necesario en la apertura de crédito en Cuenta Corriente Bancaria.

Desde un punto de vista jurídico, el Código de Comercio en su artículo 296. establece que sólo excepcionalmente se aplicarán a la Apertura de Crédito las disposiciones del contrato de Cuenta Corriente (Artículos 306, 308 y 309 del ordenamiento legal en cita); de lo cual resulta que en ningún caso serán aplicables las demás disposiciones que regulan a la Cuenta Corriente

Es por todo lo antes referido, que aún cuando la denominación de ambos contratos jurídicos pueda prestarse a confusiones, la Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancario debe ser considerada como una Apertura de Crédito combinada con la Cuenta Corriente como método contable. Lo antes referido se explica en virtud del derecho que se otorga al acreedor de realizar remesas en reembolso de las disposiciones que ha efectuado y la posibilidad de disponer en múltiples ocasiones del saldo mientras no se llegue el término para el uso del crédito. Sin que por tal motivo deje de ser una concesión de crédito unilateral, radicalmente distinta al Contrato de Cuenta Corriente que por definición supone bilateralidad en la concesión recíproca de créditos y remesa.

Por último, en lo que al contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancario se refiere; continuando con el estudio de este contrato, ahora se analizará el tratamiento que reciben la problemática que plantean los Contratos de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria por el poder Judicial de nuestro país.

1.6. LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE BANCARIA EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA.

En el presente apartado se analizarán los criterios sustentados por los máximos Tribunales del Poder Judicial de nuestro país, con relación a los contratos de Apertura de en Cuenta Corriente Bancaria; así como la solución que dichos órganos estatales han dado a los conflictos que en la práctica ha suscitado la aplicación de estos contratos, principalmente a raíz de las graves crisis económicas que México ha sufrido en los últimos años.

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia. Época: Novena Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Oct de 1998 Tesis: P./J. 48/98 Página: 372 Materia: Civil Jurisprudencia.

En la presente jurisprudencia emitida por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolviendo una contradicción de tesis, se expone un sendo análisis y clara distinción de los contratos de Apertura de Crédito y otras convenciones tradicionales como el préstamo,

³¹ Cfr. PUENTE, Op. Cit. p p 349 y 350

subrayando que el primero de éstos posee carácter consensual. De tal suerte que no es dable negar el adecuado manejo jurídico que se utiliza por nuestros distinguidos Ministros al dictar la anterior Jurisprudencia que adecuadamente se puede calificar de absolutamente legal.

Sin embargo, el verdadero motivo que suscitó la búsqueda de un argumento tan burdo, como desconocer la posibilidad de capitalizar intereses en materia mercantil cuando las partes lo han convenido; pretendiendo aplicar supletoriamente un inaplicable precepto civil; es lo descomunal que llegaron a ser las tasas de intereses. Incremento que fue resultado de una inimaginable crisis económica, así calificada por la magnitud de sus proporciones.

Bajo el mismo contexto e instancia que la jurisprudencia anterior se emitió el siguiente criterio jurisprudencial:

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, PERO SI PUEDE SERLO COMO NORMA CONTRACTUAL, POR VOLUNTAD DE LAS PARTES.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 49/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Octubre de 1998 Tesis: P./J 49/98 Página: 375

Tesis Jurisprudencial que dando muestra de una magistral técnica jurídica resuelve que la legal posibilidad de capitalizar intereses, en tratándose de Contratos de Apertura de Créditos en Cuenta Corriente Bancaria, se encuentra jurídicamente fundada y motivada en los principios de Legalidad y Autonomía de la Voluntad de los contratantes; es decir, que dicha situación se basa en la garantía que los gobernados poseen de realizar todo aquello que la ley no les prohíba y la facultad que todo contratante tiene de obligarse en los términos, modos y condiciones que voluntariamente convenga, ciñéndose por ello a lo pactado como si fuese este convenio Ley para las partes. Rechazando categóricamente, por otra parte, que dicha capitalización de intereses obedezca a la posibilidad de aplicar supletoriamente lo dispuesto por el artículo 363 del Código de Comercio.

Como ha sido referido se reconoce la total legalidad con que ambas jurisprudencias han sido dictadas; sin embargo, en cuanto al último de los criterios en cita, éste también refleja la lamentable situación antes anotada, habida cuanta, que se olvidó o se desconoce la situación fáctica que motivara el conflicto que con ella se pretende dirimir.

Así, lo anterior siembra una atormentante duda que se hace extensiva a quien la pueda y desee contestar: Pretender desconocer la realidad, ¿Es justo?

Tal interrogante surge tras contemplar las razones que llevaron al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a emitir las jurisprudencias en cita. De donde resulta claro que tal problemática se gestó por la alteración de los términos, modos, condiciones y circunstancias que, entre otros muchos, sufrieron los Contratos de Apertura de Créditos en Cuenta Corriente Bancarios. Alteraciones que como es del dominio público, ocasionara el descomunal incremento de las tasas de intereses fijadas con base en el índice porcentual promedio y la tasa líder del mercado. Incrementos que nadie se atrevería a no calificar como excesivamente onerosos y los cuales se produjeron a raíz de un acontecimiento racionalmente imprevisible, el tan famoso error:

de diciembre de 1994, error que tan caro ha costado al pueblo de México y sigue aún hoy cobrando su altísimo precio.

Por ello se considera que la aplicación de la Teoría de la Imprevisión habría resultado el más justo remedio a la conflictiva real que motivó la emisión de los criterios jurisprudenciales en análisis; Afirmación que se tratará de constatar a lo largo de este trabajo recepcional, con base en las razones y argumentos que en el mismo se desarrollaran.

Continuando con el análisis en torno a como han sido resueltos por los máximos Órganos Jurisdiccionales de nuestro país los conflictos surgidos de la aplicación práctica de los Contratos de Apertura de Créditos en Cuenta Corriente Bancarios, es adecuado referir las siguientes jurisprudencia:

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES DEVENGADOS. NO OCULTA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES.

El contrato de apertura de crédito para la cobertura de intereses es un acto verdadero, permitido por la ley, cuya naturaleza y finalidad es diversa a la capitalización de intereses, por lo que aquél no es un medio de encubrir a ésta.

Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia. Época: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VIII, octubre de 1998 Tesis: P./J. LXVII/98 Página: 382 Materia: Civil Tesis aislada.

APERTURA DE CRÉDITO PARA EL PAGO DE PASIVOS. EL CONTRATO RELATIVO PACTADO CON INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE PARA TAL FIN, NO ESTÁ REGIDO POR EL REGLAMENTO SOBRE INSTITUCIONES NACIONALES Y ORGANIZACIONES AUXILIARES NACIONALES DEL CRÉDITO, NI ES CONTRARIO A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia. Época: Novena Época Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, oct. de 1998 Tesis: P./J. 51/98 Página: 369 Materia: Civil Jurisprudencia.

Tesis Jurisprudenciales por las cuales se determina que, la celebración de un Contrato de Apertura de Crédito adicional y cuyo propósito sea el de cubrir los intereses de un crédito anterior, o sea, contraer un crédito para el pago de pasivos, es totalmente legal; ya que el referido precepto que prohíbe dichas operaciones, sólo es aplicable a la Banca de desarrollo y no a la comercial.

Mas, cabe hacer notar que los dos criterios jurisprudenciales anteriores nada resuelven con respecto a ¿Por qué se hace necesaria la celebración de un nuevo Contrato de Apertura de Crédito, para cubrir intereses de un Crédito anterior? Y bajo esta misma tesitura se dictó el siguiente criterio jurisprudencial:

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. NO LA CONSTITUYE EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO PARA COBERTURA DE INTERESES (REFINANCIAMIENTO).

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 59/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Octubre de 1998 Tesis: P./J. 59/98 Página: 376

Criterio Jurisprudencial en virtud del cual el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que el refinanciamiento de un crédito, efectuado mediante la celebración de un

Contrato de Apertura de Crédito diverso al originalmente pactado, es jurídicamente válido y nada tiene que ver con la capitalización de intereses; toda vez que, en virtud de ese nuevo crédito se contraen nuevas obligaciones aún cuando estas tengan como propósito fundamental que el mismo acreditado no incurra en mora o incumplimiento del antiguo crédito.

De tal suerte, que en realidad se está frente a una novación de obligaciones. Obligaciones que pese a superar los límites contractuales, y, por lo tanto, requerir de un convenio expreso entre las partes, en excepción de las disposiciones legales de carácter general, en torno al Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria; puesto que, de acuerdo a lo dispuesto, por el artículo 292 de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito los intereses que se han de cubrir con un nuevo Contrato de Apertura de Crédito, por regla general debiesen estar contemplados en el monto total o límite de crédito del Contrato de Apertura de Crédito original; son calificadas de absolutamente legal ignorando las razones por las cuales dichas obligaciones rebasaron la disposición general señalada. Razones que sin duda tienen que ver con la alteración de las circunstancias en que el primigenio Contrato de Apertura de Crédito se celebró, construyendo a las partes a redefinir los términos, modos y condiciones de cumplimiento de las obligaciones así modificadas; sin embargo, pese a todo lo antes expuesto no se encuentra respuesta al ¿Por qué dicha modificación sólo contempla el incremento de las cargas de la parte deudora?

Por lo cual, de nueva cuanta, se considera que es un mejor remedio a situaciones como la que pretende resolver la Jurisprudencia en comento, la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión.

En una variación al mismo tema la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió otra contradicción de tesis al definir que:

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. SU APROVECHAMIENTO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DE FALSEDAD IDEOLÓGICA O SUBJETIVA.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 58/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Octubre de 1998 Tesis: P./J. 58/98 Página: 366

Jurisprudencia que señala de forma determinante que un Contrato de Apertura de Crédito, celebrado con una institución Bancaria para el pago de intereses generados por otro crédito Bancario, ya sea, que se haya incluido en el mismo instrumento, o en uno diverso, no entraña de manera alguna falsedad ideológica o subjetiva; habida cuanta que no se trata de un acto irreal, y, toda vez, que el Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta es un contrato consensual y no un título de crédito, siendo este último instrumento mercantil al único que le es aplicada dicha figura jurídica.

Ahora bien, del análisis general de los criterios jurisprudenciales en cita se deduce que el Máximo Órgano del Poder Judicial de nuestro país de nueva cuenta realiza una adecuada aplicación de la técnicamente jurídica en su interpretación; ya que las Jurisprudencias en comento son absolutamente legales.

Más estas resoluciones plantean nuevas interrogantes, que dichos fallos no llegan a responder como: ¿Por qué tienen las instituciones Bancarias la necesidad de celebrar una nueva apertura de crédito, para cubrir intereses de una primigenia apertura de crédito?

Por otra parte, parece evidente que el refinanciamiento, que de este modo realizan las Instituciones Bancarias, denota la apremiante necesidad de revisión que se requiere realizar de las obligaciones derivadas de los Contratos de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria, toda vez, que, las alteraciones de las circunstancias bajo las cuales se celebraron dichos contratos: han repercutido gravemente sobre los mismos haciendo poco factible su ejecución con apego a los términos en que originalmente fueron pactados. Todo lo antes referido crea otra incógnita ¿Porqué dejar la facultad de replantear los términos y modos de ejecución del contrato en manos, nuevamente, de una sola de las partes "los Bancos"?

Por las razones expuestas y las preguntas sin contestar, se considera que el mejor remedio a esta situación habría sido la aplicación de la Teoría de la Imprevisión toda vez que las alteraciones que han sufrido las condiciones y circunstancias de ejecución de los Contratos de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria. Alteraciones que han tornado poco menos que imposible su cumplimiento en los términos en que originariamente fueron celebrados y que han obligado a replantearlos bajo las pautas dictadas por esas nuevas condiciones. Nuevas condiciones que han sido impuestas por los racionalmente imprevisibles efectos devaluatorios que se han presentado en fechas recientes en nuestro país. Devaluaciones económicas que al poder ser calificadas como graves crisis de la economía mexicana, al grado que han obligado al Gobierno a replantear su política financiera de manera total; bien, pueden considerarse como acontecimientos imprevisibles, extraordinarios, y de consecuencias generalizadas. Acontecimientos cuya repercusión sin lugar a dudas ha producido el quebranto del equilibrio prestacional de dichos contratos y ha impuesto una excesiva onerosidad para los acreditados o clientes de las Instituciones Fiduciarias.

Supuestos todos ellos que hacen posible, y necesaria la aplicación de los remedios planteados por la Teoría de la Imprevisión. Ya que la solución propuesta por las resoluciones jurisprudenciales en estudio, si bien satisfacen los requerimientos de un fallo legalmente dictado, dista enormemente de ser justas e inclusive podrían ser calificadas de parciales al imponer sólo a los particulares el peso impuesto por la referida crisis, pretendiendo otorgar distinciones especiales a la Banca para proteger sus particulares intereses.

Por todo lo antes expuesto, se puede afirmar que el Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria, es un fértil sustrato sobre el cual la Teoría de la Imprevisión puede ser aplicado bajo las circunstancias actuales por las que atraviesa México.

Así, tras la anterior exposición de los conceptos más estrechamente relacionados con uno de los protagonistas principales en la presente obra, el Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria, el cual también ha sido ya expuesto en los términos de este primer capítulo; a continuación se develará a su coestela: la Teoría de la Imprevisión comenzando por exponer sus generalidades antes de realizar el estudio retrospectivo del desarrollo y evolución histórica de la misma.

CAPÍTULO PRIMERO.

1. EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE.

El desarrollo de este trabajo pretende vislumbrar la posibilidad de aplicar la Teoría de la Imprevisión en el ámbito mercantil; concretamente en relación con el Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria; razón por la cual a continuación se analizarán diversos conceptos que se vinculan estrechamente con el presente estudio, para después abordar algunos contratos, clasificaciones y modalidades que los mismos pueden adquirir.

En relación con dichos contratos en primer término se estudiará la Cuenta Corriente para posteriormente examinar la Cuenta Corriente Bancaria y finalmente se expondrán las características que ésta última posee bajo el esquema de Apertura de Crédito.

De este modo, a continuación se desarrollará un breve análisis de los conceptos de Crédito y Cuenta Corriente buscando una mejor comprensión de los contratos que inmediatamente después se estudiarán.

1.2. EL CRÉDITO:

Crédito vocablo derivado del Latín *Creditum* que significa confiar o tener fe en algo, y que resulta equivalente a *fides* o *fiducia*.¹

Crédito puede ser definido como la facultad de obtener capitales circulantes en condiciones determinadas. Es decir, el derecho que uno tiene de recibir de otro una cosa, generalmente dinero.

Esta palabra también hace referencia a una situación económica o condición moral que permite a una persona o entidad obtener de otra, fondos o mercancías. Así que se puede decir que una persona en quien se cree, a la que se le tiene confianza, es una persona digna de crédito.

Para Start Mill, el crédito es la autorización para utilizar el capital de otras personas en provecho propio. Charles Gide lo considera el cambio de una riqueza presente por una riqueza futura. Kleinwachter lo define como la confianza en la posibilidad, voluntad y solvencia de un individuo, por lo que se refiere al cumplimiento de una obligación contraída.²

En general, se considera que el crédito se puede definir como la transferencia de bienes, que realiza una persona en un momento dado para ser devueltos en el futuro, en un término pactado, y frecuentemente con el pago de una cantidad por el uso de los mismos.

Por otra parte crédito, es el nombre de una institución que, en derecho y en economía, así como, en la práctica comercial, se denomina "obligación", la cual en virtud de su posible transferencia y compraventa se clasifica entre los bienes.

¹ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ESPASA, España, 1979. T. 4 p. 1423.

² Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel *Tratado Derecho Bancario*. México, 1998 p. 527

En la práctica, las operaciones de crédito consisten en obligaciones monetarias y, especialmente, en la cesión de capitales a título de préstamo.

El crédito es una subespecie del préstamo de consumo (mutuo), cuyos principales elementos son:

La existencia de ciertos bienes, generalmente dinero;

La transferencia de ellos o su disposición jurídica de su titular a otra persona;

El lapso de tiempo durante el que se usan estos bienes, y

La obligación de restituir los bienes obtenidos, más el pago de la cantidad pactada por su utilización, intereses, siempre que ello se haya convenido por los contratantes.

Para el autor Raúl Cervantes Ahumada jurídicamente, "habrá un negocio de crédito cuando el sujeto activo, que recibe la designación de acreditante, traslade al sujeto pasivo, que se llama acreditado, un valor económico actual, con la obligación del acreditado de devolver tal valor o su equivalente en dinero, en un plazo convenido."³

Paolo Greco, citado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, señala: "en sentido jurídico crédito indica el derecho subjetivo que deriva de cualquier relación obligatoria y se contrapone al débito que incumbe al sujeto pasivo de la relación. En sentido económico-jurídico denota una relación de dar o poseer, existente entre dos sujetos, donde se da en un primer tiempo para recobrar después lo que se ha dado."⁴

Para Arwed Koch, citado por el profesor Raúl Cervantes Ahunada, el crédito se presenta en dos momentos y con un doble aspecto: "En un primer tiempo, se da una disposición, desde la perspectiva del acreditado, y la posibilidad de efectuar un contrato cuya finalidad es producir una operación de crédito, esto es, un contrato de crédito, desde la óptica del acreditante. En un segundo momento, al concretarse una operación de crédito, se efectúa la cesión en propiedad del capital, generalmente retribuida, o sea, la concesión del crédito por parte del acreditante, frente a la aceptación de ese capital por parte del deudor, con la obligación de restituir la cantidad prestada y realizar el pago de intereses en los términos pactados."⁵

De donde se deduce que el importe de un crédito, en un primer tiempo, otorga al acreditado la facultad de exigir la entrega de lo ofrecido y obliga al acreditante a permitirle la disposición de lo prometido; invirtiéndose con posterioridad los papeles, ya que al momento de la ejecución del crédito, éste puede ser contemplado como una deuda u obligación para el acreditado en contra posición al derecho subjetivo de pago generada a favor del acreditante.

Por su parte el jurista español Joaquín Garriges, citado por el Profesor Raúl Cervantes, afirma: "toda operación de crédito implica el diferimiento de la prestación del deudor y, por tanto, un plazo. Pero no toda concesión de plazo supone el otorgamiento de crédito. Para que exista éste se requiere el transferimiento de la propiedad de un valor económico y el aplazamiento de la prestación equivalente a la propiedad que se adquiere." (sic) ⁶

3 CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito*. México, 1999. p.p. 203 y 204.

4 ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Argentina, 1991. T.V. p. 40. Cfr. GRECO, Paolo, *Derecho Bancario*, p.p. 21 y 22

5 CERVANTES AHUMADA, Raúl. Op.Cit., p. 204 in fine. Cfr KOCH, Arwed. *El Crédito en el Derecho*, España, 1946, p.21.

6 *Ibidem*. Cfr GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo II España, 1940. p.p. 255.

Así, desde un enfoque jurídico se podrá definir al crédito como: La voluntad de devenir acreedor de una obligación aplazada, es decir, la voluntad de realizar anticipadamente una prestación y, por tanto, ser acreedor del equivalente económico, por lo que se afirma que se produce una pausa entre el ejercicio del derecho, por parte del acreedor, y el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. De tal suerte, que mientras que en el patrimonio del acreedor entra una cosa con carácter definitivo, al mismo tiempo nace una obligación de cumplimiento diferido.

Por lo antes expuesto, se puede decir que el crédito no es un *ius in re* sino un *ius in personam*, que implica tanto la obligación del acreditante de entregar lo prometido, como el derecho subjetivo o facultad jurídica del acreedor de exigirlo. De modo que en el crédito existen dos características que le son esenciales: el tiempo y la confianza. Sin embargo, cuando la confianza no basta, se establece una garantía; así como por el paso del tiempo generalmente se fija el pago de un interés.

A tal grado, el crédito ha cobrado preponderancia en las actividades económicas, que se ha erigido una floreciente industria, "la industria del crédito". Por esta razón no es de extrañar que un contrato particular y con reglas específicas norme las operaciones crediticias "El Contrato de Crédito", contrato del cual a continuación se expondrán brevemente algunos de los criterios para su clasificación, con el propósito de ubicar claramente el campo de acción del presente trabajo.

EL CONTRATO DE CRÉDITO:

Si bien los negocios jurídicos de crédito generalmente son celebrados por Instituciones Bancarias que profesionalmente operan en éste campo; las operaciones crediticias no sólo pueden ser realizadas por los Bancos, salvo que la Ley así lo exija.

Por ello de acuerdo con su tipología el Contrato de Crédito, en el orden normativo Mexicano, puede ser clasificado en dos grupos:

Contratos de Crédito Privado.- En los cuales para su perfeccionamiento pueden participar cualquier persona, sin más limitante que no estar disminuido en su capacidad de ejercicio en el comercio.

Contratos de Crédito Bancario.- En los cuales, independientemente del papel que desempeñe, es necesaria la participación de un Banco o una Organización Auxiliar del Crédito.

De igual modo, las múltiples causas o condiciones que dan origen a la celebración de los contratos de crédito, sirven de pauta para hacer una distinción entre estos, así los contratos de créditos pueden ser clasificar en el orden que a continuación se enlista:

Según su Forma.- Venta a Crédito y Préstamo.

Según el Deudor.- Crédito Público, Crédito Semipúblico y Crédito Privado.

7 Cfr. DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. *Derecho Bancario y de Crédito*. México, 1992. T. II p. 252.

Según el Plazo.-	Crédito a Corto Plazo, Crédito a mediano plazo y Crédito a Largo Plazo.
Según la Garantía.-	Crédito Personal o Puro, Crédito Personal con Garantía Simple, Crédito Personal con Garantía Solidaria, Crédito Real Prendario y Crédito Real Hipotecario.
Según su Objeto.-	Crédito de Consumo, Crédito de Producción Agrícola y Crédito de Producción Industrial.

Pese a que el campo de estudio de los contratos de crédito se extiende ampliamente, por la naturaleza del presente trabajo, se realizará exclusivamente el análisis del contrato de crédito Bancario en su forma de préstamo. Contrato cuyos alcances y características serán abordados más adelante en este mismo capítulo.

Toda vez que la figura del interés se relacionan estrechamente con el crédito, se realizará un breve paréntesis para definir y analizar este concepto, con el propósito de comprender mejor al crédito.

INTERÉS.

Este término ha sido definido, en relación directa con el crédito, como el pago realizado por la utilización del dinero de otra persona. En economía, se considera, más específicamente, un pago realizado por la obtención de capital. Los economistas también equiparan al interés con la recompensa del ahorro, es decir, el pago que se ofrece para animar a la gente a que ahorre, permitiendo que otras personas accedan a este ahorro.⁸

Pese a lo anterior se considera más conveniente, en relación con el presente estudio, considerar que el interés es a la vez, el precio del tiempo y el costo del riesgo de un crédito. De tal suerte que, la tasa de interés aumenta en proporción directa al plazo de vencimiento y en proporción inversa a las garantías ofrecidas. Así, el interés o cantidad que el acreedor abona al acreditante por encima de la suma recibida va ha cubrir, no sólo el precio de la locación del bien o servicio prestado sino, también la prima necesaria para cubrir el riesgo; convirtiéndose entonces en el precio del crédito.

En un principio el interés fue condenado por Aristóteles y más tarde por Santo Tomás de Aquino y los Canonistas, ya que en sus comienzos el crédito se otorgó solamente para fines de autoconsumo; sin embargo, al impulsar el crédito la producción, esta condena se ve superada frente a argumentos tales como los daños, el riesgo corrido y las ganancias frustradas, consecuencias sufridos por quien otorgaba el crédito. De modo que estas nuevas circunstancias hacen del interés una institución del todo reconocida y aceptada siempre y cuando se mantenga dentro de los límites de la justicia y equidad.

Como se ha referido, el pago y cobro de intereses en principio condenado bajo la óptica de un análisis de la moral cristiana, puesto que la usura se consideraba pecado, fue revalorizado a grado tal que; la posición de la Iglesia Católica, definida por Santo Tomás de Aquino, no

⁸ Cfr. CD-ROOM ENCICLOPEDIA MICROSOFT, ENCARTA 99*, Interés*, Microsoft Corporation.

consideraba pecado el pago de intereses por préstamos que se utilizaran en negocios, puesto que el dinero se empleaba para crear nueva riqueza. Pero siguió siendo considerado pecaminoso el pago o cobro de intereses por préstamos utilizados para comprar bienes de consumo.

Bajo el capitalismo moderno, el pago de intereses por cualquier préstamo se considera correcto e incluso conveniente, puesto que la carga que implica el pago de intereses permite la correcta asignación de los limitados fondos disponibles a aquellos proyectos que sean más rentables y productivos.

Por su parte la ley islámica sigue considerando el cobro de intereses como algo pecaminoso en sentido estricto, por lo que en algunos países islámicos se establecen medidas legales, como la participación en los beneficios, que permiten sustituir los intereses por recompensas al ahorro utilizado para tales inversiones.⁹

Normalmente sólo se pagan intereses sobre el principal, es decir, sobre la totalidad del dinero prestado, lo que se denomina interés simple. En algunos casos, el interés no sólo se paga sobre el principal, sino también sobre el total acumulado del principal y de los intereses pendientes de pago. Este procedimiento se conoce bajo el nombre de interés compuesto. El tipo de interés se expresa como el porcentaje del principal que se paga por la utilización de éste a lo largo de determinado tiempo, normalmente un año. El tipo de interés corriente, o del mercado, se calcula fundamentalmente sobre la base de la relación entre la oferta de dinero y la demanda de los prestatarios. Cuando la oferta de dinero disponible para la inversión aumenta más rápido que las necesidades de los prestatarios, los tipos de interés tienden a caer. Análogamente, los tipos de interés tienden a aumentar cuando la demanda de fondos para invertir crece más rápido que la oferta de fondos disponibles a la que se enfrentan esas demandas. Los hombres de negocios prudentes no se endeudarán cuando los tipos de interés sean superiores a la rentabilidad que esperan que ese dinero les produzca.

Dando así por concluido el anterior paréntesis con respecto al interés y retomando el concepto central del presente apartado el crédito; es oportuno destacar la importancia del crédito, la cual se pone de manifiesto en la facultad que posee este para hacer posible la movilización y aprovechamiento de capitales latentes, así como en la imperiosa necesidad de financiamiento que requieren las actividades industriales y comerciales, haciendo del crédito un elemento primordial de la actividad económica moderna. Como refiriere el profesor Raúl Cervantes Ahumada, el crédito desenvuelve y multiplica los capitales fomentando la producción, generando riquezas y convirtiéndose en el eje central del progreso de la sociedad contemporánea.¹⁰

Una vez que han sido expuestos los elementos y características del Crédito; al mismo tiempo que se ha ubicado el contrato de crédito en el cual se enfocará la atención del presente estudio y tras incluir un breve análisis de la figura del Interés en razón de la estrecha relación que este posee con el Crédito, a continuación se definirá la Cuenta Corriente, esperando con ello disipar las dudas y confusiones que pudiesen existir entre esta figura jurídica y la Cuenta Corriente Bancaria; conf. to que en su modalidad de Apertura de Crédito, se utilizará de sustrato para el desarrollo de la hipótesis planteada por la presente Tesis; al exponerlo a la reveladora luz de la Teoría de la Imprevisión, teoría cuyo análisis se realizará en el segundo capítulo de este trabajo.

⁹ Cfr. GRAN ENCICLOPEDIA LAUROUSE, Op. Cit. T. 3 p.p. 379-381.

¹⁰ Cfr. CERVANTES AHUMADA, Raúl et al. *Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto Martínez Molina*. México, 1984, p. 260.

1.2. LA CUENTA CORRIENTE:

La Cuenta Corriente es el contrato comercial en virtud del cual las partes se obligan a anotar en una cuenta de remesas organizadas en relación continua sus negocios, con el fin de concederse crédito de manera temporal y recíproca. Para lo cual se ha de establecer que los diferentes créditos provenientes de las remesas se consideren inexigibles, indivisibles e indisponibles hasta el cierre de la cuenta. De modo que el saldo que resulte en la fecha del mencionado cierre sea el único crédito que se considere exigibles.¹¹

En otras palabras, la Cuenta Corriente permite que, cuando dos personas realizan operaciones continuas que los convierten en acreedores y deudores recíprocos, a efecto de simplificar las cosas, pueden optar por no liquidar cada operación a su vencimiento. Las liquidaciones se harán entonces en bloque, ya sea, al finalizar una serie de operaciones, al concluirse las negociaciones, o bien, en una fecha predeterminada por las partes. De este modo, se obtiene un solo saldo que será la única suma a pagar, ello después de sumar los cargos y abonos de cada uno de los cuentacorrentistas y compensarlos globalmente hasta el importe del subtotal menor, determinando así quien de los cuentacorrentistas es el deudor y cual es el monto a cubrir.

Lyon Caen y Renault definen la cuenta corriente como: "Un contrato por el cual dos personas en previsión de operaciones que ellas harán recíprocamente se obligan a reconocerse los valores que cambian, y hacer perder a los créditos, que puedan nacer, su individualidad y transformarlos en artículos de crédito y débito; de manera que el saldo final resultante de la compensación de éstos sea el único exigible."¹²

Para Vivante y Segovia el contrato de cuenta corriente se presenta "... cuando dos contratantes se conceden temporalmente crédito para sus remesas recíprocas, a fin de que quien resulte acreedor a la clausura de la cuenta pueda exigir la diferencia entre el Deber y el Haber."¹³

Es decir, en ámbito jurídico, la Cuenta Corriente hace referencia al contrato a través del cual dos personas que efectúan ciertas operaciones de forma regular, convienen en que el saldo sólo sea exigible a la clausura del mismo. De modo que dada la importancia jurídica que este contrato tiene en las relaciones comerciales, diversas legislaciones mercantiles han incluido una definición legal de Cuenta Corriente; tal es el caso del Código de Comercio Argentino y nuestra Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

En el Código de Comercio Argentino, se la define en los términos siguientes:

Artículo 771.- La cuenta corriente es un contrato bilateral y conmutativo por el cual una de las partes remite a la otra, o recibe de ella, en propiedad, cantidades de dinero u otros valores, sin aplicación a empleo determinado, ni obligación de tener a la orden una cantidad o valor equivalente. Pero a cargo de acreditar al remitente por sus remesas, liquidarlas en las épocas convenidas, compensarlas de una sola vez hasta la concurrencia del débito y crédito, y pagar el saldo.

En nuestro Derecho la Cuenta Corriente es definida, acorde a lo dispuesto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito como:

11 Cfr. CORREA ARANGO, Gabriel. *De los Principales Contratos Mercantiles*. Colombia 1991. p. 16.

12 ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Op. Cit. T. VII p.224.

13 *Idem*.

Artículo 302.- En virtud del contrato de cuenta corriente, los créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes se anotan como partidas de abono o de carga en una cuenta, y sólo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituye un crédito exigible y disponible.

De las anteriores definiciones legales de Cuenta Corriente se puede deducir que en este contrato existen remesas recíprocas, que podemos considerar como una situación fija de la cuenta; y una situación móvil o corriente deducida del tracto sucesivo, donde a cada momento la situación de las partes cambia, estructurándose legalmente el modo, oportunidad y forma de las liquidaciones periódicas de dichas remesas.

Para la mejor comprensión de la Cuenta Corriente parece oportuno definir los elementos que la constituyen, así como, las características y clasificación de los mismos, lo cual se procederá a realizar a continuación.

ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE:

En primer lugar se analizarán de forma conjunta por su indisoluble vinculación la voluntad de las partes o sujetos quienes han de poseer plena capacidad, aunado al hecho de que han de manifestar su voluntad de contratar de manera libre de vicios:

Voluntad Libre de Vicios y Emitida por Persona Capaz: Los Cuenta Corrientistas son quienes constituyen el elemento subjetivo del contrato, deben tener plena capacidad de goce, además de no estar disminuidos en su capacidad de ejercer para el comercio, para poder exteriorizar su voluntad de celebrar el Contrato de Cuenta Corriente, acorde a lo dispuesto por los artículos 2º y 3º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Además de lo anterior, como en cualquier otro acto jurídicamente válido, la voluntad de los Cuenta Corrientistas deberá ser exteriorizada de manera libre y no adolecer de vicio alguno; es decir, no deberá mediar para esta manifestación de la voluntad, violencia, ningún tipo de error, dolo, mala fe o lesión.

Ahora bien, aun cuando la ley no limita el número de cuentacorrientistas que pueden celebrar simultáneamente un contrato; técnicamente y en la práctica es común que éste contrato se celebre sólo entre dos personas *lato sensu* o partes. De tal modo que si un comerciante celebra varios contratos de Cuenta Corriente, la compensación de los mismo jamás se realizará de forma triangular sino bilateral, tantas veces como sea necesario dependiendo de los contratos celebrados.

El siguiente de los elementos de validez que se estudiara es su Objeto:

El Objeto del Contrato de Cuenta Corriente: La *ratio iuris* del Contrato de Cuenta Corriente u objeto formal del mismo lo constituye las recíprocas concesiones de crédito y liquidación única del saldo, es decir, las recíprocas prestaciones que los cuentacorrientistas pueden realizarse como consecuencia de sus relaciones de negocio. Es por ello que resulta conveniente en este punto desarrollar brevemente el concepto de remesa, proporcionando una clasificación de las mismas y describiendo la forma en que se realizan las inscripciones de éstas en la Cuenta Corriente. Toda vez que es precisamente la remesa el objeto material de éste contrato.

Las Remesas son el acto del cual deriva el crédito que se anota en el registro de la cuenta corriente, es decir, las relaciones patrimoniales que dan lugar a los créditos que se anotan en la cuenta. Sin embargo, las remesas no deben ser consideradas como pagos, ya que, habrá la necesidad de esperar a la compensación para establecer quien de los cuentacorrentistas resulta deudor. Mas debe quedar claro que una remesa existe desde que un crédito es concedido a favor del remitente y en contra del receptor, por lo que ésta debe ser llevada a la cuenta.¹⁴

Al inscribir las remesa en la Cuenta Corriente, deben tomarse en consideración las características y particularidades de cada una de las mismas, es por ello que la doctrina las ha clasificados de la siguiente forma:

Remesa Materiales.- Cuando poseen un valor intrínseco, por tratarse de dinero o mercancías, por lo que debe ser anotado en la cuenta de forma inmediata y sin reserva ni limitación alguna. Y

Remesas Jurídicas.- consistentes en la transmisión de un crédito. Las cuales por su naturaleza recibe un trato particular al ser llevadas a la cuenta; toda vez que se presumen recibidas "salvo buen cobro", "salvo buen fin" o "salvo ingreso en caja", ello es, estas remesas son recibidas con la presunción de una cláusula de revocabilidad. Lo que significa, que en caso de que el crédito transferido por uno de los cuentacorrentistas al otro no pueda hacerse efectivo, faculta al cuentacorrentista que lo recibió a optar entre cancelar dicha remesa anotando en su contrapartida el monto del título de crédito para anularlo y devolverlo, o bien, ejercitar el derecho literal contenido en el documento.

Por otra parte, las remesas para poder ser incluidas en la Cuenta Corriente deben presentar determinadas características, impuestas por la naturaleza y efectos del propio contrato; esto es las Remesas llevadas a Cuenta Corriente deben ser facultativas, recíprocas, fungibles, ciertas, liquidas y transmitirse en propiedad, lo cual quiere decir:

Facultativas.- Han de ser realizadas de manera libre, ello es por que de la celebración del Contrato en Cuenta Corriente no surge para las partes la obligación de efectuarse remesas, ya que dichos envíos se dejan al entero arbitrio de las partes. La obligación que éste contrato engendra es la de anotar en la cuenta las remesas, o con mayor precisión, anotar los créditos que de ellas se derivan.

Recíprocas.- Las remesas también han de ser recíprocas, ya que la naturaleza propia del contrato de Cuenta Corriente así lo exige.

Fungibles.- Por otra parte, también la doctrina refiere que las remesas han de ser fungibles, es decir, que puedan ser sustituidas por otras de igual calidad, genero y cantidad.

Ciertas, liquidas y transmisoras de propiedad.- Estas son cualidades intrínsecas que se exigen del crédito que de esas remesas resulta. El motivo por el cual aquellos créditos que sean exigibles en periodos determinados o no susceptibles de compensación, no podrán ser incluidos en la Cuenta Corriente ya que; como se ha referido; esto iría en contra de la naturaleza misma del Contrato de Cuenta Corriente, puesto que una de sus principales características es el

¹⁴ Cfr. VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Contratos Mercantiles*. Mexico 2001. p. 462.

aplazamiento en la exigibilidad de los créditos en el inscritos, hasta en tanto no se realice la clausura del mismo.¹⁵

Una vez que las remesas, objeto material de la Cuenta Corriente, cumplen con las características antes descritas pueden formar parte de dicho Contrato y para realizar la inscripción de los movimientos que en una cuenta se gestan ello se efectúa de manera convencional, para lo cual generalmente se utiliza la llamada T mayor de contabilidad. Una T mayor representa la división que sobre una hoja se realiza para obtener dos columnas con un encabezado, es así que en la columna del lado izquierdo denominada DEBE se insertan los cargos o débitos de la cuenta, los cuales si son proporcionalmente mayores en la misma arrojaran un "momento deudor" o saldo en contra; mientras que, en la columna de la derecha o HABER, se anotan los abonos o créditos pendientes por cobrar, los que de resultar proporcionalmente mayor en la cuenta arrojaran un "momento acreedor" o saldo a favor.¹⁶

Así a todo valor que entra en la Cuenta Corriente corresponde un asiento en el Debe de quien lo recibe, ya que éste tiene la obligación de anotar la partida recibida como un cargo o débito. Mientras que su contra parte anotará en el Haber de su propia cuenta, como un crédito o abono, un monto igual al valor de la correspondiente partida remitida. De donde, única y estrictamente en ese sentido contable se puede decir que el valor de la remesa se acredita al remitente y se adeuda por quien la recibe.

Mas, debe quedar claro que las remesas no pueden ser definidas como pagos, toda vez que al celebrarse el Contrato de Cuenta Corriente las partes estipulan que el único pago exigible, de las reciprocas operaciones que celebren, será la cantidad que resulte de compensar todas éstas hasta el monto de la suma menor. De donde se infiere que, en la Cuenta Corriente el único saldo real a cubrir será aquel con el cual se liquide el adeudo resultante de la clausura del contrato.

De tal suerte que, puede concluirse que las remesas son el elemento objetivo material y acto de ejecución del contrato de Cuenta Corriente. Del mismo modo, es posible afirmar que las remesas están constituidas por todo acto del cual derive un crédito que deba ser anotado en la cuenta; es decir, por toda aquella relación patrimonial que de lugar a un crédito. Por lo que es precisamente ese acto jurídico, que da lugar a la inscripción de una remesa, el cual ha de perseguir un motivo o fin lícito, para así poder decir que el objeto del Contrato de Cuenta Corriente no es contrario al derecho, y por lo tanto poder calificarlo como jurídicamente válido.

Esperando con lo hasta ahora referido acerca de las remesas, haber dejado en claro el Objeto formal y material del Contrato de Cuenta Corriente, a continuación se analizará el siguiente de los elementos de validez del mismo, su forma:

La Forma del Contrato de Cuenta Corriente.- ley no señala que la celebración de este contrato deba tener forma determinada. Sin embargo, como sucede en la actualidad con casi todos los contratos, éste también se celebra generalmente en forma escrita.

Tras la breve exposición de los elementos de validez del Contrato de Cuenta Corriente y retomando el tema central del presente apartado, con el propósito de analizar más

15 RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. *Derecho Mercantil*. Mexico 1999, p. 94

16 PÁZ ZAVALA, Eugenia. *Introducción a la contaduría*. Mexico 1999 p.p. 229 - 255.

profundamente este contrato, ahora se expondrá cuales son los efectos que la celebración del mismo produce.

EFFECTOS DEL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE.

La Celebración de un Contrato de Cuenta Corriente produce diversos efectos entre los que destacan: La transmisión en propiedad de las remesas, la indivisibilidad y la compensación.

La Transmisión en Propiedad de las Remesas significa que la inscripción de las remesas en los asientos de la cuenta, ya sea como partidas de abono o de carga de la misma, implica la transmisión de propiedad de dicha remesa a quien la recibe; dado que si no hubiese transferencia de la propiedad, tampoco habría Cuenta Corriente, ya que como se ha venido anotando el cuentacorrentista que recibe una remesa debe poder disponer de ella de manera total, pues de otra forma éste contrato perdería su esencia.

Sin embargo, no se podrán presuponer los alcances y consecuencias que la inscripción de las partidas en la Cuenta Corriente produce, por el contrario, se han de observar reglas específicas y excepciones que señala la doctrina y la Ley recoge. Tal es el caso de lo dispuesto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 304 el cual dispone que la inscripción del crédito en la Cuenta Corriente no excluye las acciones relativas a la validez de los actos o contratos de que proceda tal remesa, salvo pacto en contrario; lo cual trae por consecuencia que si el acto o contrato que origina la partida es anulado, la partida correspondiente se cancelará en la cuenta.

También con respecto a los alcances y consecuencias de la inscripción de las partidas en Cuenta Corriente, en el artículo 306 del ordenamiento legal en cita, se establece que la inscripción de una partida constituida por un crédito contra tercero, o partida jurídica como se le ha referido. Se entiende definitiva y a riesgo de quien la recibe, salvo reserva expresa para el caso de insolvencia del deudor. Sin embargo, a falta de pacto expreso, la remesa así constituida se debe entender realizada "salvo buen cobro", lo que faculta a quien la recibe a optar entre anotar en la cuenta la contrapartida correspondiente, con el propósito de anularla y restituir el título de crédito que le dio origen; o ejercitar las acciones cambiaria directa que el documento consagra

La Indivisibilidad de las partidas un efecto más de la Cuenta Corriente, para muchos autores la principal consecuencias de este contrato; se manifiesta por el hecho de que cada partida de haber y deber es inseparable, ya que la totalidad de las partidas constituyen un elemento único. Lo que significa que ningún crédito puede ser exigido antes de tiempo, ni en otra forma que mediante compensación, la cual sólo se puede llevar a cabo validamente a la clausura de la Cuenta Corriente. 17

La indivisibilidad de las partidas trae como resultado que los créditos devengan inexigibles e indisponibles aisladamente; ya que ninguna remesa puede ser considerada como pago; toda vez que ninguno de los cuentacorrentistas puede reclamar separadamente el pago de una remesa anotada en su haber; ya que no hay lugar a establecer una compensación entre una remesa anotada en el deber y otra anotada en el haber de manera individual. Por tanto, los

17 Entre los estudiosos del derecho que comparten el criterio de que la indivisibilidad de la cuenta es su efecto primordial y el cual da su naturaleza jurídica al Contrato de Cuenta Corriente, podemos mencionar al Dr. Raúl Cervantes Ahumada, Oscar Vasquez del Mercado, Arturo Fuentes y Flores, Joaquin Rodríguez Rodríguez y Octavio Calvo entre otros.

acreedores de los cuentacorrentistas sólo puedan embargar el saldo que eventualmente pudiera resultar a favor de su deudor y actualizada dicha hipótesis, deberán dar aviso al otro cuentacorrentista quien en ese momento podrá dar por terminada la cuenta corriente; ya que tras el aseguramiento no se podrán tomar en cuenta, con respecto al cuentacorrentista embargado, las partidas que impliquen operaciones de cargo.

Otro resultado producido por el efecto de la indivisibilidad que la Contrato Cuenta Corriente acarrea, es que la prescripción de cada crédito será la misma que la prescripción general del saldo. La cual comenzará a correr a partir de la clausura de la cuenta, para los casos en que se realice la rectificación de errores de cálculo, omisiones o duplicidad de las partidas anotadas en la cuenta. Prescripción que acorde a lo dispuesto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 309 será de seis meses contados a partir de la clausura.

Finalmente en lo que concierne a los resultados consecuentes de la indivisibilidad producida por el Contrato de Cuenta Corriente una remesa anotada en el Haber no puede servir de provisión de fondos para el giro de una letra de cambio.

Pese a lo antes referido, debe quedar claro que esa indivisibilidad no es real, sino una mera ficción jurídica, que surge del acuerdo de voluntades de las partes ya que tanto las remesas como los créditos que de ellas derivan siguen conservando su propia individualidad jurídica. Los diferentes créditos que se anotan en la cuenta son distintos entre sí, es decir, conservan su propia individualidad; pero en virtud del acuerdo de las partes todos se incluyen en una cuenta como partidas de la misma, sin poder ser segregados con el fin de exigirlos o disponer de ellos de manera individual o aislada, ya que como se ha anotado es precisamente éste el objeto formal del Contrato de Cuenta Corriente.

Otro de los efectos de la Cuenta Corriente es la mencionada Compensación, circunstancia que se analizará más detenidamente a continuación.

La Compensación si lo esencial en este contrato es la mutua concesión de créditos, resulta lógico y obligatorio pensar que, llegado el momento del cierre o clausura de la cuenta y consecuentemente de la liquidación y obtención del saldo, los créditos de una y otra parte se compensen con tal fin. De tal suerte que dicha operación tiene el efecto de un pago abreviado o sin emplazamiento.

Por ello, el fenómeno de la compensación resulta esencial al contrato de Cuenta Corriente, en cuanto a que, responde eficazmente al propósito de los contratantes, es decir, facilitar sus relaciones de negocio, evitando la liquidación aislada de cada una de ellas.

Este efecto compensatorio, constituye un elemento esencial y característico del Contrato de Cuenta Corriente, que sólo se produce al final, cierre o clausura de la cuenta. Y tiene como consecuencia que se realicen las operaciones aritméticas tendientes a liquidar el saldo de las masas de créditos y deudas de cada uno de los cuentacorrentistas, para efectuar su contraposición hasta el monto del menor adeudo.

Por lo que hace a los efectos que produce la celebración del Contrato de Cuenta Corriente, los tres antes mencionados son unánimemente compartidos por los doctrinarios; sin

embargo, existen autores que sostiene un último efecto que dicho contrato produce y es la novación. Polémica afirmación que se procede a exponer a continuación.

La Novación algunos autores como Boistel Renault refieren que otro de los efectos del Contrato de Cuenta Corriente es la novación que experimentan las remesas, al transformarse en partidas de la cuenta. Efecto cuyas consecuencias se manifiesta de varios modos como son: que un crédito, al convertirse en partida de la Cuenta pierde su carácter particular y adquiere el que tenga esta cuenta, transformándose en mero asiento contable o numérico; aunado a que dejan de ser individualmente exigibles, ya que sólo el saldo resultante de la clausura de la cuenta lo será. De tal suerte que un derecho anterior se extinguió y transformaba en un derecho nuevo. De igual modo la prescripción de cada crédito será la misma que la prescripción general del saldo, la cual correrá a partir de la clausura de la cuenta, para los casos en que se realice la rectificación de errores de cálculo, omisiones o duplicidad de las partidas anotadas en ésta.

Sin embargo, como ya se ha referido y el jurista alemán Cosack lo expresa, si bien la cuenta corriente liga los créditos en un todo inseparable; esto significa, simplemente, que deben hacerse valer en la misma época todos los créditos pertenecientes a la Cuenta Corriente, y de ningún modo que todos estos créditos pierdan su carácter primitivo.

Aunado a lo anterior cabe recordar que la propia ley determina que las consecuencias de la inscripción de las remesas en Cuenta Corriente, no incluyen la extinción de las acciones y excepciones de nulidad, anulabilidad, rescisión y terminación del acto del cual deriva el crédito inscrito como partida de la cuenta. Las cuales se conservan y podrán hacer efectivas por el cuentacorrentista que resulte acreedor a la clausura del contrato.

Es por ello que ha de aclararse que durante la cuenta corriente no hay novación en sentido técnico, porque la obligación primitiva no se sustituye por ninguna otra. Y sólo hasta el momento del cierre de la Cuenta Corriente cuando el saldo definitivo, resultado de la compensación global, viene a sustituir a todos los créditos inscritos en ella; es cuando se podría hablar de novación, con la consecuente extinción de las obligaciones accesorias y la apertura de un nuevo plazo de prescripción, que comenzará a correr a partir de la fecha de aceptación del saldo.

Por su parte la ley se ha inclinado por excluir la novación como efecto del Contrato de Cuenta Corriente, ya que para que la novación se produzca debe existir el *animus novandi*, toda vez que la novación nunca se presume.

Otras razones para descartar la figura de la novación como efecto de la Cuenta Corriente es el hecho de que, una de las principales consecuencias de la novación es la extinción de las obligaciones accesorias y, por consiguiente, el acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinta. Lo cual no sucede en la Cuenta Corriente, ya que incluso si hay un crédito del cual existan fiadores o coobligados éstos quedarán obligados por los términos de sus respectivos contratos, y por el monto del crédito a favor del cuentacorrentista que resulte acreedor del saldo a la clausura de la cuenta.¹⁸

¹⁸ Cfr. PUENTE Y FLORES, Arturo et al. *Derecho Mercantil*. Mexico, 1981. p.p. 51 y 52.

Por ello es que juristas como el Italiano Fiorentino observan que: "Los defensores de la teoría del efecto novatorio han ido progresivamente batiéndose en retirada y todas las teorías construidas sobre la existencia de tal efecto novatorio han perdido su interés de actualidad."¹⁹

Una vez que han sido expuestos los efectos que produce la Cuenta Corriente, se deberá hacer una aclaración más respecto a este contrato. Esto entre dos términos que aun cuando podrían ser definidos comúnmente como análogos tratándose del Contrato de Cuenta Corriente poseen alcances muy diversos: la clausura y la extinción de la cuenta.

LA CLAUSURA Y LA EXTINCIÓN DE LA CUENTA CORRIENTE.

Se debe distinguir entre el Cierre, Liquidación o Clausura de la Cuenta Corriente y la Extinción, Terminación o Conclusión de la misma, ya que ambas operaciones producen diversas consecuencias como se expondrá a continuación.

El Cierre, Liquidación o Clausura de la Cuenta Corriente significa tan sólo que se ha cumplido el término para la liquidación de un periodo de la cuenta, lo cual no trasciende en la continuidad del contrato, de donde resulta que durante la vigencia del contrato puedan presentarse en diversa ocasiones Clausuras o Liquidaciones de la Cuenta; fenómeno que ocurre generalmente en plazos de seis meses salvo pacto en contrario, según lo prescrito por el artículo 308 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

El principal efecto de la Clausura, Liquidación o Cierre de la Cuenta Corriente es la fijación del saldo, el que se determina a través de la operación contable de deducir la diferencia entre la suma de las partidas del Haber y el Deber, bajo el común denominador del valor monetario de las partidas que constituyen la Cuenta Corriente.

Así, con el cierre de la cuenta se produce la compensación entre las remesas inscritas como partidas de la misma, hasta el monto de la suma menor de éstas, para de este modo obtener el saldo que es la única deuda líquida y exigible de la Cuenta Corriente.

El saldo resultante del cierre de la cuenta es exigible inmediatamente, o bien puede inscribirse nuevamente en la cuenta como primera remesa de un nuevo periodo y como tal, causará intereses a la misma tasa que, en su caso, se haya pactado para las otras remesas.

Por su parte la Extinción, Terminación o Conclusión de la cuenta produce los efectos que enseguida se expondrán.

La Extinción, Terminación o Conclusión de la Cuenta Corriente disuelve el vínculo contractual y, por ende, pone fin al contrato.

La extinción del Contrato de Cuenta Corriente se produce por diversas circunstancias, como son: Por mutuo acuerdo de los cuentacorrentistas; por el vencimiento del plazo pactado; por la denuncia de uno de los cuentacorrentistas, cuando no se fijó tiempo de duración del contrato, para lo que, cualquiera de las partes que desee denunciar el contrato deberá dar aviso

¹⁹ CORREA ARANGO, Gabriel. Op. Cit. p. 35.

cuando menos 10 días antes de la fecha propuesta para la terminación a su contraparte de tal situación; causas que son clasificadas como voluntarias.

De igual modo el Contrato de Cuenta Corriente se puede extinguir por causas forzosas como son: Por quiebra o suspensión de pago de una de las partes; por muerte o incapacidad de uno de los contratantes, toda vez que no se trate una persona jurídica; por el embargo sufrido por uno de los cuentacorrentistas. Siempre y cuando la terminación de la Cuenta Corriente sea pedida por su contra parte, ya que la conclusión de la Cuenta Corriente no opera *ipso iure*.

De lo antes expuesto, pueden deducirse dos momentos en la Cuenta Corriente y por ende deben distinguirse dos grupos de obligaciones, las propias de la celebración y vigencia del contrato y aquellas que nacen a la Conclusión de la Cuenta Corriente.

Las obligaciones de los cuentacorrentistas derivadas de la celebración y vigencia del Contrato de Cuenta Corriente son de carácter recíproco, existen durante la vigencia del contrato, son idénticas para ambos cuentacorrentistas, están presentes hasta la obtención del saldo y consisten en: otorgar a su contraparte una serie de créditos que se anotan en la cuenta corriente en virtud de la cual tales partidas no podrán ser exigidas, ni disponer de ellas de manera individual o aislada. También puede mencionarse como una obligación de los cuentacorrentistas, el envío de las remesas que su contra parte le solicite, sin embargo, esta es una obligación facultativa.

Las obligaciones derivadas de la conclusión del Contrato de Cuenta Corriente consistente en las obligaciones de crédito típicas, toda vez que es en este momento cuando se fija el saldo de la misma y ello implica la determinación de quién es el acreedor: y quién el deudor de la cantidad líquida, misma que se deberá pagar.

De modo que el cuentacorrentista deudor del saldo se convierte en el responsable de una deuda mercantil de tipo contractual que, sin embargo, por las circunstancias particulares, a las que ya se ha hecho referencia, posee posibilidades de ejecución previo reconocimiento judicial.²⁰

Tras el desarrollo de los anteriores aspectos en torno al Contrato de Cuenta Corriente, a modo de conclusión no resta más que resumir las características más destacadas de este contrato, así como enumerar las ventajas que la celebración del mismo ofrece.

Ahora bien, en conclusión de todo lo antes expuesto se pueden deducir que las características particulares del Contrato de Cuenta Corriente son las siguientes:

- ◆ Generalmente es mercantil, ya que por lo regular quienes concurren a su celebración son comerciantes, que se sirven de él para regular sus relaciones continuas de negocios, aunado al hecho de que nació precisamente de las necesidades prácticas de los comerciantes.
- ◆ Bilateral, toda vez que su celebración engendra prestaciones mutuas y obligaciones para ambos contratantes. Ya que este contrato entraña como sustrato económico recíprocas concesión de crédito.

²⁰ *Idem* p.p. 14-20.

- ◆ Oneroso, ya que a través de la cuenta corriente cada parte busca y obtiene una ventaja a cambio de una prestación que se considera equivalente.
- ◆ Conmutativo, dada cuanta que desde la celebración del acuerdo de voluntades las partes pueden apreciar el efecto jurídico y económico del mismo.
- ◆ De tracto sucesivo, la vinculación negocial permanece en el tiempo, en virtud de que las prestaciones responden a una necesidad estable.
- ◆ Normativo, ya que tiene por objeto regular determinadas relaciones que se han creado o pueden crearse entre las partes; es decir, establece entre los cuentacorrentistas un mecanismo general y común de regular sus operaciones futuras y eventuales.
- ◆ Consensual, porque este acuerdo convencional se perfecciona con el concurso del consentimiento de las partes válidamente emitido.

Por otra parte se debe destacar que la celebración de un Contrato de Cuenta Corriente ofrece múltiples ventajas entre las que destacan que: Las liquidaciones y pagos parciales son suprimidos, lo que trae como consecuencia el ahorro de tiempo y numerario; de modo que se evita el desplazamiento material de valores monetarios, ya que las anotaciones en la cuenta sustituyen al pago en efectivo, lo cual aumenta la productividad de los capitales en circulación entre las partes, porque durante la relación de cuenta corriente cada uno de los contratantes dispone de los valores recibidos como si fueran propios.

De este modo, tras haber cubierto los aspectos más importantes del Contrato de Cuenta Corriente; al tiempo de aclarar los errores y confusiones más comunes que al hablar de Cuenta Corriente se comenten, se da por concluido este apartado. Debiendo por último quedar en claro que si bien, los Bancos se sirven de las ventajas que ofrece el referido Contrato de la Cuenta Corriente para realizar sus operaciones con otras Instituciones de Crédito, éstos celebran contratos con sus clientes, que también son denominados como de Cuenta Corriente, ya que bajo el esquema de la Cuenta Corriente puede realizarse casi cualquier tipo de operación Bancaria, v.gr. depósitos, apertura de créditos, anticipos, descuentos, etc.

Sin embargo, la Cuenta Corriente Bancaria observa notables diferencias con relación al Contrato de Cuenta Corriente que se acaba de analizar y es por ello que resulta oportuno abordar el estudio del mismo en el apartado siguiente.

1.3. LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA.

El término Cuenta Corriente Bancaria hace referencia a la cuenta abierta por un banquero a sus clientes alimentada por los depósitos de cada titular, cuando se trata de Cuentas con provisión de fondos, y eventualmente por cantidades no depositadas pero consentidas por el banquero, en tratándose de la Cuenta Corriente al descubierto. Sin embargo, en ambos casos los retiros de fondos se realiza generalmente mediante la presentación a cobro de un cheque o talón, o bien a través de medios electrónicos, v.gr. Cajeros Electrónicos, vía telefónica e Internet. 21

21 Cf. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Op Cit. T.V p.p. 228-235.

La Cuenta Corriente Bancaria es un contrato consensual, bilateral y normativo, aún cuando generalmente se celebra a través de un contrato de adhesión o guión administrativo, como tiene a bien llamar a este tipo de formularios de contratos, el Profesor Ernesto Gutiérrez y González. De donde resulta, que el contrato de Cuenta Corriente Bancaria en realidad es elaborado por el Banco de manera unilateral. También es un contrato oneroso; conmutativo y de tracto sucesivo donde las partes asumen una el papel de banquero y la otra el papel de cliente.

La importancia de éste contrato radica en que los clientes no operan con los Bancos sino por intermedio de su Cuenta Corriente Bancaria, realizando a través de ella sus operaciones de pagos, descuentos, cobranzas, giros, cambios, depósitos, disposición, créditos, etc.

Como se mencionó existen dos formas de dar nacimiento a un contrato de Cuenta Corriente Bancario; en razón de que existen dos operaciones *a priori* y esenciales para la existencia de la Cuenta Corriente Bancaria, dependiendo de las cuales este contrato adquiere diversos matices, dichas operaciones son:

LA PROVISIÓN DE FONDO.- Operación en la cual los fondos depositados pertenecen en exclusiva al cliente, y el Banco cumple mediante la cobertura de cheques, sus órdenes de pago, que imputa al depósito, descontando su monto en una operación de contabilidad que no tiene mayor relevancia jurídica.

Por ello la Cuenta Corriente Bancaria con Provisión de Fondos, como afirmara el jurista Italiano Adriano Fortino puede ser definido como el mecanismo funcional consistente en que una persona consigna una suma de dinero en un Banco; institución que se obliga a restituirla a petición del depositante, en una o varias veces, pudiendo el cliente realizar sucesivos ingresos en su propia cuenta.²²

Y EL DESCUBIERTO O APERTURA DE CRÉDITO.- Operación que se concreta cuando el Banco se obliga a suministrar a su cliente las sumas que necesite, y el cliente a su vez se compromete a restituírselas aumentadas con los intereses y los derechos de comisión debidos por este servicio. Transacción donde por lo común se fija un límite a la duración del contrato y a la suma total del crédito, pudiéndose establecer una garantía personal, hipotecaria, prendaria o de cualquiera otro tipo.

De modo que la Cuenta Corriente al Descubierta o Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria, puede ser definido como: el contrato a través del cual se facultad al cliente a disponer en todo momento de la propia cuenta, ante la obligación del Banco de mantener disponible la suma adeudada, sin que ello implique la forzosa obligación de aquel de realizar dicha disposición, quedando obligada, además, la institución crediticia, mientras dure la relación con su cliente a recibir nuevas entregas, y por consiguiente, aumentar su propia posición deudora.

Es decir, la Cuenta Corriente Bancaria es el contrato por el cual el Banco se obliga a cumplir las órdenes de pago emitidas por el titular sobre los depósitos realizados, en tratándose de la Contrato de Cuenta Corriente con provisión de fondos; o bien como el crédito concedido al cliente, siendo exigible el saldo a su clausura, en el caso de la Apertura de Crédito en Cuenta Corriente. Por lo que dentro de este contrato, se conviene que pueden hacerse pagos y

²² *cf.* CORREA ARANGO, Gabriel. *Op.Cit.*, p. 8.

disposiciones por un periodo determinado y comprendido dentro del plazo del contrato, el cual por lo general es de un año.

Independientemente del tipo de Contrato de Cuenta Corriente Bancaria de que se trate su regulación observa notables diferencias y divergencias con la Cuenta Corriente estudiada en el apartado 1.2., entre las cuales se incluyen las que continuación se describen:

Con respecto a la disponibilidad.- Cuando un Banco celebra un Contrato de Cuenta Corriente con alguno de sus clientes, el cuentacorrentista puede disponer en cualquier momento de las sumas resultantes de su crédito, con la salvedad de observar los términos previamente pactados.

Esto marca la primera de las referidas diferencias entre ambos contratos; ya que mientras en cualquier momento del saldo el cliente Bancario posee disponibilidad, por otra parte los créditos derivados de recíprocas remesas son inexigibles e indivisibles para los cuentacorrentistas hasta la clausura de la cuenta.

En relación con la Compensación, que es otra de las disimilitudes, quizá la más relevante, que el Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria presenta en comparación con la cuenta corriente; ésta refleja el hecho de que en tratándose de la primera no existen recíprocas remesas y, por tanto, no se da compensación alguna, ya que el cliente siempre es deudor y el Banco acreedor.²³

Tal vez, por lo anterior que diversos autores descartan rotundamente la posibilidad de que se celebre un contrato de Cuenta Corriente por parte de una Institución Bancaria en operaciones con sus clientes.

Sin embargo, pese a las importante e insalvables discrepancias que se han referido, en la práctica Bancaria se denomina Cuenta Corriente a toda cuenta que en una planilla de Deberes y Haberes, registra los resultados de operaciones intermitentes o continuas, realizadas por el Banco con sus propios clientes. Lo cual no es de extrañar si se considera que bajo el régimen de Cuenta Corriente se permite realizar innumerables operaciones Bancarias; las cuales al agregárseles el esquema contable de la cuenta gestión, confiere al titular de dicha operación en Cuenta Corriente la facultad de hacer variar, con actos reiterados, consistentes en entregas y retiros sucesivos el monto de tal operación.

Ahora bien, una vez que ha sido definido el Contrato de Cuenta Corriente Bancario se enfocará la atención del presente estudio en el análisis del Contrato de Apertura de Crédito, uno de los presupuestos de existencia del Contrato de Cuenta Corriente Bancario.

1.4. EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

El contrato de Apertura de Crédito ha sido absorbido, casi en su totalidad, por los Bancos, de manera tal, que incluso gran parte de los créditos personales, conocidos como quirografarios; en oposición a los que se otorgan mediante la exhibición de garantías reales; operan mediante un Contrato de Apertura de Crédito Bancario, pues el límite del fondo

²³ Cf. COTTINO, Gastone. *Manuali di Scienze Giuridiche*. Vol. 2° Italia 1978, p.75.

revolvente suele ser la línea de crédito de cada cliente al igual que ocurre con muchos otros tipos de créditos Bancario. No obstante lo antes dicho, la ley no ha convertido esta figura en privativa de las Instituciones Bancarias. Por tanto, permanece la posibilidad de que la Apertura de Crédito pueda ser otorgado entre personas de derecho privado, tal como sucede con gran variedad de convenios, v.gr. cuando un vendedor entrega su mercancía al comprador de "fiado" o una empresa que vende artículos muebles al detalle otorgando a sus clientes créditos para sus pagos.

Sin embargo, ya que son lo Bancos los encargados de proporcionar el elemento de confianza esencial al crédito, al servir de intermediarios entre los propietarios de los grandes capitales inertes, quienes están dispuestos a colocarlos ventajosamente y aquellos que han de invertir y movilizar estos recursos. A lo largo del presente trabajo cuando se haga referencia al Contrato de Apertura de Crédito se hará enfocándose en la Apertura de Crédito Bancaria únicamente.

Así, para ubicar el Contrato de Apertura de Crédito en el contexto Bancario, en primer lugar se ha de distinguir entre las diversas operaciones celebradas por los Bancos.

Para la realización de sus fines de intermediación en el comercio del dinero y el crédito, los Bancos celebran gran variedad de negocios u operaciones, las cuales doctrinariamente podemos clasificar de la manera siguiente:

Operaciones Activas.- Por las cuales el Banco concede crédito a sus clientes, v.gr. Apertura de Crédito, Préstamo, Descuento, etc.

Operaciones Pasivas.- Aquellas por medio de las cuales el Banco se allega capitales, v.gr. Depósitos Irregulares, Emisión de Billetes al Portador, etc.

Operaciones Neutras.- En las cuales el Banco simplemente brinda un servicio de confianza y seguridad a sus clientes, v.gr. De Custodia Estricta como Depósito Abierto y Cerrado, etc.²⁴

Todas las llamadas operaciones Bancarias activas tiene como signo distintivo, ser concesiones de crédito hechas por el Banco. En particular, la Apertura de Crédito es el contrato en virtud del cual, un sujeto (acreditante) se obliga a poner a disposiciones de otro (acreditado) una determinada cantidad de dinero, o bien, a contraer durante el tiempo de duración del contrato, una obligación a su nombre; mientras que por su parte, el acreditado se obliga a restituir ese dinero o a pagar la obligación contratada, en el término y condiciones pactadas.

De modo que la Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria puede ser definida como: el contrato a través del cual, el Banco se obliga, dentro del límite pactado, y a cambio de una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, en la medida de sus requerimientos, sumas de dinero, o a otorgarle otras prestaciones que le permitan realizar pagos de bienes o servicios.

Debe quedar claro que al hacer referencia a que se ponga a disposición cierto monto, ello no significa la transmisión de propiedad de la suma de dinero. Ésta permanece en el patrimonio del Banco, confundida con las otras sumas de dinero que le pertenecen. Sin embargo, económicamente, es como si se tuviera la propiedad del numerario, ya que siendo debida la

²⁴ Cfr. GOISIS, Giovanni. *La funzione della Banca nella Pratica Italiana*. Italia 1950 p. 15.

prestación por el Banco, el acreditado sabe que puede contar con el cumplimiento en el momento oportuno, lo que equivaldría a tener en su poder el dinero en efectivo. Es así, que el objeto del contrato no es el goce de la cantidad adeudada, sino el goce de una disponibilidad, que es anterior a su utilización.²⁵

Sin embargo, precisamente el hecho de que se ponga a disposición, sin que se realice inmediatamente la entrega del numerario, es el elemento que caracteriza al Contrato de Apertura de Crédito y lo distingue del Contrato de Mutuo. Ya que mientras la Apertura de Crédito puede concretarse aun cuando no llegue a entregarse ninguna suma de dinero, en el mutuo se requiere, para su perfeccionamiento, de la entrega de una cantidad determinada que constituye la obligación principal.²⁶

Por lo tanto, es posible afirmar que la Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria es un contrato consensual, bilateral, oneroso y principal; ya que puede ser considerado como un contrato de concesión de crédito en el sentido, no de aplazamiento de una prestación, sino, del derecho a obtener del Banco dinero u otros medios de pago, que permitan al cliente obtener bienes o servicios. De modo que la promesa de conceder crédito engendra a favor del acreditado la facultad de obtener medios de pago, siempre que lo desee y dentro del límite pactado (disponibilidad); al tiempo que le otorga, el derecho de aplazar la restitución de la cantidad cubierta dentro del término establecido (crédito en sentido estricto).

Las prestaciones utilizadas por el acreditado no dan lugar a nuevos contratos porque se realizan en ejecución del primitivo contrato consensual de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente. De ahí que exista un contrato único y varias prestaciones posibles.

Parece adecuado en este momento mencionar que ha de distinguirse entre el perfeccionamiento jurídico del contrato, lo que ocurre en el momento de consentir expresamente las condiciones del mismo, es decir, la línea de crédito, intereses, comisiones y demás de las cláusulas que lo constituyen. Y su ejecución, la cual se actualiza cuando el acreditante cumple con su obligación, *obligation facere*, poniendo a disposición del acreditado la cantidad prometida o asumiendo por él una obligación. De tal suerte que el hecho de que el acreditado disponga del crédito mediante una serie de pagos realizados por el acreditante no implica que éstos sean operaciones autónomas, sino que son momentos de ejecución del contrato de apertura de crédito.²⁷

Por otra parte, con la celebración del contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancario, el Banco puede proporcionar al acreditado una Tarjeta de Crédito Bancaria, Comercial o de Servicios Financieros. Instrumento con el cual el cliente puede disponer del crédito, ya sea a través de la disposición de dinero en efectivo en sucursales o cajas automáticas, o bien, al realizar pagos de bienes o servicios en establecimientos afiliados, vía telefónica o a través de Internet.

Es así, que el uso de la Tarjeta de Crédito, prestación derivada de la celebración de un Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente, relaciona a la sociedad "expedidora" como acreditante, al tarjeta-habiente como acreditado, y a los establecimientos afiliados; obligando a la

25 Cfr. BAUCHE GARCÍADIEGO, Mario. *Operaciones Bancarias*. México 1981, p.p. 258 y 259.

26 Cfr. MANTILLA MOLINA, Roberto L. *Derecho mercantil*. México 2001, p. 64.

27 Cfr. RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. *Op. Cit.*, p. 89.

“expedidora” a pagar al establecimiento, por cuenta del tarjeta-habiente, el importe de las notas de cargo firmadas por éste, a la vez, que el tarjeta-habiente adquiere la obligación de restituir a la “expedidora” la suma de dinero gastada; conforme a lo dispuesto por el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, numeral que se analizara en el apartado siguiente.

Ahora bien, continuando el estudio del Contrato de Apertura de Crédito Bancario, tras haberlo ubicado, señalado las características que lo distinguen, y definirlo brevemente, a continuación se expondrá como es que nuestra Legislación define ha este contrato.

El Derecho Mexicano, define el Contrato de Apertura de Crédito, en el Artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en el Artículo 46, fracción VII de la Ley de Instituciones de Crédito como: El contrato a través del cual el acreditante se obliga a poner a disposición del acreditado una suma de dinero, o bien a contraer a cuenta de éste, una obligación para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma, términos y condiciones convenidas. Quedando el acreditado obligado a restituir al acreditante, las sumas de que disponga o a cubrir oportunamente el importe de la obligación que en su nombre se contrajo, además de pagar los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se hubiesen estipulado.

Si bien de una manera genérica ha sido definido el Contrato de Apertura de Crédito en los términos antes expuestos, deben distinguirse diversas modalidades que el propio contrato en estudio adquiere, ya existen dos tipos de contratos de apertura de crédito, por la forma en que puede realizarse la disposición de fondos de los mismos:

EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO SIMPLE.

Donde el acreditado debe disponer en una sola ocasión del crédito que se le concede, sin tener derecho a hacer reembolsos parciales que hagan recuperable el crédito en su cuantía original.

Tal como lo estipula el artículo 295 de la Ley General de títulos y Operaciones de Crédito al señalar que “Salvo convenio en contrario, el acreditado puede disponer a la vista de la suma objeto del contrato.” Y

EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE.

En el cual se conviene de modo expreso que el acreditado podrá disponer del importe del mismo en uno o en varios actos, al igual que faculta el rembolsar, total o parcialmente, de la parte del crédito de la cual ya ha dispuesto, para de este modo aumentar la cuantía de la cantidad aún disponible.

Este tipo de contratos se regulan por lo dispuesto en el artículo 296 del ordenamiento legal en cita y el cual en lo conducente a la letra dispone que: “La apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor...”

En el Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente, se pacta que pueden hacerse pagos y disposiciones por un periodo determinado dentro del plazo del contrato, que por lo general es de un año.²⁸

Continuando con el análisis del Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria, se estudiarán las causas por las que éste se extingue, y, entre ellas, se pueden distinguir las denominadas causas de extinción de manera voluntaria y aquellas causas que se reconocen como forzosas, y cuyas hipótesis son las siguientes:

CAUSAS DE EXTINCIÓN DE MANERA VOLUNTARIA.-

Por la denuncia del contrato, para lo cual cualquiera de las partes que la realice deberá esperar que transcurra el plazo de vigencia, señalado como forzoso, y dar el aviso, notificando la fecha de terminación del contrato, a su contra parte (Facultad que generalmente se estipula en favor de los Bancos).²⁹

Y en los casos que para la concesión de la Apertura de Crédito se haya exigido una garantía, a falta o disminución sobreviniente de las garantías pactadas a cargo del acreditado, a menos que se complemente o sustituyan dentro del término convenido para ello.

CAUSAS DE EXTINCIÓN DE FORMA FORZOSA.

Entre las causas no voluntarias, de extinción del contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancario, derivadas del carácter personalísimo y de confianza que tiene esta relación, destacan:

La muerte, interdicción inhabilitación o declaración de ausencia del acreditado o la disolución de la sociedad, a cuyo favor se hubiese concedido el crédito.

Y cuando cualquiera de las partes se encuentre en estado de suspensión de pagos, quiebra o liquidación judicial.³⁰

Toda vez que el Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria, es el contrato sobre el cual se enfoca la atención del presente trabajo; con el propósito de evitar confusiones se analizarán las características que distinguen a éste de contratos como el de Cuenta Corriente y el contrato de Mutuo.

1.5. DISTINCIÓN ENTRE LA APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE BANCARIA Y OTROS CONTRATOS.

Con el propósito de evitar confusiones y deducir plenamente el alcance que el multicitado contrato de Apertura de Crédito posee, se ha considerado oportuno desarrollar la distinción entre éste y otros contratos.

28 Cfr. ACOSTA ROMERO, Op Cit, p. 587.

29 Cfr. DAVALOS, Op. Cit. p.p. 259 y 260.

30 Cfr. Ídem.

EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE BANCARIA Y EL CONTRATO DE MUTUO.-

Como ya se ha mencionado y pese a las semejanzas que el Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria posee con el Contrato de mutuo, ambos poseen características propias y distintivas como son:

El Contrato de Apertura de Crédito se caracteriza por el hecho de que su objeto consiste en que una Institución Bancaria ponga a disposición de su cliente un crédito, sin que se realice inmediatamente la entrega del numerario, llegando al extremo de que este contrato puede concretarse, aun cuando no llegue a entregarse ninguna suma de dinero; mientras que en el Contrato de Mutuo se requiere, para su perfeccionamiento, de la entrega de una cantidad determinada que constituye la obligación principal y esencia del mismo.

Otras notas distintivas entre la Apertura de Crédito y el Mutuo las encontramos en el hecho de que mientras el Banco en la Apertura de Crédito, cuando esta se celebra en Cuenta Corriente, autoriza al acreditado a realizar los retiros y pagos que se desee, haciendo variar día con día el monto de la deuda; en el Mutuo la deuda es una e invariable cantidad. Así mientras en el Contrato de Mutuo existe la obligación por parte del mutualista de prestar una cantidad determinada, el acreditante en cuenta corriente se compromete a poner a disposición de su acreditado hasta un cierto monto, que se denomina línea de crédito

EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE BANCARIO Y EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE.

Por otro parte aún cuando sus nombres puedan prestarse a confusiones, existen notables diferencias entre el contrato de Cuenta Corriente y el contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancario, entre las cuáles destacan las siguientes:

Mientras en la Cuenta Corriente debe existir la posibilidad de que ambos cuentacorrentistas resulten acreedores recíprocos; en la Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria es sólo el acreditante quien concede o abre un crédito en favor del acreditado.

En la Cuenta Corriente los cuentacorrentistas no están obligados a celebrar aquellas operaciones de las que pueda surgir el crédito objeto de la cuenta. En cambio en la Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria, el acreditante está obligado a entregar el acreditado la suma que puso a su disposición, salvo su derecho para denunciar el contrato, si así se estipuló.

En la Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria el importe del crédito tiene un límite (línea de crédito), ya sea el que expresamente se estipule, el que resulte del destino que se dará a los fondos, o bien, el que fije unilateralmente el Banco acreditante. Mientras que en la Cuenta Corriente, no es necesario un límite puesto que las operaciones entre los cuentacorrentistas son facultativas.

En la Cuenta Corriente no es sino hasta la clausura de la cuenta cuando se puede determinar cuál de los cuentacorrentistas resulta acreedor y cuál deudor; en tanto que en la

Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria se sabe en cualquier momento quién es el acreedor y quién el deudor.³¹

En el Contrato de Cuenta Corriente es esencial que se fije plazo para la liquidación periódica y establecimiento del saldo, lo que no es necesario en la apertura de crédito en Cuenta Corriente Bancaria.

Desde un punto de vista jurídico, el Código de Comercio en su artículo 296. establece que sólo excepcionalmente se aplicarán a la Apertura de Crédito las disposiciones del contrato de Cuenta Corriente (Artículos 306, 308 y 309 del ordenamiento legal en cita); de lo cual resulta que en ningún caso serán aplicables las demás disposiciones que regulan a la Cuenta Corriente.

Es por todo lo antes referido, que aún cuando la denominación de ambos contratos jurídicos pueda prestarse a confusiones, la Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancario debe ser considerada como una Apertura de Crédito combinada con la Cuenta Corriente como método contable. Lo antes referido se explica en virtud del derecho que se otorga al acreedor de realizar remesas en reembolso de las disposiciones que ha efectuado y la posibilidad de disponer en múltiples ocasiones del saldo mientras no se llegue el término para el uso del crédito. Sin que por tal motivo deje de ser una concesión de crédito unilateral, radicalmente distinta al Contrato de Cuenta Corriente que por definición supone bilateralidad en la concesión recíproca de créditos y remesa.

Por último, en lo que al contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancario se refiere; continuando con el estudio de este contrato, ahora se analizará el tratamiento que reciben la problemática que plantean los Contratos de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria por el poder judicial de nuestro país.

1.6. LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE BANCARIA EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA.

En el presente apartado se analizarán los criterios sustentados por los máximos Tribunales del Poder Judicial de nuestro país, con relación a los contratos de Apertura de Cuenta Corriente Bancaria; así como la solución que dichos órganos estatales han dado a los conflictos que en la práctica ha suscitado la aplicación de estos contratos, principalmente a raíz de las graves crisis económicas que México ha sufrido en los últimos años.

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia. Época: Novena Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Oct de 1998 Tesis: P./J. 48/98 Página: 372. Materia: Civil Jurisprudencia.

En la presente jurisprudencia emitida por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolviendo una contradicción de tesis, se expone un sendo análisis y clara distinción de los contratos de Apertura de Crédito y otras convenciones tradicionales como el préstamo,

³¹ Cfr. PUERTE, Ob. Cit. p.p. 349 y 350.

subrayando que el primero de éstos posee carácter consensual. De tal suerte que no es dable negar el adecuado manejo jurídico que se utiliza por nuestros distinguidos Ministros al dictar la anterior Jurisprudencia que adecuadamente se puede calificar de absolutamente legal.

Sin embargo, el verdadero motivo que suscitó la búsqueda de un argumento tan burdo, como desconocer la posibilidad de capitalizar intereses en materia mercantil cuando las partes lo han convenido; pretendiendo aplicar supletoriamente un inaplicable precepto civil; es lo descomunal que llegaron a ser las tasas de intereses. Incremento que fue resultado de una inimaginable crisis económica, así calificada por la magnitud de sus proporciones.

Bajo el mismo contexto e instancia que la jurisprudencia anterior se emitió el siguiente criterio jurisprudencial:

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, PERO SÍ PUEDE SERLO COMO NORMA CONTRACTUAL, POR VOLUNTAD DE LAS PARTES.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 49/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Octubre de 1998 Tesis: P./J. 49/98 Página: 375

Tesis Jurisprudencial que dando muestra de una magistral técnica jurídica resuelve que la legal posibilidad de capitalizar intereses, en tratándose de Contratos de Apertura de Créditos en Cuenta Corriente Bancaria, se encuentra jurídicamente fundada y motivada en los principios de Legalidad y Autonomía de la Voluntad de los contratantes; es decir, que dicha situación se basa en la garantía que los gobernados poseen de realizar todo aquello que la ley no les prohíba y la facultad que todo contratante tiene de obligarse en los términos, modos y condiciones que voluntariamente convenga, ciñéndose por ello a lo pactado como si fuese este convenio Ley para las partes. Rechazando categóricamente, por otra parte, que dicha capitalización de intereses obedezca a la posibilidad de aplicar supletoriamente lo dispuesto por el artículo 363 del Código de Comercio.

Como ha sido referido se reconoce la total legalidad con que ambas jurisprudencias han sido dictadas; sin embargo, en cuanto al último de los criterios en cita, éste también refleja la lamentable situación antes anotada, habida cuanta, que se olvidó o se desconoce la situación fáctica que motivara el conflicto que con ella se pretende dirimir.

Así, lo anterior siembra una atormentante duda que se hace extensiva a quien la pueda y desee contestar: Pretender desconocer la realidad, ¿Es justo?

Tal interrogante surge tras contemplar las razones que llevaron al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a emitir las jurisprudencias en cita. De donde resulta claro que tal problemática se gestó por la alteración de los términos, modos, condiciones y circunstancias que, entre otros muchos, sufrieron los Contratos de Apertura de Créditos en Cuenta Corriente Bancarios. Alteraciones que como es del dominio público, ocasionara el descomunal incremento de las tasas de intereses fijadas con base en el índice porcentual promedio y la tasa líder del mercado. Incrementos que nadie se atrevería a no calificar como excesivamente onerosos y los cuales se produjeron a raíz de un acontecimiento racionalmente imprevisible, el tan famoso error

de diciembre de 1994, error que tan caro ha costado al pueblo de México y sigue aún hoy cobrando su altísimo precio.

Por ello se considera que la aplicación de la Teoría de la Imprevisión habría resultado el más justo remedio a la conflictiva real que motivó la emisión de los criterios jurisprudenciales en análisis; Afirmación que se tratará de constatar a lo largo de este trabajo recepcional, con base en las razones y argumentos que en el mismo se desarrollarán.

Continuando con el análisis en torno a como han sido resueltos por los máximos Órganos Jurisdiccionales de nuestro país los conflictos surgidos de la aplicación práctica de los Contratos de Apertura de Créditos en Cuenta Corriente Bancarios, es adecuado referir las siguientes jurisprudencia:

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES DEVENGADOS. NO OCULTA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES.

El contrato de apertura de crédito para la cobertura de intereses es un acto verdadero, permitido por la ley, cuya naturaleza y finalidad es diversa a la capitalización de intereses, por lo que aquél no es un medio de encubrir a ésta.

Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia. Época: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VIII, octubre de 1998 Tesis: P. LXVII/98 Página: 382 Materia: Civil Tesis aislada.

APERTURA DE CRÉDITO PARA EL PAGO DE PASIVOS. EL CONTRATO RELATIVO PACTADO CON INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE PARA TAL FIN, NO ESTÁ REGIDO POR EL REGLAMENTO SOBRE INSTITUCIONES NACIONALES Y ORGANIZACIONES AUXILIARES NACIONALES DEL CRÉDITO, NI ES CONTRARIO A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia. Época: Novena Época Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, oct. de 1998 Tesis: P./J. 51/98 Página: 369 Materia: Civil Jurisprudencia.

Tesis Jurisprudenciales por las cuales se determina que, la celebración de un Contrato de Apertura de Crédito adicional y cuyo propósito sea el de cubrir los intereses de un crédito anterior, o sea, contraer un crédito para el pago de pasivos, es totalmente legal; ya que el referido precepto que prohíbe dichas operaciones, sólo es aplicable a la Banca de desarrollo y no a la comercial.

Mas, cabe hacer notar que los dos criterios jurisprudenciales anteriores nada resuelven con respecto a ¿Por qué se hace necesaria la celebración de un nuevo Contrato de Apertura de Crédito, para cubrir intereses de un Crédito anterior? Y bajo esta misma tesitura se dictó el siguiente criterio jurisprudencial:

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. NO LA CONSTITUYE EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO PARA COBERTURA DE INTERESES (REFINANCIAMIENTO).

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 59/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Octubre de 1998 Tesis: P./J. 59/98 Página: 376

Criterio Jurisprudencial en virtud del cual el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que el refinanciamiento de un crédito, efectuado mediante la celebración de un

Contrato de Apertura de Crédito diverso al originalmente pactado, es jurídicamente válido y nada tiene que ver con la capitalización de intereses; toda vez que, en virtud de ese nuevo crédito se contraen nuevas obligaciones aun cuando estas tengan como propósito fundamental que el mismo acreditado no incurra en mora o incumplimiento del antiguo crédito.

De tal suerte, que en realidad se está frente a una novación de obligaciones. Obligaciones que pese a superar los límites contractuales, y, por lo tanto, requerir de un convenio expreso entre las partes, en excepción de las disposiciones legales de carácter general, en torno al Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria; puesto que, de acuerdo a lo dispuesto, por el artículo 292 de Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito los intereses que se han de cubrir con un nuevo Contrato de Apertura de Crédito, por regla general debiesen estar contemplados en el monto total o límite de crédito del Contrato de Apertura de Crédito original; son calificadas de absolutamente legal ignorando las razones por las cuales dichas obligaciones rebasaron la disposición general señalada. Razones que sin duda tienen que ver con la alteración de las circunstancias en que el primigenio Contrato de Apertura de Crédito se celebró, constriñendo a las partes a redefinir los términos, modos y condiciones de cumplimiento de las obligaciones así modificadas; sin embargo, pese a todo lo antes expuesto no se encuentra respuesta al ¿Por qué dicha modificación sólo contempla el incremento de las cargas de la parte deudora?

Por lo cual, de nueva cuenta, se considera que es un mejor remedio a situaciones como la que pretende resolver la Jurisprudencia en comento, la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión.

En una variación al mismo tema la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió otra contradicción de tesis al definir que:

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. SU APROVECHAMIENTO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DE FALSEDAD IDEOLÓGICA O SUBJETIVA.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 58/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Octubre de 1998 Tesis: P./J. 58/98 Página: 366

Jurisprudencia que señala de forma determinante que un Contrato de Apertura de Crédito, celebrado con una institución Bancaria para el pago de intereses generados por otro crédito Bancario, ya sea, que se haya incluido en el mismo instrumento, o en uno diverso, no entraña de manera alguna falsedad ideológica o subjetiva; habida cuenta que no se trata de un acto irreal, y, toda vez, que el Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta es un contrato consensual y no un título de crédito, siendo este último instrumento mercantil al único que le es aplicada dicha figura jurídica.

Ahora bien, del análisis general de los criterios jurisprudenciales en cita se deduce que el Máximo Órgano del Poder Judicial de nuestro país de nueva cuenta realiza una adecuada aplicación de la técnicamente jurídica en su interpretación; ya que las Jurisprudencias en comento son absolutamente legales.

Más estas resoluciones plantean nuevas interrogantes, que dichos fallos no llegan a responder como: ¿Por qué tienen las instituciones Bancarias la necesidad de celebrar una nueva apertura de crédito, para cubrir intereses de una primigenia apertura de crédito?

Por otra parte, parece evidente que el refinanciamiento, que de este modo realizan las Instituciones Bancarias, denota la apremiante necesidad de revisión que se requiere realizar de las obligaciones derivadas de los Contratos de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria, toda vez, que, las alteraciones de las circunstancias bajo las cuales se celebraron dichos contratos; han repercutido gravemente sobre los mismos haciendo poco factible su ejecución con apego a los términos en que originalmente fueron pactados. Todo lo antes referido crea otra incógnita ¿Porqué dejar la facultad de replantear los términos y modos de ejecución del contrato en manos, nuevamente, de una sola de las partes "los Bancos"?

Por las razones expuestas y las preguntas sin contestar, se considera que el mejor remedio a esta situación habría sido la aplicación de la Teoría de la Imprevisión toda vez que las alteraciones que han sufrido las condiciones y circunstancias de ejecución de los Contratos de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria. Alteraciones que han tornado poco menos que imposible su cumplimiento en los términos en que originariamente fueron celebrados y que han obligado a replantearlos bajo las pautas dictadas por esa nuevas condiciones. Nuevas condiciones que han sido impuestas por los racionalmente imprevisibles efectos devaluatorios que se han presentado en fechas recientes en nuestro país. Devaluaciones económicas que al poder ser calificadas como graves crisis de la economía mexicana, al grado que han obligado al Gobierno a replantear su política financiera de manera total; bien, pueden considerarse como acontecimientos imprevisibles, extraordinarios, y de consecuencias generalizadas. Acontecimientos cuya repercusión sin lugar a dudas ha producido el quebranto del equilibrio prestacional de dichos contratos y ha impuesto una excesiva onerosidad para los acreditados o clientes de las Instituciones Fiduciarias.

Supuestos todos ellos que hacen posible, y necesaria la aplicación de los remedios planteados por la Teoría de la Imprevisión. Ya que la solución propuesta por las resoluciones jurisprudenciales en estudio, si bien satisfacen los requerimientos de un fallo legalmente dictado, dista enormemente de ser justas e inclusive podrían ser calificadas de parciales al imponer sólo a los particulares el peso impuesto por la refenda crisis, pretendiendo otorgar distinciones especiales a la Banca para proteger sus particulares intereses.

Por todo lo antes expuesto, se puede afirmar que el Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria, es un fértil sustrato sobre el cual la Teoría de la Imprevisión puede ser aplicado bajo las circunstancias actuales por las que atraviesa México.

Así, tras la anterior exposición de los conceptos más estrechamente relacionados con uno de los protagonistas principales en la presente obra, el Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria, el cual también ha sido ya expuesto en los términos de este primer capítulo; a continuación se develará a su coestela, la Teoría de la Imprevisión comenzando por exponer sus generalidades antes de realizar el estudio retrospectivo del desarrollo y evolución histórica de la misma.

CAPÍTULO SEGUNDO

2. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y SU DESARROLLO HISTÓRICO.

A lo largo del presente capítulo será expuesto el alcance con que el término imprevisión es tomado por la Teoría jurídica así denominada y cuya evolución será expuesta, también, en este apartado.

2.1. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN:

El vocablo castellano Imprevisión asimilable en francés a *imprévoyance*, en italiano a *imprevisione*, en inglés a *improvidence*, y en alemán a *Mangel an voransicht*; gramaticalmente es definido como falta de previsión, inadvertencia e irreflexión. De igual modo, la palabra imprevisión es utilizada como sinónimo de: impremeditación, ligereza, descuido y negligencia.³²

Aún cuando Imprevisión, es un vocablo multívoco que, puede hacer alusión a conductas realizadas irreflexivamente, sin cuidado ni prudencia, e incluso acciones realizadas con falta de ponderación o sin estimarse las circunstancias en que éstas se realizaron; tal interpretación no entraña el significado con el cual se referirá a lo largo de este trabajo dicho término.

El sentido objetivo que denota el vocablo imprevisión al calificar un acontecimiento como imprevisible cuando su realización no puede ser conocida previamente, dada cuenta que la palabra imprevisión también denota la imposibilidad racional de conocer anticipadamente la realización de un evento por la naturaleza misma de tal suceso; será el contexto bajo el cual se empleará esta palabra.³³

La imprevisión entendida en ese sentido objetivo, es decir, como un suceso cuya realización es racionalmente imprevisible por la naturaleza misma de tal evento; así como la relevancia jurídica que adquiere este hecho con respecto a diversos actos jurídicos como aquellos: de ejecución diferida, en los que se estipulan prestaciones periódicas, los de tracto sucesivo y en los cuales las partes pactan o introducen un término inicial o una condición suspensiva; es donde el presente trabajo recepcional enfocará su atención. Aún cuando se cree que la hipótesis del mismo válidamente podrían aplicarse a todos los actos jurídicos en que se permita establecer el transcurso de un cierto periodo para la ejecución de las obligaciones contraídas; es decir, donde exista un lapso temporal durante el cual un acontecimiento imprevisible pueden presentarse y producir variaciones sustanciales de las circunstancias que prevalecían cuando se perfeccionaron tales actos.

Así que la imprevisión entendida como esa alteración de las circunstancias, cuando no ha podido ser prevista por las partes, y la cual puede hacer sumamente gravosa la ejecución de las obligaciones; si la parte obligada da cumplimiento a la prestación debida, tal como ésta fue convenida pero en las nuevas circunstancias planteadas por el acontecimiento imprevisible. Es decir, en los casos en los que tal ejecución resultará tan gravosa que el cumplimiento de lo pactado entrañaría una manifiesta iniquidad, donde el deudor ciertamente no habría contraído tal obligación si hubiese podido prever, al tiempo de la celebración del acto, esas graves alteraciones

³² Cfr. GRAN ENCICLOPEDIA LAUROUSE, España, 1990. T. 6. p. 946.

³³ Cfr. CD-ROOM, BUFETTE JURIDICO, DICCIONARIO JURIDICO.

de las cosas; mismas que hacen que su obligación se torne parcialmente imposible, dada cuenta la exagerada onerosidad que acarrea su cumplimiento; toda vez que dicho cumplimiento entraña la ruina económica, riego a la salud, libertad o convicciones del deudor; son precisamente los casos en que el término imprevisión adquiere relevancia y sentido en para esta Tesis.

De tal suerte que el sentido con el cual se pretende utilizar el término imprevisión a lo largo de este estudio, se relaciona, sin identificarse plenamente, con el caso fortuito; toda vez que, la imprevisión de un acontecimiento, en un acto jurídico, no entraña culpa de alguna de las partes, sino, que tiene un sentido objetivo, al ser consecuencia de la naturaleza misma de tal acontecimiento.

Sin embargo, la imprevisión se distingue del caso fortuito, ya que cuando se presenta un acto o hecho imprevisible, sea éste de la naturaleza o del hombre, tal circunstancia no provoca la imposibilidad absoluta de cumplir con la obligación contraída. Sólo ocasiona que el cumplimiento de dicha obligación sea mucho más gravoso para una de las partes y, por consiguiente, desigual e inequitativo. Es decir, la imprevisión provoca el quebrantamiento del equilibrio entre las prestaciones, haciendo el cumplimiento de la obligación de una de las partes excesivamente oneroso.

Por otra parte el sentido en que se utilizará el vocablo imprevisión, denotará que se dificulta o imposibilita parcialmente el cumplimiento de las obligaciones contraídas, siempre y cuando ello posea un carácter general; ya que si sólo involucra la esfera personal de influencia de la parte perjudicada, tal acontecimiento será constitutivo de fuerza mayor y no de imprevisión.

Pese a los supuestos de desequilibrio prestacional que entraña la imprevisión, ésta tampoco puede ser asimilada o confundida con la Lesión.

Si bien es cierto que la imprevisión al igual que la figura jurídica denominada lesión, se caracteriza por la desproporción existente entre las prestaciones debidas, tal desequilibrio se gesta en momentos diversos, toda vez que mientras en la lesión, la desproporción prestacional es coetánea a la celebración del acto; en la imprevisión dicha fractura del equilibrio debido entre las prestaciones se produce con posterioridad al acto, como consecuencia de una alteración sobrevenida de las circunstancias en que éste fue celebrado y siempre como consecuencia de un acontecimiento imprevisible.

Una vez que se ha establecido el sentido en el cual el término imprevisión será usado en el desarrollo de este trabajo y tras haber señalado de modo general la independencia y autonomía que dicho vocablo en sentido jurídico posee; se procederá a realizar una breve exposición introductoria de la Teoría de la Imprevisión.

La Teoría de la Imprevisión, también es conocida con el nombre de la cláusula que le dio origen "*Rebus Sic Stantibus*", como la *Imprevition* en Francia, como el Riesgo Imprevisible en España, como la *supravenienza o eccessiva onerosita* en Italia y como la *Geschäftsgrundlage* o desaparición de las bases del negocio en Alemania.

Con la Teoría de la Imprevisión, la doctrina jurídica busca dar solución a los conflictos que se presentan en los actos jurídicos de tracto sucesivo, ejecución continuada o periódica, o bien, de ejecución diferida. Cuando en este tipo de actos una de las partes se encuentra sometida

a una onerosidad excesiva y anormal, consecuencia de que las circunstancias y condiciones imperantes en el momento de la celebración del contrato, se ven modificadas llegado el tiempo de su ejecución, como consecuencia de la concurrencia de un acontecimiento imprevisible.

Como se ha venido anotando, la Teoría de la Imprevisión pretende brindar una solución al problema que presenta la imposibilidad relativa para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas. Cuando éstas se tornan excesivamente onerosas para una de las partes, como consecuencias de las imprevistas modificaciones económicas de carácter generales, de los términos en que el acto jurídico que les dio origen fue planteado y es a través de la aplicación de los principios señalados por la Cláusula *Rebus Sic Stantibus* que dicha conflictiva se trata de dirimir.

La Cláusula *Rebus Sic Stantibus*, aforismo latino que podría interpretarse como: "estando así las cosas, o manteniéndose en ese estado" pretende afirmar que las partes han subordinado implícitamente el mantenimiento de sus obligaciones, tal como las habían contraído, a la presencia de las condiciones de hecho existentes el día del contrato. Por lo anterior, la alteración de dichas condiciones faculta a los tribunales para modificar las obligaciones contraídas, bajo el principio de la buena fe y la equidad, permitiendo al juzgador restablecer el equilibrio de las prestaciones debidas entre las partes, atendiendo a las nuevas circunstancias imperantes en el momento de dar cumplimiento al contrato.

Para Manuel Borja Soriano, la Teoría en estudio engendra la facultad de los tribunales para extinguir o modificar las obligaciones pactadas por las partes en el contrato, cuando las prestaciones han sido alteradas al momento de su ejecución por circunstancias ajenas, que razonablemente las partes no han podido prever.³⁴

Es por lo anterior que el jurista cubano Oscar Gracia Montes define a la Teoría de la Imprevisión como: "un exponente del ataque a fondo que bajo el impulso de las realidades económicas y las ideas sociales dominantes se libra contra el derecho civil tradicional, quebrantándolo en lo que parecía la más inmutable de todas sus instituciones y el más vital de sus principios, o sea, la contratación y el principio de autonomía de la voluntad."³⁵

Tal afirmación resulta exagerada, pues si bien la Teoría en estudio pretende restablecer el equilibrio prestacional, incluso de los contratos. Ello no debe entenderse con un ataque frontal contra esta institución y mucho menos en antagónica postura frente al principio de la autonomía de la voluntad; principio con el cual resulta encontrarse estrecha y armónicamente vinculado como se expondrá más adelante.

De modo que puede decirse que, la Teoría de la Imprevisión propone la revisión de lo pactado por las partes, revisión que tiene por objeto resolver o modificar obligaciones preconvenidas; cuando al suscitarse un acontecimiento extraordinario, imprevisible y ajeno a la voluntad e intervención de las partes, se quebranta el equilibrio de las prestaciones generadas por ese acto jurídico. Desequilibrio prestacional producto de la modificación de las condiciones y circunstancias de ejecución de dichas obligaciones y modificación que hace extremadamente gravoso el cumplimiento de tales obligaciones.

³⁴ Cfr. BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. México 2000, p. 280

³⁵ REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, T. VIII, N° 34, abril-junio, El Salvador 1982. ARCE GUTIERREZ, Mauricio. *El Contrato de Tracto Sucesivo y la Cláusula Rebus Sic Stantibus*

Sin embargo, ante tal afirmación es conveniente apuntar la observación realizada por Julián Bonnetcase quien anota que la imprevisión no podrá ser aplicada a casos particulares y aislados, sino por el contrario, sólo ante hipótesis en que un acontecimiento imprevisible, sea de orden humano o natural, haya empeorado la condición de toda una categoría de deudores.

Se coincide con el autor en cita en que la Teoría de la Imprevisión no ha de ser aplicada de manera genérica; sin embargo, se considera que resulta más adecuado enfatizar que las referidas modificaciones imprevisibles deberán ser de índole general y no circunstancias particulares de una de las partes, antes que pretender aplicar la Teoría de la Imprevisión solamente cuando se afecten intereses sectoriales como éste afirma.

Cabe subrayar que las referidas modificaciones deben conllevar de manera directa a una excesiva onerosidad y, por tanto, a una desproporción entre las prestaciones, es decir, han de producir un desequilibrio sobreviniente, cuyas consecuencias sean la injusticia e inequidad del contrato o acto jurídico del que se trate.³⁶

Por todo lo antes dicho, es que la Teoría de la Imprevisión encuentra un fértil campo de aplicación dentro de los contratos, cuando éstos son conmutativos, bilaterales y de tracto sucesivo o bien, se encuentran sujetos a un término inicial o una condición suspensiva. Toda vez, que en estos casos se presenta un intervalo de tiempo, entre la celebración y la ejecución de los mismos; lapso temporal durante el cual pueden suscitarse un acontecimiento imprevisible que haga variar las circunstancias y condiciones que imperaban en el momento de su celebración y ocasionar con ello que las recíprocas prestaciones debidas entre las partes se tornen in equitativas, desiguales e injustas.

Así se puede afirmar que para hacer frente a una situación de carácter objetivamente imprevisible; que trae aparejada la imposibilidad relativa de cumplir con una obligación al tornarla excesivamente onerosa situación que, en consecuencia, genera una carga demasiado pesada para el obligado, rompiendo con ello el equilibrio de un contrato aun no ejecutado; la Ciencia del Derecho desarrolló la Teoría de la Imprevisión.

Sin embargo, la Teoría de la Imprevisión ha superado grandes vicisitudes y ataques a lo largo de su desarrollo, razón por la cual parece oportuno referir a continuación la evolución que la misma ha tenido hasta nuestros días.

2.2. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

A lo largo del presente apartado, se estudiará el orden legal de diversas culturas y países, en busca de los antecedentes históricos de lo que hoy se conoce como la Teoría de la Imprevisión. Esta búsqueda partirá del pasado y comenzará en el Derecho que ha nutrido de manera más asidua nuestra Ciencia Jurídica, el Derecho Romano, pilar fundamental y fuente ancestral del Derecho Positivo Mexicano; orden normativo, este último, que será el punto final al que ha de arribar el presente análisis retrospectivo.

³⁶ Cfr. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM. T. III. 2ª Reimp. Mexico, 1993, p.p. 1637 y 1638.

2.2.1. DERECHO ROMANO.

Si bien la *Pacta Sunt Servanda* fue una de las máximas que el Derecho Romano estableció para el cumplimiento de los contratos y por tal motivo en este orden legal no se estableció ningún principio general con relación a la Teoría de la Imprevisión; ni tampoco se le incluyó en *lex, instituta* o codificación alguna, como tampoco se creó ninguna *fórmula* o *actio* para reclamarla. Debemos destacar que de facto a través de la *iudicatio* del *iudex* (facultad de dictar sentencia) ya sea en los *iudicem* (procesos delante de un tribunal de ciudadanos o ante un juez privado), los *praetores* y *ediles* romanos realizaron aplicaciones concretas de los principios que enarbola esta teoría; al resolver *iudicium* e incluso cuando los magistrados hacia uso de su *imperium*.³⁷

Al respecto, en un texto de Paulo se señala que “En los contratos lo que importa no es el momento en que se celebran sino, por tanto, el de la ejecución.” *“In stipulationibus id tempus spectatu quae contrahimus.”* Si bien esta afirmación pudiese no decir mucho con relación a la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, en otro texto denominado *Solutionibus et Liberationibus*, Africano expresó que “existe una cláusula tácita, según la cual, la obligación se ejecuta si subsiste la misma situación que existía en el momento de la celebración del contrato.” *“Tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur si in eadem causa maneat.”*³⁸

En este mismo sentido, Cicerón en su obra *De Officiis*, Libro Primero, Capítulo Décimo, refiere que: “...el abogado que ha prometido su asistencia para una causa no está obligado a mantener la promesa, si durante aquel tiempo, se enferma gravemente su hijo.” Y en el Capítulo XXV del libro III de la obra en cita, señala que: “...luego algunas veces no hay que hacer promesa, ni siempre se han devolver las prestaciones, por ejemplo si se ha depositado una espada, ésta no deberá ser devuelta al depositario si se ha vuelto loco, ni deberá ser restituido el dinero depositado a quien ahora hace la guerra contra la patria del depositante, al cumplir la palabra dada, al cumplir lo prometido, la entrega de las prestaciones una vez cambiadas las condiciones en que ésta se otorgo, ello se convierte en cosa no honesta”.³⁹

Por su parte Séneca en su obra *De Beneficiis. Libri IV*; después de afirmar que “no se presume que la voluntad cambie...” *“Voluntas mutari non praesumitur”*, para más tarde sostener que “tan pronto como quebrante mi palabra, entonces seré tachado de inconstante, siempre quedando todas las cosa de la misma manera que cuando di mi palabra y no la mantengo, mientras que por el contrario todo lo que cambia me da la libertad de consultar de nuevo y me desliga de la palabra dada...” concluye que “... todas las cosa deben quedar igual como estaban al dar la palabra prometida; si por ejemplo yo te prometo mi asistencia legal y después resulta que la acción que tu quieres intentar esta dirigida contra mi padre, o si yo prometo acompañar a alguien en su viaje y posteriormente llega la noticia que los ladrones hacen inseguro el camino, o si yo prometo asistirte pero en tanto se enferma mi hijo o mi mujer es objeto de los dolores del parto, en todos estos casos el *Officium* no me obliga a mantener la palabra que he dado”⁴⁰

Así que, se podría decir que la necesidad de restablecer el equilibrio entre las partes celebrantes de un contrato fue sentida por la conciencia moral de los jurisconsultos romanos, quienes reflejaron tal preocupación, al aplicar concretas excepciones al derecho contractual y sus

37 Cfr. MARGADANT S. Floris. *El Derecho Privado Romano*. Mexico 2001, p.p. 139-193.

38 BADENESS GASSETO, Ramón. *El riesgo imprevisible*, España 1946, p. 32.

39 CICERÓN, Marco Tulio. *De los oficios y Deberes de la Vejez y Amistad*, Mexico 1976, p. 37.

40 TERRAZA MARTORELL, Juan. *Modificación y Resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución*

principios de carácter general; buscando con ello lograr una correcta aplicación jurídica de sus normas y principios, conservando al mismo tiempo la equidad y la justicia que siempre debe procurar el Derecho.

La importancia de estos primeros antecedentes que reflejan más un sentido moral que un principio jurídico de excepción al *Pacta Sunt Servanda* al subordinar la conservación de una obligación contractual, a la existencia de determinadas circunstancias concomitantes a la conclusión del mismo; se manifiesta en su máxima expresión cuando la filosofía estoica reafirmando esta postura como uno de sus postulados de orden moral. Lo cual más tarde serviría de base a la filosofía escolástica que al adoptar estos principios para elevarlos a la categoría de canon jurídico, los lleva a formar parte del Derecho, como se verá más adelante.

Continuando con la exposición histórica de los antecedentes de la Teoría de la Imprevisión, se analizará como la moral cristiana influyó en el desarrollo de la misma.

2.2.2. DERECHO CANÓNICO.

La influencia del Derecho Romano se constata por toda Europa, que casi en su integridad formó parte de este Magno Imperio. Mas, tras la decadencia de Roma y su abrupto fin con la caída del Imperio de Occidente, hito que marca el umbral de una nueva época para la humanidad, el comienzo de la Edad Media; se desarrollan nuevas concepciones jurídicas que obligan a replantear las viejas instituciones e interpretar bajo esta naciente óptica jurídica los ordenamientos legales existente.

Fue en la Edad Media cuando por vez primera se enuncian con un carácter genérico los principios sustentados por la Teoría de la Imprevisión, y es dentro del seno de la Iglesia Católica donde se desarrollan y defienden importantes preceptos tendientes todos ellos a buscar un justo equilibrio entre las partes vinculadas por un contrato.

El Derecho Canónico condena el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, desarrollando complejos tratados sobre la usura y afirmando su total prohibición por ser ésta una forma de enriquecimiento contraria a la moral Cristiana. De igual forma se opone a la lesión no sólo contemporánea al contrato, sino también a los perjuicios que resulta de los cambios ulteriores en las circunstancias reinantes durante la celebración del mismo, ya que en ambos casos, este orden jurídico determina que hay usura.

Es así como surge la cláusula *Rebus Sic Stantibus*, como consecuencia del trabajo desarrollado por los posglosadores y que en realidad es la abreviatura con que se dio a conocer la cláusula *Contractus Qui Habent Tertium Successivum Vel Dependenciam De Futuro Rebus Sic Stantibus Intelliguntur*, misma que podría ser interpretada como: los contratos de tracto sucesivo o dependientes de lo futuro se entienden obligatorios mientras las cosas sigan siendo o permanezcan así; y la cual fue considerada en esta época como una cláusula tácita o sobre entendida en todo contrato.⁴¹

La referida labor de los posglosadores se dedujo de la interpretación realizada por los glosadores de un fragmento atribuido a Neratius contenido en el *Digesto*, uno de los libros del *Corpus Iuris Civiles*, recopilación realizada por el emperador Justiniano.⁴²

41 Cfr. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho Civil Argentino*. T. I, Obligaciones en General, Argentina, 1963, p. 191
42 Cfr. ARTEAGA, Jesús María et al. *Curso de Obligaciones*. Colombia, 1979, p.p. 110.

La cláusula *Rebus Sic Stantibus* afirma que el cumplimiento de cualquier obligación, depende de que las cosas se mantengan en el estado que tenían en el momento en que ésta se contrajo, es así que si las condiciones no permanecen inalteradas y dicho cambio acarrea un beneficio adicional a alguien en detrimento de otro; quien se ve perjudicado no deberá dar cumplimiento a dicha obligación; pues ésta, en las nuevas circunstancias en que pretende hacerse cumplir, resulta injusta y contraria a la moral cristiana y por ende al derecho canónico.

Bartolo, el mayor representante intelectual de los Postglosadores, es quien afirma que en todos los casos de renuncia se ha de presumir la inclusión tácita de la cláusula *Rebus Sic Stantibus*. Misma que más tarde su discípulo Baldo de Ubaldis, quien se ocupara de la glosa civil en combinación con la canónica, concluyera aplicable no sólo de manera restringida a la renunciación sino también implícita aún en el caso de los contratos de promesa.⁴³

Continuando con esta línea de pensamiento, Gidson del Mayno en 1519 afirma "la cláusula (*Rebus Sic Stantibus*) debe sobreentenderse en el contenido de las leyes, en las disposiciones de última voluntad, en los contratos, en los privilegios, en los juramentos, en los estatutos jurados y las declaraciones juradas de renuncia."⁴⁴

Es, a partir, de estas incipientes afirmaciones en torno a la cláusula *Rebus Sic Stantibus*, que la misma fue consignada en todas las colecciones de los Concilio y su aplicación se torno generalizada en todos los actos de manifestación de la voluntad en que mediara un lapso temporal.

El presumir la inclusión tácita de la cláusula *Rebus Sic Stantibus* en todo contrato, en que mediara un periodo de tiempo entre su celebración y su cumplimiento, se debió al hecho de considerar que las partes implícitamente habían tomado en cuenta que las condiciones bajo las cuales se había celebrado dicho contrato debían persistir hasta el cumplimiento del mismo.

Aún cuando, en esta misma época surgen detractores de la cláusula *Rebus Sic Stantibus* como Andre Aliciatius quien concluye que esta cláusula no debe aplicarse a todos los contratos, pues la voluntad de las partes una vez exteriorizada no debe ser modificada; él mismo no la rechaza de manera absoluta y la reconoce como una excepción al afirmar que: "cuando sobreviene un acontecimiento imprevisto y que las partes no han podido entrever su eventualidad es dable aplicar ocasionalmente la cláusula *Rebus Sic Stantibus*".⁴⁵

Fueron los preceptos establecidos por los posglosadores con la cláusula *Rebus Sic Stantibus* los que sentaron las base de los conceptos que se desarrollaron en la doctrina y jurisprudencia Italiana de los siglos XVI y XVII; por eclesiásticos de la talla del Cardenal de Mantica y de Luca en sus obras "*De táctas et ambiguis*" y "*De regalibus*". Preceptos que se vieron cristalizados en la Teoría de la Imprevisión, cuya aplicación, como lo afirman estos juristas, ha de restringirse a los contratos de prestaciones sucesivas o a plazo y solamente a aquellos casos en que el perjuicio constituya una flagrante injusticia.

De tal suerte que durante la Edad Media, época en que Iglesia católica adquiere un poder hegemónico, se logró, a través de la autoridad pontificia expresada en las decretales de

⁴³ Cfr. Eduardo Pallares en su Diccionario de Derecho Procesal Civil refiere: "RENUNCIA DE LA CADENA. Antiguamente se daba este nombre a la cesión de bienes hecha por el deudor insolvente a sus acreedores que podían ponerlo en la cárcel, o sea en la cadena."

⁴⁴ BADENES GASSET, Ramon. Op Cit. p. 33.

⁴⁵ Id.

Graciano y con la ayuda de importantes padres de la Iglesia como Santo Tomas de Aquino y Bartolomeo de Brescia; que se considerara que los contratos de tracto sucesivo o dependientes de lo futuro se entiendan obligatorios *Rebus Sic Stantibus*, es decir, mientras las cosas así sigan siendo.⁴⁶

Por lo antes expuesto, se puede concluir que el desarrollo de la *Cláusula Rebus Sic Stantibus* por los exponentes del Derecho Canónico durante la Edad Media; sentó las bases para que el planteamiento de la Teoría de la Imprevisión trascendiera el ámbito moral y fuera considerada bajo una óptica exclusivamente jurídica por las codificaciones de los nacientes estados modernos europeos; como se verá a continuación.

2.2.3 PRIMERAS CODIFICACIONES EN QUE SE INCLUYE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

Con el surgimiento de un nuevo orden Económico, Político y Social que deja atrás el régimen Feudal en virtud de la consolidación de la unidad Monárquica gestada durante la Edad Media, lo cual da paso a la constitución de Estados Nacionales Independientes. Estados Modernos cuyo nacimiento se finca en nuevas concepciones aportadas por dos importantes movimientos ideológicos en la historia de la humanidad: El Renacimiento, que plantea un orden de integración antropocéntrica, un humanismo secularizado, un Ius Naturalismo Racional y una concepción Matemático-Mecánica del mundo, doctrina que habrían de influir preponderantemente en las teorías racionalistas e individualistas del Derecho de esta época; y la Reforma que a través de la aplicación del principio del libre examen mengua el poder hegemónico que hasta ese momento venía ostentando la Iglesia Católica. Lo que permite consolidar el poder y concepción de la soberanía Monárquica, situación que propició la integración de nuevos reinos independientes, de corte Nacional, dotados de Soberanía, Unidad Jurídica y Política. Ideología que plantea para esas jóvenes Naciones la necesidad de reestructurar los ordenamientos jurídicos preexistentes, para adaptarlos en concordancia a los nuevos principios imperantes en la época.

De tal suerte, que es tras ese periodo histórico de fulgurantes cambios, de múltiples y variados ordenamientos, donde por primera vez se encuentran enunciaciones genéricas dentro de una estructura jurídica codificada de la Teoría de la Imprevisión. Lo cual reviste excepcional importancia ya que la Teoría en estudio es acogida, adquiriendo reconocimiento y validez jurídica real como una norma de derecho positivo, como se develara a continuación, al exponer el contenido de dichas codificaciones comenzando con el *Codex Maximilianeus Bavaricus*.

EL CODEX MAXIMILIEANEUS BAVARICUS CIVILES DE 1756.

Es en este ordenamiento legal, el Código Civil Bávaro, donde por vez primera, fuera del derecho canónico, en una codificación se incluyen los preceptos desarrollados de la cláusula *Rebus Sic Stantibus*. De modo que, en su artículo 12 del Titulo IV Capítulo Quince, párrafo 3º, el *Codex Maximilianeus Bavaricus* Civiles de 1756, establece que:

"Todas las convenciones contienen tácitamente la cláusula *Rebus Sic Stantibus*; así ellas devienen invalidadas cuando ocurre alguna alteración en las circunstancias acordadas, siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos:-

⁴⁶ FLAHERTY, Lily R. et al. *Teoría de la Imprevisión*. Argentina 1989, p.p. 4 y 5.

Que el cambio no tenga ocasión en mora, hecho o culpa del deudor.

Que el mismo no sea fácilmente previsible.

Y que sea de tal naturaleza que si el deudor lo hubiere conocido previamente conforme la opinión desinteresada y honesta de una persona inteligente, no habría consentido en obligarse.

Debiendo en tales circunstancias valorarse según la apreciación jurídica, si la obligación se debe considerar como completamente extinta o si sólo se debe reducir en proporción del cambio ocurrido".⁴⁷

El ordenamiento en cita dio la posibilidad de ajustar, por un juez, las condiciones de un contrato, cuando las circunstancias en que fue celebrado se ven modificadas y ello da como resultado una lesión sobreviniente. Aunado a que, en virtud de dicha intervención se puede solucionar tal lesión, ya sea de un modo drástico dando por resuelto el contrato o bien procurando su conservación, pero dirigiendo las obligaciones que del mismo emanan a un cause justo y equitativo.

Sin embargo, la referida codificación no fue la única en incluir los preceptos de la Teoría de Imprevisión, el Landrech Prusiano es otro claro ejemplo de ordenamientos jurídicos en el cual se contienen los principios que fundan la teoría en estudio.

EL LANDRECH PRUSIANO DE 1794.

También conocido como Código Central para los Estados Prusianos, del 1º de junio de 1794, es el ordenamiento jurídico que por primera vez codifica las bases de la Teoría de la imprevisión, las cuales refiere en sus artículos 375 al 379 en los siguientes términos:

Si por una alteración fortuita de las circunstancias, el cumplimiento de la obligación, tal como se ha determinado, implica un riesgo imprevisto, el facultado para exigir la prestación será responsable del daño, en caso de que se abstiene en el cumplimiento.

Pero no se podrá exigir al obligado el cumplimiento del modo prescrito cuando éste pudiere provocar un peligro para su vida, salud o libertad.

Fuera del caso de una verdadera imposibilidad, no se podrá dejar de dar cumplimiento a un contrato por la alteración de cualquiera de las circunstancias.

Sin embargo, cuando se trate de una alteración imprevista que imposibilite la consecución del fin fundamental, expresamente perseguido por ambas partes o que resulte de la naturaleza del contrato, podrá cada una de las partes prescindir de las prestaciones aún no cumplidas.

Si la alteración de las circunstancias sólo afecta a la finalidad perseguida por una de las partes, ya se hubiese declarado expresamente o apareciese implícitamente del contrato mismo, esta parte podrá rescindir el contrato debiendo para ello indemnizar totalmente a la otra parte.⁴⁸

Del modo en que se plantea la Teoría de la Imprevisión en este ordenamiento legal, destaca el hecho de condicionar su aplicación a la existencia de un acontecimiento que imposibilite la consecución del fin perseguido por el propio contrato, el objetivo propuesto por las partes que lo celebraron, o bien que éste pierda los alcances propios a su naturaleza. Sin

⁴⁷ GOROSTIAGA, Norberto. *La Codificación Civil en Alemania*. Argentina 1940, p. 20.

⁴⁸ REZZONICO. *La fuerza obligatoria del contrato y la Teoría de la Imprevisión*. Argentina 1952, p.p. 61-62.

embargo, se restringen sus alcances a la rescisión del contrato, descarta de modo alguno la revisión judicial del mismo.

A continuación se analizara otro ordenamiento jurídico, el Código Austriaco, en el cual también se refiere de manera expresa la posibilidad de aplicar la Teoría de Imprevisión.

EL CÓDIGO AUSTRIACO DE 1810.

El Código Civil General del Imperio Austriaco, ordenamiento que como tal es promulgado en el año de 1812; posee una larga historia pues su origen se remonta a la institución de María Teresa en 1763. Y ya en el año de 1786 había sido dada a conocer una parte del ordenamiento en cita, aquella que se refiere a Las Personas y que en esta época fue conocido con el nombre de Código Josefínico, mismo que entra en vigor al año siguiente. De este último cabe mencionar, su artículo 936, numeral en el que se regula la promesa contractual y se reconoce la aplicación de la Teoría de la Imprevisión para facultar a las partes a no celebrar el contrato prometido si se suscitara la alteración de las circunstancias bajo las cuales celebraron la promesa de dicha suscripción.

El precepto antes expuesto es retomado por el Código Austriaco de 1810 que en su artículo 901, ubicado en el Libro Segundo del Capítulo XVII "De los contratos y los actos jurídicos en general" establece los principios de la Teoría de la Imprevisión, restringiendo su aplicación solamente a los contratos preliminares, en los siguientes términos:

"Si las partes han hecho una condición expresa del motivo determinante o del fin de su consentimiento, ese motivo determinante o ese objeto, son considerados como cualquier otra condición. Fuera de esto, declaraciones de tal naturaleza no tienen ninguna influencia sobre la validez de los contratos a título oneroso. En los contratos a título gratuito se debe aplicar cuando está previsto para los actos de última voluntad".

El artículo 936 del ordenamiento legal en cita por su parte establece: "La convención por la cual se declara querer concluir un contrato en el porvenir, sólo obliga a las partes si se fija la época de la conclusión y las cláusulas fundamentales del contrato, y si, en el intermedio, las circunstancias no cambian de tal manera que el fin expresamente determinado o el que aparezca a la luz de las circunstancias se haya vuelto imposible, o si la confianza de una o de la otra de las partes se encuentra destruida. En general se requiere obrar en ejecución de tales promesas a más tardar en un año después del momento convenido, si no, el derecho queda prescrito."⁴⁹

En este código se realza la importancia que tiene el fin u objeto perseguido por las partes para emitir su voluntad al celebrar la promesa de contratar; en otras palabras, se hace un gran énfasis en el fin u objeto determinante de la voluntad de los contratantes. Ello con el afán de retomar la condición o fin expresamente buscado por las partes, al celebrar dicha promesa de contrato, o aquellos que resultan propios a la naturaleza del mismo. Objeto o fin que al tornarse imposible de alcanzar, hacen admisible la aplicación de la Teoría de la Imprevisión bajo su modalidad de permitir no celebrar el contrato prometido, sin que por ello exista responsabilidad para las partes.

⁴⁹ Revista de Derecho Civil, año IV, Italia 1962. OSTI, Giuseppe. *La Clausula Rebus Sic Stantibus nel sviluppo storico* p. 67 y 68.

Sin embargo, este ordenamiento legal tampoco hace mención de la posibilidad del reajustar las condiciones de la promesa de contrato o el clausulado de éste. Reajuste que plantea como posible remedio la Teoría en estudio, y la cual, se ha de llevar a cabo a través de la revisión judicial del acto jurídico, ello con el propósito de adaptarlo a las nuevas circunstancias reinantes llegado el momento de su ejecución. Por lo cual, y de nueva cuenta, se plantean de manera incompleta las soluciones propuestas por la Teoría de Imprevisión.

Por otra parte, en esta legislación se incluye como otra condición para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión que una de las partes pierda la confianza a su contraparte, sin dar un sustento jurídico a tal determinación. También hace mención del término perentorio de un año para el cumplimiento de la promesa contractual, determinación que se habrá de incluir en el clausulado del contrato preliminar de promesa para considerarlo jurídicamente válido.

Por último, y, quizá la situación más relevante del ordenamiento legal en comento es que éste restringe la posibilidad de aplicar los remedios previstos por la Teoría de Imprevisión de manera exclusiva a los Contratos Preliminares o de Promesa.

Baste con los ordenamientos antes referidos, para brindar una idea del panorama histórico del desarrollo de la Teoría de Imprevisión en los siglos XVIII y XIX.

Continuando con nuestro estudio retrospectivo veamos como fue acogida la Teoría de Imprevisión en el Derecho Mexicano no vigente.

2.2.4. EL DERECHO MEXICANO.

Nuestro Orden Jurídico, integrante de la familia del Derecho Germano-Romano, sistema caracterizado por su prolepsis, es decir, imperio de la ley escrita, o en otras palabras sujeto a la elaboración de la Ley con anterioridad al planteamiento judicial. Se ha distinguido por su apego al principio de la *Pacta Sunt Servanda*, lo que también se explica por la fuerte influencia que el Derecho Francés ha tenido en el Derecho Mexicano, lo cual se pone de manifiesto ya que al igual que aquel mantiene una postura ajena a la Teoría de la Imprevisión.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 consagran los principio de la autonomía de la voluntad y la obligatoriedad de los contratos, previendo como única excepción de los mismos, la imposibilidad objetiva y total para su cumplimiento.

Sin embargo, existieron legislaciones de emergencia surgidas como consecuencia de los trastornos socio-económicos producidos por la Revolución Mexicana, las cuales en su mayoría se enfocaron a resolver el desequilibrio contractual que dicho acontecimiento produjo, a través de la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de Imprevisión.

Este es el caso del Decreto de fecha 14 de septiembre de 1916, en virtud del cual se prorroga de manera forzosa por un término de seis meses, los contratos de arrendamiento, con la autorización de aumentar sólo hasta un 25% el monto de la renta, pese a que los contratantes hubiesen convenido en términos diversos resolver sus obligaciones.

La Ley de pagos expedida el 15 de septiembre de 1916 por Venustiano Carranza, en su Carácter de Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, señala en sus artículos del 5º al 8º, una

serie de cuatro periodos, durante los cuales, el valor de la moneda fiduciaria había sufrido sensibles alteraciones. Situaciones que obligaron al Estado a intervenir modificando los contratos celebrados en esa época para tratar de restablecer el equilibrio económico del país, a la par que se pugno por la equidad y justicia debida entre las partes. Las modificaciones propuestas por el Estado fueron: desde fijar nuevos plazos para el cumplimiento de las obligaciones; hasta facultar que dicho cumplimiento se realizara a través de la entrega del mismo tipo de moneda en que se había contraído la deuda aun cuando en el momento de celebrar el contrato las parte expresamente hubiesen estipulado que únicamente la moneda de cuño corriente tendría poder liberatorio. Para realizar tales pagos se elaboró por parte del Estado una tabla de equivalencias para indicar comparativamente el valor de las monedas durante periodos determinados.

El artículo 35 de la Ley en cita, prohibió la celebración de contratos que propiciaran la usura y el anatocismo. Estableciendo como base máxima de interés permitido el 20% anual y modificando aquellos contratos en que las partes expresamente se hubiesen obligado al pago de un interés mayor, o bien en los cuales una de las partes sufría una notoria lesión ya fuerza contemporánea a la celebración del contrato o sobreviniente.

El artículo 37 de esta misma ley, extendió los plazos de arrendamiento y limitó los incrementos que a la renta se pudieran realizar.

Con los decretos del 14 de diciembre de 1916 se establece una moratoria general por la cual acreedores y deudores no podían ser obligados a recibir o efectuar pagos contra su voluntad, estableciendo excepciones y reglas especiales, para estos casos.

La ley de Pagos expedida el 24 de diciembre de 1917, levanta parcialmente la moratoria de pagos antes referida.

La Ley de Pagos del 15 de abril de 1918, levanta la moratoria de intereses, así como de aproximadamente un 25% de los capitales no cubiertos, estableciendo como forma de pago en ambos casos, una liquidación en cuatro pagos bimestrales por la misma cantidad.

Más recientemente, el Congreso de la Unión ha expedido diversos decretos, tendientes todos ellos a dar solución a los conflictos planteados al presentarse los supuestos de aplicación de la Teoría de la Imprevisión. Siendo el último de ellos el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1948, en virtud del cual se prorroga por ministerio de ley, los contratos de arrendamiento de casas o locales, que en el mismo se dispone, sin alteración de ninguna de sus cláusulas, salvo la que definía su duración.⁵⁰

Cabe mencionar que el decreto antes referido lejos de brindar una eficaz solución a la conflictiva que lo motivo, generó el problema popularmente conocido como "las rentas congelas del primer cuadro capitalino". Conflicto que acarreo una total inequidad de dichos contratos, al tornarse no compensatorias las rentas recibidas por los arrendadores. De modo que dicha solución sólo engendró nuevos y mayores conflictos, los cuales no se vinieron a resolver, sino hasta que el referido decreto se derogó, por las reformas propuestas por el legislativo al Código Civil para el Distrito Federal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de julio de 1993. Reformas vulgarmente conocidas como la "Ley Inquilinaria", mismas que motivaron otro grave

⁵⁰ Cfr. GUTIERREZ Y GONZALEZ, *Ensayo Derecho de las Obligaciones*. México 2001, 466 in fine.

descontorno social, el cual se dirimió a través del decreto publicado el 23 de septiembre de 1993 por el cual se ordena que dichas reformas no entraran en vigor sino hasta el 19 de octubre de 1998.⁵¹

De lo antes referido, se pone de manifiesto la exigencia de aplicar los principios señalados por la Teoría de la Imprevisión cuando una situación requiere la intervención del Gobierno para la revisión o ajuste de los contratos. Aun cuando esto sólo se dé en casos de excepción, bajo situaciones de emergencia y pese a que el orden legal normalmente aplicable rechace rotunda e históricamente tales pautas.

Se debe destacar que en el caso particular de México los ajustes realizados a los contratos fueron efectuados a través de la aplicación de un ordenamiento legal emergente de observancia obligatoria; de tal suerte que el reajuste contractual se llevó a cabo de manera legislativa y no judicial, pese a que se traten de decretos del ejecutivo en uso de su facultad reglamentaria y legislativa emergente. Facultades previstas por nuestra Constitución en sus artículos 29, fracción I del artículo 89, incisos 1º y 2º de la fracción XVI del artículo 73 y 131.⁵²

Por lo antes expuesto se evidencia, que cuando la realidad y exigencia social hacen necesaria la modificación de cánones o principios ancestralmente observados, es posible y, además, imprescindible buscar el mantenimiento de la justicia, el bienestar y la paz social; antes que obstinarse en cumplir inflexiblemente los principio de un orden legal, que no responde a las irrefutable exigencias que impone el devenir histórico.

Tras haber mostrado el modo en que la Teoría de la Imprevisión ha evolucionado mediante su inclusión en diversos ordenamientos legales; en el capítulo siguiente se dará paso al análisis de la misma en su concepción doctrinaria, a través del análisis de los más sobresalientes estudio que al respecto se han elaborado; para posteriormente exponer las razones motivos y argumentos lógico jurídicos que fundan la aplicación de la Teoría en estudio, así como sus elementos y condiciones de procedibilidad, su ámbito de aplicación y los efectos que la misma produce.

⁵¹ Remedio cuya única finalidad fue lograr la amnesia popular y postergar un conflicto social, para que éste sea resuelto por una futura administración.

⁵² Cfr. CARPIZO MCGREGOR, Jorge. *Estudios Constitucionales*, México, 2000, p 64 in fine

CAPITULO TERCERO.

3. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN DOCTRINAS, MOTIVOS Y FUNDAMENTOS PARA SU APLICACIÓN Y CONSECUENCIAS.

A lo largo del presente capítulo, se desarrollará una breve exposición de las Teorías Doctrinarias, más destacadas que fundamentan jurídicamente, la aplicación de la Teoría de la Imprevisión; enfatizando las razones motivos y argumentos lógico jurídicos que soportan la correcta aplicación de la Teoría en estudio, así como los elementos y condiciones de procedibilidad de la misma, para posteriormente analizar el ámbito de aplicación y los efectos que Teoría en estudio producen.

3.1. CORRIENTES DOCTRINARIAS QUE FUNDAMENTAN LA PROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

Con un carácter didáctico, y en busca de una más fácil comprensión y análisis de las diversas corrientes de pensamiento que han pretendido encontrar los mejores argumentos para justificar la aplicación de la Teoría en estudio; se clasificaran esas Doctrinas en cuatro categorías de acuerdo al principal elemento en que descansa su argumentación, las cuales a su vez habrán de ser subdivididas acorde a cada una de la Tesis que las componen. Doctrinas, Tesis y argumentos que ahora son expuestos:

DOCTRINAS DE LA CAUSA CONCRETA O BASADAS EN UNA VOLUNTAD PRESUNTA DE LAS PARTES O CONTRATANTES.

Doctrinas caracterizadas por que encuentran como la base y principal fundamento de la Teoría en estudio en la idea de la real voluntad de los contratantes.

Teoría de la Voluntad Eficaz.

Tesis sostenida por Kauffman, quien afirma que en todos los contratos tácitamente existe la cláusula *Rebus Sic Stantibus*.⁵³

De modo que esta doctrina pretenden dar nueva vida a la cláusula *Rebus Sic Stantibus* afirmando que ésta debe considerarse implícita en todo contrato.

Más debe quedar en claro desde este momento, que se cree que dicho planteamiento no implica desconocer la fuerza del contrato sino, deducir del mismo lo que las partes han querido realmente, aquello que en verdad buscaban al contratar partiendo de la base de que las circunstancias no habrían de alterarse sustancialmente.

Esto es, mientras el principio *Pacta Sunt Servanda* procura la conservación y exacto cumplimiento de los contratos, en tanto éstos no hayan sufrido modificación alguna, por ser ello acorde a la buena fe, resultado inminente de la manifestación de voluntad acorde al principio de

⁵³ Cf. GARRIDO, Roque Fortunato y ZAGC, Jorge Alberto. *Contratos Cules y Mercantiles*. T.I, Argentina, 1993, p.p.329-330

la autonomía de la voluntad. La cláusula *Rebus Sic Stantibus* bajo el amparo de esa misma buena fe y procurando la conservación de lo que realmente la manifestación de voluntad de las partes pretendía; ante la alteración de las condiciones y circunstancias en que dicho acto fue celebrado, pretendiendo un real respeto al principio de la autonomía de la voluntad busca el reajuste de dichos extremos a la realidad imperante al ejecutarse tal acto jurídico.

Como es evidente esta teoría retoma el pensamiento de los posglosadores, y aporta una visión compatible entre la cláusula *Rebus Sic Stantibus* y el principio *Pacta Sunt Servanda*, para sustentar que la necesidad de aplicación de la Teoría en estudio, no resulta contraria a dicho aforismo.

Teoría de la Presuposición.

Desarrollada por Windscheid, doctrinario que consideró en sus célebres Pandectas que las partes contratantes sólo incluyen en el contrato, en forma expresa, aquellas condiciones que si no se consignaran podrían dar lugar a discusión pero omiten insertar aquellas otras que se tienen por presupuestas por derivarse naturalmente de las circunstancias ambientales en que se actúa. Donde tanto las primeras como las segundas reflejan la voluntad común de las partes. Por consiguiente, una profunda alteración de las circunstancias que transforme fundamentalmente lo que las partes han tenido por existente permanentemente, tornando excesivamente onerosa la prestación de una de ellas, requiere un remedio que evite una flagrante injusticia.⁵⁴

Toda vez que según afirma el autor en cita, las parte al contratar manifiestan su voluntad condicionada, de tal suerte que ésta sólo tendrá validez si se mantienen los supuestos de hecho tomados en consideración por el emite de la voluntad al contratar. Tal suposición viene ha ser un límite a la voluntad real de las partes por lo que de no ajustarse tales supuestos a la realidad que prevalezca al momento de la ejecución del acto jurídico, los efectos que éste produzca no se ajustaran a la verdadera voluntad pretendida por las partes.

La presuposición puede aparecer como una adición expresa en la declaración de voluntad o bien ser el resultado del contenido de esta misma declaración aun sin haber sido declarada de manera exprese. Así la presuposición es una condición no desarrollada pero igualmente eficaz, que condiciona la declaración de la voluntad de los contratantes, ya que quien emite su voluntad la restringe bajo una presuposición de que los efectos jurídicos de dicha emisión de voluntad sólo subsistirán mientras se mantenga en un cierto estado las cosas; es decir, mientras las condiciones imperantes al manifestar la voluntad permanezcan iguales. Situación que no se ha manifestado como una condición expresa por considerar que tal presuposición no puede dudarse ante el contenido de la declaración expresa de la voluntad.

Es más, dicha presuposición no se ha manifestado de manera expresa por que no se ha considerado bajo una razonable previsión que dichas condiciones puedan verse alteradas

En la presuposición se tienen siempre la expectativa de un acontecimiento futuro, posteriormente determinado y previsible, por lo cual el declarante subordina la obligación a tal presuposición como si se tratase de una condición, para el exacto cumplimiento de las obligaciones contraídas.

⁵⁴ TERRAZA MARTORELL, Juan. Op. Cit, p.p 114 in fine.

Esta teoría es criticada por Terraza quien señala que la tan referida condición que implica la aludida presuposición resulta diferente del desajuste de las prestaciones, real motivo de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.⁵⁵

Por su parte Lenel, citado por Terraza, en contra de la tesis en comento anota que la misma refiere un acontecimiento futuro previsible y no sobreviniente e imprevisible, por lo cual la misma no explica realmente la necesidad de aplicación de la Teoría de la Imprevisión. Agregando que la validez de los negocios es independiente de los motivos de las partes que lo realiza "sería injusto que una de las partes pudiera dejar sin efectos un negocio jurídico, invocando creencias que en su momento no procuro formular debidamente".⁵⁶

Sin embargo, a este respecto el propio Windscheid había argumentando que la presuposición de las condiciones en que el contrato se celebró, hace que su alteración por hechos imprevisos y sobrevinientes los cuales hagan que el supuesto no corresponda a la realidad del contrato lo disuelven. Ya que las cosas no puestas en el contrato si pueden ser presupuestas ya que son las creencias de las partes y por ello mismo no son puestas sino creídas.⁵⁷

A favor de ésta teoría Alfredo Orgaz, quien también le denomina metafóricamente subsuelo del contrato, afirmar que: "lo que forma este subsuelo es lo que ambas partes han creído esencialmente o han presupuesto en común, lo que ambas han tenido como cierto, aquello con que las dos han contado de antemano, sin decirlo y aun sin pensado concretamente. Todavía más: "no es en rigor lo que han presupuesto ambas partes consideradas individualmente, sino más bien lo que presuponen y habrían presupuesto cualquiera contratante en análogas circunstancias y con relación al mismo contrato."⁵⁸

La presuposición ha tenido el mérito de poner de manifiesto la importancia del estado de hecho para la formación del consentimiento. Por lo que la resolución del contrato depende de la cesación del convencimiento por el cambio de aquellos hechos objetivos que sin ser observados por las partes en pactos expresos, fueron el presupuesto necesario para la emisión de la voluntad de los contratantes.

Sin embargo, esta tesis adolece de poseer un enfoque subjetivo que resulta difícil sostener y más aún casi imposible comprobar ante un tribunal.

Teoría de la Desaparición de la Base del Negocio Jurídico.

Teoría de origen Alemán, la famosa *Geschäftsgrundlage* es atribuida al ingenio del jurista germano Oertman quien señala lo grave que puede resultar tomar en cuentas la presuposición unilateral no conocida por el otro contratante, ni aprobada por éste. Por lo cual replantea la teoría de la presuposición bajo las siguientes bases:

"Si hemos de referirnos a una presuposición ésta ha de ser de carácter bilateral, elevada expresa o tácitamente a elemento integrante del contrato. Ya que en ocasiones los contratantes de manera cognoscible desean apoyar los efectos del negocio jurídico sobre las bases de un hecho determinado, no elevado a condición, simplemente por suponerlos de indudable cumplimiento

55 Cfr. *Ibidem* p. 119.

56 *Ibidem* p. 121.

57 Cfr. *Ibidem* p. 116.

58 FLAHER, Lily R et al. Op. Cit. p.p. 10 y 11.

futuro. Este hecho no constituye una condición, pero al no considerarlo se inicia en contra del deseo y los intereses de las partes, puesto que no resulta erróneo considerar tal presuposición como base del negocio y elemento esencial de la existencia de éste, aun cuando no se hubiese estipulado expresamente. En este sentido la desaparición de la base del contrato, por la alteración sobreviniente de las condiciones en que éste se celebra, dará al interesado el derecho de resolución o denuncia de su obligación.⁵⁹

Dicho derecho de resolución deriva, según el propio Oertman, de la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte: o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial. Así que si uno de los contratantes ha conocido la referida suposición al momento de contratar y no ha manifestado su desaprobación, se debe entender que éste también hace suya tal suposición, por lo que al momento de sobrevenir nuevas circunstancias imprevistas, aquella suposición deviene inexistentes y, por tanto, ello justificará plenamente la resolución del contrato.

Karl Larenz expresa que la tesis en comento posee un fundamento subjetivo que es "la representación mental o esperanza de ambos contratantes por la que en conjunto se han dejado guiar al concluir" y otro fundamento de carácter objetivo "el conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato subsista; según el significado de las intenciones de ambos contratantes; necesarios ambos para que pueda subsistir el consenso como regulación dotada de sentido."⁶⁰

Se debe hacer notar que el pretendido elemento de carácter objetivo que menciona el autor en comento, se encuentra subordinado a la intención de los contratantes, perdiendo de este modo toda objetividad.

La Teoría en estudio es criticada por el hecho de que su autor no dice jamás de manera concreta que es la base del negocio. Aunado a que, el no desaprobar la suposición de una de las partes no es suficiente para justificar la facultad de resolución de un contratante.

Si bien la tesis de la Desaparición de las Bases del Negocio, representa un avance en cuanto involucra como elemento justificante de la Teoría de la Imprevisión, la voluntad de ambos contratante o partes y hace referencia a acontecimientos futuros e imprevisibles. Esta tesis al igual que la anterior incurre en el error de no ir más allá de una cuestión subjetiva que si bien fundamenta y resuelve un problema de interpretación, no involucra los alcances de las soluciones que plantea la Teoría en estudio.

Teoría del Fin Propuesto por las Partes.

Locher desarrolla su teoría considerando que la finalidad propuesta por las partes debe considerarse puesta en el contenido del contrato. Por ello cuando las circunstancias de las que depende la posibilidad de alcanzar tal fin, se han alterado viniendo a menos, es necesario reconocer a las partes el derecho de rescindir o rehusar el contrato, siempre que el obligado no tuviese conocimiento de las circunstancias sobrevinidas que han alterado el fin contractual.⁶¹

⁵⁹ Ibidem p. 126.

⁶⁰ LARENZ, Karl et al. "Bases del negocio jurídico y el cumplimiento de los contratos" España, 1958. p.p. 23 y 24.

⁶¹ Cf. TERRAZA MARTOTELL, Juan, Op. Cit. p.p. 127 y 128.

Esta teoría considera que el presupuesto necesario de la voluntad de las partes estriba en la permanencia de las circunstancias objetivas, indispensables para lograr el fin propuesto por los contratantes. Por lo que, si un evento sobreviniente hace que dicho presupuesto se vea obstaculizado aun cuando esto sólo sea de una manera relativa, ello justificara la resolución del contrato puesto que de lo contrario, se estaría faltando a la voluntad misma de los contratantes.

La tesis en comentario es criticada por que su autor no menciona, como o cuando el fin propuesto por las partes debe considerarse puesto en el contenido del contrato. Sin embargo, se debe resaltar que esta teoría refleja un importante progreso en el sentido de que considera como base del negocio las circunstancias indispensables para la consecución del fin del negocio; es decir, parte de la importancia objetiva de las circunstancias como medio para lograr el fin del acto jurídico o contrato que prescinde de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

Teoría de la Base del Negocio.

Enneccerus pretende fundar el derecho de resolución de un contrato en el cual se han modificados las circunstancias en que originalmente fue pactado, por acontecimientos imprevisibles sobrevinientes en la siguiente consideraciones: Que en determinados casos las representaciones de los interesados sobre las circunstancias básicas, llegado el tiempo de la conclusión del negocio, desaparezcan por una alteración posterior de las circunstancias o bien cuando dichas circunstancias básicas no existían de antemano. Ya que en ambos casos, no siendo posible alcanzar el fin propuesto se podrá resolver el contrato.

Así, la base del negocio deberá ser considerada como las representaciones de los interesados al tiempo de la conclusión del contrato, sobre la existencia de ciertas circunstancias básicas para su decisión; en el caso de que estas representaciones no hayan sido meramente conocidas, sino constituidas por ambas parte como base del contrato.

Para Enneccerus en el caso de que el negocio surta efectos en el futuro, el contratante cuenta con que subsistan las circunstancias existentes al tiempo de concluir el negocio. Circunstancias que al alterarse justifican la resolución, ya que cuando tales representaciones más o menos conscientes desaparecen por una alteración posterior, desaparecen las bases del negocio y, por tanto, se hace imposible la subsistencia del mismo. Lo que también ocurrirá en los casos en que esas bases de antemano no existían.

Finalmente esta teoría propone la combinación de los factores objetivos y subjetivos que tesis precedentes mencionan, planteando una formula general que pretende dar solución a este problema; partiendo de que si la parte contraria procedió de buena intención, en atención al fin del contrato, se ha admitido que éste se ha hecho depender de las bases del negocio o circunstancias en que el mismo se celebró. Donde precisamente por esa buena fe se ha tenido que admitir, que al concluir el negocio, se tenga en cuenta la continuidad de las circunstancias en que éste se celebró. Por lo que concluye que el derecho de resolución es una exigencia apremiante de la buena fe.

Como se ve esta teoría a la par que desarrolla un argumento central consistente en la necesidad de existencia en todo momento de las bases del negocio, invoca el principio de la buena fe para sustentar la procedencia de la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión. Como ya se ha mencionado el primero de los argumentos vertidos posee una

reconocida importancia por su carácter objetivo. Sin embargo, el segundo de los argumentos expuesto por la tesis en comento, la buena fe, muy a nuestro pesar puede ser descartado ante una pura argumentación jurídica por tratarse de un elemento metajurídico y, por tanto, ajeno al derecho según los más estrictos criterio *iur positivistas*.

Teoría de la Voluntad Marginal.

Su autor Italiano Guiseppe Osti considera que: "La vida de la relación obligatoria depende de un estado de voluntad, que no surge sólo de una voluntad inicial única, por lo que en cada momento de aquella hay que reconducirla a un contenido particular actual, correspondiente a la voluntad del obligado."⁶²

Al respecto Dusi, citado por Osti, manifiesta que "en los contratos de prestaciones continuadas la voluntad está determinada, en el momento de la conclusión, por las condiciones de hecho entonces existentes que forman el ambiente objetivo en que aquella voluntad se desarrolla. Por lo tanto, si en una época posterior este ambiente se transforma, por un cambio no previsible, de tal modo que llegue a estar en contradicción con la voluntad manifestada, entonces, al cesar esta voluntad debe también cesar el vínculo contractual creado por ella."⁶³

Por su parte Enneccerus opina que "si esas circunstancias que son las bases no existen, hay un error, un defecto *Ad origine*, y si existen, los contratantes cuentan con que esas circunstancias se conserven para el futuro. De manera que si varían, quedan fuera del contenido del negocio y el contrato debe resolverse porque la alteración origina la desaparición de la base del negocio."⁶⁴

La tesis en estudio fue refutada por sus opositores por el hecho de que la voluntad manifiesta al contratar incluye sólo los riesgos ordinarios no los extraordinarios y mucho menos los imprevisibles siendo en tal caso necesario que expresamente se sujete a condición la permanencia del estado de circunstancias que prevalecían al celebrarse el contrato.

De tal suerte que se puede decir que todas las teorías fundadas en la voluntad presunta de las partes sin duda han aportado elementos de interés con respecto a la factibilidad de aplicar la Teoría de la Imprevisión; al poner de manifiesto la importancia que tiene el estado de hecho para la formación del consentimiento, el cual al ser alterado por circunstancias imprevisibles producen la alteración de un contrato ya existente y plenamente válido, desvirtuando los alcances, consecuencias, términos, cargas y fines perseguidos por las partes que lo celebraron.

Sin embargo, en todas estas teorías cabe la crítica realizada por Lenel en el sentido de que no es posible admitir el incumplimiento de las obligaciones contractuales por motivos puramente internos, ya sea de una o ambas partes contratantes. Ya que éstos no influyen en la eficacia de un contrato, toda vez que, como atinadamente señala Enneccerus para que esos motivos tengan trascendencia jurídica es necesario llevarlos al contenido del contrato, es decir, hacer de ellos una condición expresa, manifestada como tal en el clausulado del contrato.

⁶² Revista de Derecho Civil, año IV, Italia 1962. OSTI, Guiseppe. *La Clausula Rebus Sic Stantibus nel sviluppo storico* p. 79

⁶³ *Ibidem* p. 80

⁶⁴ LARENZ, Karl et al. *Op Cit.* p. 31.

A continuación se procederá a analizar la segunda categoría de Doctrinas que fundamenta la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

DOCTRINAS BASADAS EN UN FUNDAMENTO SOCIAL

Dentro de estas doctrinas destaca la importancia de la función principal que el Derecho posee y que es sin duda la de regulador social.

Teoría de Hauriou.

Este doctrinario pretende limitar el campo de aplicación de la Teoría de la Imprevisión al ámbito del derecho Administrativo, sin embargo, la teoría con la cual sostiene la procedencia de la misma reviste fundamental importancia ya que pone de manifiesto la importancia que tiene el elemento social en los contratos.

El autor en cita manifiesta que la finalidad de la Teoría de la Imprevisión es limitar los riesgos y la responsabilidad de los contratantes, por lo cual la misma sólo podrá ser legalmente aplicada en los contratos influidos por instituciones sociales, con base en un principio de justicia distributiva de los contratos conmutativos.

Al respecto realiza una curiosa distinción entre lo que denomina "riesgo imprevisible" y "riesgo previsible", afirmando que éste último se encuentra subordinado a los principios de justicia conmutativa, lo cual resume en la frase "cada uno soporta sus riesgos". Mientras que expresa que el riesgo imprevisible debe ser declarado común a las partes y distribuido equitativamente entre estas.

Por otra parte descarta la posibilidad de aplicar la Teoría en estudio a los contratos bilaterales argumentando que en este tipo de convenciones no existe comunidad de intereses; dado que las partes persiguen un beneficio personal, por lo cual al otorgar ambos contratantes su consentimiento la obligación que de ello nace son diversas para cada uno de éstos. Mas afirma que en los contratos con mezcla de institución, el elemento social significa el interés común y por ende el riesgo también común.

Por otro lado, Hauriou se declara partidario de la Teoría de la Imprevisión al sostener que la rigidez del contrato es producto de la teoría voluntarista, motivo por el cual sacrifica el elemento social cuya intervención debe ser en beneficio de la utilidad social, misma a quien le interesa mantener la vida económica y para lo cual es menester obligatorio equilibrar las probabilidades de ganancias y pérdidas; para lo cual se deben imponer en los contratos adecuados medios para corregir los casos en que por circunstancias extraordinarias e imprevisibles se vean desequilibradas dichas relaciones y, por tanto, incrementada de manera extremadamente grave la situación de uno de los contratantes.⁶⁶

Como se ha referido la presente tesis presenta el problema de limitar la posibilidad de aplicar la Teoría de la Imprevisión sólo al campo del derecho administrativo, sin embargo, habrá de considerarse que el equilibrio distributivo es un elemento que constituyen la esencia no sólo de toda contratación, sino de todo acto jurídico.

⁶⁶ Cfr. FLAHERTY, Liby R et al. Op Cit. p. 45

De tal suerte que la teoría de Hauriou aporta un elemento de contundente valor jurídico para sustentar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión; ello es la necesidad de observar la ecuación prestacional, es decir, la congruente igualdad que las prestaciones deben guardar y el Derecho en general debe procurar, no sólo al momento de contratar, como en el caso de la Lesión, sino durante toda la vida de un acto jurídico.

Teniendo vívidamente presentes los elementos antes aportados para sustentar la legítima posibilidad de invocar la Teoría de la Imprevisión, se procederá a realizar el análisis de la tercera de las categorías en que han sido clasificadas las doctrinas que pretenden fundar la procedencia de la Teoría en estudio.

DOCTRINAS FUNDADAS EN LA BUENA FE, LA EQUIDAD Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO.

Las doctrinas que se expondrán a continuación, en términos generales parten de argumentos tales como la justicia, la buena fe y la equidad.

De modo que los autores que se estudiarán en el presente apartado afirman que la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, se encuentra motivada en el concepto de la Buena Fe. Buena Fe que debe reinar en todo momento de vida del contrato, por lo que la ejecución de los mismos también habrá de realizarse de acorde a este principio rector del Derecho. Ya que no existirá Buena Fe en el acreedor que pretendiera exigir estrictamente el cumplimiento de una pretensión que en virtud de circunstancias extraordinarias e imprevisibles se ha tornado excesivamente onerosa para el deudor.

Cabe destacar que a este aspecto subjetivo, la Buena Fe, se ha agregado un argumento objetivo el de la Equidad. Toda vez que, el contrato supone la equivalencia de las prestaciones y en los casos de aplicación de la Teoría en estudio se han trastocado de tal modo las cosas, que se ha producido un profundo desequilibrio entre las prestaciones que incumben a una y otra parte. Razón por la cual habrá de reajustar dichas prestaciones en pro de la Equidad.

Pretendiendo con los argumentos antes expuesto equiparar la excesiva dificultad económica a la imposibilidad material y poniendo de manifiesto lo peligroso que resultaría oponer el derecho violentamente con la Equidad, las teorías que se expondrán a continuación buscan fundar y motivar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

Teoría del Equilibrio de las Prestaciones

Elaborada por Lenel, esta teoría expone que basándose en la Equidad, las prestaciones de las partes deben estar equilibradas, y ante la falta de este elemento, propone que se otorgue una indemnización que compense los daños ocasionados por las circunstancias y alteraciones imprevisibles. Lo anterior con el objeto de no dejar de lado el contrato, toda vez que éstos deben cumplirse siempre para procurar la estabilidad económica.⁶⁶

La tesis en comento presenta el problema de no definir ¿cual ha de ser la compensación a otorgar para el restablecimiento del equilibrio de las prestaciones?, ¿Cómo y cuando ha de

⁶⁶ Cfr. LARENZ, Karl et al. Op. Cit. p. 41 in fine.

cubrirse dicha indemnización? Y ¿quién ha de fijar el monto de los daños? Sin embargo, es rescatable el argumento tendiente a concebir un equilibrio de las prestaciones.

Teoría del Restablecimiento del Equilibrio Contractual

Su autor es Krückman, quien afirma que los casos de aplicación de la Teoría en estudio pueden ser agrupados en tres categorías:

Cuando surge una agrave incertidumbre en cuanto a la contraprestación. Caso en el cual es factible reconocer un derecho de rescisión, dado que la anormalidad radica en una circunstancia que incumbe a la contraparte.

Cuando se presenta la imposibilidad en cuanto al ejercicio de un derecho y los casos de prestaciones extremadamente onerosas. Hipótesis en la cual es posible brindar dos soluciones; permitir la modificación de las condiciones u obligaciones, o bien, otorgar el derecho de resolución de la obligación.

Pero el autor en cita aclara que para que el equilibrio de intereses se restablezca, se deberá reconocer, cuando la Equidad lo exija, un derecho de indemnización al otro contratante, de tal suerte que sus legítimos intereses no sean sacrificados del todo.⁶⁷

Si bien es clara y manifiesta la evolución que el pensamiento de los juristas antes citados se refleja en torno a la factible aplicación de la Teoría de la Imprevisión; no se puede dejar de anotar, la ya referida afirmación de que los argumentos por ellos esgrimidos, Equidad y Buena Fe, no soportan la crítica basada en una argumentación puramente jurídica, por tratarse de elementos metajurídicos y, por tanto, irrelevantes al Derecho según los más estrictos criterio *ius positivistas*.

A continuación se estudiara la cuarta y última de las categorías en que han sido agrupadas las teorías que buscan justificar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

DOCTRINAS FUNDADAS EN ARGUMENTOS JURÍDICOS.

Las doctrinas que se estudiarán a continuación basa la posibilidad de aplicar la Teoría de la Imprevisión en argumentos reconocidos por el propio Derecho; realizando un sendo análisis de los principios e instituciones jurídicas que superficialmente podrían considerarse afectadas por la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría en estudio. Armonizando dichos extremos y constatando que la Teoría de la Imprevisión encaja plenamente con la totalidad del sistema jurídico germano-romano y principios tales como el Pacta Sunt Servanda, la autonomía de la voluntad y la seguridad contractual, pilares ancestrales del mismo.

Teoría de la Situación Extracontractual.

Con esta tesis, su autor Bruzin sostiene que partiendo de la voluntad contractual se llega a la ineludible conclusión que el contrato es la Ley entre las parte, excepto cuando un hecho sobreviniente crea una situación extracontractual, que sobrepasa los límites del contrato. Ya que con ésta hipótesis se entra en el campo de la Teoría de la Imprevisión.⁶⁸

⁶⁷ Cfr. TERRAZA MARTOTELL, Juan, Op. Cit. p.p. 62 y 63.

⁶⁸ Cfr. BADENES GASSET, Ramon. Op. Cit. p. 38.

Pese a que la tesis en análisis sostiene una lucida argumentación jurídica sostenible ante la más dura crítica ius positivista; es criticada por referir una situación extracontractual que resulta ser una ficción jurídica. Crítica que posee vigencia, si dicha ficción es separada de un análisis de la realidad. Por lo que se considera que la Teoría de la Situación Extracontractual tendrá vigencia relevancia siempre que se apoye en la realidad. Realidad que refleja el hecho fáctico del cambio de condiciones y circunstancias que motiva un acontecimiento imprevisible sobreviniente.

Tesis del Hecho Jurídico.

El Jurista Argentino Carlos Cosío refiere que el cambio de un acto jurídico en un hecho jurídico se actualiza cuando se presentan los supuestos requeridos para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión. Ya que el acto se transforma en un hecho jurídico, por la alteración de las circunstancias en que se celebró dicho acto, dado que los hechos sólo compelen a ser cumplidos cuando la Ley les imputa dicha obligatoriedad, mientras que los actos jurídicos, son celebrados para cumplirse de forma voluntaria; resulta por lo tanto que debemos entender que: "El acto jurídico esta prometido como actuación, por eso un contrato puede ser de ejecución diferida o sucesiva. En cambio el hecho jurídico no puede ser prometido, se le encuentra ya dado haciendo una situación jurídica o haciendo una nueva situación."

De donde al darse esta nueva situación jurídica, se presenta una alteración en lo pactado, de tal manera que si el perjudicado por esta alteración cuantitativa cumpliera con la obligación surgida del hecho jurídico procuraría su propia ruina. Dada cuanta que ahora la situación del deudor es otra de por si y la cual se agrava con el contrato por cumplir. Situación que no es dable exigir "cuando el acto jurídico así afectado, se ha transformado en un hecho jurídico".⁶⁹

De donde el autor en cita concluye que el fundamento de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión es una nueva forma de la fuerza mayor, la cual no acarrea la imposibilidad absoluta de cumplir con las obligaciones contraídas; sino que solamente agravan de manera excesiva dicho cumplimiento y ante esta situación el Derecho como cosa viva y dinámica debe adecuarse a la realidad.

De modo que al presentarse los supuestos de aplicación de la Teoría de la Imprevisión un Acto Jurídico caracterizado por la coincidencia entre la voluntad de su autor y los fines obtenidos; se torna en un Hecho Jurídico toda vez que la voluntad de su autor no se ajusta a los resultados obtenidos.

Es importante subrayar dos de los argumentos aportados por la doctrina en estudio para sustentar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión y estos son:

El innegable cambio de situación que acarrea la alteración de las circunstancias y condiciones bajo las cuales fue celebrado un acto jurídico, al presentarse un acontecimiento imprevisible. Y,

El indiscutible hecho de que el Derecho debe ser adecuado a la realidad que pretende regular, ya que de lo contrario pierde totalmente su sentido.

⁶⁹ COSIO, Carlos. *La Teoría de la Imprevisión*. Argentina, 1961. p.p. 29,34 y 35.

Bien, hasta aquí con las doctrinas que pretenden fundar la adecuada posibilidad de invocar los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión; ahora continuando con el estudio que se ha emprendido en busca de los motivos para la aplicación de la Teoría en estudio. Se analizarán las razones y argumentos que se han considerado contundentes para motivar la aplicación de la misma.

3.2. RAZONES, MOTIVOS Y ARGUMENTOS LÓGICOS Y JURÍDICOS QUE FUNDAMENTAN LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

Como se ha expuesto, han sido enarbolados innumerables argumentos para justificar la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión y justificar con ello la supuesta ruptura que la misma entraña de los tan alegados principios de seguridad jurídica, certidumbre negocial y exacto cumplimiento de los contratos que se ciñen al inamovible aforismo *Pacta Sunt Servanda*. Principios a los cuales se afirma es antagónica la Teoría en estudio. Postura que como ya se ha referido es considerada inexacta como se dilucidará al hacer referencia a los motivos que se consideran justifican de mejor manera la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

Se dará comienzo a la búsqueda de los fundamentos de la Teoría en estudio, con los principios de equidad y buena fe, los cuales se cree deben ser observados en los actos jurídicos, no sólo al momento de su celebración sino durante toda la vida de los mismos y con mayor ahínco llegada el tiempo de su ejecución.

LA EQUIDAD Y BUENA FE

Estos argumentos como normas *ius naturales* y principios generales del Derecho han sido los más blandidos por los simpatizantes de la Teoría de la Imprevisión. Ya los posglosadores los referían como base de la primigenia cláusula *Rebus Sic Stantibus*, la cual se considera que no contraviene los extremos impuestos a los contratos por la *Pacta Sunt Servanda*, sino por el contrario, en apego al principio de Buena Fe que da origen y soporte a ambas cláusulas, la complementa.

Tal complementariedad se contempla mejor, cuando se observa detenidamente cual es la base y principal fundamento del aforismo *Pacta Sunt Servanda*. Lo que ineludiblemente conduce al principio de la Buena Fe, como razón esencial para obligar al debido cumplimiento de las obligaciones contraídas. Principio que igualmente sirve de base a la cláusula *Rebus Sic Stantibus*, para permitir la revisión y reajuste de las obligaciones contraídas cuando estas se ven modificadas porque las condiciones y circunstancias en que fueron pactadas se han visto también alteradas. Por tanto, ambas condiciones *Pacta Sunt Servanda* y *Rebus Sic Stantibus* no resultan antagónicas, sino las dos caras de una misma moneda.

En este sentido, para el jurista español Juan Terraza Martorell, "el principio de la Buena Fe y la Equidad son el medio más idóneo para legitimar la resolución o bien la modificación del contrato, cuando al sobrevenir eventos imprevistos la prestación deviene tan onerosa que exigir su ejecución causaría al obligado una excesiva ruina económica."

Al respecto Luis Josseread, citado por Terraza, opina: "Las partes no pueden prever expresamente todas las eventualidades posibles, su acuerdo formal está limitado a lo esencial, por lo demás es la Ley o el Juez quienes en caso de conflicto interpretan la voluntad o la suple,

conforme al espíritu del contrato y de la institución con un sentido de equilibrio" "Ya que un contrato concluido de buena fe no produce derechos estrictos, sino limitados tanto en su realización como en su contenido" y siempre dentro del ámbito de la equidad.

Nicolás Pérez Serrano, citado por Terraza, afirma que: "los principios de equidad y buena fe constituyen la elevación de lo estrictamente jurídico a lo integralmente humano, al terreno de los supremos postulados éticos que siempre han operado como prudente válvula de seguridad, para acomodar flexiblemente la rigidez de normas y pactos a lo que exige un sano sentimiento de justicia". 70

De modo que los principio de Equidad y Buena Fe deben ser considerados como fundamentos esenciales para la aplicación de la Teoría en estudio. Al mismo tiempo éstos principio pueden ser contemplados como los más idóneos argumentos para refutar la afirmación de que la Teoría de la Imprevisión es contraria al principio de exacto cumplimiento contractual. Toda vez que, el exacto cumplimiento de los contratos carece de valor lejos de la misma Buena Fe que lo sustento. Sin embargo, estos fundamento, la Buena Fe y la Equidad, lamentablemente no soportan el embate de una critica fundada en argumentos de la más pura teoría ius positivista; argumentos que refutan que al tratarse de fundamentos de índole metajurídicos no deben considerarse como legal fundamento en contra de la seguridad jurídica que ante todo debe imperar para el mantenimiento de un orden jurídico positivamente valido y eficaz.

Tales afirmaciones son consideradas como desatinadas y contrarias a los fines propios del Derecho; toda vez que si el fin ulterior de éste ha de ser el mantenimiento de un orden jurídico, el cual se contraponen radicalmente a satisfacer las necesidades y exigencias de los individuos, por y para quienes fue creado, resulta irrelevante su positiva validez y total eficacia.

Otro de los principales argumentos que dan base a invocar la Teoría de la Imprevisión es el que afirma que una vez reunidos los elementos de aplicación de ésta, la obligación que se exige no corresponde a la voluntad de las partes que celebraron tal acto.

LA AUSENCIA DE VOLUNTAD EXPRESA.

Las afirmaciones que sostienen el argumento de la ausencia de voluntad expresa de las partes, para justificar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión; descansan en los razonamientos siguientes:

Las obligaciones al verse afectas por la alteración de las bases en que se pactaron adquieren un carácter distinto al que las partes pretendieron al contratar. Es decir, la modificación de las obligaciones como consecuencias, de que un contrato se ve alterado por un hecho razonablemente imprevisible, hace de estas obligaciones, también cosas distintas. Ya que dichas obligaciones son diferentes a las acordadas por las partes y, por tanto, no han sido consentidas, perseguidas o deseadas por las mismas.

Así, se puede afirmar que al presentarse un acontecimiento de índole imprevisible que modifica significativamente las obligaciones celebradas por las partes y toda vez que tales obligaciones son resultado de dicho acontecimiento y no de la voluntad de las partes quienes

70 TERRAZA MARTORELL, Juan, Op. Cit. p. 99 y 113.

señalaron obligaciones significativamente distintas. No existe voluntad expresa, o mejor dicho manifestación de la misma, que compela al obligado al cumplimiento de las prestaciones debidas. Dada cuenta que incluso se podría decir que se trata de obligaciones extracontractuales ya que la alteración que en las mismas se produjo las dejan fuera de los alcances del contrato al cual se pretenden atribuirse.

Como se ha mencionado a este respecto el Jurista Argentino Carlos Cosío refiere en el estudio doctrinal que desarrolla para justificar la aplicación de la Teoría en estudio; que las obligaciones de un acto jurídico afectado por los imperativos de aplicación de la Teoría de la Imprevisión se tornan en obligaciones propias de un hecho jurídico, ajenas y distintas al acto de manifestación de voluntad celebrado entre las partes.⁷¹

Es este argumento, la ausencia de voluntad expresa para obligarse a la ejecución y cumplimiento de prestaciones distintas a las pactas al celebrarse el acto; da sentido a oponerse a la afirmación que sostiene que la Teoría de la Imprevisión contraviene el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Toda vez que obligar a las partes al cumplimiento de obligaciones a las cuales no se sometieron, por ser éstas diferentes a las obligaciones contraídas por las mismas, es lo que realmente resulta contrario a su voluntad y, por tanto, contrario a dicho principio. Así la Teoría en estudio, en virtud de la cual se busca dar cumplimiento a la real voluntad de las partes, al acatar la verdadera voluntad de las mismas, resulta ser la única forma de respetar realmente el principio de la autonomía de la voluntad; En los supuestos y a priori que permiten la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

En todo caso, se debe recordar que el acuerdo o emisión de la voluntad se dio para y por lo previsible, no para lo imprevisto e imprevisible, por lo que el cumplimiento de un acto jurídico no puede ser exigido cuando dichos acontecimientos imprevisibles se presentan; dada cuanta que, en este supuesto se han excedido los límites de lo acordado.

De las afirmaciones anteriores se podría inclusive inferir que un acto jurídico que reúne los requisitos de procedibilidad para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, es un acto afectado de nulidad absoluta sobreviniente, siguiendo con la denominación utilizada por nuestro Código Civil. Dada cuanta que, según las razones antes anotadas, llegado el momento en que dicho acto jurídico es alterado por un acontecimiento imprevisible, carece del elemento esencial de existencia que es la manifestación de voluntad de las partes que lo celebraron, en relación con las obligaciones pendientes de ejecutar.

Por otra parte, la excesiva onerosidad o el serio detrimento patrimonial que sufriría la parte a la cual se le impusiera el cumplimiento de una obligación; se suma a los argumentos antes expuesto respecto que tal obligación carece de una manifestación de voluntad exprese y también que misma resulta contraria a los principios de Equidad y Buena Fe.

Así como de los argumentos que sostienen la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, resulta precisamente de la excesiva onerosidad.

⁷¹ COSÍO, Carlos. Op. Cit. p.34

EL DESEQUILIBRIO PRESTACIONAL.

Este argumento se basa en el hecho de que al celebrarse un acto jurídico, éste fue concebido tomando en consideración un balance equivalente de las prestaciones que el mismo generaría, ello es manteniendo una ecuación prestacional. Igualdad entre las prestaciones que se ve quebrantada al presentarse un acontecimiento imprevisible que altera radicalmente las condiciones y circunstancias de ejecución de dicho act. De tal modo que la alteración que entraña una excesiva onerosidad sobreviniente, engendra a su vez el desequilibrio prestacional del acto; el cual sólo podrá recuperarse mediante la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión.

Al respecto Ripert y Boulanger afirman que la revisión del contrato se pide en realidad, no por causas de imprevisión, sino porque el equilibrio de las prestaciones, que existía en el día de la celebración del contrato, se ha roto en el curso de su ejecución. Hay aquí una lesión posterior al contrato. Poco importa, en consecuencia, que las partes lo hayan previsto o no. Una consideración de justicia conmutativa es la que hace pedir la revisión.⁷²

De este modo se puede concluir que:

La equidad y la buena fe son los principios que acreditan la armónica convivencia del cumplimiento de los contratos bajo las condiciones *Pacta Sunt Servanda* y *Rebus Sic Stantibus*, dependiendo de las circunstancias del caso concreto. Principios que también fundamentan la necesidad de contemplar los argumentos de la excesiva onerosidad y falta de voluntad expresa de las partes para justificar plenamente la aplicación de la Teoría en estudio.

Para satisfacer plenamente el Principio de la Autonomía de la voluntad, ante la presencia de los supuestos de aplicación de la Teoría de la Imprevisión se hace necesario la aplicación de los remedios propuestos por esa teoría; toda vez, que el acto jurídico para el cual de manera expresa manifestaron su voluntad las partes, varía tan radicalmente que las prestaciones que del mismo se desprenden no son las obligaciones convenidas por aquellas. Y, por tanto, dichas prestaciones no cuentan con la voluntad de las partes para conservar su carácter obligatorio.

Ante la Excesiva onerosidad producida por un acontecimiento imprevisible, situación que trae como consecuencia la ruptura del equilibrio prestacional y con ello una lesión sobreviniente para una de las partes, se hace indispensable la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión. Ello con el propósito de que el Derecho conserve su real razón de ser.

Así, todos los argumentos antes vertidos se interrelacionan entre sí, entrelazando en su conjunto la sólida base que motiva la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

Tras haberse expuesto las doctrinas y argumentos que motivan la aplicación de la Teoría de la Imprevisión cuya *ratio iuris* se encuentra en el balance y reequilibrio de la ecuación prestacional de las obligaciones realmente pactadas por las partes, ajustándolas a los principios de equidad y buena fe; y una vez aclarado que la Teoría en estudio busca la conservación, cumplimiento y consecución de los fines propuestos por la real voluntad de la o las partes. Se

⁷² Cfr. FLAHERTY, Lily R et al Op. Cit. p. 60.

procederá a estudiar los elementos y condiciones que a priori se han de reunir para invocar los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión, para de este modo poder estar en facultades de indagar cual es el ámbito de aplicación de la misma.

3.3. ELEMENTOS Y CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN:

Como se ha referido, en diversas ocasiones, múltiples son los textos realizados en torno a la Teoría en estudio; razón por lo cual se dará comienzo al estudio de los elementos y condiciones de aplicación de la misma exponiendo la opinión de algunos de los autores de dichos escritos:

Planiol refiere que las condiciones indispensables para la aplicación de los remedios propuestos por Teoría de la Imprevisión son los siguientes:

- ◆ Que el contrato produzca prestaciones futuras, ya sea que se trate de contratos de prestaciones sucesivas o bien de prestación diferida. Para este autor los contratos aleatorios y los puramente especulativos quedan excluidos de la aplicación de la Teoría en estudio
- ◆ Que la alteración en el valor de los servicios o las cargas, constituya una lesión desproporcionada en relación con la ventaja prevista en el contrato. En otras palabras, que el resultado de la ejecución del contrato exceda considerablemente las previsiones que racionalmente pudieron haberse realizado al tiempo de la celebración del mismo por una persona diligente. Por ello, este autor sostiene que el contrato deberá ser respetado mientras la injusticia no sea intolerable y sólo en caso contrario ser revisado con el propósito de realizar una equitativa distribución entre las partes de los beneficios y pérdidas sobrevinientes.⁷³

Acorde a lo dispuesto por la legislación civil francesa contemporánea al desarrollo de su estudio Planiol excluye la posibilidad de aplicar los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión a los contratos con obligaciones consistentes en prestamos de dinero, aun cuando se produjese una alteración en el valor de la moneda liberatoria.⁷⁴

Por su parte Héctor M. Arce Gutiérrez señala que las condiciones necesarias para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión son las siguientes:

- ◆ Que se trate de contratos de prestaciones sucesivas o de ejecución diferida, excluyendo también a los contratos aleatorios.
- ◆ Las circunstancias ha considerarse son únicamente las imprevisibles y extraordinarias.
- ◆ El cambio en las circunstancias debe ocasionar un desequilibrio realmente grave entre las prestaciones, o bien aumentar de un modo excesivo y desproporcionado la onerosidad de la obligación.

⁷³ Cf. PLANIOL, Marcel & RIPERT, George. *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*, T. IV, p.p. 561-563.

⁷⁴ El artículo 1895 del Código Civil Francés establece la prohibición de reajustar los contratos con obligaciones consistentes en prestamos de dinero, aun cuando se presentara una alteración en el valor real de la moneda pactada.

- ◆ El deudor no debe haber estado ya constituido en mora al momento de producirse las nuevas circunstancias.⁷⁵

Para el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de nuestra Nación Juventino V. Castro y Castro se hace necesaria la aplicación de la Teoría en estudio siempre que se trate:

- ◆ Obligaciones de tracto sucesivo o difidas en su cumplimiento, excluyéndose las aleatorias.
- ◆ Donde con posterioridad al momento de contraer la obligación ocurra un hecho extraordinario e imprevisible.
- ◆ Se trate de una alteración genera, nacional o regional, mas no de circunstancias personales del deudor.
- ◆ Que tal acontecimiento extraordinario e imprevisible convierta el cumplimiento de la obligación en excesivamente oneroso.⁷⁶

Como se ha visto, ya sea que se haga referencia a una lesión desproporcionada que produzca una injusticia intolerable; o bien, se trate de un desequilibrio grave de las prestaciones que propicie una excesiva y desproporcionada onerosidad. Los autores antes citados coinciden en señalar cuales son los requisitos indispensables para solicitar la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión; de modo que a continuación se expondrán de manera sistemática cuales son dichos requisitos de procedibilidad y las características que, los mismo, han de poseer para una correcta aplicación de la Teoría en estudio. Siendo el primero de dichos requisitos es:

UN ACONTECIMIENTO IMPREVISIBLE.

La presencia de un acontecimiento imprevisible, ya se trate de un acto o hecho jurídico, sea este último producto de un fenómeno natural o resultado de la actividad humana; y el cual altere las condiciones y circunstancias de ejecución del acto jurídico y, además, posea las características siguientes:

Que tal acontecimiento pueda ser calificado como imprevisible, lo que deberá interpretarse como que el mismo escapa a la prudente previsión de las partes al momento de otorgar su consentimiento.

Que la realización del acontecimiento imprevisible sea ajena a la voluntad de las partes y motivado por acontecimientos externos. Es decir, que no sea consecuencia mediata ni inmediata de la intervención culposa o dolosa de las partes e inclusive sea independiente a la voluntad de las mismas.

Por lo anterior, tal acontecimiento, además, deberá tener un carácter extraordinario e inevitable. Y ello justifica que se afirme que quien invoque la Teoría de la Imprevisión no deberá encontrarse en mora, a no ser que esta ultima circunstancia sea resultado directo e inmediato de la

⁷⁵ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. T V Vol. 1, México 1998, p. 251.

⁷⁶ Cfr. CASTRO Y CASTRO, Juventino V. *La Suprema Corte de Justicia ante la Ley Justa estudios Constitucionales México 2001*. p.p. 70 in fine y 71.

alteración de las condiciones y la excesiva onerosidad sobreviniente, que dio lugar ha invocar la Teoría en estudio.

Que se trate de un acontecimiento sobreviniente, o lo que es lo mismo que sobrevenga con posterioridad a la celebración del referido acto y con antelación a su ejecución. Y que dicho acontecimiento sea de carácter general.

Se debe destacar que en realidad es intrascendente que el acontecimiento considerado en sí mismo sea imprevisible, pues lo que interesa es que los efectos de ese suceso sí lo sean. Por lo tanto es el efecto del evento el que debe reunir las características antes referidas.

LA MODIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS Y CONDICIONES CONTEMPORÁNEAS A LA CELEBRACIÓN DEL ACTO JURÍDICO.

Como se ha referido, el acontecimiento imprevisible deberá producir como consecuencia inmediata la modificación de las circunstancias y condiciones contemporáneas a la celebración del acto jurídico, en virtud de lo cual se invoque la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión. De tal modo que esta modificación de las circunstancias y condiciones será el segundo de los elementos condicionantes para la aplicación de la Teoría en estudio, siempre que presente con relación a tales modificaciones las siguientes características:

Tener como consecuencias inmediatas la ruptura de la proporcionalidad de las prestaciones, dificultando el cumplimiento de la obligación pendiente, ya sea por que implique una excesiva onerosidad o extrema dificultad para la parte obligada o por que la contraprestación resulte no compensatoria. En otras palabras dicha modificación deberá producir el desequilibrio de la ecuación prestacional del acto jurídico, es decir, traer como consecuencia la ruptura del equilibrio de las prestaciones pendientes de ejecutar.

Que tal modificación propicie una excesiva onerosidad; tanto cuando acarree la ruina económica o material del obligado, como cuando amenacen la afectación de la salud, libertad o dignidad de quien deba cumplir con tales obligaciones.

Cabe hacer hincapié en el hecho de que la modificación sobreviniente de las circunstancias y condiciones contemporáneas a la celebración del acto jurídico, ha de ser consecuencia inmediata del acontecimiento imprevisible; y a su vez causa directa de una excesiva onerosidad, es decir, debe existe una interrelación o nexo causal entre todos los elementos de procedibilidad de la Teoría de la Imprevisión.

Por lo que respecta al último de los mencionados requisitos de aplicación de la teoría en estudio la excesiva onerosidad, ésta debe interpretarse como:

LA EXCESIVA ONEROSIDAD.

Puede consistir tanto en la agravación pecuniaria de la prestación de dar una cosa, como en la excesiva dificultad de hacer, cuando ello implica poner en peligro la vida o salud de quien tiene el deber de cumplir con dicha obligación. Incluso puede contemplar el supuesto, que dado

el cambio de las circunstancias una prestación resulte al momento de su ejecución contrario a los principios de quien habría de cumplimentarla.

Tal afirmación encuentra respaldo en los argumentos vertidos por jurista de la talla de Messineo, quien refiere que el remedio propuesto por la Teoría de la Imprevisión en cuanto a la excesiva onerosidad presupone en principio la existencia de una obligación de dar, es decir, el deber de prestación de cosa o bien. Sin embargo, si se actualiza la hipótesis de que llegado el momento de su ejecución un acto jurídico cuya obligación consiste en hacer, se ve alterado por un acontecimiento imprevisible que torna dicha obligación en una situación que pone en peligro la vida, la salud o es contraria a los valores de quien ha de realizarlo. Ello implica una agravación imprevisible de la prestación, una excesiva onerosidad, que puede ser reajustada mediante la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión. Ya que, la Teoría en estudio, debe ser aplicada aun cuando la excesiva onerosidad no verse sobre una desproporción económica o pecuniaria.⁷⁷

Con respecto a la excesiva onerosidad, doctrinarios como Candil han tratado de establecer los límites de lo que se debe entender por ésta. De tal suerte que, el citado autor propone que hay excesiva onerosidad cuando aparece un 30% más de ganancias o pérdidas de lo previsto en los contratos civiles y fija un porcentaje del 50% en los contratos mercantiles.⁷⁸

Pese a lo práctico que pudiese parecer a primera vista tal determinación se considera que ello no sería adecuado, ya que tal remedio podría apartarse de la realidad, dejando de lado las circunstancias particulares del caso en concreto. Situación que resultaría del todo lamentable, principal razón por las que en el presente trabajo se pugna por la revisión judicial de los actos jurídicos bajo la óptica planteada por la Teoría de la Imprevisión.

Resumiendo los remedios propuesto por la Teoría en estudio serán aplicables cuando un acontecimiento Imprevisible, extraordinario, inevitable, de carácter general, ajeno a la voluntad e intervención dolosa o culposa del obligado; produzca una alteración grave y extraordinaria de las condiciones normales de la vida social y del desarrollo ordinario de las actividades de negocios. De tal manera que las partes no se hubieran obligado de haber podido tener presente, dicha situación, ya que ello habría implicado obligarse desconociendo la ecuación prestacional que da equidad a todo acto jurídico, sometiendo una de las partes a una excesiva onerosidad.

De modo que por las condiciones y requisitos, a que se ha hecho referencia, para invocar la procedencia de la Teoría de la Imprevisión; ésta debe ser siempre considerada como una medida excepcional y extraordinaria.

La exigencia de requisitos y condiciones de procedencia para la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión, conducen a establecer cual ha de ser el campo de aplicación de la Teoría en estudio, ya que como se ha referido ha de aplicarse de manera excepcional y de modo restringido, como se verá a continuación.

3.4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN:

Antes se ha dicho, que la Teoría de la Imprevisión encuentra un fértil sustrato para su aplicación dentro de los contratos, cuando estos son: Bilaterales, Onerosos Conmutativos y de

⁷⁷ Cf. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil Comercial*. T.IV, Argentina 1964, p. 386.

⁷⁸ Cf. BADENES CASSET, Ramon. Op. Cit. p. 125.

Ejecución Futura, ya sea porque ésta sea diferida, periódica, continuada o de tracto sucesivo; o bien cuando los mismos se encuentran sujetos a un término inicial o una condición suspensiva. Toda vez, que en estos casos se presenta un intervalo de tiempo, entre la celebración y la ejecución del contrato; periodo temporal durante el cual pueden suscitarse un acontecimiento imprevisto que haga variar las circunstancias que imperaban en el momento de su celebración y ocasionar que las recíprocas prestaciones debidas entre las partes se tornen inequitativas, desiguales e injustas, ante la presencia de una excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes.

De modo que en el presente apartado se analizarán cuales son las razones por las que se consideran necesarias las referidas características de los contratos propuestos como el ámbito de aplicación de la Teoría en estudio, así como de manera general será establecido el ámbito de aplicación de la misma.

ACTOS JURÍDICOS DE EJECUCIÓN FUTURA

Tanto Planiol como Arce Gutiérrez afirman que la Teoría de la Imprevisión se aplicará en tratándose de contrato que produzca prestaciones futuras. Ya sea que se trate de contratos de prestaciones sucesivas o bien de prestación diferida.⁷⁹

En este sentido Julián Bonnacase sostiene que la Teoría en estudio puede ser aplicable a los actos jurídicos, no restringiéndola a los contratos pese a que afirma que en éstos últimos se presenta con mayor frecuencia. Condicionando la aplicación de la Teoría de la Imprevisión a que se trate de Actos de Tracto Sucesivo o de Cumplimiento Diferido; llegando a ser posible su aplicación en Actos Unilaterales cuando se realicen a futuro y en tanto no haya llegado el término de su ejecución.⁸⁰

Con respecto a esta primera característica, de los actos jurídicos susceptibles de la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de Imprevisión, se debe destacar que se comparte el criterio seguido por Bonnacase; al no restringir el ámbito de aplicación de la misma a los contratos, sino extender el campo de aplicación de la misma a todo acto que reúna los elementos de procedibilidad que ahora se estudian.

De modo, que siempre que entre la celebración de un acto jurídico y la ejecución del mismo se presente un intervalo temporal que haga factible la presencia de un acontecimiento imprevisto, que modifique las obligaciones pactadas al tornar excesivamente onerosas las prestaciones debidas; se considera posible y necesaria la aplicación de la teoría en estudio. Ya sea que dicho periodo se presente por tratarse de un acto jurídico de ejecución diferida, periódica, continuada o de tracto sucesivo; o bien cuando el mismo se encuentre sujeto a un término inicial o una condición suspensiva. Es decir, en el ámbito temporal será aplicable la Teoría de Imprevisión siempre que la ejecución, del acto sometido a los remedios por ésta propuestos, se presente en un momento futuro distinto al de su celebración.

ACTOS JURÍDICOS BILATERALES

Siendo los actos bilaterales aquellos en los cuales se establecen obligaciones recíprocas entre las partes; y toda vez que el Derecho Mexicano reconoce la necesidad de interpretar las

⁷⁹ Cf. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. p. 252 y 258.

⁸⁰ Cf. BONNACASE, Julián. *Elementos de Derecho Civil*. T.II, México 1964 p.p. 350 y 351.

controversias que entorno a este tipo de actos se susciten aplicando el criterio de atender la mayor equidad entre las partes a la par de conservar la mayor reciprocidad de intereses; al establecer de manera expresa en el artículo 20 del Código Civil Federal lo siguiente:

Artículo 20: "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. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados."

Resulta congruente con dichos criterios jurídicos la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión en tratándose de Actos Jurídicos Bilaterales.

Aunado a lo antes referido, el Profesor Ramón Sánchez Medel justifica la necesidad de que se trate de contratos bilaterales para la correcta aplicación de la Teoría en estudio, al referir que al verificarse un acontecimiento imprevisible que hace excesivamente onerosa la obligación de una de las partes, la reciprocidad o interdependencia de las obligaciones se rompe. Quebrantándose igualmente la bilateralidad del contrato. De modo que la razón de tal ruptura se encuentra precisamente en que las obligaciones de la otra parte no han variado pese a que dicho acontecimiento ha influido sobre la existencia del propio contrato. Lo cual motiva la aplicación de la Teoría en estudio en tratándose de contratos bilaterales, toda vez que en dichos actos jurídicos, la interdependencia es necesaria no solamente al momento de perfeccionar el contrato, sino que debe perdurar hasta la ejecución del mismo.⁸¹

Otra de las características de los actos jurídicos donde la Teoría de la Imprevisión pudiese ser aplicada es que se trate de Actos Onerosos Conmutativos.

ACTOS JURÍDICOS ONEROSOS.

En lo que hace a la necesidad del carácter oneroso del acto jurídico para ser sujeto a la aplicación del Teoría de la Imprevisión, tal afirmación encuentra bases fundadas en el hecho de que al ocurrir los acontecimientos imprevisibles, ello tiende a romper el equilibrio de los recíprocos provechos, cargas y gravámenes que estos actos ponderan. Así al tornarse las obligaciones excesivamente onerosa como consecuencia de un acontecimiento imprevisto e imprevisible, si bien no se modifica sustancialmente el contenido de las mismas, si podemos afirmar que se presenta un desajuste en las ventajas, cargas o gravámenes que éstas imponen a las partes, es decir, se presenta una alteración cuantitativa de dichas obligaciones. Y toda vez que, la Teoría en estudio no busca que se modifiquen las obligaciones contraídas; sino la modificación de sus cuantías para con ello recobrar el equilibrio prestacional perdido, la equidad y reciprocidad de intereses que en todo acto jurídico debe prevalecer; es que se considera plenamente justificada la legal aplicación de la Teoría de la Imprevisión en los actos jurídicos de carácter oneroso.

Además de lo anterior, resultan aplicables los argumentos blandidos en torno a los actos bilaterales para justificar la aplicación de la Teoría en estudio a los actos jurídicos onerosos, ya que por regla generalmente los actos jurídicos onerosos son bilaterales.

Por otra parte los argumentos antes referidos adquieren una mayor importancia cuando los actos jurídicos onerosos, además, son Conmutativos.

⁸¹ Cfr. SANCHEZ MEDEL, Ramón. *De los Contratos Civiles*. Mexico, 2001. p.p. 78 y 79.

ACTOS JURÍDICOS ONEROSOS CONMUTATIVOS

Cuando en un acto jurídico oneroso, es decir, donde se han establecido provechos y gravámenes recíprocos, además, posee el carácter de que dichas prestaciones son ciertas desde la celebración del mismo y, por tanto, apreciables inmediatamente los beneficios o pérdidas consecuencia de éste, será considerado como un acto jurídico Oneroso Conmutativo.

Como ya se ha referido en los actos onerosos se deberá buscar el restablecimiento del equilibrio prestacional, a la par de, como sucede con los actos bilaterales, procurar la mayor equidad y reciprocidad de intereses; mas cuando tales actos también son conmutativos entonces se deberán considerar los efectos que la una excesiva onerosidad llegara a tener sobre alguna de las partes. Circunstancia que deberá ser apreciada como una lesión jurídica; entendida en un sentido no contingente al acto, sino posterior a la celebración del mismo, una razón más para la correcta aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

ACTOS JURÍDICOS UNILATERALES

También se considera necesario incluir dentro del ámbito de aplicación de la Teoría en estudio, a los actos jurídicos unilaterales. Ya que resulta injusto no dar cabida a los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión en actos donde una de las partes ha de recibir un beneficio, aun a expensas de la ruina de quien se obligó en distintas circunstancias. Si bien, en estos casos, no se podría fundar la procedencia de la Teoría en estudio en el desequilibrio prestacional, ello no es óbice para considerar la excesiva onerosidad que se pretende imponer a la parte obligada, al someterla al cumplimiento de una prestación para la cual jamás externo su voluntad; toda vez que la cuantía de la obligación auto impuesta es distinta a la que tras el acontecimiento imprevisible deberá satisfacer. Lo cual, además, resulta contrario a la buena fe.

CONTRATOS ALEATORIOS

Si bien reconocidos doctrinarios como Planiol, Bonnacase y Arce, excluyen rotundamente a los contratos aleatorios y los puramente especulativos de la posibilidad de aplicarles los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión; al respecto, cabe mencionar que los Código Civil de Italia y Portugal incluyen a los contratos aleatorios dentro del ámbito de aplicación de la Teoría de la Imprevisión, siempre y cuando la excesiva onerosidad que en los mismos se presente sea consecuencia de causas ajenas al riesgo propio de tales contrato. Afirmación que se ve respaldada por la opinión del jurista Messineo.

De tal suerte que podrían incluirse en el ámbito de aplicación de la Teoría de la Imprevisión los contratos aleatorios. Cuando en ellos se resienta una alteración de las circunstancias fuera del grado de incertidumbre propia de los mismos. Es decir, cuando dicha alteración no sea consecuencia propia del alea del contrato, y en tanto esta modificación sobrevenida refiera una excesiva onerosidad. Excesiva onerosidad que podrá señalarse como un fundamento objetivo para la aplicación de la Teoría en estudio, aunado a otro elemento de carácter subjetivo, fundamento consistente en la ausencia de declaración expresa de la voluntad del obligado para someterse al cumplimiento de esa prestación; misma que ante el cambio de circunstancias y condiciones en su ejecución, se puede calificar como distinta a la obligación pactada al momento de la celebración del acto. Ya que como antes se ha referido, bajo esta óptica,

la obligación que se pretende imponer no es resultado del contrato, sino del acontecimiento sobreviniente.

Incluso se ha planteado la posibilidad de aplicar los remedios propuestos por la Teoría en estudio en actos jurídicos de ejecución inmediata. Siempre que su ejecución se haya visto diferida por causas no imputables al deudor. Debe recordarse que un lapso de tiempo entre la celebración del acto y su ejecución es indispensable para que se presente un acontecimiento imprevisible que produzca la excesiva onerosidad que la Teoría de la Imprevisión pretende remediar, ya que de ser esta desproporción coetánea a la celebración del acto se estaría frente a la figura jurídica conocida como Lesión.

Recapitulando al respecto se puede decir, que los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión han de ser factiblemente aplicados, siempre y cuando: Se traten de actos jurídicos en los cuales entre su celebración y el momento de su ejecución exista un lapso temporal, durante el cual se suscite un acontecimiento imprevisible, extraordinario e inevitable, que produzca la modificación de las circunstancias y condiciones en que el mismo se celebren, provocándose con ello una excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones debidas.

Después de la conclusión planteada respecto al ámbito de aplicación de teoría en estudio, ahora se analizarán cuáles son los tan referidos remedios propuestos por la misma.

3.5. EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

Como se ha venido anotando, la teoría en estudio pretende remediar el conflicto planteado por la excesiva onerosidad que una persona debe enfrentar, ante el cumplimiento de una obligación que se ha visto modificada cuantitativamente dada la alteración de las condiciones y circunstancias en que ésta fuese pactada. Alteración que ha de ser de carácter general y consecuencia de un acontecimiento imprevisible.

Al respecto el doctrinario español Juan Terraza Martorell refiere lo siguiente, toda vez que, "el centro de gravedad de toda relación contractual reside en la prestación y como la desconexión suele producirse porque una de las prestaciones o intereses en cuestión, se mantiene en situación análoga conservando su identidad mientras que la otra prestación se ha agravado enormemente. La solución lógica y correcta es la que tiende a restablecer el equilibrio, si las partes voluntariamente no logran un acuerdo compensador, parece natural que un órgano de autoridad preferentemente el judicial actúe como mediador para interponer la solución que permita mayor justicia; bien suspendiendo su ejecución, bien reacomodándola a la nueva situación o bien dándola por terminada si ya no es posible rehabilitarla".⁸²

De modo que de lo antes expuesto se puede inferir que la aplicación de la Teoría de la Imprevisión persigue el restablecimiento del equilibrio prestacional, lo cual se ha de realizar a través de diversos mecanismos o soluciones dependiendo del caso concreto; es decir, la teoría en estudio propone la aplicación no de uno sino de varios mecanismos o soluciones posibles. Mas en todo caso y sea cual fuere el remedio propuesto se requerirá de un agente externo a las partes ya sea que solo funja como fedatario, realice funciones de mediador o inclusive determine y fije cual es el remedio más idónea, para el caso en concreto.

⁸² TERRAZA MARTORELL, Juan. Op. Cit. p. 102.

Así surgen dos interrogantes con relación a los efectos de la aplicación de la teoría en estudio: ¿Cuál ha de ser la solución o mecanismo ha aplicar? Y ¿Quién es el agente, externo a las partes, que ha de encargarse de aplicar dichos remedios?

A lo largo del presente apartado se tratará de dar respuesta a ambas interrogantes, comenzando por despejar la primera de las incógnitas planteadas, es decir: ¿Cuál ha de ser la solución o mecanismo ha aplicarse para remediar la excesiva onerosidad sobreviniente, producida por la modificación de las condiciones y circunstancias en que se celebren un acto jurídico, al presentarse un acontecimiento imprevisible?

Como ya se ha dicho a cada caso en concreto corresponde la aplicación de uno de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión, ya sea que se pretenda restablecer el equilibrio prestacional o remediar la excesiva onerosidad sobreviniente.

La primera de las soluciones propuestos por la aplicación de la teoría en estudio es:

EL OTORGAMIENTO DE UN PLAZO O TÉRMINO DE GRACIA.

En tratándose de casos en los cuales la afectación ocasionada por el acontecimiento imprevisible sea de índole temporal, el aplazamiento del cumplimiento de las prestaciones pendientes de ejecutar, hasta el restablecimiento de las condiciones en que éstas fueron pactadas, será el mejor remedio por el que se podría pugnar para restablecer el equilibrio prestacional.

Tal afirmación se apoya en el hecho de que al sólo postergar la ejecución de las obligaciones pactadas por las partes, se respetan íntegramente los principio de exacta observancia de lo pactado y autonomía de la voluntad. A la vez que se anula la inferencia del acontecimiento imprevisible, sólo con esperar que su influencia sobre el acto jurídico desaparezca.

Planiol se manifestó partidario de este primer remedio de la Teoría de Imprevisión, cuando afirmó que la revisión de los contratos realizada por los tribunales en caso de aplicación de la Teoría en estudio deberá traer por consecuencia:

La suspensión del incumplimiento de la obligación, cuando los eventos imprevistos que determinan la excesiva onerosidad sean transitorios.

La revisión de las condiciones del contrato, cuando dichos eventos se prolonguen por mucho tiempo.⁸³

Ya que el autor en cita ha referido el segundo de los remedios propuesto por la Teoría de la Imprevisión, a continuación se procederá a desarrollar el segundo de los mecanismos planteados por la teoría en estudio.

⁸³ Cfr. *Ibidem*, p. 563.

LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS TÉRMINOS, MODOS, CONDICIONES, CARGAS Y OBLIGACIONES PENDIENTES DE EJECUTAR.

Cuando la alteración producida por el acontecimiento imprevisto acarrea consecuencias definitivas o cuando menos de prolongada duración, la revisión del acto jurídico es el remedio, propuesto por la Teoría en estudio, que se considera más adecuado; ya que a la vez que se ajusta al principio de conservación de los contratos, entraña la posibilidad de desterrar las injusticias que la ejecución de tal acto supone, cuando se han presentados los *a priori* de aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

La revisión judicial del acto jurídico tiene por objeto restablecer el equilibrio prestacional, buscando aminorar los efectos del acontecimiento imprevisible y eliminando la excesiva onerosidad sobreviniente. Para ello dependiendo del caso en concreto deberá optarse entre:

- ♦ Repartir las consecuencias de la modificación de las condiciones y circunstancias de ejecución del acto;
- ♦ Reducir la carga excesivamente onerosa de la prestación afectada;
- ♦ Incrementar las prestaciones que se han desequilibradas tornándose incompensatorias como consecuencia del acontecimiento imprevisible, o
- ♦ Reajustar los modos, condiciones y circunstancias de ejecución con base en las nuevas condiciones imperantes como resultado del acontecimiento imprevisible.

En este sentido se ha expresado la doctrina y jurisprudencia Colombiana; país donde si bien la Teoría de la Imprevisión no ha tenido expresa aceptación en su legislación si ha sido aceptada expresamente por la jurisprudencia; aun cuando lamentablemente se le han impuesto tantos y tan absurdos requisitos de procedibilidad que en la practica la revisión por imprevisión no recibe una eficaz aplicación.

La referida jurisprudencia sostiene el argumento de que "Si el Contrato ha sido compartido entre las partes, los riesgos y sacrificios también ha de serlo, pues sólo de esa manera podrá garantizarse la equidad en las relaciones obligacionales."

La Suprema Corte de Justicia de Colombia, en Casación Civil de mayo de 1936, bajo el rubro 23/38, en G.J.T LXVI, 545 resolvió que:

"La solución más satisfactoria es la de la revisión de las condiciones del contrato a las nuevas necesidades, bien obligando el juez a las partes a convenir en las nuevas condiciones del contrato, amenazándolas con la resolución, o ya asumiendo el juez directamente la facultad de señalar esas nuevas condiciones, en ausencia del acuerdo de las partes."⁶⁴

⁶⁴ Revista de la Universidad Externado de Colombia. Vol. X, N° 1, junio de 1969, Bogotá de Colombia. MANRIQUE GUZMÁN, Daniel. La Teoría de la Imprevisión en el derecho Privado Colombiano, Francés e Italiano.

Finalmente en lo respecta ha la revisión judicial del contrato, el segundo de los remedios propuesto por la Teoría de Imprevisión, esta se caracteriza por ofrece las ventajas siguientes:

Mantener la eficacia real del contrato. Ya que si bien se faculta su modificación, procurara también conservarlo hasta donde sea posible, con el objeto de que sea cumplido; ejecutándose todas las obligaciones pendientes.

Restablecer el equilibrio contractual debido entre las prestaciones. Ya sea reduciendo o aumentando equitativamente una de las prestaciones. Procurando en todo caso la mayor reciprocidad de intereses cuando esto es posible.

Tras lo antes expuesto, ahora se realizara el análisis del tercero de los remedios propuesto por la Teoría de la Imprevisión, la Resolución del acto jurídico.

LA RESOLUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES PENDIENTES DE EJECUTAR.

La resolución de un acto jurídico implica romper el vínculo obligatorio que el mismo supone, dejando a este sin efecto.

Tratándose de la Teoría de la Imprevisión, no podrá pretenderse la resolución del acto jurídico sino una vez intentada y fracasada la posibilidad de aplicar otro de los remedios propuestos por la misma. Toda vez que se debe considerar la resolución de un contrato como una solución extrema y, por tanto, un remedio excepcional que la teoría en estudio supone.

Es decir, antes de aplicar la resolución del contrato deberá optarse, ya sea por el otorgamiento de un plazo o término de gracias cuando el acontecimiento sobreviniente e imprevisible produzca efectos transitorios; o bien por la revisión judicial del mismo cuando los efectos de dicho acontecimiento imprevisible sean permanentes y siempre que dichos remedios no resulten adecuados para restablecer la ecuación prestacional.

No se debe confundir éste remedio propuesto por la Teoría de la Imprevisión, la Resolución de las obligaciones, con otras figuras jurídicas. Aun cuando incluso nuestra legislación utiliza de forma poco precisa este término, al grado de referirlo como sinónimos de diversas figuras jurídicas.

Por lo antes dicho se considera oportuno abrir un paréntesis en el presente estudio para referir brevemente las acepciones de esas diversas figuras jurídicas que suelen confundirse con la resolución, lo cual se realiza en los siguientes términos.

Aclaraciones en torno a la Resolución de las Obligaciones.

Con el propósito de evitar confusiones a continuación se definirán diversas instituciones jurídicas que poseen ciertas semejanzas con la Resolución de las obligaciones:

Inexistencia.- Consecuencia de un acto jurídico que no reúne uno o más de los elementos orgánicos o específicos de definición del mismo; o sea, resultado de la carencia de alguno de sus elementos esenciales de tal acto y los cuales son:

Voluntad o Consentimiento. o mejor dicho manifestación de estos, ya sea que se trate de un acto unilateral o bilateral.

Objeto. es decir, que la ya referida voluntad jurídica tenga por finalidad producir una consecuencia sancionada por el Derecho.

Solemnidad en los casos en que la Ley expresamente exija determinada solemnidad.

Nulidad.- Sanción impuesta por la Ley cuando un acto jurídico se ha realizado de manera imperfecta en uno o más de sus elementos orgánicos, aun cuando estos se presenten completos. Es decir, la nulidad de un acto jurídico se presenta cuando no son satisfechos plenamente los elementos de los siguientes:

Voluntad o voluntades emitidas por *personas capaces.*

Voluntad o consentimiento expresado *libremente de vicio.*

Que tal acto se manifieste en la *forma* prescrita por la Ley.

Que tal acto se propongan alcanzar un *objeto, motivo o fin lícito.*⁸⁵

De tal suerte que, tratándose de actos jurídicos inexistentes o inválidos; se esta ante actos imperfectos ya que nacen a la vida jurídica con un defecto congénito, que la ley sanciona con su ineficacia o invalidez. Razón por la que estas figuras jurídicas no pueden ser aplicada en el caso de la Teoría de la Imprevisión, ya que en los actos en que la misma pretende influir estos son plenamente existentes y validos.

Revocación.- Se produce por la emisión unilateral de la voluntad de una de las partes que desea que un contrato valido y eficaz deje de producir sus efectos.

Rescisión.- Al igual que la nulidad es una sanción impuesta por la ley en actos jurídicos que por una causa posterior a su celebración imputable al incumplimiento de una de sus partes queda privado de sus efectos. Debe subrayarse el hecho de que necesariamente ha de mediar culpa de una de las partes para su invocación judicial por la parte no culpable.

De modo que por sus características particulares ni la revocación que es un acto voluntario unilateral, ni la rescisión que es la acción que la ley concede ante el incumplimiento de una obligación contractual; pueden ser asimiladas con los remedios propuestos por la Teoría de Imprevisión.

Ya que la Teoría en estudio pretende dar solución a actos donde se presente un acontecimiento imprevisible siempre que el mismo resulte ajeno a la culpa de las partes e incluso ajeno a su voluntad, no permitiéndose siquiera que una de las partes se encuentre en mora para su correcta invocación.

⁸⁵ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. Cit., p.p. 163-190.

Resolución.- Conclusión del contrato por determinación judicial, cuyo alcance sólo contempla las prestaciones pendientes de ejecutar y aquellas que no se han cubierto como consecuencia de la excesiva onerosidad, siempre que el deudor con antelación a la alteración sobrevenida de tales circunstancias no se hubiese encontrado en mora.

De este modo se da por concluido el referido paréntesis, en espera de haber aclarado los alcances y diferencias de la resolución de un acto jurídico y el resto de las figuras de derecho con las cuales podría ser confundida.

Continuando con el análisis de los remedios propuestos por la Teoría de Imprevisión ha de hacerse hincapié en que la resolución de los actos jurídicos como consecuencia de aplicación de la misma, serán los menos. Ya que ha de considerarse la resolución como la medida más extrema, aplicable solamente cuando no tenga cabida ningún otro remedio y siempre que el restablecimiento de la ecuación prestacional resulte imposible.

Aun cuando pudiera considerarse que la resolución de un contrato es contraria al principio de autonomía de la voluntad, ello no es exacto. Habida cuenta que, como ya se ha referido, las obligaciones pendientes de ejecutar, cuando un acto jurídico ha sido alterado por un acontecimiento imprevisible, son sustancialmente distintas a las obligaciones convenidas por las partes al celebrar dicho acto. De donde se puede afirmar que tales obligaciones carecen del respaldo de la manifestación expresa de la voluntad de las partes y por ello pretender su exacto cumplimiento, sería igual a ir en contra de la real voluntad perseguida por quienes celebraron dicho acto jurídico y por ende en contra del referido principio de autonomía de la voluntad.

En resumen, la aplicación de la teoría de la imprevisión tendrá como consecuencia:

La suspensión o concesión de un plazo o término de gracias para el cumplimiento de las prestaciones debidas, solución que será factible aplicar en los casos en que las alteraciones imprevistas que han dado origen a la excesiva onerosidad y quebranto de la ecuación prestacional sea de consecuencias temporales. Con este remedio se pretende el cumplimiento del contrato en los términos originalmente propuesto por las partes, ya que lo que persigue la Teoría en estudio no es la modificación del acto jurídico o acuerdo de voluntades, sino la conservación, cumplimiento y consecución de los fines propuestos por la real voluntad de la o las partes.

La modificación del acto jurídico por revisión judicial, quizá éste es el más controvertido de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión y, sin embargo, pugna por la conservación del acto jurídico, reajustando el equilibrio de las prestaciones a través de la modificación de las condiciones, circunstancias e inclusive de las mismas obligaciones pendientes de ejecutar.

La modificación de las prestaciones, es un remedio tradicionalmente otorgado como excepción al acreedor contra quien se opone la Teoría de la Imprevisión, con esta modificación se persigue restablecer el equilibrio prestacional, que fue quebrantado por un acontecimiento imprevisible. Por tal motivo será el demandado por imprevisión quien deberá formular la propuesta de reajuste de los términos y prestaciones pendiente, de la cual se ha de dar vista a la contraria a efecto de que realice las manifestaciones legales de su parte. Ante este remedio el juez sólo emitirá una sentencia declarativa. Mediante la propuesta de modificación del demandado y replanteamiento de la misma realizada por el actor; se busca la conservación del contrato bajo el imperio de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que dicha excepción será oponible tanto

en el caso en que se demande la resolución del contrato, como cuando se demande la revisión judicial del mismo. Revisión judicial que en última instancia basará su fallo en las propuestas y argumentos blandidos por las partes durante el proceso.

Las consecuencias de la revisión judicial del acto son diversas y su aplicación depende de las características concretas del quebranto prestacional que el mismo haya sufrido, sin embargo, entre éstas se pueden incluir: La repartición de las consecuencias de la modificación de las condiciones y circunstancias de ejecución del acto jurídico; reduciendo la carga excesivamente onerosa de la prestación afectada; Incrementando las prestaciones que se han desequilibradas tornándose incompensatorias como consecuencia del acontecimiento imprevisible o reajustando los modos, condiciones y circunstancias de ejecución con base en las nuevas condiciones imperantes resultado del acontecimiento imprevisible.

La Resolución del acto jurídico, es el remedio de más rigor propuesto por la Teoría en estudio, ya que pugna contra el principio de conservación de los contratos. Sin embargo, sus efectos sólo incluirán los actos y prestaciones no ejecutadas en cumplimiento del mismo y debiendo siempre procurar el menor perjuicio para las partes.

Contestada la primera de las interrogantes surgidas al comienzo de la exposición del presente apartado, con respecto a ¿Cuál ha de ser la solución o mecanismo ha aplicarse por la Teoría de Imprevisión, en los casos en que ésta procesa? A continuación se intentará dar respuesta a la segunda de las incógnitas también entonces planteada, esta en relación con ¿Quién es el agente, externo a las partes, que ha de encargarse de aplicar dichos remedios? Pregunta que se responde en los términos siguientes:

El doctrinario Lenel, opina que ante el inesperado enriquecimiento de una de los contratantes frente al correspondiente empobrecimiento de su contraparte, el Juez debe ser investido del poder de repartir entre las partes las cargas extracontractuales; dado que cuando se presenta un acontecimiento imprevisible se entra a un margen de riesgo en el cual no se esta, ya, en el contrato.

En ese mismo sentido Mario Rotondi afirma que en defecto de leyes precisas, el juez es ministro de la equidad, lo que implica el retorno a la ley natural y a los usos recibidos en silencio por la ley positiva; de esta forma las reglas de equidad consisten en las máximas del derecho natural, de la justicia universal y de la razón, que un juez en cumplimiento de sus funciones debe hacer valer.⁸⁶

Como se ha expuesto, se considera que el reajuste de la ecuación prestacional ha de efectuarse por parte de la autoridad judicial competente y no por conducto del poder legislativo mediante la expedición de leyes de emergencia. Ya que como se verá en el apartado siguiente en lo que hace como México ha afrontado el problema de la imprevisión y excesiva onerosidad, dicha formula no ha sido del todo exitosa. Dada cuanta que las leyes en situaciones de emergencia; donde los modos y circunstancias de cumplimiento de las obligaciones se ven alteradas por cambios que se presentan de manera súbita, extraordinaria e imprevisible; se ven totalmente rebasadas ya que el proceso legislativo, a diferencia de lo que debiese ser la impartición de justicia, no es un proceso pronto ni expedito.

⁸⁶ Cfr. FLAR, Lily R et al. Op. Cit. p.p. 100 y 101.

Robustece tales consideraciones, que clasificar un acontecimiento como extraordinario e imprevisible es una mera cuestión de valoración e integración de hechos; como lo es también, determinar la incidencia de los efectos de ese acontecimiento en la relación de equivalencia prestacional que entraña el acto jurídico; lo mismo que determinar la excesiva onerosidad o no que implica el cumplimiento de las obligaciones por ejecutar. De donde resulta jurídicamente lógico que, toda vez que es en el terreno de la valoración de los hechos donde el juez debe intervenir para, con base en su prudente criterio jurídico, dictar la sentencia más justa que en derecho corresponda; sea este miembro del poder judicial el encargado de aplicar los remedios propuestos por la Teoría de Imprevisión.

Debiendo también ser un juez quien: valore si la ecuación prestacional se ha roto o no; determine si se han reunido íntegramente los supuestos de procedibilidad de las Teoría de Imprevisión; y por último se encargue de plantear el remedio más adecuado al caso concreto.

Por otra parte es conveniente hacer notar que desde el punto de vista constitucional, en nuestro orden jurídico nacional, el cual siguiendo la Teoría planteada por Montesquieu sobre la división de poderes: establece en términos generales que corresponde al Poder Legislativo la creación o formación de las leyes, al Poder Ejecutivo su promulgación y velar que las mismas se cumplan, mientras que al Poder Judicial corresponde la interpretación de las éstas con respecto al caso concreto. Por lo cual corresponde al Poder Judicial la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

Si bien, actualmente por regla general los ordenamientos legales de nuestro país no incluyen ni facultan de manera expresa la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, bien se puede amparar la invocación y procedencia de la misma en la máxima: *Quod legibus omissum est, nonmittitur religione judicantis*, es decir, "si la ley omite, el juez, no obstante, deberá resolver el caso"; confirmando que debe ser el Poder Judicial el encargado de aplicar los remedios propuestos por la Teoría en estudio.

Aunado a los argumentos antes expuestos para sostener la necesidad de que sea un Juez quien determine la aplicación de la Teoría de la Imprevisión; existen en México antecedente históricos que muestra lo desafortunado que ha resultado la aplicación de los principios de la Teoría en estudio a través del Poder Legislativo. Situaciones fácticas que serán expuestas en el Capítulo Cuarto, apartado final, correspondiente al análisis de la evolución de la Teoría de la Imprevisión en el Derecho Mexicano no vigente.

Así las cosas, en respuesta a la segunda de las interrogantes planteadas al comienzo del presente apartado es posible afirmar:

Que en caso de que la Teoría de la Imprevisión se encuentre contemplada de manera expresa por la Ley aplicable, no cabe duda que será el Juez competente el encargado de determinar la procedencia y aplicación de los remedios propuestos por la Teoría en estudio.

Más, cuando la Teoría de Imprevisión no sea contemplada de manera directa por la Ley, aun así quien se considere bajo las hipótesis de procedibilidad de la misma, podrá invocar su aplicación ante el juez competente, quien deberá, tras seguir el procedimiento judicial correspondiente, determinar la procedencia o no de las acciones y excepciones propuestas. Pudiendo fundar dicha aplicación en los preceptos legales aplicables al caso concreto, en los que

de manera implícita se autorice la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión; en los numerales en los cuales se consagren los principio que la fundamenta; y finalmente la resolución que sobre la misma recayese podría ser fundada y motivada, por el juzgador, con base en la aplicación de los principios generales de derecho como lo son la justicia, equidad y buena fe.

De cualquier modo, la resolución del juzgador deberá limitarse al examen crítico de los hechos planteados por las partes, la valoración de las pruebas y razonamientos jurídicos aportados por los litigantes y finalmente fundar y motivar dicha sentencia. Misma que, debiese siempre poder ser revisada por la correspondiente instancias de alzada.

Al respecto Demogue refiere, que "la misión del juzgador lo compele a interpretar las convenciones, a constatar las intenciones comunes de las partes, lo cual le brinda la posibilidad de reglamentar los efectos del contrato según las necesidades prácticas y realizar obras de sabio administrador, más que de interprete."⁸⁷

Por otra parte, cabe recordar que para que el juez aplique la ley debe primero interpretarla, dilucidando el verdadero espíritu y real voluntad de las partes a fin de establecer si el cambio imprevisto de las circunstancias alteró o no la esencia de las consecuencias perseguidas por las mismas al celebrar el acto jurídico. Aclarando que el juzgador no ha de ser el ejecutor inmediato del acto jurídico ni un revisor con absoluta libertad.

Así en conclusión a quien ha de aplicar los remedios propuestos por la Teoría de Imprevisión llegado el momento y reunidas las condiciones para ello, se puede concluir que este sin duda deberá ser el Juez competente.

Una vez que se han expuesto y analizadas las principales doctrinas que fundamentan la aplicación de la Teoría en estudio y tras haber dado respuesta a las incógnitas de ¿Cuáles son los mecanismos de solución propuesto por la Teoría de Imprevisión? y ¿Quien ha de aplicar tales remedios?; así como ¿Cuáles son los supuestos de procedibilidad, ámbito de aplicación, remedios y consecuencia que entraña la aplicación de la misma?. En el capítulo siguiente se analizará como es que México ha acogido la Teoría de la Imprevisión y cuales se cree podrían ser los fundamentos jurídicos que los ordenamientos legales vigentes poseen para invocar su adecuada aplicación.

⁸⁷ PLANIOL & RIPERT. Op. Cit. p. 565

CAPÍTULO CUARTO

4. MOTIVOS Y FUNDAMENTOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

En nuestro país, como ya se ha referido anteriormente, de manera ancestral y generalizada ha sido adoptado el principio *Pacta Sunt Servanda* o exacto cumplimiento de los contratos.

Sin embargo, existen casos excepcionales, como son las legislaciones civiles de algunos Estados de la República, en que se ha dado cabida de manera expresa a la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión.

En este orden de ideas se considera que en realidad existen fundamentos legales suficientes para sostener las bases y principios que sustentan la aplicación de la Teoría en estudio en la legislación Civil Federal y Mercantil Mexicana vigente, basta solamente reconocerlos.

Por ello el presente capítulo será dedicado a exponer cuales son esos casos de excepción en que se ha aceptado expresamente la Teoría de la Imprevisión. Mismos que no han roto con el orden legal Mexicano, ni han propiciado una mayor inseguridad contractual o jurídica, como se sostiene que ocasionaría la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría en estudio. Al tiempo que serán expuestos los fundamentos que se cree existen en el Derecho Mexicano vigente para hacer factible la aplicación de la Teoría en estudio.

4.1. FUNDAMENTOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Se considera que a lo largo de la Ley Fundamental Mexicana se encuentran referidos principios y condiciones que facultan la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, ello en razón de la congruencia que manifiesta el contenido de diversos de sus numerales con las bases, consecuencias y fines que contempla la aplicación de la Teoría en estudio. Dichos preceptos se estima están presentes en él:

Artículo 5.- Quinto Párrafo: "... El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto, el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona, por cualquier causa."...

Por lo antes transcrito parece adecuado considerar que sí en dicho numeral se pugna por la protección a cargo del Estado para que no se ejecute acto jurídico alguno que tenga por objeto el menoscabo, pérdida o sacrificio de la libertad de una persona. Dicha libertad no sólo debe ser interpretada literalmente sino también debe ser apreciada desde el punto de vista económica, no permitiendo que se cierna un yugo de carácter pecuniario sobre persona alguna por el hecho de que las obligaciones contraídas por una persona se han tornado excesivamente onerosas por los efectos de un acontecimiento imprevisible.

Al respecto se debe analizar la *ratio iuris* que encierra dicho artículo y la cual sin duda es la de evitar cualquier tipo de esclavitud. Sin embargo, para que tal precepto no pierda sentido

habrá de contemplarlo a la luz de la realidad actual que de facto se vive, la cual refleja un nuevo y lamentable tipo de esclavitud el impenalismo. Sometimiento que no se impone con las armas ni por la fuerza sino con la dependencia económica y puede ser practicado tanto entre naciones como entre individuos e instituciones.

Artículo 14.- Último Párrafo: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."

El numeral en comento brinda al juzgador la posibilidad de fundar sus determinaciones acudiendo a los Principio Generales de Derecho a falta de ley expresa. Principios que incluyen tres de los principales pilares que sustenta la posibilidad de aplicación de la Teoría de la Imprevisión, La Justicia, La Equidad y La Buena Fe.

De nueva cuenta y con el propósito de no cometer el error de realizar una pobre interpretación literal, se debe buscar cual fue la intención perseguida por el Constituyente al redactar el artículo en estudio. Dada cuenta que ante la inclusión de las palabras "en los juicios del orden civil" habrá quien niegue la posibilidad de invocar el numeral en estudio dentro del ámbito del Derecho Mercantil, más concretamente con respecto a los Contratos de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria. Sin embargo, si se realiza un análisis integral de nuestra Carta Magna nos encontraremos con que no se refieren más que dos tipos de enjuiciamientos los del orden criminal o penal y los de carácter civil, situación que lleva a considerar la posibilidad de incluir dentro de los juicios del orden civil a las controversias del orden mercantiles. Afirmación que se robustece por el hecho de que en materia mercantil por disposición expresa de la misma, como se analizará más adelante, se faculta la posibilidad de acoger las instituciones procesal civiles que en la misma no se contemple, siempre que no contravengan disposiciones expresas en ella contenidas. Es decir, la argumentación antes vertida se confirma a la luz de lo dispuesto por el artículo 1324 del Código de Comercio, como se analizará en su oportunidad.

De igual modo el numeral en comento da cabida a la interpretación jurídica de la Ley y habida cuanta que "Donde la Ley no distingue, no es dable hacer distinciones"; validamente es de sostenerse que dicha interpretación puede ser de carácter doctrinal; lo que coloca a la Teoría de la Imprevisión en posibilidad de ser legalmente aplicable en el Derecho Mexicano, toda vez que diversos doctrinarios nacionales refieren tal posibilidad, como se analizara más adelante.

Pero por ahora, continuando con el desarrollo del presente capítulo serán analizados los fundamentos para la aplicación de la Teoría en estudio, que se consideran se encuentran contenidos en el Código Civil Federal.

4.2. FUNDAMENTOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN, EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL.

El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal de 1928, el cual entrara en vigor hasta 1932, y que hoy es solamente el Código Civil Federal;⁸⁸ en el párrafo séptimo y siguientes de su exposición de motivos establece que:

⁸⁸ Por decreto de la Jefa de Gobierno del Distrito Federal, Rosario Robles Berlanga, de fecha 26 de abril del 2000, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 28 de abril del 2000; se modifican diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, creándose un código de competencia exclusivamente local para la capital de la República.

"...La necesidad de cuidar de la mejor distribución de las riquezas; la protección que merecen los débiles y los ignorantes en sus relaciones con los fuertes y los ilustrados; la desenfrenada competencia originado 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.

La celebre fórmula de la escuela libera, *laissez-faire, laissez passer*, es completamente inadecuada para resolver los importantísimos y complejos problemas que a diario se presentan en la vida contemporánea...

...En nombre de la libertad de contratación han sido inicuaemente explotadas las clases humildes, y con una declaración teórica de igualdad se quiso borrar las diferencias que la naturaleza, la educación, una desigual distribución de la riqueza, etc., mantienen entre los componentes de la sociedad.

Es preciso socializar el Derecho, porque como dice un publicista: "Una socialización del derecho será un coeficiente indispensable de la socialización de todas las otras actividades, en oposición con el individuo egoísta, haciendo nacer así un tipo de hombre más elevado: el hombre social..."

Así, al ser contemplados entre los principales objetivos o motivos fundamentales del Código Civil Federal, el establecimiento de un Derecho Socializado; en el cual el concepto de justicia es entendido como fuera expresado por Aristóteles al referir que "La Justicia es dar un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales". Donde, además, se pugna por la mejor distribución de la riqueza y por ende por un correcto equilibrio entre las prestaciones debidas por las partes, antes que por los inflexibles términos de un contrato y aún sobre ellos cuando sea necesario. Resulta por demás posible y necesario que aun cuando de manera expresa no se incluye en la disposición legal en estudio la Teoría de la Imprevisión, éste Código Civil contenga implícita la posibilidad de aplicación de la misma y la enunciación de los fundamentos necesarios para la legal invocación de los remedios que ésta propone. Toda vez que acorde a su exposición de motivos este ordenamiento desconoce la aplicación y estricta interpretación de los contratos entre las partes y sobre las mismas.

Tras la perspectiva planteada por la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, hoy sólo Código Civil Federal se dará inicio a la búsqueda de los fundamentos que éste pudiese contener para motivar la legal aplicación de la Teoría en estudio.

El Código Civil Federal ha sido objeto de antagónicas interpretaciones que van desde considerar posible la aplicación de la Teoría de la Imprevisión con fundamento en los actuales preceptos que el mismo consagra; hasta la interpretación jurisprudencial que la Tercera Sala Civil, realizará en dos tesis aisladas en la Séptima Época, en virtud de las cuales afirma que con base en lo dispuesto por el artículo 1796 del ordenamiento legal en cita resulta imposible la aplicación de la teoría en estudio.

El artículo 1796 dispone: 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.

Si bien el artículo 1796 dispone que desde su perfeccionamiento los contratos obligan a las partes que lo celebraron al cumplimiento de lo expresamente pactado; este mismo numeral también ordena que el contrato obliga a las consecuencias que según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la Ley.

Por lo antes referido, algunos grandes juristas nacionales encuentran en dicho artículo la posibilidad de aplicar los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión en México; argumentando que en el referido artículo 1796 no fija de manera concluyente o absoluta la prelación del principio de obligatoriedad, pues lo limita al superior principio de la Buena Fe, siendo precisamente este numeral el intersticio que da cabida en nuestro orden legal a la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

Sin embargo de igual modo, otros reconocidos autores mexicanos se apoyan en este mismo artículo para esgrimir argumentos en contra de la aplicación de la Teoría en estudio; al afirmar que toda vez que el sistema legal vigente en nuestro país se ciñe al principio del *Pacta Sunt Servanda*, ello destierra toda posibilidad de aplicación de la Teoría de la Imprevisión, haciendo notar que exclusivamente será válido invocarla en aquellos excepcionales casos en que la propia Ley de manera expresa lo autoriza.

A continuación serán analizados los argumentos blandidos por los doctrinarios nacionales detractores de la Teoría de Imprevisión, en torno al multicitado artículo 1796 del Código Civil Federal.

Manuel Borja Soriano concluye que en el Derecho Mexicano no existen los fundamentos que invoca Bonnetcase del Código Civil Francés para sostener la modificación de los contratos, ordenamiento que faculta al juez para otorgar al deudor un plazo para el pago y el derecho de accesión cuando el contrato tiene por objeto dos cosas muebles propiedad de diversos dueños. Toda vez que mientras en el Código Napoleónico dicha revisión se subordina a los principios de la equidad natural, tales preceptos jurídicos no son parte del contenido del referido artículo 1796, numeral que no contiene la palabra Equidad, ni la de Principios Generales de Derecho, argumentos favorables a la revisión del contrato por el juez.

Sin embargo, en este mismo orden de ideas el autor en cita sostiene que la facultad de revisar un contrato otorgada por la legislación gala debe quedar reservada al Legislador, tomando en cuanto los resultados de los Trabajos de la Semana Internacional de Derecho, celebrada en París en 1937, ya que los mismos concluyen que: "El juez francés tiene... el poder de tener en cuenta la buena fe, a la cual lo remite el Código Napoleónico expresamente. Los contratos se cumplen de buena fe (Art. 1134, párrafo tercero). Sin embargo, esto no le permite revisar el contrato, es decir, sustituir la voluntad de las partes por la suya, lo cual es contrario a la idea misma de la celebración del contrato: un acuerdo de dos voluntades sobre cierto objeto. Cuando el juez puede rehacer un contrato no hay verdaderamente un contrato, sino una obligación legal que ocupa el lugar de la que existía... el contrato revisado no tiene de contrato sino el nombre... Esto no quiere decir que los contratos deban siempre cumplirse; pero entonces corresponde al Legislador, interviniendo y encargando al juez ejecutar su pensamiento, hacer la novación de la obligación contractual en una obligación que será puramente legal, novación que puede justificar las circunstancias especiales..."⁸⁹

⁸⁹ BORJA SORIANO, Manuel. *Op.Cit.* MÉXICO 2000, p. 285

A lo antes dicho el maestro Borja Soriano agrega que el tema de la imprevisión en los contratos puede ser abordado cuando menos desde dos puesto de vista:

- ◆ Desde la óptica del derecho ideal, donde al contemplar la Teoría de la Imprevisión, ineludiblemente se tendrá que determinar que la fuerza obligatoria del contrato debe templarse por la justicia. Y
- ◆ Desde la perspectiva del derecho positivo, concluye que la revisión de los contratos no puede ser una facultad otorgada a los jueces sino que debe ser el Poder Legislativo quien regule en circunstancias excepcionales los contratos que por las razones que dan motivo a la aplicación de la Teoría en estudio, deban ser reajustados.⁹⁰

Otro férreo opositor de la Teoría de la Imprevisión, dentro de los doctrinarios Mexicanos, lo es el distinguido Profesor Ignacio Galindo Garfias quien afirma que la solución al problema planteado por la Teoría de la Imprevisión, cuando menos en nuestro orden legal y más concretamente por nuestro Código Civil no es la revisión del contrato por parte de un juez.

Ya que a este respecto, dicho autor opina que: “la aplicación de la cláusula *Rebus Sic Stantibus* no puede tener lugar en nuestro sistema, aún en situaciones como aquellas que se han producido recientemente en nuestro país con motivo de las sucesivas devaluaciones monetarias”.⁹¹

El profesor Néstor de Buen Lozano, otro eminente doctrinario nacional, también opositor a la Teoría de la Imprevisión refiere, sin embargo, que la imprevisión ha penetrado fuertemente en el derecho actual, muy a su pesar, ya que opina: “Bien con base en principios generales de equidad y reciprocidad, bien con apoyo en reglas generales, o en disposiciones específicas, el hecho cierto es que la obligatoriedad de los contratos ha sufrido un grave quebranto cuyo alcance es de tal naturaleza que rompe con toda la teoría del contrato. Donde se tenga en cuenta la imprevisión, el contrato quedará a un lado.”⁹²

Afirmación que si bien entraña una gran verdad en torno a la Teoría de la Imprevisión, sólo la observa parcialmente y desde el lado más oscuro que esta presenta. Toda vez que si bien es cierto que en la actualidad “la obligatoriedad de los contratos ha sufrido graves quebrantos” esto se debe primordialmente a que los mismo no cubren los requerimientos de esa actualidad. Quedando a la zaga tales contratos de las exigencias que marca la presente realidad, razones más que suficientes para replantear la teoría del contrato y ajustar está esencial fuente del Derecho a las necesidades y exigencias que marcan los tiempos de hoy.

Mas entre los autores nacionales también encontramos quienes acogen con agrado la Teoría en estudio y entre ellos podemos citar a Rafael De Pina Vara quien refiere que la Teoría de la Imprevisión puede ser aplicada “en los casos para los que esta fue elaborada, en el sistema jurídico mexicano por una razón fundamental y clara. Esta razón la encontramos en la declaración constitucional expresa de los Principios Generales del Derecho como fuente formal del Derecho Positivo Mexicano.”⁹³

⁹⁰ Cfr. *Ibidem*, p.p. 286 y 287.

⁹¹ *Revista de la Facultad de Derecho UNAM*, Tomo XXXI, N° 120 septiembre-diciembre, México 1981 p.p. 378. GALINDO GARFIAS, Ignacio. *El principio de la buena fe en el derecho Civil*.

⁹² DE BUEN LOZANO, Néstor. *La decadencia del Contrato*. México, 2000. P. 246.

⁹³ DE PINA VARA, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo III, México 1999, p. 295.

Y precisamente fundado en dos principios esenciales del Derecho la buena fe y la equidad el profesor Manuel Bejarano Sánchez refiere que “los contratantes también estén obligados a observar buena fe en el cumplimiento del contrato. No deben hacer más gravosos, de lo admitido en el consenso de ambas partes, los efectos del acto”

Aún más, anota que “los contratantes deben conducirse como hombres honrados en la ejecución del contrato y no atenerse a la letra de éste... En ocasiones la buena fe impondrá la reducción de las prestaciones; en otras, la ampliación de ese deber, ajustando en contenido del contrato ... ya que obra de mala fe quien exige el cumplimiento de un contrato que le permite alcanzar lucros inesperados a costa del sacrificio del cocontratante y ventajas que no figuraban en la intención de las partes.”

Afirmando, además, que en cuando a los ajustes de las cláusulas de un contrato cuando este se torne inequitativo por el cambio imprevisto de las circunstancias, este “reajuste” con base en la aplicación de la Teoría en estudio deberá ser realizado por un Juez. Ya sólo lo un Juez es “quien tendrá así el poder de pasar sobre los términos del contrato, para adaptarlo a las nuevas condiciones económicas y equilibrar las prestaciones, impidiendo que sea sumamente oneroso para una de las partes y notoriamente favorable para la otra.”⁹⁴

Por su parte Rafael Rojina Villegas al respecto nos refiere que: “...también en nuestro Derecho hay un conjunto de datos... para fundamentar la facultad del juez a efecto de que pueda modificar, desde el punto de vista de la equidad, un contrato cuyo cumplimiento exacto traería consigo la ruina del deudor.”⁹⁵

Sin embargo, aclara que esto es distinto a poder afirmar que en nuestro orden legal existan elementos suficientes para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión en todos los casos que esta se imponga. Toda vez que, como se ha dicho, y el citado autor refiere en nuestro país éste problema se ha tratado de resolver mediante la expedición de leyes de emergencia. Mas cabe recordar que con dicha técnica legislativa no se ha tenido gran éxito e inclusive se han generado nuevos conflictos, como ya ha sido expuesto en el Capítulo Cuarto último apartado donde se abordó la evolución que de la Teoría de la Imprevisión ha tenido en México.

El autor en cita finaliza su análisis de la Teoría en estudio aceptando que en los casos no contemplados por las leyes de emergencia y siempre que se presente una alteración imprevisible de las circunstancias en que un contrato se celebre. Alteración que vuelva el cumplimiento de dicho contrato excesivamente oneroso para uno de los contratantes. Ello debería bastar para permitir al juzgador resolver tal contrato con arreglo en la equidad, siempre y cuando la parte afectada no haya incurrido en mora con antelación al cambio de las circunstancias. De ese modo concluye que con estas restricciones, se puede invocar en nuestro país la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, ya que la misma ha sido aceptada de manera implícita en nuestro orden legal.⁹⁶

Otro de los doctrinarios mexicanos que pugnan por la aplicación de la Teoría de la Imprevisión es Raúl Ortíz-Urquidi quien sostiene que nuestro Código Civil contienen un conjunto de disposiciones, facultades y principio que confieren las soluciones de justicia que la

⁹⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones Civiles*. México 2000, p.p. 164 in fine, 165 y 167.

⁹⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Op Cit.* p. 248.

⁹⁶ Cfr. *Idem*.

Teoría en estudio propone y, por tanto, concluye que ellos justifican su aplicación en el Derecho Mexicano

En este sentido expone que en el Código Civil Federal tales argumentos se integra de la siguiente manera:

- ♦ Art. 17 que se refiere a la lesión en los contratos, rechazando el desequilibrio entre las contraprestaciones. Lo cual debiese ser interpretado en el sentido dado a esta institución por el Derecho Canónico, ello es facultando al perjudicado a pedir la nulidad o reducción equitativa de la obligación no sólo ante la lesión contemporánea a la celebración del contrato, sino también ante la lesión que resulta de los cambios al momento de la ejecución del mismo.
- ♦ Art. 20 que consagra el principio de equidad señalando que en caso de conflicto de derechos, tal controversia se deberá resolver a favor de quien pretenda evitar perjuicios y no a favor de quien busca obtener un lucro.
- ♦ Art. 1857 numeral donde también se consagra el principio de equidad al referir que en caso de presentarse dudas circunstanciales o accidentales en el contrato, este se resolverá si fuese gratuito en el sentido en que se produzca una menor transmisión de derechos y en caso de ser oneroso a favor de la mayor reciprocidad de intereses.
- ♦ Art. 1912 el cual consagra la oposición al abuso del derecho, al imponer la obligación de indemnizar a quien se le ha propiciado un daño siempre que se compruebe que se ejercito un derecho sin utilidad alguna para su titular
- ♦ Art. 16 donde también se consagra la oposición al abuso de derecho, fijando los límites al ejercicio de las actividades y uso de los bienes, de forma tal que no se perjudique a la colectividad. Disposición que en lo que al derecho de propiedad se refiere se refuerza con lo establecido por los artículos 840 y 934 del ordenamiento legal en cita.
- ♦ Art. 1796 Controvertido artículo en los términos ya referidos. Donde se impone la obligación a los contratantes de ceñirse a los principios de la buena fe, el uso y la Ley. Argumento que se ve robustecido a la luz de lo dispuesto por el propio artículo 14 Constitucional, numeral que faculta en materia civil al juzgador a resolver en definitiva basado también en los Principios Generales de Derecho, a falta de ley expresa.
- ♦ Art. 2111 donde se consagra la excepción al cumplimiento del contrato por caso fortuito, acontecimiento que el autor en cita refiere al ser extraordinario, imprevisible e inevitable, reviste las características esenciales del hecho o acto que funda la Teoría de la Imprevisión.
- ♦ Art. 2395 numeral que faculta expresamente al juzgador, a petición del interesado, a reducir los intereses pactados en el contrato de mutuo cuando estos violen flagrantemente el principio de equidad.
- ♦ Art. 2396 artículo que acorde a la equidad que debe prevalecer en los contratos autoriza al deudor mutuario a resolver después de seis meses el contrato cuando se hubiesen pactado intereses superiores al legal.

- ♦ Art. 2455 el cual consagra expresamente la posibilidad de aplicar la Teoría de la Imprevisión para el caso del arrendamiento rústica fijando el monto del desequilibrio de las prestaciones, ello en una pérdida mayor a la mitad de la cosecha y su reajuste proporcional al de la alteración sufrida.

Por lo antes expuesto es que el Dr. Raúl Ortiz-Urquidi concluye que "Nuestro Derecho Positivo acoge, en forma por demás incontrovertible para nosotros, y en buena hora la justificada y justiciera Teoría de la Imprevisión"⁹⁷

Conclusión que es compartida por el ya citado Profesor Manuel Bejarano Sánchez quien expresa con relación a la posibilidad de aplicar la Teoría de la Imprevisión en el derecho positivo mexicano que la afirmación de que dicha teoría se encuentra tácitamente aceptada en nuestra legislación en los términos que lo expone Raúl Ortiz Urquidi, agregando que dicho planteamiento es un "argumento seductor y técnicamente perfecto. Ojalá que los jueces letristas tuvieran un conocimiento tan preciso e integral de la Ley, para que aplicaran justamente los principios con base en el espíritu del legislador."⁹⁸

Robusteciendo la conclusión a que llega el Dr. Raúl Ortiz-Urquidi se puede citar un artículo más invocado por el profesor Rafael Rojina Villegas, quien en un similar análisis de la inclusión implícita de la Teoría de la Imprevisión en el orden jurídico mexicano desarrollado por él, refiere:

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 404, consagra la facultad del Juez para otorgar un término de gracia a favor del deudor que de manera expresa confiese la demanda; motivo por el cual el autor en cita sostiene que por mayoría de razón debe otorgarse un término de gracias ante circunstancias extremas que imposibilitan al deudor no culpable a cumplir puntualmente su obligación.⁹⁹

En este orden de ideas; el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Juventino V. Castro y Castro se inclina por que los jueces compelidos por la autorización-obligación que les otorga el artículo 14 de la Ley fundamental de nuestro país, y motivando sus fallos en los principios generales del Derecho, concretamente en la equidad, apliquen la Teoría de la Imprevisión cuando el caso sometido a su consideración lo requiera.

De modo que el jurista en cita encuentra en el Código Civil Federal, la estructura fundamental de aplicación de la Teoría de la Imprevisión; es decir, del análisis de dicho ordenamiento evidencia la tendencia que éste presenta a resolver las controversias de orden civil con base en el principio de equidad, pilar fundamental de aplicación de la Teoría en estudio como él mismo afirma.

Los artículos del Código Civil Federal en que el autor en cita apoya sus conclusiones son:

⁹⁷ ORTIZ URQUIDI, Raúl. *Derecho Civil Parte General*. México 2001, p.p. 432-435.

⁹⁸ BEJARANO SANCHEZ, Manuel. *Op.Cit.* p. 168.

⁹⁹ Cf. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Op. Cit.* p. 254

- ◆ Art. 19.- El cual prescribe, al igual que el numeral 14 nuestra la Carta Magna, que las controversias del orden civil a falta de ley expresa deberán resolverse con forme a los principios generales de derecho
- ◆ Art. 20.- Numeral que dispone que ante el conflicto de intereses y a falta de ley expresa se resolverá a favor quien pretenda evitar perjuicios y no de quien busque un lucro. Y siendo derechos iguales se discernirá procurando la mayor igualdad de intereses; Es decir, buscando la equidad.
- ◆ Art. 1845.- Artículo que ordena al juez reducir la pena de manera equitativa y siempre que fuese posible realizar una modificación exactamente proporcional.
- ◆ Art. 1857.- Donde se dispone resolver las dudas de interpretación de los contratos gratuitos a favor de la menor transmisión de derechos e intereses y los onerosos procurando la mayor reciprocidad de intereses; o sea, nuevamente a través de la aplicación del principio de equidad.
- ◆ Art. 1796 controvertido artículo que en su parte final señala que los contratos obligan a las partes no exclusivamente a lo estrictamente pactado, sino a las consecuencias acordes a la buena fe que dicho convenio suponga según su naturaleza.
- ◆ Art. 2455 único artículo del Código Civil Federal donde de manera expresa se regulan los extremos de aplicación de la Teoría en estudio; ordenando llegado el caso reajustar las prestaciones debidas en proporción a las ganancias obtenidas y determinando que dicha disposición es de orden público y, por tanto, irrenunciable. Aun cuando se le restringe de forma exclusiva al arrendamiento de fincas rústicas.

De tal suerte que en la Buena Fe, encuentra el Ministro Castro y Castro el principal argumento de aplicación de la Teoría de la Imprevisión, la cual al ser un principio general del Derecho, es una verdad jurídica notoria, indiscutible y de carácter general. Lo que trae por consecuencia que siendo los principios generales del Derecho siempre observados por el legislador al realizar su función; permiten al juzgador que recurre a la equidad, ante el silencio de aquel, dar la solución que el mismo legislador hubiese pronunciado. Concluyendo que si la Teoría de la Imprevisión está orientada esencialmente por un espíritu de Equidad, ésta constituye un principio general del derecho. 100

Como se ha referido, se considera que existen en la actualidad bases jurídicas sólidas y suficientes para llevar a cabo la aplicación de las soluciones propuestas por la Teoría en estudio en materia civil en el Derecho Mexicano. Sin embargo, se cree que lo óptimo sería incluir expresamente la Teoría de la Imprevisión en nuestra legislación con el objeto de regularla de una manera integral; para evitar se haga mal uso de los remedios que la misma propone y brindar a los jueces la indudable posibilidad de aplicación que la misma exige, a la par de señalar las directrices necesarias para su correcta invocación.

100 Cfr. CASTRO Y CASTRO, Juventino V. Op. Cit. p.p. 62, 72 in fine-74, 76-79, 86-90.

Robustece la anterior afirmación el hecho de que la Teoría de la Imprevisión ha sido acogida de manera expresa en el Derecho Civil Nacional en los Códigos Civiles de los Estados de Aguascalientes, Guanajuato, Jalisco, Quintana Roo, Tamaulipas y tímidamente en la legislación de Morelos; regulaciones que serán expuestas en los subsecuentes apartado.

4.3. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES

El Código Civil del Estado de Aguascalientes publicado en el periodo oficial del mismo estado el 7 de diciembre de 1974; en su Libro Cuarto de las obligaciones, Título Primero Fuente de las Obligaciones, Capítulo Primero, en el apartado correspondiente a Interpretación, regula la Teoría en estudio de manera expresa en los siguientes artículos:

“Artículo 1730.- 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.

Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas.

Artículo 1731.- 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.

Artículo 1733.- 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 a delante los términos aparentes de la convención, una notoria injusticia o falta de equidad que no corresponda a la causa del contrato celebrado. Este precepto no comprende las fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico o social ni los cambios de posición o circunstancias de los contratantes en la sociedad, sino solo aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevienen por hechos de carácter general y que establecen una desproporción absoluta entre lo pactado y lo que actualmente debiera corresponder a la terminología empleada en el contrato.

Artículo 1734.- En todo caso de aplicación del artículo anterior la parte que haya obtenido la cesación de los efectos de un contrato deberá indemnizar a la otra, por mitad, de los perjuicios que le ocasionen la carencia repentina de las prestaciones materiales de dicho contrato, incluyendo gastos y demás que tuvieren que hacerse para lograr las mismas prestaciones en los términos que sean útiles o justos en ese momento. Solo podrá librarse de este compromiso la parte que ofreciere a la otra llevar adelante las prestaciones aludidas, en términos hábiles, aún cuando esta última rehusare la proposición.

Artículo 1736.- Para que tengan aplicación los artículos que preceden, se supone que el cumplimiento parcial o total del contrato se halla pendiente por causa legítima y no por culpa o mora del obligado.” 101

Toda vez que el ordenamiento legal que a continuación se estudiará da un trato idéntico a la Teoría en estudio salvo las pequeñas modificaciones que en su momento se apuntarán. Se considera mejor reservar las observaciones y comentarios del Código Civil del Estado de Aguascalientes, y realizarlas en conjunto con las del Código Civil del Estado de Jalisco, ello con el propósito de no redundar.

101 CÓDIGO CIVIL, Para el Estado de AGUASCALIENTES. México, 1999.

4.4. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO.

Este ordenamiento legal, Publicado en el Periódico Oficial del Estado de Jalisco el día 14 de mayo de 1934, en su Libro Cuarto de las obligaciones, Título Primero Fuente de las Obligaciones, Capítulo Segundo, en el apartado correspondiente a la Interpretación; regula la Teoría en estudio de manera expresa en los siguientes artículos:

“Artículo 1768.- 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.

Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas.

Artículo 1769.- Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar.

Artículo 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 de equidad que no corresponda a la causa del contrato celebrado. Este precepto no comprende las fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico o social ni los cambios de posición o circunstancias de los contratantes en la sociedad, sino sólo aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevienen por hechos de carácter general y que establecen una desproporción absoluta entre lo pactado y lo que actualmente debiera corresponder a la terminología empleada en el contrato.

Artículo 1772.- En todo caso de aplicación del artículo anterior, la parte que haya obtenido la cesación de los efectos de un contrato deberá indemnizar a la otra, por mitad, de los perjuicios que le ocasionen la carencia repentina de las prestaciones materiales de dicho contrato, incluyendo gasto y demás que tuvieren que hacerse para lograr las mismas prestaciones en los términos que sean usuales o justos en ese momento. Solo podrá librarse de este compromiso la parte que ofreciere a la otra llevar adelante las prestaciones aludidas, en términos hábiles, aún cuando esta última rehusare la proposición.

Artículo 1774.- Para que tengan aplicación los artículos que preceden, se supone que el cumplimiento parcial o total del contrato se halla pendiente por causa legítima y no por culpa o mora del obligado.” 102

Los Códigos Civiles de los referidos Estados, ubican la Teoría de la Imprevisión dentro del apartado de interpretación de las obligaciones, es decir, se proponen la Teoría en estudio como un remedio de interpretación de la voluntad de los contratantes. Perspectiva que no se considera como la más adecuada, dada cuenta que los problemas que la Teoría en estudio pretende resolver, posee como única relación con la voluntad de las partes que esta difiere de las consecuencias que dichos actos acarrearán. Lo que es lo mismo, no existe ninguna manifestación de voluntad de las partes que celebraron el acto, que expresa o tácitamente sustente los efectos, consecuencia y obligaciones que del mismo emanan. Ya que dichas obligaciones son resultado directo de la alteración de las condiciones y circunstancias de ejecución que ha producido el acontecimiento extraordinario e imprevisible y no de la voluntad de las partes.

Es decir, en las legislaciones en cita se soporta la posibilidad de aplicación de la Teoría de la Imprevisión en la voluntad de las partes y tal afirmación se robustece a la luz de la interpretación jurisprudencial que en torno al Código Civil de Jalisco realizara en la Octava Época, el Segundo Tribunal Colegiado en materia Civil del Tercer Circuito, en una tesis que refiere que lo preceptuado por dicha legislación en materia a la Teoría en estudio es de exclusiva aplicación a los actos jurídicos donde medie un acuerdo de voluntades y cuya procedencia siempre ha de ser excepcional y, por tanto, restrictiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9º de dicha regulación prohibiendo absolutamente su invocación por analogía; criterio que puede ser contemplado en la tesis que enseguida se describe: 103

CONTRATOS. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).

Amparo directo 995/89. María Esther Terrones de la Mora. 13 de febrero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretario: Daniel Horacio Escudero Contreras. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte: V Segunda Parte-1 Tesis: Página: 150.

De modo que por lo antes expuesto se puede decir que en los códigos en comento la Teoría de la Imprevisión se funda en la falta de una voluntad expresa de las partes con respecto a las consecuencias que las mismas se ven compelidas a cumplir; tras las alteraciones de las condiciones generales producidas por un acontecimiento sobreviniente imprevisible y extraordinario que propicia una desproporción absoluta entre lo pacto y tales consecuencias por ejecutar.

Por otro lado de los artículos antes transcritos se puede deducir que en dichos ordenamientos se faculta a la parte perjudicada únicamente a solicitar la rescisión del contrato. Situación que se califica del todo desafortunada, toda vez que, como ya se ha referido, dicha denominación es inadecuada, ya que la figura jurídica de la rescisión obedece a los casos de incumplimiento culposo, por lo que debería hablarse de resolución del contrato con lo que se excluye de dicha solución a los actos y prestaciones ya ejecutados. Además, el remedio propuesto por los códigos en cita contraría directamente el principio de conservación de los contratos.

La posibilidad de optar por la revisión y reajuste de las condiciones del contrato se brinda exclusivamente a quien se demanda la rescisión de éste, con base en la aplicación de la Teoría de la Imprevisión. Situación que parece un tanto ilógica e incongruente con los fines que persigue la aplicación de dicha doctrina. Ya que además de contrariar el principio de conservación de los contratos como ya se ha señalado, no cumple con la máxima de derecho que versa: "quien puede lo más puede lo menos". Ya que si se otorga la posibilidad de solicitar la resolución del contrato a la parte afectada, con más razón se le debería permitir únicamente pugnar por un equitativo reajuste del mismo.

Los ordenamientos en cita contemplan la Teoría de la Imprevisión brindando de antemano un remedio a la aplicación de la misma, al ordenar la indemnización que la parte perjudicada por la carencia repentina de las prestaciones del contrato deberá recibir. Se considera que debiese realizarse un estudio del caso concreto antes de predeterminar una solución. Ya que tal solución resulta injusta e injustificada, ya que se trata a quien demanda la aplicación de la Teoría de la Imprevisión como culpable; cuando, como ya se ha expuesto, la aplicación de la

103 Código Civil del Estado de Querétaro "ART. 9º.- Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no este expresamente especificado en las mismas leyes."

Teoría en estudio es consecuencia de alteraciones causadas por acontecimientos sobrevinientes extraordinarios e imprevisibles, inevitables y totalmente ajenos a la voluntad, culpa o intervención de las partes.

También se considera que debiese observarse la onerosidad objetiva y no la pretendida interpretación de la voluntad de las partes. Toda vez que no debe perderse de vista que el conflicto que la doctrina en análisis pretende dirimir es el que ocasiona el cumplimiento de un contrato cuyas condiciones de ejecución difieren radicalmente de las que existían al celebrarse, tornando por ello excesivamente oneroso el cumplimiento del mismo a una de las partes

Por último se considera que dichos ordenamientos deberían contemplar la posibilidad de conceder un término de gracia o aplazamiento del contrato, alternativa que en caso de tratarse de una alteración temporal de las circunstancias que modifican las condiciones del contrato; brindaría la solución más idónea para restablecer el equilibrio prestacional.

Aun cuando de manera general se considera que no ha sido del todo adecuado el manejo realizado de los principios y soluciones propuestas por la Teoría de la Imprevisión en los ordenamientos legales antes analizados; no se puede pasar por alto lo trascendente que resulta dicha inclusión de manera expresa en los códigos en comento. Ya que ello brinda la posibilidad de constatar que tal inclusión no es contraria a los principios que rigen el orden legal mexicano, además de posibilitar el desarrollo de jurisprudencia al respecto; fuente del derecho de incalculable valor ya que refleja la confrontación directa de la hipótesis normativa con la realidad fáctica al tiempo que es nutrida por la interpretación de los más doctos juristas a cargo de la impartición de justicia de la nación.

Como ha apuntado, en las dos anteriores regulaciones la Teoría de la Imprevisión se aborda desde el punto de vista de la interpretación de los contratos y su procedencia se funda y motiva en la ausencia de voluntad expresa de las partes para la consecución de obligaciones alteradas por un acontecimiento imprevisible; ahora se verá cual es el enfoque que recibe la Teoría en estudio en el Código Civil del Estado de Guanajuato.

4.5. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUANAJUATO.

Este ordenamiento legal da un trato singular a la Teoría de la Imprevisión como se constata a través del estudio de sus siguientes numerales:

“TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS:

Artículo 1348.-Los contratos pueden terminar:

- I. Por las causas de terminación propiamente tales;
- II. Por rescisión;
- III. Por resolución.

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

- I. El aviso que una de las partes de a la otra, cuando así se hubiere estipulado en el contrato, con la anticipación y en la forma que se hubiere convenido;
- II. La realización del hecho o acto que se hubiere estipulado en el contrato o se establezca en la Ley como causa de terminación del mismo y;

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

El contratante afectado podrá solicitar la modificación o resolución del contrato.

Artículo 1352.- En los casos de los artículos 1349 fracción IV, 1350 y 1351 fracciones II y III, para que opere la terminación del contrato será necesaria la resolución judicial. 104

Artículo 1353. La acción de rescisión o resolución de un contrato prescribe al año de haberse efectuado el acto o hecho que le dio nacimiento.

Artículo 1354. En el caso a que se refiere el artículo 1350 los efectos de la rescisión serán retroactivos entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, respecto de los cuales el efecto de la rescisión no se extiende a las prestaciones ya efectuadas. Se aplicará esto último a los casos de resolución de los contratos previstos en el artículo 1351." 105

En primer lugar se debe destacar que el ordenamiento en cita maneja una terminología más adecuada, al referir como uno de los remedios propuestos por la Teoría en estudio a la resolución del contrato; cuando en virtud de la alteración de las circunstancias de ejecución, propiciada por un acontecimiento extraordinario e imprevisible, se han tornado excesivamente onerosa la prestación de una de las partes. Ello pese a que al regular los alcances de la misma habla de rescisión.

Es decir, el Código en comento contempla como base de aplicación de la Teoría de la Imprevisión el desequilibrio prestacional del acto jurídico, aún cuando restringe su campo de aplicación exclusivamente a los contratos, refiriendo de manera específica aquellos que observen la modalidad de ejecución continuada, periódica o diferida.

De igual modo a de subrayarse el acierto que ésta legislación realiza al excluir, como causa de resolución de los contratos, las consecuencias normales de ejecución de los mismos y señalar como hipótesis para su invocación la excesiva onerosidad en los términos expuestos. A este respecto parece conveniente indicar que complementado la regulación que el Código Civil de Guanajuato realiza en torno a la Teoría en estudio al ordenar de manera expresa la aplicación de la Teoría de la Imprevisión a través de resolución dictada por el Poder judicial, la Tercera Sala desde la Séptima Época; en una tesis jurisprudencia, determinó al respecto que dichas causas deben ser analizadas por el Juez quien deberá motivar su determinación en un recto criterio en el que impera la lógica jurídica y excluyendo siempre aquellas causas de alteración que pudiesen haber sido razonablemente contempladas por cualquier contratante común y más aún si dichas alteraciones pudieron ser previstas por el contratante que posteriormente la invoca. Tal criterio se puede observar en lo dispuesto por la tesis que a continuación se precisa:

CONTRATOS. CAUSAS EXTRAORDINARIAS E IMPREVISIBLES QUE PUEDEN ALTERAR SU CUMPLIMIENTO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)

Amparo directo 3441/77. Gonzalo Alberto Díaz Vargas. 19 de junio de 1978. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Secretario: Carlos A. González Zárate. Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 109-114 Cuarta Parte, Página: 27

104 El artículo 1349 refiere los casos de terminación, mientras el 1350 menciona la Rescisión del contrato. Vid APÉNDICE.

105 [Ht://info4.juridicas.unam.mx/adjprojs/est/12/17/1348.htm](http://info4.juridicas.unam.mx/adjprojs/est/12/17/1348.htm) Código del Estado de Guanajuato.

Finalmente por lo que respecta al manejo que el ordenamiento en cita realiza de la Teoría de la Imprevisión resulta relevante referir el hecho de que éste es el único en el cual se fija a la misma el término de prescripción de un año, contado a partir de la realización del acto sobreviniente, extraordinario e imprevisible; para el ejercicio de la acción procesal correspondiente.

A continuación se expondrán los términos en que el Código Civil del Estado de Tamaulipas regula la Teoría de la Imprevisión.

4.6. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE TAMAULIPAS.

Este ordenamiento legal, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 10 de enero de 1984, en su Libro Tercero de las Obligaciones, Título Segundo Fuentes de las Obligaciones, Capítulo Contratos, Sección Primera Disposiciones Preliminares; regula de manera expresa la Teoría de la Imprevisión en sus artículos 1261 y 1262 que a la letra consignan lo siguientes.

"Artículo 1261.- En los contratos bilaterales de ejecución diferida, o de tracto sucesivo, cuando las circunstancias que preveían en el momento de su celebración y que influyeron de manera importante en la determinación de las partes para celebrarlo sufren alteración sustancial por un hecho imprevisible, de manera que el cumplimiento de sus cláusulas tal como fueron estipuladas rompería el equilibrio de las prestaciones; el Juez podrá dictar las modificaciones necesarias para restablecer la equidad en la ejecución del contrato.

Artículo 1262.- El Juez sólo podrá acordar la modificación del contrato:

- I. Por sentencia que pronunciará a instancia del perjudicado;
- II. Si en el juicio se prueba que la alteración de las circunstancias fue imprevisible y general en la región o país;
- III. Sin modificar la naturaleza de los elementos sustanciales del contrato." 106

La legislación civil del estado de Tamaulipas justifica jurídicamente la aplicación de la Teoría en estudio: Tanto en la falta de voluntad expresa de los contratantes, para comprometerse al cumplimiento de obligaciones que se han visto abruptamente modificadas por la alteración en las condiciones en que éstas se han de ejecutar; al hacer referencia a la modificación de circunstancias que influyeron de manera importante en la determinación de las partes para contratar. Como en la necesidad de restablecer la ecuación prestacional que un acontecimiento imprevisible desequilibrara; ello al apuntar la necesidad de que un Juez dicte las modificaciones indispensables para restablecer la equidad en la ejecución de un contrato, que se ha visto afectado por la alteración sustancia del equilibrio prestacional pactado por las partes tras la modificación de las condiciones del mismo consecuencia de la aparición de un hecho imprevisible de carácter general.

De modo que el trato que la legislación en cita da a la Teoría en estudio otorga al juzgador amplias facultades para dictar las modificaciones necesarias a efecto de restablecer el equilibrio prestacional, sin más límite que respetar los elementos sustanciales del contrato y siempre a instancia de la parte perjudicada. Situación que a la vez que resulta muy alargadora para el poder Judicial de dicha entidad al depositar una absoluta confianza en sus Jueces, resulta

peligrosamente imprecisa, al no determinar los alcances o posibles consecuencias de dichas modificaciones, dejando la puerta abierta para que en casos similares pudiesen dictarse soluciones diversas.

Así resulta que la inclusión expresa de la Teoría de la Imprevisión en el Código Civil de Tamaulipas concede al juzgador la obligación de aplicarla de una manera que podría calificarse como excesivamente discrecional.

Resulta imprescindible anotar que la legislación en cita en su artículo 1259 reproduce de manera puntual lo establecido por el numeral 1796 del Código Civil Federal; precepto que ha sido esgrimido por detractores de la Teoría de la Imprevisión e incluso interpretado jurisprudencialmente como principal argumento en contra de la legal posibilidad de invocar la Teoría en estudio y que, sin embargo, en el Código de Tamaulipas posee la misma ubicación que los preceptos que regulan la imprevisión. Situación que confirma la reiterada afirmación realizada a lo largo de este trabajo en el sentido de que la Teoría de la Imprevisión y la *Pacta Sunt Servanda*, son dos formas de respetar los principios de la Autonomía de la Voluntad y Buena Fe de los contratos en diversas circunstancias.

A continuación será expuesta la forma, en que el Código Civil del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo trata a la Teoría en estudio, siendo este el último de los ordenamientos legales civiles de nuestro país en que se aborda de manera expresa el problema planteado por la Imprevisión.

4.7. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE QUINTANA ROO.

En este Código Civil; expedido el 30 de septiembre de 1980, en su Libro Primero de los Hechos, Actos y Negocios Jurídicos, Título Tercero de los Negocios Jurídicos, Capítulo Noveno, Sección Tercera de la Excesiva Onerosidad Sobreviniente; se regula la Teoría en estudio de manera expresa en los siguientes artículos:

“Artículo 378.- Cuando en cualquier momento de la ejecución de un contrato bilateral de cumplimiento continuo, periódico, o diferido, la prestación de una de las partes hubiere llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios que no pudieron razonablemente preverse en el momento de la celebración, la parte que deba tal prestación podrá demandar, bien la rescisión del negocio o bien una modificación equitativa en la forma y modalidades de la ejecución, pero si el negocio es de ejecución continuada o periódica, la rescisión no se extenderá a las prestaciones ya realizadas.

Artículo 379.- Si de los medios mencionados en el artículo anterior el interesado opta por la rescisión, el demandado podrá oponerse a ella proponiendo modificaciones al contrato suficientes para reducirlo a la equidad.

Artículo 380.- Cuando la excesiva onerosidad por los acontecimientos extraordinarios a que se alude en el artículo 378, se presente en negocios en que una sola de las partes hubiere asumido obligaciones, la misma podrá pedir, o bien una reducción equitativa de su prestación, o bien una modificación, también equitativa, de las modalidades de ejecución.

Artículo 381.- No son aplicables las disposiciones de esta sección a los contratos aleatorios en que la sobrevenida onerosidad excesiva quede comprendida en la incertidumbre normal de los mismos." (sic) 107

Como se desprende del contenido de los numerales antes transcritos, el fundamento de aplicación de la Teoría de la Imprevisión que maneja esta legislación, descansa sobre bases constituidas por un elemento de orden objetivo "La Excesiva Onerosidad" y el principio subjetivo de "La Equidad".

De modo que, por las razones antes expuesta el ámbito de aplicación de la Teoría en estudio en que incide el Código Civil del Estado de Quintana Roo se amplía en comparación con los ordenamientos antes analizados. Habida cuanta que el ordenamiento civil en comento contempla la posibilidad de aplicación de los remedios propuesto por la Teoría de la Imprevisión no sólo a los contratos bilaterales de ejecución continuada, periódica o diferida, sino que también incluye a los contratos unilaterales y aleatorios. Esta última afirmación descansa en la interpretación a *contrario sensu* del artículo 381 del ordenamiento legal en estudio, ya que si la excesiva onerosidad que afecte a dichos contratos es anormal o ajena a la incertidumbre o aleatoriedad propia de los mismos se hará necesaria la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión.

Por otra parte se destaca el atinado modo en que se manejan las soluciones propuestos por la Teoría de la Imprevisión en el ordenamiento legal en cita. Toda vez que el mismo faculta a quien es afectado por excesiva onerosidad, producida por un acontecimiento racionalmente imprevisible, a demandar tanto la rescisión como la modificación equitativa de dicho negocio, en tratándose de contratos bilaterales de ejecución continua, periódica o diferida, ya sean conmutativos o aleatorios. Y en el caso de los contratos unilaterales otorga a quien demanda la aplicación de la Teoría en estudio la posibilidad de optar por la reducción o la modificación equitativa de las prestaciones debidas. Además de brindar en todos los casos al demandado la posibilidad de oponerse a la rescisión del contrato mediante la modificación equitativa del mismo.

A lo antes dicho sólo bastaría agregar que, por las razones ya ampliamente expuestas, se considera preferible hablar de resolución del acto jurídico y no de rescisión. Además de insistir en la necesidad de contemplar como uno de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión la posibilidad de conceder un término de gracia o aplazamiento para el cumplimiento de las obligaciones pendiente. Toda vez que este remedio brindaría la solución más acorde para restablecer el equilibrio prestacional, cumplir con el principio de la autonomía de la voluntad y en su caso procurar la conservación de los contratos, ante el supuesto de una alteración temporal de las circunstancias que modifican las condiciones de tales actos jurídicos.

Tras reconocer, de nueva cuenta, el brillante modo en que se abordan y desarrollan los principio y soluciones propuestas por la Teoría de la Imprevisión en el Código Civil del Estado de Quintana Roo; y dando con ello por concluido el estudio de los ordenamientos civiles locales en que se contempla de manera expresa la aplicación de la Teoría de la Imprevisión; se procederá a analizar como la Teoría en estudio puede ser contemplada ante la óptica que brinda el Código de Comercio

4.8. FUNDAMENTOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.

Siendo el Código de Comercio la legislación que regula de manera directa los actos de comercio, a lo largo del presente apartado el mismo será analizado; con el propósito de dilucidar si en la actualidad este ordenamiento legal contiene en alguno de sus numerales, consideraciones o principios jurídicos, que hagan factible la aplicación de la Teoría en estudio.

En primer término se señalará el ámbito de aplicación del Código de Comercio y condiciones de aplicación de legislaciones supletorias al mismo:

"Artículo 1º.- Los Actos Comerciales sólo se regirán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes mercantiles aplicables.

Artículo 2º.- A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia Federal.

Artículo 81.- Con las modificaciones y restricciones de este Código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos."

Así, toda vez que el Código de Comercio no regula de manera expresa la Teoría de la Imprevisión y siendo uno de los remedios brindados por la misma la rescisión o mejor dicho la resolución del contrato; y otra de las soluciones por ésta propuestas invalidar el cumplimiento de las prestaciones pendientes para que las mismas sean reajustadas en estricto apego a la equidad, con el propósito de restablecer la ecuación prestacional alterada por un acontecimiento sobreviniente, extraordinario, imprevisible y con consecuencias de índole general. Resulta adecuado concluir que en materia de Imprevisión es posible aplicar en materia mercantil de forma supletoria los fundamentos, regulaciones, principio y preceptos existentes en este sentido en el Código Civil Federal.

Por lo antes expuesto, se puede afirmar que la Teoría de la Imprevisión tiene cabida en materia mercantil y concretamente con respecto a los Contratos de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria; dada cuenta que es factible aplicar en torno a estos los argumentos blandidos para motivar la legal aplicación de la misma en el Código Civil Federal. Argumentos que de manera presunta o tácita apoya, fundamentan y motivan la legal invocación de la Teoría de la Imprevisión en dicho ordenamiento y que obvio de repetición se deberán tener aquí por reproducidos, toda vez que es dable hacerlos extensivos a los actos jurídicos mercantiles, al tenor de lo dispuestos por los numerales transcritos.

Ahora se expondrán los fundamentos que se considera el propio Código de Comercio brinda para facultar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión en materia mercantil.

"Artículo.- 1324 Toda sentencia deber ser fundada en ley y si ni por el sentido natural ni por el espíritu de ésta se puede decidir la controversia, se atenderá a los Principios Generales de Derecho, tomando en consideración las circunstancias del caso."

Como resulta evidente del contenido del artículo antes transcrito, y en concordancia con lo dispuesto por el párrafo final del Artículo 14 de nuestra Constitución; es posible afirmar que

dicho numeral faculta y ordena al juzgador fundar sus fallos con estrecha observancia de los Principios Generales de Derecho, a falta de ley expresa o interpretación de la misma que permita dirimir el litigio. Principios que como ya se ha referido brindan una sólida base para la legal aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

De tal suerte que resulta fundado afirmar que el Código de Comercio, al igual que el Código Civil Federal ordenamiento de aplicación supletoria al primero, contiene intrínsecos fundamentos que hacen posible la legal aplicación de la Teoría en estudio con respecto a los actos jurídicos en materia mercantil; y por ende, con relación a los Contratos de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria.

No es óbice para sostener la anterior afirmación el argumento que refiere que el Código de Comercio se acoge de manera inamovible al principio *Pacta Sunt Servanda* por lo dispuesto en el numeral que a continuación se transcribe:

“Artículo 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que parezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.”

Ya que pese a que tal postura a sido sostenida incluso por el criterio jurisprudencial plasmado en una tesis aislada; si se analiza de manera integral el contenido del precepto anterior es posible llegar a la conclusión de que en el mismo la obligatoriedad de la palabra dada y el mantenimiento de los términos del contrato no se harán depender de formas solemnes; mas nada se dice respecto a modificaciones sobrevinientes de las condiciones bajo las cuales dichos contratos se celebraron. Es decir, la fuerza obligatoria que las convenciones mercantiles poseen para los contratantes se encuentra restringida dentro del limite marcado por lo previsible, habida cuenta, que el legislador normó contemplando una situación ordinaria e invariable y no pretendió regular situaciones extraordinarias que seguramente no vislumbro ya que de haberlo hecho de manera expresa, en dichos términos lo hubiese referido.

Aunado a lo antes expuesto es conveniente recordar la aclaración hecha en torno a que el principio *Pacta Sunt Servanda* de modo alguno resulta antagónico a los principios planteados por la Teoría de la Imprevisión y la cláusula *Rebus Sic Stantibus* que le dio origen. Dada cuenta que ambas figuras jurídicas se fundan en los principios de la buena fe y la autonomía de la voluntad, por lo que las dos son expresiones de dichos principios en circunstancias distintas; las dos caras de una misma moneda.

Como ya se ha dicho la Teoría de la Imprevisión pretende la ejecución de los actos jurídicos tratando de dilucidar precisamente los términos en que las partes realmente quisieron obligarse para así no pasar por sobre la voluntad de las mismas y vulnerar el principio de autonomía de la voluntad. Del mismo modo que ceñirse a la letra de un contrato y los términos que en él aparezcan defiende el referido principio de autonomía de la voluntad cuando los efectos de esta voluntad, sus fines, propósitos y consecuencias no han sido distorsionados de modo alguno por un acontecimiento imprevisible. Es decir, mientras las obligaciones que se desprenden del contrato son consecuencia de la voluntad de las partes, en apego a los principios de buena fe y autonomía de la voluntad deberán cumplirse *Pacta Sunt Servanda*; Sin embargo, cuando dichas obligaciones se hayan tornado ajenas a la voluntad de las partes al ser obligaciones impuestas por las alteraciones producidas por un hecho imprevisible, en cumplimiento de los mismos principios

de buena fe y autonomía de la voluntad, deberán ser reajustadas para ser cumplidas *Rebus Sic Stantibus*.

Tras concluir que el ordenamiento legal en cita cuanta con fundamentos propios y supletorios suficientes para invocar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión en los actos regulados por el Código de Comercio; se dará paso al análisis de dos importantes regulaciones en materia mercantil, en busca de elementos que fortalezcan la afirmación antes realizada. Comenzando con la Ley General de Títulos e Operaciones de Crédito y continuando con la Ley de Instituciones de Crédito.

4.9. FUNDAMENTOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN, EN LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO.

En realidad en el ordenamiento legal en estudio no se encontró artículo alguno que pudiera ser de utilidad para fundar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, pero tampoco fue localizado ningún numeral en el que se pretendiese restringir los alcances y remedios que la misma propone.

Sin embargo, y pese a lo antes dicho parece conveniente resaltar el hecho de que el Código de Comercio, disposición legal de aplicación directa a la Ley en cita, refiere la aplicación supletoria del Código Civil Federal; en relación con la capacidad de las partes y en materia de nulidad y causas de rescisión de contratos. Más aun el propio ordenamiento legal en estudio de manera expresa en la fracción IV de su artículo 2º, ordena la aplicación supletoria del referido Código Civil Federal.

La importancia de estas consideraciones se pone de manifiesto si se toma en cuenta, que como ha sido expuesto, en el multicitado Código Civil Federal existen fundamentos suficiente para la legal aplicación del la Teoría de la Imprevisión. Teoría que como uno de sus remedios, el más extremo de todos, contempla la rescisión del contrato o mejor dicho la resolución del mismo. Lo que a la luz de lo antes expuesto faculta la adecuada aplicación supletoria de dicho ordenamiento y por ende de los fundamentos que en el mismo se observan para la correcta invocación de la Teoría en estudio en materia mercantil. Directamente en relación con los contratos mercantiles y concretamente en tratándose del Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria.

4.10. FUNDAMENTOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN, EN LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

Se indagara ahora si la Ley de Instituciones de Crédito posee algún numeran en cuyo contenido se pueda apoyar la propuesta de aplicación de la Teoría de la Imprevisión, a los Contratos de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria. Comenzando con por exponer propósito y campo de aplicación de la misma:

"Artículo 1º.- La presente Ley tiene por objeto regular el servicio de Banca y crédito; la organización y funcionamiento de la Instituciones de Crédito; las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar; su sano y equilibrado desarrollo; la protección de los intereses del público; y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Bancario Mexicano."

Siendo uno de los objetivos directos de la Ley en estudio la protección de los intereses de los particulares que celebran cualquier tipo de operación con las Instituciones Crediticias, resultará necesario que se procure en todo momento el equilibrio de las prestaciones que dicha relación motiva. Por lo tanto, debería considerarse la posibilidad de recurrir a la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, dado que es precisamente el mantenimiento y reajuste de la ecuación prestacional el fin último y principal objeto de la Teoría en estudio.

"Artículo 6º.- En lo no previsto por la presente ley y por la Ley Orgánica del Banco de México, a las instituciones de Banca múltiple se les aplicará en el orden siguiente:

- I. La legislación mercantil;
- II. Los usos y prácticas Bancarios y mercantiles, y
- III. El Código Civil para el Distrito Federal, y
- IV. El Código Fiscal de la Federación...."

De tal suerte que al acudir de manera supletoria a las disposiciones del Código Civil Federal, como se ha venido anotando también adopta los ya referidos fundamentos de aplicación de la Teoría de la Imprevisión, en ese ordenamiento incluidos.

Por otra parte se considera que la regulación en estudio contiene *per se* disposiciones que hacen posible y necesaria la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, como es el caso del lo dispuesto por el numeral siguiente:

"Artículo 65.- Para el otorgamiento de sus financiamientos, las instituciones de crédito deberán estimar la viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de estos, la relación que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados y la calificación administrativa y moral de estos últimos, sin perjuicio de considerar las garantías que en su caso, fuesen necesarias. Los montos, plazos, regímenes de autorización, y en su caso, periodos de gracia de los financiamientos, deberán tener una relación adecuada con la naturaleza de la inversión y con la situación presente y previsible de los acreditados.

En procesos de reestructuración de operaciones en los que el acreditado se encontrara en insolvencia o sujeto a concurso, suspensión de pagos o quiebra, podrán modificar el plazo, tasa y demás características del crédito, cuando el consejo de administración, a propuesta del responsable del área de crédito, apruebe los nuevos términos del financiamiento, debiendo analizar un estudio que soporte la viabilidad del proyecto o bien el análisis de suficiencia de la fuente de recursos con los que se atenderán las obligaciones contraídas. Para el otorgamiento de recursos adicionales se requerirá autorización expresa del consejo.

La Comisión Nacional Bancaria vigilará que las instituciones de crédito observen debidamente lo dispuesto en el presente artículo."

Con base en lo antes transcrito es posible deducir que la Ley en comento hace hincapié en señalar como un elemento esencial para regular las operaciones Bancarias de financiamiento "los créditos", la adecuada relación que la viabilidad, cuantía, términos y modalidades de los mismos, mantengan con las situaciones presentes y previsibles de los acredi- dos. De modo que siendo este un factor determinante en el otorgamiento de los créditos, debería contemplarse la aplicación de la Teoría de la Imprevisión en dichas operaciones. Ya que resulta innegable el hecho que si tales situaciones resultaron indispensables para la celebración de dichos actos jurídicos, llegado el momento de ejecución de los mismos el mantenimiento de esa adecuada relación también resultará indispensable para la optima consecución de los fines propuesto por éstos. Y

ello solo será posible bajo la actualización de las hipótesis de aplicación de la Teoría de la Imprevisión, aplicando los remedios que la misma ofrece.

De igual modo la adición del ahora segundo párrafo del artículo en comento, llevada a cabo mediante la publicación respectiva en el Diario Oficial de la Federación de fecha 19 de enero de 1999, evidencia la apremiante realidad de modificar las obligaciones contraídas ante la fractura de la ecuación prestacional que han tenido que soportar los acreedores de estas instituciones. Revelando también lo extremadamente gravosa situación de los deudores por lo descomunal de la carga que se les ha impuesto al obligarlos a cumplir con prestaciones cuyos términos y condiciones se vieron alterados ante los acontecimientos económicos por los que México ha pasado.

Sin embargo, se considera que si bien dicha solución otorga un respiro a tales deudores, deja al arbitrio de las Instituciones de Crédito su procedencia y de manera concreta evita buscar las causas reales que motivaron la necesidad de realizar los mencionados "refinanciamientos", evadiendo por tanto brindar una verdadera y adecuada solución a las causas reales mediante un paliativo a sus consecuencias.

Por lo expuesto en torno a las legislaciones mercantiles antes analizadas se concluye que en materia mercantil en nuestro país no existe norma alguna que impide la aplicación de la Teoría de la Imprevisión en esta materia. Más aun como refiere el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Juventino V. Castro y Castro: "la invocación de la Teoría de la Imprevisión (por jugar en ella papel decisivo la equidad), como instrumento jurídico del juzgador, no es contrario a las normas sustantivas o procesales que regulan el dictado de las sentencias definitivas en materia mercantil, ni modifica el sistema que en esta disciplina jurídica rige. El juzgador se encuentra, por tanto, en aptitud de invocar la equidad al decidir un conflicto de intereses, sino existe norma aplicable y con ese proceder no se contraría el sistema normativo correspondiente."¹⁰⁸

Con el propósito de constatar que la aplicación de la Teoría de la Imprevisión no contraviene de manera alguna los principios rectores del sistema jurídico nacional, al tiempo se buscan encontrar mayores fundamento para la aplicación de la misma en el Derecho Mexicano; a continuación será expuesta la obligatoriedad que la Teoría en estudio tiene para nuestro país por su inclusión expresa en la convención de Viena de 1959, así que en el apartado siguiente se analizarán las razones de tal afirmación.

4.11. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LA CONVENCION DE VIENA SOBRE DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1959.

En la referida convención de Derecho Intencional, de la cual México formó parte, se trató el tema de la Teoría de la Imprevisión y de manera implícita fueron admitidos los remedios propuestos por la misma en los siguientes términos:

"Artículo 61.- Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento.

1. Una parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado como causa para darlo por terminado o retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción

¹⁰⁸ CASTRO Y CASTRO, Juventino V. Op. Cit. p. 80

definitiva del objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado.

2. La imposibilidad de cumplimiento no podrá alegarse por una parte como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado

Artículo 62.- Cambio fundamental de las circunstancias.

1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado, el cual 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 esas circunstancias constituyan 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 de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte del 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 o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado.”

Al ser ratificada la intervención de nuestro país en la Convención de Viena, sobre derecho de los Tratados celebrada en 1959, mediante el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de octubre de 1964; acorde con lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución General de la República, la citada Convención se ha convertido en ley suprema de nuestro país; de tal suerte que con fundamento en ello es posible concluir que la Teoría de la Imprevisión es admitida de forma expresa por el orden jurídico nacional.

En contra de la afirmación anterior, se ha argumentado que lo dispuesto por el Tratado en comento y concretamente en lo que hace a lo dispuesto por el citado el artículo 62, tales preceptos se refieren de manera exclusiva a los tratados internacionales y, por tanto, su aplicación se ha de restringir sólo al ámbito internacional, postura que incluso ha sido adoptada por el Segundo Tribunal en Materia Civil, en la tesis aislada:

CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. NO ES APLICABLE A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS QUE NO LA CONTEMPLAN, AUN CUANDO EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA LA HAYA PACTADO EN LA CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1962.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo directo 902/98. Miguel Ángel Pérez Córdoba e Irma Yolanda Navarro Tlaxcala de Pérez. 26 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Federico Rodríguez Celis. Novena Época Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VIII, Septiembre de 1998 Tesis: III.2o.C.12 C. Página: 1149

Pese a tan desafortunada interpretación jurisprudencial es rescatable y ha de subyugarse que la tesis en comentario deja claro que la Teoría de la Imprevisión de forma alguna se contraponen al orden jurídico de nuestro país; ya que su plena aceptación en materia internacional refleja el reconocimiento que el propio Derecho Mexicano realiza, de lo congruente y necesaria que es para el mismo, la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión. Es decir, la tesis aislada en comentario destaca que el Derecho Mexicano reconoce la necesidad de interpretar las obligaciones adquiridas en el ámbito del derecho internacional público bajo el hospicio de la cláusula *Rebus Sic Stantibus*, al tiempo que confirma que ésta, cláusula fundante de la Teoría en estudio, puede ser validamente invocada en materia de derecho interno, concretamente en tratándose de contratos y convenios entre particulares; por lo que resulta congruente concluir que el derecho Mexicano de forma alguna rechaza la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, más aun en concordancia con lo planteado por el presente trabajo, destaca la necesidad de regularla de manera expresa.

Volviendo a la postura que se ha planteado, respecto a que la celebración y ratificación del Tratado en comentario al constituirse en norma de nuestro país, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 133 Constitucional, confirma la posibilidad de invocar de manera legalmente válida los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión; cabe destacar que la misma es robustecida y complementada por la interpretación del Dr. Raúl Cervantes Ahumada quien a este respecto opina que: "...Desde el punto de vista técnico-jurídico, el principio ha quedado incrustado en la ley fundamental y debe considerársele aplicable a las relaciones contractuales por notoria mayoría de razón." Y agrega: "Esta situación legal pone punto final a toda discusión teórica: La Teoría de la Imprevisión debe ser considerada como sustentadora de la cláusula *Rebus Sic Stantibus*, la que por disposición de nuestra ley suprema debe ser considerada implícita en los contratos y consecuentemente, cuando se produzcan modificaciones sustanciales imprevisibles en las relaciones contractuales, las obligaciones futuras deberán ser equitativamente reajustadas."¹⁰⁹

De modo que por lo antes expuesto se concluye que en el orden jurídico mexicano la Teoría de la Imprevisión, tiene total aplicación; ya que de manera alguna esta teoría es contraria a los principios y directrices que guían al mismo. Siendo, además, evidente su necesaria aplicación puesto que posee la máxima jerarquía normativa que nuestro derecho reconoce, al formar parte de un Tratado Internacional legalmente celebrado y ratificado por México.

Por último en lo que se refiere al análisis de los fundamentos legales expuestos y tácitos que en el Derecho Mexicano existen para invocar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, se procederá a estudiar el trato que la Teoría en estudio ha recibido por parte de Jurisprudencia Nacional.

4.12. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA.

El trabajo jurisprudencial refleja de manera evidente la movilidad y necesario ajuste del derecho a la realidad que pretende regular; además, se considera que es la interpretación judicial es la mejor técnica para dilucidar el sentido real de la Ley, ya que es el juzgador el encargado de confrontar la hipótesis normativa con el caso en concreto que de manera fáctica se le presenta.

¹⁰⁹ CERVANTES AHUMADA, Raúl et al. *Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto Marbella Molina*, p.p. 263-267.

Por ello posee trascendental importancia indagar como es que los máximos tribunales de nuestro país han referido la Teoría de la Imprevisión. Doctrina que como se ha expuesto es adoptada de manera directa por la legislación civil de los algunos Estados de nuestro país como: Aguascalientes, Guanajuato, Jalisco, Quintana Roo y Tamaulipas; lo que ha dado lugar a la formulación de algunas tesis jurisprudenciales, como son las siguientes:

CONTRATOS. CAUSAS EXTRAORDINARIAS E IMPREVISIBLES QUE PUEDEN ALTERAR SU CUMPLIMIENTO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)

Amparo directo 3441/77. Gonzalo Alberto Díaz Vargas. 19 de junio de 1978. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Secretario: Carlos A. González Zárate.

Séptima Época Instancia: Tercera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: 109-114 Cuarta Parte Página 27 Nota: En el Informe de 1978, la tesis aparece bajo el rubro "CONTRATOS. CAUSAS EXTRAORDINARIAS E IMPREVISIBLES QUE PUEDEN ALTERAR EL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)"

La Tesis jurisprudencial en cita completando la labor del legislador de Guanajuato, regula cual es el alcance de las causas extraordinarias que pudiesen hacer posible la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, determinando que en todo caso el Juez deberá valorarlas; al tiempo que excluye de antemano aquellas causas que razonablemente pudieron ser previstas por cualquier persona, así como las causas de modificación de las cuales se tuvo conocimiento por las partes al celebrar el contrato.

De tal forma que por lo antes expuesto se puede afirmar que la inclusión de la Teoría en estudio, de manera expresa en materia civil en el Estado de Guanajuato, no produjo fractura alguna en dicho orden jurídico; ya que del contenido de la anterior tesis sólo se confirma la propuesta realizada en el presente trabajo, con respecto a que tratándose de la Teoría de la Imprevisión es preferible que la misma sea regulada de manera expresa. Ello para evitar abusos, malos manejos e interpretaciones desafortunadas, cuando ésta solo se encuentra tácitamente admitida por un ordenamiento legal o su regulación es inconsistente.

CONTRATOS. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO)

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 995/89. María Esther Terrones de la Mora. 13 de febrero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretario: Daniel Horacio Escudero Contreras. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Parte: V Segunda Parte-1 Tesis: Página: 150.

Tesis jurisprudencial que, de igual modo que la antes referida, afina los criterios de aplicación de la Teoría de la Imprevisión en el derecho civil de Jalisco; excluyendo de manera expresa del campo de aplicación de la misma a los actos jurídicos extracontractuales, habida cuanta que en dicha entidad la aplicación de la Teoría en estudio se hace depender de la falta de voluntad expresa de las partes. A la vez que determina de manera irrefutable que la aplicación de la Teoría de la Imprevisión debe contemplarse como un caso de excepción y, por tanto, los remedios que la misma propone han de ser aplicados de manera restrictiva y jamás por analogía.

Así, de nueva cuenta se puede afirmar, que mientras más detalladamente se encuentre regulada la Teoría en estudio menor será la posibilidad de que la misma se aleje del logro de sus fines, los cuales son procurar la ejecución y cumplimiento de las obligaciones.

De modo que los criterios jurisprudenciales antes referidos no dan lugar a mayores comentarios que aquellos dirigidos a destacar la clara, docta y precisa apreciación que en los mismos se cristaliza, características que toda resolución emanada de los máximos tribunales de nuestro país debieran reunir.

Continuando con esta exposición, se dará paso al análisis del trato que la Jurisprudencia nacional da a la Teoría de la Imprevisión en legislaciones donde la misma no se encuentra expresamente regulada, dando comienzo a dicho estudio con al criterio jurisprudencial dictado por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, durante la Sexta Época, que a continuación se describe:

CONTRATOS A LARGO PLAZO.

Amparo directo 1863/58. José de la Luz Valdes. 26 de junio de 1959. Mayoría de 3 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Disidentes: José López Lira y Gabriel García Rojas. 6ª ÉPOCA CIVIL TESIS DE SALA SEMANARIO JUDICIAL. SEXTA ÉPOCA. 3ª SALA. TOMO XXIV. Pág. 133.

Tesis que establece la necesidad de aplicar la Teoría de la Imprevisión a los negocios de ejecución a largo plazo o de tracto sucesivo, cuando un acontecimiento sobreviniente, extraordinario, razonablemente imprevisibles y de cierta magnitud, rompe el equilibrio entre los intereses de las partes; motivando tal disposición en el respeto al principio de Buena Fe y concluyendo que siempre que los extremos anotados para la aplicación de la Teoría en estudio sean plenamente satisfechos la estabilidad de los negocios no sufrirá deterioro alguno.

Se debe enfatizar la magistral forma en que el breve criterio en cita, sintetiza la exposición de los requisitos de procedibilidad de la Teoría de la Imprevisión y el ámbito de aplicación de la misma, sin dejar de lado elemento alguno. Destacando, de igual forma, que dicha Tesis Jurisprudencial no sólo funda la aplicación de la Teoría en estudio en el principio general del Derecho consistente en la Buena Fe; sino que también refiere como argumentos para su válida invocación: La fractura de la ecuación prestacional del acto jurídico y la ausencia expresa de voluntad de las partes, para comprometerse al cumplimiento de obligaciones cuyos alcances ni siquiera pudieron prever.

De tal suerte que el criterio en cita brinda la legal posibilidad de aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión, en tratando de actos cuya ejecución sea de tracto sucesivo o se haya pactado a un largo plazo. Refiriendo puntualmente los supuestos de aplicación de los mismo, sólo dejando duda en cuanto a la magnitud que un acontecimiento extraordinario, sobreviniente y razonablemente imprevisible debe poseer para hacer procedente la invocación de la Teoría en estudio.

Así no queda lugar a duda en cuanto a que la aplicación de la Teoría de la Imprevisión no sólo es acorde a los principios de Autonomía de la Voluntad y Buena Fe de las partes; sino que tampoco pugna de manera alguna con el principio de Estabilidad Negocial. Y siendo esta una afirmación sostenida por un criterio emitido por el máximo tribunal judicial de nuestro país la Suprema Corte de Justicia de la Nación, razonable y fundadamente se pueda afirmar que la Teoría

en estudio encaja armónicamente en el sistema legal mexicano, a tal grado que la validez de su invocación no requirió de la inclusión expresa de la misma en ordenamiento alguno, bastando para su legal procedencia fundarse en los principios rectores del Derecho Mexicano.

Sin embargo, este criterio no se ha mantenido, por el contrario ha sido sustituido por una interpretación antagónica, como se refleja en la Tesis siguiente:

CONTRATOS. LOS LEGALMENTE CELEBRADOS DEBEN SER FIELMENTE CUMPLIDOS, NO OBSTANTE QUE SOBREVENGAN ACONTECIMIENTOS FUTUROS IMPREVISIBLES QUE PUDIERAN ALTERAR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN, DE ACUERDO A LAS CONDICIONES QUE PRIVABAN AL CONCERTARSE AQUÉLLA.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 246/98. Martha Irene Bustos González. 12 de noviembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arellano Hobelsberger. Secretario: José David Cisneros Alcaraz.

Tesis que fundándose en lo dispuesto por los artículos 1796 y 1797 de Código Civil Federal, prescribe que el referido ordenamiento adopta en forma genérica el criterio de la *Pacta Sunt Servanda* para el perfeccionamiento de los contratos; lo cual hace imposible pretender aplicar los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión, pese a que los extremos de procedibilidad de la misma se hallen presentes, sin importar, lo extremo de la fractura de la ecuación prestacional y negando rotundamente al juzgador la posibilidad de modificar siquiera las condiciones de los contratos.

Resulta patética la interpretación realizada por los magistrados del Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito; toda vez que lo prescrito por el polémico artículo 1796 del entonces Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal no basta para afirmar tajantemente, que ante la admisión general del *Pacta Sunt Servanda* sea imposible la aplicación de la Teoría de la Imprevisión. De igual modo cabe afirmar que en este sentido el artículo 1797 nada tiene que aportar, puesto que de manera alguna la Teoría en estudio pretende que sólo una de las partes determine la validez y el cumplimiento de los contratos.

En tal virtud resulta sumamente lamentable que la Tesis en comento no proporcione argumento alguno en defensa del criterio que sostiene, es decir, que de modo alguno se motiven las conclusiones a que se llegan y simplemente se concrete a realizar afirmaciones fundadas en preceptos ambiguos e inaplicables.

Y en este orden de "ideas" se ha continuado rechazando la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, como se constata en las siguientes tesis:

CONTRATOS. INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

Amparo directo 8681/84. Productos de Concreto Toluca, S. A. 27 de febrero de 1985. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Séptima Época. Cuarta Parte: Volúmenes 139-144, pág. 29. Amparo directo 1947/80. Hidrogenadora Nacional, S. A. 15 de octubre de 1980. 5 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Instancia: Tercera Sala. Época: Séptima. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte: 193-198 Cuarta Parte. Tesis: Página: 35.

Tesis Jurisprudencial que, dando muestra de un total desconocimiento de los fundamentos de aplicación de la Teoría en estudio e ignorando los alcances de la misma; dispone

que la Teoría de la Imprevisión es inaplicable a los contratos, precisamente porque la buena fe referida por el controvertido artículo 1796 del Código Civil Federal impone a toda persona consciente la obligación cabal e irrestricta de un cumplimiento exacto de las prestaciones pactadas, sin importar la magnitud de su contenido. Con lo cual se desconoce la necesidad de mantener en todo tiempo la ecuación prestación. Acogiendo por último en relación con la Teoría en estudio como único remedio aplicable la emisión de disposiciones de carácter general; es decir, adoptando el sistema de creación de Legislaciones de Emergencia.

Resulta realmente aberrante y lamentable la postura adoptada por nuestros queridos Magistrados ante el ya referido polémico artículo 1796 de Código Civil. Postura que, además, denuncia una total falta de técnica jurídica, de conciencia y de buena fe, argumentos que ellos mismos refieren ignorando sus verdaderos alcances y significados.

Como ya se ha expuesto la buena fe es uno de los Principios Generales de Derecho que sustentan la aplicación de la Teoría de la Imprevisión y al mismo tiempo, fundamenta al aforismo *Pacta Sunt Servanda* que enarbola la Tesis en comento al disponer "el cumplimiento cabal de sus obligaciones, cualquiera que resulte la magnitud de su contenido". Afirmaciones que de manera alguna es antagónica, habida cuenta que como se ha mencionado, ambas son dos perspectivas de una misma situación, las dos cara de una sola moneda. Ya que en si bien en situaciones ordinarias la buena fe exige una conducta que se ciña al exacto cumplimiento de las obligaciones contraídas; esta misma buena fe ante el cumplimiento de una obligación que al verse alterada por un acontecimiento imprevisible que modifica las condiciones y circunstancias de su ejecución, facultará de manera excepcional la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión.

Debe quedar claro que una situación anormal no puede ni debe ser resuelta por los medios, vías y principios ordinarios ya que ello es precisamente contrario a la Buena Fe, según concluyeron los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al dictar la Tesis precedente. Como también lo es pretender desconocer la necesidad de mantener un correcto equilibrio prestacional, al pretender que una obligación se satisfaga sin importar "la magnitud de su contenido".

De igual forma es criticable afirmar que se deben satisfacer "a toda costa" obligaciones que no corresponde a las pactadas por las partes, toda vez que las mismas no son resultado de la manifestación de las voluntades de las partes, sino producto de un acontecimiento impredecible sobreviniente, cuyas consecuencias son la alteración de las condiciones y circunstancias de ejecución del acto que les dio origen. Tal afirmación sólo puede obedecer al más absoluto de los estados de falta de "conciencia".

Por último, en lo que a la Tesis Jurisprudencial en comento se refiere, es desconcertante que en nuestro país para dar solución a los problemas que requieren de la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión, de forma dogmática y con un ciego apego se sigan optando por la expedición de leyes de emergencia. Alternativa que nada resuelva, ya que como se ha expuesto tales leyes crea más conflictos que los que dirime; baste recordar los

problemas que genero la última de estas leyes de emergencias en virtud de la cual se congelaron las rentas de habitaciones y comercios del Zócalo capitalino.¹¹⁰

CONTRATOS, INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS.

Amparo directo 1947/80. Hidrogenadora Nacional, S. A. 15 de octubre de 1980. 5 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. NOTA: Esta tesis también aparece en: Informe de 1980. Tercera Sala. tesis 25, pág. 31.

Instancia: Tercera Sala. Época: Séptima. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte: 139-144 Cuarta Parte. Tesis: página 29

Tesis cuyo contenido es muy similar al de la anteriormente analizada, variando sólo de aquella al comparar lo dispuesto por el artículo 1625 del Código Civil para el Estado México, con el contenido del correspondiente 1796 del Código Civil Federal toda vez que son idénticos; y referir de manera expresa la aplicación supletoria de dicho numeral en relación con el contrato de compraventa mercantil. A la par, de ahondar en el rechazo de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, bajo el fundamento de lo prescrito por artículo 385 del Código de Comercio subrayando que las compraventas mercantiles no se rescinden aun por causas de lesión.

Por el extremo parecido entre los dos últimos criterios jurisprudenciales expuesto, es que todo lo antes dicho en el comentario de la Tesis Jurisprudencial precedente es aplicable a la ahora analizada; la cual no sólo es una triste copia de la anterior sino que profundiza en el absurdos y lamentable enfoque que de la Teoría en estudio se realiza por nuestros Magistrados. De tal suerte que no conformes éstos con el pésimo manejo que de la Teoría de la Imprevisión han realizado, en la tesis en comento pretenden confundir la figura de la lesión (la cual cabe destacar sólo esta excluida en cuanto a su efecto rescisorio en tratándose de contratos de compraventa mercantil) ¹¹¹ con la Imprevisión. Figuras que como se ha estudiado son totalmente autónomas e independientes; tal como se aprecia de la simple observación del momento en que en ambas figuras se origina el quebranto prestacional: de modo coetáneo al contrato en la lesión y de manera sobreviniente en la imprevisión.

De donde, es de concluir que el invocado artículo 385 de Código de Comercio no es de aplicación general, al referirse en exclusiva a la imposibilidad de invocar la rescisión por causa de lesión sólo cuando se trate de contratos de compraventa mercantil y no de otros contratos v.gr. los Contratos de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria; y de igual modo, debe quedar en claro que no se debe siquiera pretender confundir la lesión con la imprevisión, con el propósito de afirmar que la exclusión expresa de los efectos rescisorios de la lesión en un contrato mercantil en concreto basta para excluir la aplicación de la Teoría de la Imprevisión; ya que son dos figuras jurídicas autónomas y distintas.

Sin embargo, pese a lo antes dicho, la interpretación judicial al respecto sostiene lo contrario, tal es el caso de la Tesis siguiente:

¹¹⁰ Vid. Supra, Capítulo Cuarto de la presente Tesis, donde se abordó el tema de la evolución cronológica de la Teoría de la Imprevisión: Apartado 4.4. in fine, en el que se expuso el trato que la misma recibió en el Derecho Mexicano.

¹¹¹ Vid. *La Lesión si opera en materia Mercantil*. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. Cit., p.p. 377-380.

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. INAPLICABILIDAD DE LA, EN TRATÁNDOSE DE ACTOS DE COMERCIO.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo directo 902/98. Miguel Ángel Pérez Córdoba e Irma Yolanda Navarro Tlaxcala de Pérez. 26 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Federico Rodríguez Celis. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmenes 139-144, Cuarta Parte, página 29, tesis de rubro: "CONTRATOS. INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS." Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Época: 9a. Época. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, septiembre de 1998. Tesis: III.2o.C.13 C Página: 1217 Materia: Civil Tesis aislada.

La Tesis Jurisprudencial en cita sostiene el criterio de que en tratándose de contratos mercantiles la Teoría de la Imprevisión, derivada de la cláusula *Rebus Sic Stantibus*, no es aplicable; fundando dicha conclusión en lo dispuesto por el artículo 78 del Código de Comercio, disposición que establece que tales actos deben cumplirse en la forma y términos que las partes quisieron obligarse, de donde se interpreta que este ordenamiento legal acoge expresamente el principio *Pacta Sunt Servanda*.

No queda más que lamentar amargamente el enfoque dado por la Tesis Jurisprudencial en comento, ya que como antes se ha referido si se analiza de manera integral el contenido del precepto anterior es posible llegar a una conclusión radicalmente opuesta. Toda vez que según dispone el artículo 78 del Código de Comercio en los contratos mercantiles la obligatoriedad de la palabra dada y el mantenimiento de los términos de los mismo no se harán depender de formas solemnes, mas nada se dice respecto a modificaciones sobrevinientes de las condiciones en que dichos contratos se celebraron.

De igual modo, en lo que al criterio en estudio se refiere, cabe hacer notar la omisión que los Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado en materia Civil del Tercer Circuito realizan; al no contemplar el hecho de que el legislador encargado de la elaboración del referido artículo 78 del Código de Comercio sólo tomó en consideración para la imposición de las obligaciones impuestas por ese numeral una situación normal, invariable y previsible ya que de lo contrario de forma expresa lo habría referido en el contenido de tal disposición.

Aunado a lo ya mencionado, y como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, el principio *Pacta Sunt Servanda* de modo alguno resulta antagónico a los principios planteados por la Teoría de la Imprevisión o la cláusula *Rebus Sic Stantibus* que le dio origen. Dada cuenta que ambas figuras jurídicas se fundamentan en los principios generales del derecho de equidad y buena fe, a la vez que ambos persiguen la conservación de la autonomía de la voluntad, por lo que las dos son expresiones de dichos principio en circunstancias distintas.

Y en este sentido cabe recordar que la Teoría de la Imprevisión pretende la correcta ejecución de los actos jurídicos cuya ecuación prestacional se han visto quebrantada por un acontecimiento sobreviniente e imprevisible; tratando de dilucidar precisamente los términos en que las partes realmente quisieron obligarse para así no pasar por sobre la voluntad de las mismas y con ello vulnerar el principio de autonomía de la voluntad. Del mismo modo que ceñirse a la letra de un contrato y los términos que este establece defiende el referido principio de autonomía de la voluntad, siempre que las condiciones de ejecución del mismo permanezcan inalteradas y por ende las prestaciones debidas sean consecuencia directa de los efectos de esa voluntad; y no

se hayan tornado ajenas a las mismas al ser obligaciones impuestas por las alteraciones producidas por un hecho imprevisible.

Situación por la cual se destaca que en la doctrina nacional existen innumerables juristas entre los que se cuentan: Manuel Bejarano Sánchez, Juventino V. Castro y Castro, Rafael De Pina Vara, Raúl Ortiz Urquidi y Rafael Rojina Villegas entre otros, quienes sostienen, con los brillantes argumentos, la posibilidad de aplicar la Teoría de la Imprevisión en el orden jurídico de nuestro país.

Finalmente en lo que hace al manejo que en materia civil y mercantil se realiza de la Teoría de la Imprevisión por la jurisprudencia mexicana, sólo se espera que el enfoque impuesto por las Tesis en estudio no llegue a constituir Jurisprudencia y que por el contrario un enfoque más acorde a la real esencia jurídica de la Teoría en estudio, a la verdad, a la equidad y la justicia, llegue a imponerse. Ante interpretaciones jurisprudenciales como las anteriores cabe preguntarse si ¿No cometió un error al depositar esta facultad en dichos miembros del poder judicial?

Por otra parte en lo respecta al Derecho Internacional, como ha sido expuesto, México ha admitido de manera expresa la aplicación de la Teoría de la Imprevisión y sin embargo los magistrados del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil han determinado que dicha admisión debe restringirse precisamente al ámbito del Derecho Internacional Público; acorde a lo dispuesto por la Tesis Jurisprudencial que a continuación se describe:

CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. NO ES APLICABLE A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS QUE NO LA CONTEMPLAN, AUN CUANDO EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA LA HAYA PACTADO EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1962.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo directo 902/98. Miguel Ángel Pérez Córdoba e Irma Yolanda Navarro Tlaxcala de Pérez. 26 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Federico Rodríguez Celis. Novena Época Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Septiembre de 1998 Tesis: III.2o.C.12 C. Página: 1149

Procurando no redundar en lo ya expuesto se remite a lo dicho al respecto en el apartado anterior; se destaca solamente que la inclusión de la Teoría en estudio aún de manera exclusiva en materia internacional revela que la misma no se contrapone de forma alguna al resto del sistema normativo Mexicano, ya que es éste un requisito indispensable para la legal celebración de cualquier Tratado Internacional, conforme a lo dispuesto por el Artículo 133 de nuestra Carta Magna y el Principio de Supremacía Consuetudinaria, toda vez que el tratado en cita ha sido incluso legalmente aprobado por el Senado y ratificado.

Por último en lo que hace al modo en como la jurisprudencia nacional aborda la Teoría de la Imprevisión, parece oportuno referir que en lo que respecta a la aceptación del principio de exacto cumplimiento de las obligaciones, contraídas bajo el esquema impuesto por el *Pacta Sunt Servanda*; tal aceptación no es absoluta e irrestricta. Ya que como ha sido referido, su aceptación se excluye del ámbito internacional con respecto a la y entratándose de materia Administrativa, concretamente en lo que hace a las concesiones y autorizaciones para la explotación de recursos naturales nacionales, el mismo se observará siempre que ello no implique contravenir el interés público; tomando en cuenta, siempre, el cambio de necesidades que haya motivo la expedición de

nuevas reglamentaciones, la creación de nuevas técnicas de explotación e incluso el incremento demográfico. Tal como lo dispone el criterio jurisprudencial que a continuación se describe:

RETROACTIVIDAD. RECURSOS NATURALES.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 210/77. Soc. Coop. de Prod. Pesq. "Tamiagua", S. C. L. 10 de mayo de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. 7ª ÉPOCA ADMINISTRATIVO 1º TRIBUNAL COLEGIADO DEL 1º CIRCUITO. SEMANARIO JUDICIAL. 7ª ÉPOCA. VOLUMEN 97-102. SEXTA PARTE. TRIBUNALES COLEGIADOS. PAG. 224.

Dando así fin al estudio de los motivos y fundamentos jurídicos contenidos en el Derecho Positivo Mexicano; los cuales se consideran son suficientes para la legal invocación de la Teoría de la Imprevisión en nuestro país, conclusión robustecida por las tesis jurisprudenciales citadas que en tal sentido se pronuncian y pese a las aisladas interpretaciones en contrario contenidas en las tesis jurisprudenciales correspondientes; Se dará paso al análisis del manejo que las legislaciones de diversos países realizan de la Teoría en estudio.

CAPÍTULO QUINTO

5. LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

La forma en que la Teoría de la Imprevisión es contemplada y manejada por los ordenamientos legales de otros países donde la misma, ya no es una propuesta sino una realidad servirá de marco de referencia para analizar las posibilidades fácticas y efectos contrarios que la aplicación de los remedios propuestos por esta doctrina acarrea.

Al mismo tiempo a lo largo del desarrollo del presente capítulo se señalará lo acertado o incorrecto que resultan los argumentos blandidos por los detractores de la Teoría en estudio, en relación con su aplicación fáctica regulada por cada uno de los ordenamientos legales que serán citados.

Se comenzara el presente análisis comparativo en el país que de manera directa es heredero de la civilización Romana, Italia; continuando con el estudio de ordenamientos jurídicos de países del viejo continente que han influido en el desarrollo del Derecho Mexicano como Francia; para concluir esta exposición revisando el trato que diversas legislaciones de países Americanos dan a la Teoría de la Imprevisión.

5.1. DERECHO ITALIANO.

Pese a que el Derecho Italiano se abrazó fielmente al principio romano del exacto cumplimiento de los contratos, *Pacta Sunt Servanda*; el cual heredó de manera directa y conservó durante largo tiempo, debido a los resultados y consecuencia producidos por la Primera Guerra Mundial, la doctrina italiana pugnó por una mayor flexibilidad en materia del cumplimiento de las obligaciones.

Así tras una ardua evolución y una innumerable cantidad decretos, Italia fue la primera nación en regular de manera expresa la Teoría en estudio al incluirla en su ordenamiento legal en materia civil.

Entre los referidos decreto que paulatinamente incluyeron la Teoría de la Imprevisión en el Derecho Italiano se encuentra el del 27 de mayo de 1915, en virtud del cual se introdujo excepcionalmente la posibilidad de equiparar la excesiva onerosidad de las prestaciones con la imposibilidad material del cumplimiento de las mismas. Con lo que el deudor quedaba exonerado del pago de daño; a la luz de lo dispuesto por el Art. 1226 del Código Civil entonces vigente, que disponía que el deudor no está obligado a resarcir daño alguno, cuando como consecuencia de fuerza mayor o de caso fortuito resultó impedido para dar o hacer aquello a que se hubo obligado o hizo lo que le estaba prohibido. Ello en virtud de que el artículo primero del decreto en comento considero a la guerra como un caso de fuerza mayor.

El decreto antes referido solo era aplicable en los casos en que los cambios de las condiciones fuesen consecuencia inmediata del conflicto bélico que se vivía y siempre que las obligaciones se hubiesen contraído antes de la fecha del decreto de movilización general. Dicho decreto estuvo en vigor hasta el 2 de mayo de 1928, fecha en que fue abrogado por un nuevo decreto ley.

imprevisibles, la parte que debe tales prestaciones puede demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el Art. 1458".¹¹⁴

"La resolución no puede ser demandada si la onerosidad sobrevenida se encuentra contemplada dentro del álea normal del contrato"

"La parte contra la cual se demande la resolución puede evitarla ofreciendo la modificación equitativa de las condiciones del contrato"

"1468. Contrato con obligaciones de una sola parte. 115

En la hipótesis prevista en el artículo precedente, si se trata de un contrato en el cual una sola de las partes ha asumido obligaciones, esta puede pedir una reducción de su prestación o bien una modificación en las modalidades de su ejecución, suficiente para reconducirla a la equidad.

"1469. Contrato aleatorio.- Las normas de los artículos anteriores no son aplicables a los contratos aleatorios por su propias naturaleza o por voluntad de las partes.¹¹⁶

Por su parte Francesco Messineo realiza un análisis de las condiciones que la legislación italiana impone para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión; llegando a la conclusión de que para hacer posible la aplicación del derecho de resolución del contrato con prestaciones recíprocas, por excesiva onerosidad a causa de una profunda alteración de las circunstancias que hagan más gravosa las prestaciones de lo que fuera previsible en el momento de la estipulación del contrato; se requiere que:

1º La excesiva onerosidad debe ser determinada por un acontecimiento extraordinario e imprevisible que hagan que la prestación debida por una de las partes sea excesivamente gravosa, mientras que el beneficio obtenido por su contraparte se incrementa de manera ostensible.

2º Los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que originan esa inusitada desproporción entre las prestaciones de los contratantes, y cuyo efecto directo debe ser volver demasiado onerosa la ejecución de tal obligación, es necesario que reúnan a su vez los siguientes requisitos.-

- Deben suceder con posterioridad a la celebración del contrato y antelación al momento de su ejecución.
- Tales eventos deben ser externos, es decir, no deben ser originados por hechos del deudor. En efecto ninguna de las partes debe haber influido en la aparición de la excesiva onerosidad, pues en ese caso, existiría culpa de alguno de los contratantes.

3º La aplicación del derecho de resolución del contrato por excesiva onerosidad, sólo es posible cuando.-

- La parte que sufre la excesiva onerosidad hace la petición al juez para resolver tal contrato.

¹¹⁴ En el referido numeral 1458 se establece los efectos de la resolución del contrato en los siguientes términos: "La resolución del contrato por inejecución tiene efectos retroactivos entre las partes, salvo en los casos de contratos de ejecución continuada o periódica, en los cuales el efecto de la resolución no incluirá las prestaciones ya ejecutadas. La resolución aún expresamente pactada no afecta los derechos adquiridos por terceros, salvo los efectos de la expresamente señalados por la sentencia."

¹¹⁵ Contratos conocidos en nuestros ordenamientos legales como Unilaterales.
CODICE CIVILE E LEGGI COLLEGATE. Concordado por DE NOVA, Giorgio. Italia, 1996/97.

imprevisibles, la parte que debe tales prestaciones puede demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el Art. 1458".¹¹⁴

"La resolución no puede ser demandada si la onerosidad sobrevenida se encuentra contemplada dentro del álea normal del contrato"

"La parte contra la cual se demande la resolución puede evitarla ofreciendo la modificación equitativa de las condiciones del contrato"

"1468. Contrato con obligaciones de una sola parte. 115

En la hipótesis prevista en el artículo precedente, si se trata de un contrato en el cual una sola de las partes ha asumido obligaciones, esta puede pedir una reducción de su prestación o bien una modificación en las modalidades de su ejecución, suficiente para reconducirla a la equidad.

"1469. Contrato aleatorio.- Las normas de los artículos anteriores no son aplicables a los contratos aleatorios por su propias naturaleza o por voluntad de las partes.¹¹⁶

Por su parte Francesco Messineo realiza un análisis de las condiciones que la legislación Italiana impone para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión; llegando a la conclusión de que para hacer posible la aplicación del derecho de resolución del contrato con prestaciones recíprocas, por excesiva onerosidad a causa de una profunda alteración de las circunstancias que hagan más gravosa las prestaciones de lo que fuera previsible en el momento de la estipulación del contrato; se requiere que:

1º La excesiva onerosidad debe ser determinada por un acontecimiento extraordinario e imprevisible que hagan que la prestación debida por una de las partes sea excesivamente gravosa, mientras que el beneficio obtenido por su contraparte se incremente de manera ostensible.

2º Los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que originan esa inusitada desproporción entre las prestaciones de los contratantes, y cuyo efecto directo debe ser volver demasiado onerosa la ejecución de tal obligación, es necesario que reúnan a su vez los siguiente requisitos.-

- Deben suceder con posterioridad a la celebración del contrato y antelación al momento de su ejecución.
- Tales eventos deben ser externos, es decir, no deben ser originados por hechos del deudor. En efecto ninguna de las partes debe haber influido en la aparición de la excesiva onerosidad, pues en ese caso, existiría culpa de alguno de los contratantes.

3º La aplicación del derecho de resolución del contrato por excesiva onerosidad, sólo es posible cuando.-

- La parte que sufre la excesiva onerosidad hace la petición al juez para resolver tal contrato.

114 En el referido numeral 1458 se establece los efectos de la resolución del contrato en los siguientes terminos: "La resolución del contrato por inexecución tiene efectos retroactivos entre las partes, salvo en los casos de contratos de ejecución continuada o periódica, en los cuales el efecto de la resolución no incluirá las prestaciones ya ejecutadas. La resolución aún expresamente pactada no afecta los derechos adquiridos por terceros, salvo los efectos de la expresamente señalados por la sentencia."

115 Contratos conocidos en nuestros ordenamientos legales como Unilaterales.

116 CODICE CIVILE E LEGGI COLLEGATE, Concordado por DE NOVA, Giorgio, Italia, 1996/97.

- La prestación excesivamente gravosa no haya sido ejecutada, mientras que dicha inejecución no sea debida a culpa, retraso, mora, dolo o cualquier hecho imputable a quien solicita dicha resolución

4° Quedan totalmente excluidos de la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión los contratos aleatorios

Lo cual se explica ya que Messineo concluye su análisis diciendo que la justificación del derecho a la resolución del contrato por excesiva onerosidad, se encuentra en la normalidad del riesgo del contrato, que determina la ruptura del equilibrio entre las prestaciones debidas por las partes.¹¹⁷

De este modo ha quedado expuesto el manejo que el Derecho italiano realiza de la Teoría de la Imprevisión. Manejo que es conveniente subrayar se ha sustentado exclusivamente en el elemento objetivo de la excesiva onerosidad, razón por la cual se restringe al ámbito de los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida y unilaterales onerosos, excluyendo totalmente a los contratos aleatorios.

También es de hacer notar el hecho de cómo se propone en la legislación civil italiana el manejo de las soluciones propuestas por la Teoría en estudio, ya que ésta faculta de manera exclusiva al afectado por excesiva onerosidad producto de un acontecimiento imprevisible a solicitar la resolución del contrato. Aun cuando otorga la facultad al demandante de optar por la modificación equitativa de las condiciones. Postura que como ya se ha expuesto no se considera la más adecuada ya que es preferible, en todo momento, pugnar siempre por el reajuste y cumplimiento del acto jurídico.

Tras las anteriores consideraciones, mismas que pueden ser justificadas tomando en cuenta que es Italia la primera nación moderna en regular la Teoría de la Imprevisión, a continuación se expondrá la suerte que actualmente corre la Teoría en estudio en Francia país que como se ha referido ha influido significativamente en el desarrollo legislativo mexicano.

5.2. DERECHO FRANCÉS.

Los principios de individualismo y liberalismo, emanados de la Revolución Francesa de 1789 y condensados en la expresión, *laissez faire-laissez passer*, se contraponen a lo dispuesto por la Teoría de la Imprevisión, que faculta a los tribunales a intervenir en la modificación de un contrato por cambios sobreviniente que hagan extremadamente oneroso su cumplimiento para una de las partes.

Por la razón antes expuesta, no es extraño que la legislación Gala pugne por el principio de la Autonomía de la Voluntad y la exacta observancia de los contratos. Principio que defiende a tal grado, que grandes doctrinarios franceses como Pothier negaron tajantemente la posibilidad de aplicar la teoría en estudio, argumentando que "contratar es prever"; a demás de considerar que al ser la Teoría de la Imprevisión antagónica al supremo principio de la Autonomía de la Voluntad, ésta atenta contra la certidumbre y firmeza de lo pactado, por lo que también contravine directamente el Principio de Seguridad que debe regir en toda relación jurídica.

¹¹⁷ Cfr. MESSINEO, Francesco. op.cit., Tomo IV p.p. 527-529.

Sin embargo, al igual que en el resto de Europa las catastróficas consecuencias de las Guerras y las graves alteraciones socioeconómicas que estas produjo obligaron a tribunales y legisladores a buscar una solución a la problemática contractual que la realidad planteaba.

Si por regla general se mantuvo la obediencia del principio *Pacla Sunt Servanda* y una actitud crítica respecto a la Teoría de la Imprevisión, ésta fue admitida de manera excepcional, como sucedió en el año de 1874, cuando el Tribunal de Aix emitió un fallo en virtud del cual determinó que: "En los contratos de tracto sucesivo el derecho admite su modificación por la justicia, cuando no existe más una correlación equitativa entre el crédito de una parte y la carga de la otra." Este fallo se desprende del análisis realizado por dicho tribunal del reclamo planteado por el sucesor del propietario del canal de Crappone; dada cuenta que la cuota fija pactada por su ascendiente, con propietarios de inmuebles limítrofes para recibir agua por una término ininterrumpido de 160 años, ya no resultaba remuneradora, como consecuencia de la devaluación sufrida por Francia producida por la Guerra Franco-Alemana de 1870.¹¹⁸

Aunado a lo antes expuesto, en la legislación francesa, es posible señalar como otra excepción a la regla *Pacla Sunt Servanda* la materia administrativa, donde en razón del interés público la Teoría en estudio ha sido aceptada en Francia por el Consejo de Estado, tribunal administrativo en este país. Sin embargo, a de apuntarse que dicha admisión de la Teoría de Imprevisión por el Derecho Administrativo Francés ha requerido, para tal aceptación, la presencia de modificaciones a las condiciones de celebración de los actos jurídicos verdaderamente extremas; tales como los planteados durante la Primera Guerra Mundial. Además de afirmar que la aplicación de la teoría en estudio sólo obedeció a la necesidad de conservar la regularidad de los servicios públicos.

Un ejemplo de lo antes referido se encuentra en la resolución que dirimió el litigio en virtud del cual la Compañía de Energía de Burdeos se enfrentó a las Autoridades Municipales de dicha ciudad, solicitando la modificación del contrato de suministro de carbón con éstas celebrado. Demanda planteada por la compañía dado el exorbitante incremento que dicho mineral había sufrido como consecuencia de la Primera Guerra Mundial. El Consejo de Prefectura de la Gironda al conocer del asunto en cuestión determina infundada toda modificación; sin embargo, al revisar tal sentencia el Consejo de Estado la revoca el 30 de marzo de 1916 al reconocer que el alza anormal del precio del carbón, había sobrepasado los cálculos y límites que se hubiesen podido prever por las partes al celebrar el contrato; condenando a la Municipalidad de Burdeos a cubrir una indemnización compensatoria de dicho incremento a favor de la Compañía de Energía para que ésta continuara prestando el servicio público de entrega de carbón, sin que ello le representara una excesiva carga.

La sentencia antes citada, en la cual de manera irrefutable se aplicó la Teoría de la Imprevisión al permitir al juzgador modificar las condiciones de un contrato que se había tornado excesivamente oneroso para una de las partes, devolviendo de este modo el equilibrio y equidad de las prestaciones; sirvió de antecedente a la legislación especial, denominada la Ley Failliot, promulgada el 21 de enero de 1918.

La Ley Failliot, estableció la posibilidad de que un Juez intervenga en la regulación de los contratos que imponen obligaciones periódicas o diferidas, siempre y cuando éstos se

118 Cfr. Revista de Derecho y Ciencia Política, N° 1, año VIII, PERÚ 1944. LEGARD, Juan Carlos. *La Teoría de la Imprevisión en el Derecho Contemporáneo y en el Código Civil*.

hubiesen celebrado antes del 1º de agosto de 1914. Así en sus dos primeros artículos faculta al Juez a exentar el pago de intereses, reducirlos a su mínima expresión e incluso a resolver el contrato sin pago de daños o perjuicios; prohibiendo al mismo tiempo de manera expresa la posibilidad de modificar en cualquier otro sentido el contenido del contrato sometido a revisión judicial.

Esta ley acepta la aplicación de los principios de la Teoría de la Imprevisión para proteger al contratante que como consecuencia de la Guerra se veía obligado a cumplir un contrato en condiciones diversas a las originalmente pactadas, lo que implicaba un grave perjuicio económico para éste. Permitiendo la revisión judicial aún de los contratos aleatorios como en el caso de las operaciones de la bolsa de valores, como lo dispuso en su artículo séptimo.

Mas la Ley Failliot condicionó su aplicación a que la parte que solicitara la revisión del contrato, comprobara que la carga de su obligación se había tornado excesivamente gravosa como consecuencia de la Guerra.

Sin embargo, de facto la jurisprudencia francesa defendió la postura de que no debía corresponder a los tribunales modificar las condiciones de los contratos por imprevisión, ordenando que sólo se condenara a resolverlos o suspender el cumplimiento total o parcialmente de los contratos, cuando se alegara el excesivo gravamen de las obligaciones por estos impuestos. Impidiendo con ello que a través de la interpretación judicial de la Ley Failliot se autorizara a los tribunales a revisar las condiciones de los contratos, bajo el argumento de que ello equivaldría a rehacer el contrato y ni la apremiante situación de la posguerra podía autorizar tan extrema solución.

Para contrarrestar la excesiva onerosidad sobrevenida por acontecimientos imprevistos Francia también expidió leyes y decretos de emergencia, tal es el caso de la Ley del 6 de julio de 1925 que autorizó la revisión de algunos precios, al igual que los decreto ley del 10 de noviembre de 1939 y 1º de junio de 1940; las Leyes sobre prórroga de contratos de arrendamiento emitidas en abril de 1926 y junio de 1929; la Ley del 12 de junio de 1933 que autoriza la revisión de contratos a industriales y comerciantes y los Decreto Ley del 29 de junio de 1935 y 12 de julio de 1936 que permitieron realizar algunas revisiones contractuales. 119

Más tarde durante la Semana Internacional del Derecho, celebrada en París en el año de 1937, se abordó nuevamente el tema de la revisión contractual, a la luz de la Teoría de la Imprevisión.

En el marco de la exposición de París de 1937, promovida por la *Société de Legislation comparée*, la *Société d'Etudes Legislatives* y la *Association de Juristes de Langue Francaise* (Hoy en día *Association Henry Capitant pour la Culture Juridique Francaise*) y contando con la participación de representantes de 46 países en el Congreso de la Semana Internacional del Derecho se debatieron seis temas, a través de la mecánica de exposiciones parciales expuestas por los juristas participantes y una exposición general debatida en sesión plenaria.

Entre los seis temas del Congreso se incluía "La Revisión de los Contratos" en forma general y que en uno de sus apartados se trató "La revisión o resolución de los contratos en caso

119 Cfr. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Año XXVII, N.º 5, Madrid España 1950. BALLESTEROS, Martín y COSTEA Luis. *El pago de Prestaciones Debidas en Moneda Devaluada*, p.p. 457- 545.

de excesiva onerosidad en el cumplimiento, por motivo de circunstancias imprevistas". Tema que fue abordado por representantes de Alemania, Inglaterra, Francia, Hungría, Italia, Japón, Líbano, Noruega, Polonia, Rumania, Suecia, Turquía y Yugoslavia.

La sesión plenaria de "La revisión o resolución de los contratos en caso de excesiva onerosidad en el cumplimiento, por motivo de circunstancias imprevistas" se caracterizó porque las opiniones fueron divididas, toda vez que participaron diversos expositores, entre los que destacaron:

Karl Wolff, profesor de la Universidad de Innsbruck, quien propuso que: La revisión de los contratos por parte del juez es posible si las circunstancias supervenientes tuvieron como consecuencia su ineficacia, ya que la intervención judicial es un deber si el interés público lo exige.

Lavinsteinas, abogado lituano, quien expuso que la regla *Pacta Sunt Servanda* no puede tener una aplicación universal, por lo cual sugiere la intervención legislativa y no judicial para resolver los conflictos que emanan de su aplicación absoluta.

Longchamp de Berier, Profesor de la Universidad de Lwow, afirmó que no era posible en todos los casos sujetarse al principio de respeto absoluto al contrato.

Naojiro Sugiyama, Profesor de la Universidad de Tokio, criticó fuertemente la teoría de la imprevisión, al grado de considerarla una amenaza al orden jurídico preestablecido, sin embargo, concluyó afirmando que exclusivamente el legislador podría bajo condiciones extremas admitirla.

Finalmente Ripert, profesor de la Universidad de París sintetiza el sentir de todas las exposiciones concluyendo que los relatores que lo precedieron en su mayoría habían defendido la postura de la fuerza obligatoria de los contratos y afirma que la teoría de la imprevisión presenta dos grandes inconvenientes:

1º. El riesgo de atribuir a los Juzgadores facultades ilimitadas, y

2º. Propiciar en el ánimo de los contratantes la mala fe, al hacerles saber que no quedarán ligados de manera absoluta por los convenios celebrados.

Expresando finalmente su opinión al respecto refiere que: "La obligatoriedad de los contratos que nos ha legado el Derecho Romano, la cual expresa la idea de que la voluntad del hombre lo obliga, mientras la baja moral (torcida y cretina) rechaza la idea de que una vez empeñada la palabra o hecho un juramento éste se tenga que cumplir. Si nosotros abrazamos principios verdaderos, nos resistiremos en este sentido, a provocar la intervención de los legisladores, ya que como abogados no estamos dispuestos a perder nuestro papel, ya que no somos más que juristas tratando de aplicar la Ley y por lo mismo debemos considerarnos como los encargados de preservar el Derecho".¹²⁰

Más todos los esfuerzos antes referidos han resultado infructuosos ya que la jurisprudencia francesa emitida por la corte de casación de este país ha determinado que

120 PLANTOL & RIPERT. Op. Cit. p. 559.

corresponde única y exclusivamente al legislador ordenar la revisión de los contratos cuando llegasen a presentarse circunstancias económicas extraordinarias, negando toda intervención a los jueces para modificar las condiciones de un contrato.

Sin embargo, pese a que el Código Napoleónico consagra el principio de la autonomía de la voluntad y la *Pacta Sunt Servanda*, en concordancia con lo cual dispone que la voluntad expresada en el contrato debe ser respetada en todo momento, ya que como este ordenamiento dispone el contrato es para las partes su Ley. Grandes estudiosos del derecho francés como Marcel Planiol y George Ripert estiman que por encima del respeto que exige y merece la palabra dada, ante lo grave y complicado del cumplimiento de las obligaciones cuando estas alcanzan un grado extremo de dificultad; se comete una gran injusticia al mantener subsistente el contrato en las condiciones originales. Por lo que aquella parte que pretende tal cosa comete un agravado violación a la ley moral. De donde los autores en cita buscan fundar la aplicación de la Teoría en estudio dentro del derecho Civil Francés, en lo dispuesto por los siguientes artículos del Código Civil Francés:

En su tercer párrafo el Artículo 1134 señala que los contratos deben cumplirse de buena fe; estimando los autores en cita que la buena fe impone a los contratantes no engañarse, pero que este principio también los constriñe a no enriquecerse en perjuicio de su contraparte, cuando circunstancias imprevistas convierte el contrato en cosa distinta de la que habían pretendido al contratar.

Artículo 1150 numeral que limita los daños y perjuicios del deudor, cuando no haya incurrido en dolo, a la cantidad que pudiera haberse previsto al celebrar el contrato. Es considerado por los autores en cita, como el artículo que constituye un firme soporte de la Teoría de la Imprevisión al ordenar no gravar excesivamente las obligaciones a cargo del deudor, incluso en el caso de ser culpable. Por lo cual sostienen que con más razón habrá de protegerse cuando su incumplimiento emana del cambio de circunstancias en que el contrato se hubo celebrado.¹²¹

Pese a lo antes expuesto Julián Bonnacase concluyen que los artículos referido por Planiol y Ripert no se ocupan de manera directa y positiva de la figura y soluciones propuestas por la Teoría en estudio. Sin embargo, el propio Bonnacase plantea la posibilidad de que la legislación Francesa acepta de forma indirecta o implícita en algunos de los preceptos de su Código Civil la aplicación de la Teoría de la Imprevisión; habida cuenta, que en diversos numerales del referido ordenamiento legal se faculta al juzgador a realizar una revisión contractual, mientras que en otros se ordena al mismo ajustar sus fallos al principio de equidad. Afirmación, que según el referido autor, tiene como fundamento los artículos de Código Civil Francés siguientes:

“El artículo 1244 dispone que el deudor no puede obligar al Acreedor a recibir en parte el pago de una deuda, aun cuando ésta sea divisible. Disposición con base en la cual los jueces en consideración a la posición del deudor, como una faculta excepcional, de uso del todo racional y restringido, podrán acordar plazos moderados para el pago y sobreseer las ejecuciones de apremio, dejando las cosa en el mismo estado.

¹²¹ Cf. PLANIOL & RIPERT, Op Cit. p. 283.

Artículo 565 ordena que cuando el derecho de accesión tiene por objeto dos cosas muebles, que pertenecen a dos dueños diferentes, este se sujetara enteramente a los principios de equidad natural.

Artículo 1135 dispone que los convenios obligan a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a las obligaciones según su naturaleza, numeral que al referir de manera expresa la sujeción de los convenios al principio de equidad hace factible el reconocimiento de los remedios planteados por la Teoría de la Imprevisión.”

Y con base en los artículos transcritos Bonnecase concluye: “consideramos que el Derecho Civil vigente admite la noción de imprevisión... Estimamos, además, que esta solución, lejos de contrariar los textos del Código Civil, se concilia con las directrices generales que de ellos se derivan siendo esto lo que importa, pues no es necesario que un texto especial consagre expresa y directamente esta noción.” 122

Es de hacer notar que pese a los esfuerzos realizados por doctrinarios franceses para buscar la aplicación de la Teoría en estudio en su legislación, estos no han tenido éxito. La jurisprudencia de ese país ha negado sistemáticamente la posibilidad de dar un nuevo trato al principio de la autonomía de la voluntad y permitir la aplicación de la Teoría de la Imprevisión excluyendo su aceptación. Ya que dicha jurisprudencia opina que la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría en estudio, permitiría a los deudores actuar de mala fe, o mejor dicho de mala intención, desconociendo aquellas obligaciones que no les convinieran cumplir.

Después de haber mostrado como aún en un país donde se consideran dogmas esenciales los principios de liberalismo social y autonomía de la voluntad, existen resoluciones judiciales, leyes y partidarios de la Doctrina en estudio. Defensores de la Teoría de la Imprevisión quienes incluso encuentran fundamentos jurídicos suficientes para la aplicación de la misma en sus propios ordenamientos legales, sin la necesidad de que se le incluya expresamente para aceptar su fundada aplicación. A continuación se procederá a analizar el modo en que Portugal, otra nación del viejo mundo, contempla la teoría en estudio.

5.3. DERECHO PORTUGUÉS.

El Código Civil de Portugal de 1966, promulgado el 1º de junio de 1967, en su Libro II Derecho de las Obligaciones, Título I, De las Obligaciones en General, Capítulo II Fuente de las obligaciones, Sección I Contratos, subsección VII La resolución o modificación del contrato por alteración de las circunstancias; regula de manera expresa la Teoría de la Imprevisión en sus artículos 437, 438 y 439, en los cuales dispone:

“Art. 437.-(Condiciones de Admisibilidad).-

1.- Si las circunstancias en que se basaron las partes para decidirse a contratar hubieran sufrido una alteración anormal, la parte perjudicada tiene derecho a la resolución del contrato, o a su modificación conforme a la equidad, siempre que la pretensión de que cumpla con las obligaciones asumidas afecte gravemente los principios de buena fe y no queden cubiertos por los riesgos propios del contrato, 123

122 Cfr. BONNECASE, Julian. Op. Cit. p.p. 353-355.

123 Pese a que el ordenamiento legal en cita refiere, en una traducción textual, la palabra “lesionada” se considera que es mas atinado hablar de “perjudicada”; ello con el propósito de evitar que se confunda lo dispuesto por el numeral en cita con la lesión contemporánea a la celebración del acto jurídico.

2.- Requerida la resolución, la parte contraria puede oponerse a esa petición, declarando aceptar la modificación del contrato en los términos del número anterior.

Art.- 438.- (Mora de la Parte Perjudicada).-

La parte perjudicada no goza del derecho de resolución o modificación del contrato, si se hallaba en mora en el momento en que sobrevino la alteración de las circunstancias.

Art.- 439.- (Régimen)

Resuelto el contrato, son aplicables a la resolución las disposiciones de la subsección anterior.” 124

El enfoque con que este país ve a la Teoría en estudio dista enormemente del modo como la ha contemplado la legislación Italia. Dada cuanta que en Portugal se funda la aplicación de la Teoría de la Imprevisión en: la alteración “anormal” de las condiciones o circunstancias que motivaron a las partes a contratar, es decir, se le brinda un fundamento subjetivo como lo es la desaparición de las bases o sustrato contractual. A la vez que en dicho ordenamiento se exige ajustarse a los principios de equidad y buena fe. Y finalmente se exige que se trate de riesgos ajenos al contrato

Por otro lado el Derecho Civil Portugués también constriñe la posibilidad de aplicación de la Teoría de la Imprevisión al ámbito contractual, sin más excepción que quien la invoque no se encuentre en mora.

De tal suerte que debe resaltarse el avance que observa el ordenamiento legal en cita al conceder a quien resulta perjudicado por la alteración de las circunstancias en que se celebren un contrato, tanto la posibilidad de resolverlo como de solicitar su equitativa modificación.

Se dará paso ahora a la exposición de como el Derecho Suizo, trata la Teoría de la Imprevisión.

5.4. DERECHO SUIZO.

El orden jurídico Suizo consagra el principio de la buena fe como un elemento determinante en el cumplimiento de los contratos, así como también acepta los principios planteados por la Teoría de Imprevisión. De manera concreta en el Código Federal de las Obligaciones de ese país en su Artículo 24 dispone lo siguiente:

Artículo 24 “Es contrario precisamente a la buena fe, mantener firmemente las obligaciones contractuales del deudor, si las circunstancias ambientales en que se contrató se han modificado a tal punto, que a cambio de su prestación no reciba ninguna contraprestación o ésta resultara no compensatoria”.

„Y de manera expresa este mismo ordenamiento consagra la posibilidad de aplicar una de las soluciones propuesta por la Teoría de la Imprevisión, toda vez que en su Artículo 383 dispone que:

Artículo 383 Cuando a causa de sucesos excepcionales ya sean originados por el hombre o por la naturaleza y los cuales produzcan una dificultad excesiva o una seria amenaza a una de las partes

124 En la referida subsección al igual que en el artículo 1458 se hace referencia a que dicha resolución no afectará prestaciones ya ejecutadas, ni derechos adquiridos por terceros de buena fe. Vid Apéndices.

contratantes por lo desproporcionadamente oneroso de su pérdida. Siempre que dichos sucesos no hayan sido posibles de prever de manera razonable por las partes desde la conclusión del contrato, podrá el juez hacer uso de su facultad de apreciación para acordar el ajuste del precio estipulado o la rescisión del contrato.¹²⁵

Como ha quedado expuesto el ordenamiento civil suizo admite tanto la modificación judicial de los contratos, hasta el punto en que las contraprestaciones se encuentren nuevamente equilibradas; como la rescisión del mismo. Dicha posibilidad de modificación descansa precisamente en el desequilibrio prestaciones sobreviniente producido por un acontecimiento excepcional e imprevisible y se funda en la buena fe.

También es de destacar que el ordenamiento legal en estudio contempla un quebranto prestacional desde la perspectiva del acreedor, ya que hace referencia a una contraprestación no remuneradora o irrisoria. Lo cual resulta del todo acertado habida cuenta que el equilibrio debido entre las prestaciones se ha de observar, procurando siempre su mantenimiento, con independencia de cual de los extremos de dicha ecuación se encuentre alterado.

Finalmente en lo que al Derecho Suizo se refiere resulta interesante subrayar el hecho de que el orden legal en estudio confiere al Juez gran confianza, al otorgarle al juzgador la potestad de resolver el desequilibrio prestacional reajustando las obligaciones pactadas según su apreciación y criterio.

A continuación y como última escala en esa región geográfica denominada Europa, se expondrá el modo en que la Teoría de la Imprevisión es regulada por el derecho germano.

5.5. EL DERECHO ALEMÁN.

Alemania, quizá el país del viejo continente más devastado por las Guerras Mundiales, no podía permanecer ajeno a éste hecho y conservar una postura inmutable ante las dificultades que se presentaban tanto a deudores como acreedores para cumplir con los contratos celebrados bajo condiciones anteriores a éstas hecatombes.

Por tal motivo El Código Civil Germánico de 1900 tras la Primera Guerra es reformado en el sentido de aceptar la aplicación de la Teoría en estudio en los casos en que sobrevienen circunstancias imprevistas que afecten la naturaleza del Contrato; para lo cual adaptó las siguientes medidas:

Otorga el mismo efecto a la imposibilidad económica que el observado en los casos de imposibilidad material, consagrado en el artículo 242 de su Código Civil y en virtud del cual el deudor podía dejar de cumplir con su obligación, sin incurrir en responsabilidad.

Se faculta a los contratantes a rescindir el convenio o realizar un reajuste de las obligaciones por éste impuestas, tratando con ello de subsanar la injusticia en el precio pactado cuando el dinero se había devaluado y su valor nominal no correspondía con el valor real considerado al fijarlo.

Y como ya se ha expuesto con base en lo dispuesto por la cláusula *Rebus Sic Stantibus* se crea la doctrina de "La Presuposición" por Windscheid, quien postuló que ante la alteración de

¹²⁵ Cfr. TERRAZA MARTORELL, Juan. Op. Cit., p.52.

las circunstancias se genera el derecho subjetivo de resolver el contrato. Esta doctrina fue aceptada de forma excepcional y restringida por el Tribunal de Reich, permitiendo de este modo la rescisión de algunos contrato sin responsabilidad para las partes.

También, se engendró la teoría doctrinaria conocida como la "Desaparición de las Bases del Negocio", la cual entiende por base del negocio la conservación de los intereses al tiempo de la ejecución del contrato y supone la validez del mismo supeditada a la existencia de ciertas circunstancias esenciales que determinarían su celebración. Bases del negocio que deben mantenerse en él hasta su conclusión, siempre y cuando las mismas, no hayan sido simplemente circunstancias conocidas, sino que las partes las hubiesen producido o propiciado. Es así, que ante la desaparición de las bases del negocio dichos contratos pierden validez y, por tanto, dejan de obligar a su cumplimiento a los contratantes.¹²⁶

De este modo el Código Civil Alemán de 1900, tras las referidas reformas y adiciones, consagra en diversos numerales el principio de la buena fe, los usos y las costumbres para la interpretación y cumplimiento de los contratos. Así como la posibilidad de revisar los contratos por cambios en las circunstancias en que éstos hubiesen sido celebrados.

Para el jurista Enneccerus los principios y soluciones planteados por la Teoría de la Imprevisión deben regir en todos los ordenamientos jurídicos desarrollados. Ya que quien celebra un contrato parte de las representaciones más o menos conscientes sobre las circunstancias de hecho, económicas, jurídicas y de otra índole que justifican su decisión de realizar el contrato para lograr el fin propuesto. Por lo tanto para que el contrato continúe surtiendo sus efectos en lo futuro reviste fundamental importancia las representaciones que las partes realizaron sobre el posterior desenvolvimiento de estas circunstancias, toda vez que los contratantes contaban con que persistieran al tiempo de ejecutarse el contrato. De donde se deduce la necesidad de atribuir una cierta consideración en aquellos casos en que el fin del negocio, revela un error tanto en las representaciones sobre las circunstancias básicas al tiempo de la conclusión del contrato, como cuando posteriormente se experimenta una alteración esencial.

Siguiendo la línea de pensamiento antes expuesta el autor en cita busca en el Código Civil alemán el fundamento de aplicación de la cláusula Teoría de la Imprevisión en los siguiente artículos:

Art. 321.- Numeral que dispone que quien en virtud de un contrato bilateral está obligado a ejecutar primero la prestación, puede negarse a ello si se produce en la situación patrimonial de la otra parte una agravación esencial, de manera que ponga en riesgo la contraprestación por recibir. Ya que argumenta que en este precepto se tiende a asegurar la equivalencia entre las prestaciones.

Art. 610.- Artículo en el cual se establece la nulidad de la transacción cuando la situación de hecho, considerada como base según el contenido del contrato, no fuese conforme a la realidad y el litigio o la incertidumbre no hubieran surgido de haberse conocido la verdadera situación. De forma que este artículo consagra la nulidad de los actos cuando las circunstancias decisivas de su celebración se han alterado.

126 Vid. Supra, Apartado 3.1. del presente trabajo recepcional. Corrientes doctrinarias que fundamentan la procedencia de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

Sin embargo, la jurisprudencia Germana no ha admitido de modo expreso la aplicación de la Teoría de la Imprevisión por considerar que pondría en peligro la seguridad contractual. Así por regla general la Doctrina Alemana y el Tribunal del Reich rechazan la aplicación de la Teoría en estudio, afirmando que su invocación solamente cabría hacerse en las disposiciones aisladas que expresamente lo facultan, sin que ello pudiese invocarse para extender su aplicación por analogía y mucho menos para invocarla como un principio general.

En conclusión respecto al manejo que los diversos ordenes jurídicos europeos analizados realizan de la Teoría de la Imprevisión se puede afirmar que pese a la rotunda oposición de algunas doctrinas y regulaciones legales a los principios enarbolados por la Teoría en estudio, llegado el momento en que las circunstancias se vean modificadas en forma tal que se torne fácticamente imposible cumplir una obligación sin ajustarla a los requerimientos de las nuevas circunstancias, este repudio se tornara menos argüido y dependiendo de las alteraciones sufridas en cada caso, en mayor o menor medida se aceptarían los supuestos planteados por Teoría de la Imprevisión.

Así ante las devastadoras consecuencias sufridas por las naciones europeas tras las Guerras Mundiales en que se vieron involucradas; juristas y doctrinarios de cada una de ellas se abrazaron a los principios de la equidad y la justicia, base y sustento de la Teoría de la Imprevisión, antes que al cumplimiento inflexible y absoluto de los contratos, pese a que sus sistemas legales adoptaran fielmente el principio *Pacta Sunt Servanda*.

Una vez expuesta la forma en que la Teoría de Imprevisión es contemplada por la legislación de diversos países del viejo mundo y tras realizar un salto inter atlántico se analizará como es que en algunos países de América se aplica la Teoría de la Imprevisión, comenzando dicha estudio por el más antártico de éstos.

5.6. DERECHO ARGENTINO

De toda América Latina, es en Argentina donde la Teoría de la Imprevisión ha sido aceptada de mejor manera. Es en este país donde más ampliamente ha sido tratada la Teoría en estudio por sus doctrinarios y legisladores, quienes indudablemente, fueron influidos por los preceptos y doctrinas desarrolladas al respecto en Europa y principalmente en Italia.

Antes de acoger en su derecho positivo la Teoría de la Imprevisión, los juristas argentinos manifestaron su aprobación por está en cuanto congreso, jornada, proyecto de reforma y fallo jurisprudencial les fue posible.

Así en 1937 en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba y más tarde en 1959 durante la Sexta Conferencia Nacional de Abogados de La Plata; los participantes abordaron con ahínco el tema de la Teoría de la Imprevisión y a partir del desarrollo que ésta ya tenía en Europa en ese momento, aportaron nuevas ideas y manifestaron su inquietud de incluirla en la Legislación Argentina vigente.

Hasta que en el Tercer Congreso Nacional de derecho Civil de Córdoba, celebrado en el año de 1961, la recomendación 15 del tema 10, basada en la ponencia del Dr. Jorge Mosset Iturraspe, propuso la inclusión del segundo párrafo del Art. 1198 del Código Civil Argentino en los siguientes términos:

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 aplicara a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al álea propio 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 con culpa o estuviere en mora. La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato. 127

De tal suerte que salvo la expresión álea que se modificaría por riesgo y afectado que se sustituye por perjudicado la recomendación antes transcrita se convirtió en la segunda parte del mencionado artículo 1198 del Código Civil Argentino actualmente vigente.

Es así que en 1968, tras la reforma impuesta por la ley 17,711, el Código Civil Argentino incluye de manera expresa la Teoría de la Imprevisión en su artículo 1198, el cual dispone:

Artículo 1198.- "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente 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 tornara excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicara 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 alcanzara los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviere en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato." 128

Cabe destacar que la legislación Argentina contempla la posibilidad de aplicarlas las soluciones brindadas por la Teoría en estudio, inclusive en el caso de los contratos aleatorios cuando las circunstancias imprevisibles rebasan el grado de aleatoriedad propia del contrato. Aun cuando se considera no del toda exacta dicha redacción, ya que sería preferible referirse a las alteraciones y el subsiguiente incremento de la onerosidad propia del contrato que tengan como base acontecimientos externos al mismo y su normal incertidumbre, no se debe restar mérito al manejo que de la Teoría en estudio realiza éste ordenamiento legal.

Por otra parte el Derecho Argentino funda la aplicación de los remedios propuesto por la Teoría de la Imprevisión tanto en una base subjetiva y metajurídica como lo es la buena fe, así como en un sustento objetivo el cual encontramos en la excesiva onerosidad. Sin embargo, fiel al modelo impuesto por el Derecho Italiano restringe la facultad del afectado a solicitar la

127 Cfr. FLAHERTY, Lily R et al. Op Cit., p.p. 9 y 10.

128 Código Civil de la República de Argentina. <http://www.codicex.com.ar/indice.htm>

resolución del contrato y otorga exclusivamente al demandado la posibilidad de optar por la modificación o reajuste equitativo del mismo.

Tras lo expuesto en el presente apartado, con relación a la forma en como es tratada la teoría en estudio por el Derecho Argentino, a continuación se analizará como en el polo opuesto del planeta los países de América Boreal han contemplado la Teoría de la Imprevisión.

5.7. DERECHO NORTE AMERICANO.

Pese a que el orden legal Estadounidense formar parte de la Familia del Derecho Anglosajón, cuya base normativa se fundamenta en una constitución escrita y el *Common Law* o fuerza del precedente, aplicado a través de *law records* (puntos de derecho) transcritos en los *records* (memorias o actas) dictados en los casos (juicios) seguidos ante los Tribunales. Resulta interesante indagar como el vecino del Norte, con quien México tiene celebrado un Tratado Trilateral de Libre Comercio, trata la Teoría de la Imprevisión, ya que esta nación es el punto de destino de la mayor parte de las exportaciones de nuestro país. 129

Los legisladores Norte Americanos en distintos momentos de la historia de este país han emitido leyes emergentes para conceder a los deudores en mora un diferimiento en los plazos para cubrir sus obligaciones o para atenuar el excesivo incremento de los alquileres. Lo cual a trascendido favorablemente en relación con la posibilidad de aplicar la Teoría en estudio; ya que al ser consideradas legales dichas legislaciones emergentes por la jurisprudencia de esa nación y toda vez que como se ha anotado ese orden jurídico se funda en la fuerza del precedente, en dicho país se han aceptado expresamente los principio y soluciones que la Teoría de la Imprevisión plantea.

A este respecto debe destacarse que la Suprema Corte de Justicia Norteamericana a establecido los requisitos que debe reunir la expedición de una Ley de emergencia para ser considerada constitucional y los cuales son los siguientes:

- ◆ Que exista una situación de emergencia que imponga al Estado la necesidad de amparar los intereses vitales de la comunidad.
- ◆ Que dicha Ley tenga por finalidad proteger legítimamente los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos.
- ◆ Que el plazo otorgado, en caso de una moratoria, sea razonable e importe un alivio justificado por las circunstancias.
- ◆ Que en ningún caso se opte por la rescisión del contrato, sino por la derogación del mismo por el tiempo estrictamente indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria su adopción.

Sin embargo, ha de destacarse que el Derecho Norte Americano, limita las posibles soluciones propuestas por la Teoría de la Imprevisión, a otorgar una prórroga, término de gracia o moratoria temporal, como se observa en el *Restatement of Contracts* (Codificación Contractual).

129 BERNAL, Beatriz et al. *Historia del Derecho Romano y de los derechos neoromanistas*. México 1998, p.24.

Ordenamiento legal en el cual se define que bien es posible la extinción de las obligaciones contractuales por caso fortuito o fuerza mayor; ante circunstancias imprevistas y ajenas a las partes que impliquen la excesiva onerosidad de dicha obligación sin que la misma sea esencialmente diferente, sólo se otorgara a la parte afectada una razonable mora para que de cumplimiento a su obligación.

En este mismo sentido la Suprema Corte Norte Americana se ha expresado al emitir en enero de 1934 la siguiente resolución:

“Si el Estado puede postergar temporalmente el cumplimiento de los contratos ante desastres físicos, no puede decirse que el mismo poder no exista cuando se está en presencia de una apremiante necesidad pública producida por causas económicas.”¹³⁰

Como se desprende de lo antes expuesto, el derecho Norteamericano acepta la posibilidad de aplicar sólo uno de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión, lo cual no puede ser ignorado. Sin embargo, dicha solución no proporciona alivio alguno al deudor o acreedor cuya prestación se ha tornado excesivamente onerosa o nada compensatoria, cuando la alteración de las circunstancias y condiciones del contrato no son temporales.

Por último en lo que al capítulo de derecho comparado se refiere, se analizará el peculiar trato que algunos de países sudamericanos dan a la Teoría en estudio.

5.8. DERECHO COLOMBIANO.

La jurisprudencia de este país suramericano ha dado cabida a la Teoría de la Imprevisión desde el año de 1937, por lo cual resulta necesario mostrar como la misma ha sido abordada en el orden legal de este país.

En febrero de 1937 la Suprema Corte de Justicia de Colombia al resolver un juicio de inconstitucionalidad de leyes de deuda, reconoce de manera expresa la posibilidad de aplicar la Teoría de la Imprevisión como legal solución en los conflictos que plantean los contratos especulativos de ejecución diferida, y los de prestaciones sucesivas.

Más tarde el 23 de mayo de 1938 el criterio antes señalado no sólo fue ratificado sino que Suprema Corte Colombiana determinó las condiciones para la legal aplicación de la Teoría de la Imprevisión, los cuales son los siguientes:

- ◆ Que el cambio en las circunstancias debe sobrepasar considerablemente las previsiones que los contratantes razonablemente pudieron hacer al celebrar el contrato
- ◆ Que el cambio de las circunstancias traiga como consecuencia el excesivo agravamiento de la prestación debida por una de las partes contratante.
- ◆ Si el contrato fuese de tracto sucesivo, la revisión o resolución del mismo solo tendrá efecto sobre las prestaciones no cumplidas.

¹³⁰ Cfr. REZZONICO, Op. Cit., p. 55, 71, 72 y 75.

Colombia no ha admitido la Teoría de la Imprevisión de manera expresa en materia civil pero su interpretación jurisprudencial si le ha dado cabida. Pese a ello en materia mercantil si se ha admitido expresamente la Teoría en estudio, mediante el decreto 410 de 1971 el cual forma parte del nuevo Estatuto Mercantil Colombiano.

De tal suerte que el Código de Comercio de Colombia en su artículo 868 prescribe:

“Artículo 868.- Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez declarará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”

Se debe destacar que el ordenamiento legal en cita no acoge la posibilidad de solicitar la resolución del contrato, sino que el actor-deudor solo tiene la facultad de incoar la revisión o modificación del acuerdo.

Lo anterior se explica por el hecho de que en este país la posibilidad de revisión de los contratos constituye la principal característica de la Teoría de la Imprevisión. Ya que es la protección social que compete al Estado, a través de la rama jurisdiccional, la instancia que debe intervenir en la búsqueda de un concepto intermedio. De modo que los tribunales han de procurar un justo término entre los dos polos de validez y nulidad que presenta un contrato que ha sufrido los embates de un acontecimiento imprevisible que fractura el equilibrio económico de las prestaciones que el mismo establece. 131

Si bien se puede afirmar que en el derecho Colombino la revisión del negocio busca rodearlo de todos los elementos de validez y eficacia. Ello se consigue mediante la inclusión en la ejecución del mismo de una voluntad ajena a las partes, la del juez. De tal suerte que dicha medida resulta imprecisa dado el fin buscado; ya que si se alega que la Teoría en estudio es aplicada pretendiendo restablecer el elemento de validez consistente en la Voluntad, y ello se pretende realizar mediante la voluntad del juzgador dicho fin jurídicamente jamás se podrá considerar satisfecho.

Sin embargo, dado el planteamiento que dicho ordenamiento da a la Teoría de la Imprevisión resultaría más afortunado fundar y motivar la aplicación de la misma en el desequilibrio prestacional o incluso en la ausencia de voluntad expresa de las partes.

Por otro lado, resalta el hecho de que el segundo párrafo del referido artículo 868 del Código de Comercio Colombiano, hace referencia a que es el Juez es quien podrá declarar la terminación del contrato y no la resolución del mismo. Situación que se pretende justificar ante la rotunda afirmación de que los contratos de ejecución diferida no se resuelven sino se terminan. Y ello habida cuenta de las dificultades que tendría el deudor para cumplir con las obligaciones

131 Cfr. CORREA ARANGO, Gabriel. Op. cit. p.p. 81, 223-224, 244-245.

propias de las restituciones mutuas ordenadas por el juez como consecuencia de su fallo, obligaciones tendiente todas ellas a retornar las cosas al período contractual. 132

Como ya ha sido referido y aclarado oportunamente al tratar el tema de los efectos de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, resulta impreciso confundir y asimilar, las figuras de la resolución y la rescisión contractuales. Por lo anterior no resulta extraño que cuando los efectos y consecuencias de una y otra figura jurídica son mezclados, se creen conflictos como el antes expuesto.

Por lo que, se considera que tal apreciación resulta inexacta; toda vez que como ya ha sido expuesto es correcto hablar de una resolución del contrato, sin incluir en ésta las prestaciones ya ejecutas; toda vez que afirmar lo contrario lleva a confundir la resolución con la figura jurídica denominada rescisión, cuya procedencia depende de la culpa e incumplimiento de una de las partes. Y si bien en materia de imprevisión es posible referir una inexecución de las prestaciones debidas, ésta jamás se podrá decir que tiene su origen en la culpa de alguna de las partes. 133

Finalmente en torno al orden jurídico nacional en comentario es de apreciarse que la Teoría de la Imprevisión en el Derecho Colombiano se le concede un trato *sui generis*. Ya que ante la relativa eficacia jurídica que se le otorga en materia civil al ser reconocida legalmente ésta doctrina por la jurisprudencia de ese país, se le reconoce pleno vigencia en materia mercantil al ser incluida de manera expresa en el Código de Comercio.

El panorama general antes expuesto en torno al trato que la Teoría de la Imprevisión recibe en ordenamientos legales de diversos países, se considera suficiente con para brindar una mejor idea de lo que la misma es; al tiempo que ello crea un ambiente más alentador y convincente de los beneficios que ofrece la aplicación de la Teoría en estudio, y lo débiles que resultan los argumentos que se sostienen en su contra.

Baste con todo lo ante dicho para dar por concluido el desarrollo de los temas que integran el presente trabajo recepcional. Dando paso a la formulación de las conclusiones respectivas de todo lo antes expuesto.

132 Ibidem p. 245 in fine.

133 Vid. Capítulo Tercero, sección 3.5. Efectos de la aplicación de la Teoría de Imprevisión, Aclaraciones en Torno a la Resolución de las Obligaciones, del presente trabajo recepcional.

CONCLUSIONES

La presente Tesis formuló como hipótesis de trabajo la posibilidad de brindar una adecuada solución a los conflictos que enfrentan los deudores de Tarjetas de Crédito ante las desmesuradas alzas de intereses, a través de la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión. Siempre y cuando, dicho incremento ocasione la fractura de la ecuación prestacional; y sólo en los casos en que sea como consecuencia de acontecimientos imprevisibles, sobrevinientes, extraordinarios y de carácter general que se hayan alterado los términos, modos, condiciones y cargas en que originariamente se había celebrado el Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria del cual dichas tarjetas deriven.

De modo que siguiendo las pautas que se han marcado en la elaboración de este estudio, considero que es posible obtener diversa conclusión con relación a cada uno de los principales temas que a lo largo del mismo se han desarrollado, y las cuales se formulan a continuación:

CONCLUSIONES PARTICULARES

Con respecto a la CUENTA CORRIENTE concluyo que este es un contrato comercial, consensual, normativo oneroso, conmutativo bilateral y de tracto sucesivo en virtud del cual las partes se obligan a anotar sus negocios en una cuenta de remesas organizadas en relación continua, con el fin de concederse crédito de manera temporal y reciproca. Para lo que se ha de establecer que los diferentes créditos provenientes de las remesas se consideren inexigibles, indivisibles e indisponibles hasta el cierre de la cuenta. De modo que el saldo que resulte a la fecha del mencionado cierre sea el único crédito que será exigible y donde las remesas, cuyo envío es voluntario, deben ser contempladas como un acto de ejecución y no de perfeccionamiento del mismo.

Así, también es de concluirse que, el Contrato de Cuenta Corriente ofrece múltiples ventajas entre las que destacan el hecho de que con su celebración se suprimen las liquidaciones y pagos parciales, lo que trae como consecuencia el ahorro de tiempo y numerario. Por otra parte, evita el desplazamiento material de valores monetarios, ya que las anotaciones en la cuenta sustituyen al pago en efectivo; lo cual permite que se incremente la productividad de los capitales en circulación entre las partes, toda vez que durante su relación cada uno de los contratantes dispone de los valores recibidos como si fueran propios.

Por su parte en torno al CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIO concluyo que éste es un contrato cuyas características particulares y distintivas son las siguientes: Forzosamente una de las partes que intervine en la celebración del mismo ha de ser una Institución Bancaria, la que siempre resulta acreedora durante el plazo de duración del contrato; mientras que el cliente puede disponer en cualquier momento de las sumas resultantes de su crédito, las cuales ocasionalmente puede cubrir mediante entregas periódicas con lo que se incrementará el monto de su crédito, el cual inevitablemente deberá liquidar a la terminación del contrato, momento en el cual se invertirán los papeles de acreedor y deudor.

Así la Cuenta Corriente Bancaria es clasificada como un contrato consensual, bilateral, normativo, oneroso conmutativo y de tracto sucesivo; el cual generalmente se celebra a través de un contrato de adhesión; cuyo objeto fundamental es la relación Banco-Cliente, ya que es a través

de su cuenta corriente que una persona entabla y mantiene su relación con una Institución Bancaria. Por lo que éste puede ser celebrado bajo dos premisa; la PROVISIÓN DE FONDO, lo que implica un depósito previo por parte del cliente y lo cual trae como consecuencia el surgimiento del CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO SIMPLE donde el acreditado debe disponer en una sola ocasión del crédito que se le concede, sin tener derecho a hacer reembolsos parciales que hagan recuperable el crédito en su cuantía original. Y el DESCUBIERTO, cuando el Banco otorga al cliente un crédito o celebra con éste un contrato de APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE a través del cual se conviene de modo expreso que el acreditado podrá disponer del importe del mismo en varios actos, facultándole a rembolsar, total o parcialmente, la parte del crédito de que haya dispuesto, con el objeto de aumentar las cantidades aún disponibles.

En lo que toca al CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO concluyo que este es un contrato consensual, bilateral, oneroso y principal, considerado como un contrato de concesión de crédito. Y en tratándose del Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente, éste es adicionalmente un contrato de tracto sucesivo el cual se perfecciona en el momento de consentirse expresamente las condiciones del mismo; cuya ejecución se actualiza cuando el acreditante, un Banco, pone a disposición del acreditado, dentro del límite de su línea de crédito, los medios de pago requeridos en la medida que éste los solicite; ya sea a través de una determinada cantidad de dinero, o bien, contrayendo obligaciones a su nombre, autorizándose adicionalmente al acreditado a realizar los retiros y pagos que desee, pudiendo hacer variar diariamente el monto de su adeudo. Mientras que por su parte el acreditado se obliga a restituir ese dinero o a pagar las obligaciones contratadas en su nombre en el término y condiciones pactadas. Donde el Objeto de su celebración es el goce de una disponibilidad de numerario o capacidad crediticia, toda vez que éste contrato puede ser concretado aún cuando no se realice una sola entrega de dinero o se contraiga a nombre del acreditado obligación alguna.

Por lo que hace a LA IMPREVISIÓN, concluyo que esta figura jurídica debe ser entendida como la alteración de las circunstancias en que se celebró un acto jurídico, que no ha podido ser racionalmente prevista por las partes, dada la naturaleza misma del acontecimiento que la ha producido. Alteración que hace parcialmente imposible el cumplimiento de una obligación al tornarla sumamente gravosa; toda vez que sí se construye a la ejecución de la prestación debida, tal como ésta fue convenida pero en esas nuevas circunstancias, ello entraña una manifiesta iniquidad y pugna contra el principio de buena fe, al ocasionar la ruina económica o bien poner en peligro la salud, libertad o convicciones del obligado a tal cumplimiento.

En este orden de ideas concluyo que la TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN es la doctrina, que pretende brindar una adecuada solución al problema que se observa en los actos jurídicos de tracto sucesivo, ejecución periódica o continuada, o bien, de ejecución diferida; al presentarse la imposibilidad relativa para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas y no ejecutadas. Cuando tales obligaciones se tornan excesivamente onerosas como consecuencias de las imprevisibles modificaciones de los modos y circunstancias en que el acto jurídico que les dio origen fue planteado, siempre que con ello se presente una fractura en la ecuación prestacional del mismo. Y toda vez que dichas alteraciones sean producidas por un acontecimiento superveniente, imprevisible, de carácter generales y ajeno a la intervención de las partes; características que obviamente deberán compartir con las modificaciones que propicien.

Teoría de cuya extensa evolución se obtienen las conclusiones siguientes: Es en el DERECHO ROMANO donde se sentaron sus primeros antecedentes los que reflejaron más un

sentido moral que un principio jurídico. Bajo el DERECHO CANÓNICO es que surge la cláusula *Contractus qui Habent Tertium Successivum vel Dependendam de Futuro Rebus Sic Stantibus Intelliguntur*, producto del trabajo desarrollado por los posglosadores y fue considerada como una cláusula tácita en todo contrato, misma que es mejor conocida como *Rebus Sic Stantibus*; la cual prescribe que el cumplimiento de cualquier obligación, depende de que las cosas se mantengan en el estado que tenían en el momento en que la misma se contrajo; Así al presentarse algún cambio cuyos efectos acarreen un beneficio adicional a alguien en detrimento de otro, se destruye toda obligación, puesto que hacerla cumplir resulta injusto y contrario a la moral cristiana.

De igual modo los antecedentes históricos de la Teoría de la Imprevisión evidencian que cuando la necesidad real y la exigencia social hacen indispensables la modificación de cánones o principios atávicamente observados, es posible y, además, imprescindible buscar el mantenimiento de la paz social y la justicia; antes que obstinarse en cumplir inflexiblemente los principios de un orden legal que no responde a las exigencias que impone un momento histórico. Brindándose bajo esta óptica la posibilidad de aplicar los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión, aun por ordenamientos que se mostraron renuentes a los mismos.

A la par de la evolución histórica de Teoría de la Imprevisión, en torno a la misma se desarrollaron múltiples corrientes doctrinarias que fundamentan su aplicación y de las cuales se concluye que pese a que éstas son diversas y poseen una particular relevancia; Todas ellas en su conjunto otorgan sólidas bases y fundamentos irrefutables para su legal aplicación, dando con esto una muestra manifiesta de que la Teoría en estudio no es un capricho que pugne contra un orden preestablecido sino una necesidad impuesta por la realidad. Toda vez que, la alteración de las condiciones y circunstancias bajo las cuales fue celebrado un acto jurídico; que modifica las obligaciones que del mismo emanan, tornándolas excesivamente onerosas, al hacer desaparecer las circunstancias ambientales objetivas consideradas como supuestos comunes por cualquiera que lo celebrara; exige una solución que restaure el equilibrio prestación y reajuste los fines propuestos y consecuencias que de tal acto surgen, con aquellos que las partes que lo engendraron buscaban con su celebración; procurando con ello que real voluntad de las partes se conserve durante toda la vida del acto jurídico para que éste no se convierta en un simple hecho jurídico. Destacándose que todo acto jurídico debe ser cumplido acorde a la los principios de equidad y buena fe.

Concluyendo de manera particular que se consideran como los principales argumentos a favor de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión lo siguiente: La Equidad y Buena Fe principios esenciales que a la par de motivar la aplicación de la Teoría en estudio; resultan argumentos idóneos para refutar la afirmación de que la misma es contraria al principio del exacto cumplimiento contractual fundado en la *Pacta Sunt Servanda*; toda vez que, el exacto cumplimiento de los contratos carece de valor lejos de la misma buena fe que sustenta ambas doctrinas. La Ausencia de Voluntad Expresa, argumento que permite combatir la afirmación que sostiene que la Teoría de la Imprevisión contraviene el principio de autonomía de la voluntad de las partes; habida cuanta que obligar a las partes al cumplimiento de obligaciones a las cuales no se sometieron, por ser éstas diferentes a las obligaciones contraídas por las misma, al presentarse un acontecimiento superveniente que modifique de una forma imprevisible y generalizada las condiciones de ejecución de las prestaciones debidas; es lo que realmente resulta contrario a su voluntad y, por tanto, a dicho principio; de donde resulta que *Pacta Sunt Servanda* y *Rebus Sic Stantibus* son las dos caras de una misma moneda. Y por último el Desequilibrio Prestacional que determina que al celebrarse un acto jurídico, éste es concebido tomando en consideración un

balance equivalente de las prestaciones que el mismo generará, es decir, procurando el mantenimiento de la ecuación prestacional. De tal modo que la alteración de las prestaciones que entraña una excesiva onerosidad sobreviniente, engendra a su vez el desequilibrio prestacional del acto, el cual sólo podrá recuperarse mediante la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión y mientras esto no suceda la obligatoriedad de tales actos de manera estricta y literal será insostenible.

Por otra parte concluyo que para la correcta invocación de la Teoría de la Imprevisión es menester que se reúnan los siguientes elementos de procedibilidad: Una Excesiva Onerosidad la cual se hace presente tanto como un sacrificio pecuniario, consistente en la prestación de dar una cosa o recibir un pago que resulte no compensatorio de la contraprestación correspondiente; como ante la excesiva dificultad de hacer algo, cuando ello implica poner en peligro la vida o salud de quien tiene el deber de cumplir con dicha obligación e incluso cuando ello resulte contrario a los principios y convicciones del obligado; Mas en todos los casos la excesiva onerosidad deberá presentarse de manera sobreviniente y como consecuencia de un acontecimiento imprevisible. Un Acontecimiento Imprevisible cuyas consecuencias no han podido ser previstas por las partes ni por cualquier otra persona diligente, dada la naturaleza del mismo acontecimiento; y donde las consecuencias de éste deberán poseer un carácter general e inevitable, toda vez que su realización no sólo debe ser ajena a la voluntad de las partes sino que éstas de modo alguno deberán intervenir en la génesis de tal acontecimiento. Y la consecuente Modificación de las Circunstancias y Condiciones contemporáneas a la celebración del acto jurídico la cual directamente produzca el desequilibrio de la ecuación prestacional y que por supuesto guarde una estrecha relación o nexo causal con el correspondiente acontecimiento imprevisible y sobreviniente.

Así cubiertos los requisitos antes señalados concluyo que la aplicación de la Teoría de la Imprevisión tiene lugar en tratándose de: Actos Jurídicos de Ejecución Futura ya sea que se trate de actos de ejecución diferida por estar sujetos a un término o condición suspensiva o bien se trate de actos de ejecución periódica, continuada o de tracto sucesivo, en Actos Jurídicos Bilaterales, en Actos Jurídicos Onerosos, en Actos Jurídicos Onerosos Conmutativos, e incluso en Actos Jurídicos Unilaterales, cuando la excesiva onerosidad someta al cumplimiento de una prestación no acorde a la voluntad que lo genero y los Contratos Aleatorios siempre y cuando la excesiva onerosidad que en los mismos se presente sea consecuencia de causas ajenas al riesgo propio de tales contrato.

Por lo que hace a las soluciones propuestas por Teoría de la Imprevisión concluyo que éstas son: El Otorgamiento de un Plazo o Término de Gracia, cuando los efectos del acontecimiento imprevisible son de índole temporal, con lo cual se procura el restablecimiento del equilibrio prestacional, respetando cabalmente el principio de la autonomía de la voluntad. La Revisión Judicial de los Términos, Modos, Condiciones, Cargas y Obligaciones Pendientes de Ejecutar, con lo cual se pretende mantener la eficacia real del acto jurídico, restableciendo el equilibrio prestacional, buscando aminorar los efectos del acontecimiento imprevisible y eliminando la excesiva onerosidad sobreviniente cuando ello sea posible. Y la Resolución de las Obligaciones Pendientes de Ejecutar, el más extremo de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión por lo cual su aplicación deberá ser excepcional cuando no tenga cabida ningún otro remedio.

Pasando al modo en como EL DERECHO POSITIVO MEXICANO REGULA LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN concluyo que existen en la actualidad fundamentos jurídicos sólidos y suficientes para llevar a cabo la aplicación de los remedios propuestas por la misma, la cual de modo alguno resulta contraria a los principios que hoy imperan en nuestro derecho. Conclusión que se confirma ante el hecho de que México de manera expresa ha adoptado la Teoría en estudio, en diversas materias y con distintos actos de cada uno de los Poderes del Gobierno Mexicano, v. gr. : La ratificación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrada en 1959, al aceptar su inclusión expresa en materia civil en las legislaciones de los Estados de Aguas Calientes, Jalisco, Guanajuato, Tamaulipas y Quintana Roo, y dando cabida a su aplicación en diversas tesis jurisprudenciales. Además, que tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en leyes federales entre las que se cuentan el Código Civil Federal y el Código de Comercio se incluyen los principios que fundamentan y motivan la aplicación de la misma.

Por lo que ve al contexto internacional se concluye que la TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO VIGENTE, posee una contundente aceptación por países como: COLOMBIA, donde se le brinda un trato *sui generis*; ya que mientras en materia civil es consagrada sólo por su jurisprudencia, en materia mercantil se le incluye de manera expresa en su Código de Comercio; SUIZA, PORTUGAL, ITALIA y ARGENTINA donde de manera expresa se le regula en materia civil; ALEMANIA cuyo Código Civil de 1900 de manera expresa permite su aplicación al otorgar el mismo efecto a la imposibilidad económica que a la imposibilidad material; e incluso FRANCIA en materia administrativa ha aplicado los remedios propuestos por la Teoría en estudio, creando leyes especiales y el DERECHO NOROCCIDENTAL AMERICANO, contempla el aplazamiento en el cumplimiento de las obligaciones afectadas por la imprevisión.

Así concluyo que ya sea otorgando sólo el aplazamiento en el término para cumplir las obligaciones debidas; o bien permitiendo la revisión o modificación judicial del acto jurídico o mejor dicho de sus condiciones hasta el punto en que las contraprestaciones del mismo se encuentren nuevamente equilibradas; e inclusive facultando la terminación, rescisión o, más correctamente, la resolución del acto jurídico; llegado el momento en que sus términos, condiciones, modos o cargas se ven modificadas en forma tal que se torne fácticamente imposible cumplir una obligación sin ajustarla a los requerimientos de esas nuevas circunstancias, el rechazo manifestado por a la Teoría de la Imprevisión se vuelve menos argüido y dependiendo de las alteraciones sufridas en cada caso, en mayor o menor medida un Estado Nacional aceptan los supuestos planteados por la misma antes que continuar pugnado por el cumplimiento inflexible y absoluto de los contratos. Independientemente de que el sistema legal hasta entonces vigente adoptara fielmente el principio del *Pacta Sunt Servanda*.

De tal suerte que tras lo antes expuesto, el presente trabajo arroja una conclusión final entorno al mismo y la cual se plantea en los siguientes términos:

CONCLUSIÓN GENERAL

Pretender el irrestricto cumplimiento de un acto jurídico resulta ser un ataque directo al principio de autonomía de la voluntad, desconociendo, además, la necesidad de conservar la ecuación prestacional y siendo por ello también contrario a los principios de equidad y buena fe; Esto cuando tal acto jurídico ha sufrido los embates de un acontecimiento imprevisible de carácter superviniente; cuya consecuencia directa es la alteración del monto de las cargas que este

Pasando al modo en como EL DERECHO POSITIVO MEXICANO REGULA LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN concluyo que existen en la actualidad fundamentos jurídicos sólidos y suficientes para llevar a cabo la aplicación de los remedios propuestas por la misma, la cual de modo alguno resulta contraria a los principios que hoy imperan en nuestro derecho. Conclusión que se confirma ante el hecho de que México de manera expresa ha adoptado la Teoría en estudio, en diversas materias y con distintos actos de cada uno de los Poderes del Gobierno Mexicano, v. gr.: La ratificación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrada en 1959, al aceptar su inclusión expresa en materia civil en las legislaciones de los Estados de Aguas Calientes, Jalisco, Guanajuato, Tamaulipas y Quintana Roo, y dando cabida a su aplicación en diversas tesis jurisprudenciales. Además, que tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en leyes federales entre las que se cuentan el Código Civil Federal y el Código de Comercio se incluyen los principios que fundamentan y motivan la aplicación de la misma.

Por lo que ve al contexto internacional se concluye que la TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO COMPARADO VIGENTE, posee una contundente aceptación por países como: COLOMBIA, donde se le brinda un trato *sui generis*; ya que mientras en materia civil es consagrada sólo por su jurisprudencia, en materia mercantil se le incluye de manera expresa en su Código de Comercio; SUIZA, PORTUGAL, ITALIA y ARGENTINA donde de manera expresa se le regula en materia civil; ALEMANIA cuyo Código Civil de 1900 de manera expresa permite su aplicación al otorgar el mismo efecto a la imposibilidad económica que a la imposibilidad material; e incluso FRANCIA en materia administrativa ha aplicado los remedios propuestos por la Teoría en estudio, creando leyes especiales y el DERECHO NOROCCIDENTAL AMERICANO, contempla el aplazamiento en el cumplimiento de las obligaciones afectadas por la imprevisión.

Así concluyo que ya sea otorgando sólo el aplazamiento en el término para cumplir las obligaciones debidas; o bien permitiendo la revisión o modificación judicial del acto jurídico o mejor dicho de sus condiciones hasta el punto en que las contraprestaciones del mismo se encuentren nuevamente equilibradas; e inclusive facultando la terminación, rescisión o, más correctamente, la resolución del acto jurídico; llegado el momento en que sus términos, condiciones, modos o cargas se ven modificadas en forma tal que se torne fácticamente imposible cumplir una obligación sin ajustarla a los requerimientos de esas nuevas circunstancias, el rechazo manifestado por a la Teoría de la Imprevisión se vuelve menos argüido y dependiendo de las alteraciones sufridas en cada caso, en mayor o menor medida un Estado Nacional aceptan los supuestos planteados por la misma antes que continuar pugnado por el cumplimiento inflexible y absoluto de los contratos. Independientemente de que el sistema legal hasta entonces vigente adoptara fielmente el principio del *Pacta Sunt Servanda*.

De tal suerte que tras lo antes expuesto, el presente trabajo arroja una conclusión final entorno al mismo y la cual se plantea en los siguientes términos:

CONCLUSIÓN GENERAL

Pretender el irrestricto cumplimiento de un acto jurídico resulta ser un ataque directo al principio de autonomía de la voluntad, desconociendo, además, la necesidad de conservar la ecuación prestacional y siendo por ello también contrario a los principios de equidad y buena fe; Esto cuando tal acto jurídico ha sufrido los embates de un acontecimiento imprevisible de carácter superviniente; cuya consecuencia directa es la alteración del monto de las cargas que este

impone produciendo una excesiva onerosidad, por la modificación general de las circunstancias, modalidades y condiciones concomitantes a la celebración de dicho acto llegado el tiempo de su ejecución. Conclusión que se deduce del hecho de que las obligaciones impuestas por un acto jurídico así modificado, no encuentran sustento alguno en la manifestación de la voluntad que le diera origen, ya que éstas no son concordantes con tal voluntad; es decir, dichas obligaciones son consecuencia directa de las referidas alteraciones. Por lo tanto concluyo que esas obligaciones son impuestas por un hecho jurídico y no por la voluntad de las partes, quienes ni siquiera pudieron imaginar dichas obligaciones ya que una de las características del referido acontecimiento que las produjo es su imprevisibilidad.

De modo que considero que aceptar la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión equivale a reconocer la primacía de la voluntad de las partes como factor determinante de la fuerza obligatoria de los actos jurídicos. Además, siendo el propósito esencial de la Teoría en estudio el procurar la equidad de las prestaciones, buscando la reciprocidad de cargas y beneficios en los contratos que bajo esta óptica fueron celebrados por las partes y no el incumplimiento de los mismos; la Teoría de la Imprevisión es el único remedio del que dispone el Derecho para restablecer la ecuación prestacional de los Contratos de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria; cuando estos han resentido la alteración de las circunstancias y condiciones en que fueron pactados, por presentarse un acontecimiento imprevisible que ha tornado descomunadamente onerosas las prestaciones que una de las partes aún resta por cubrir. Ya que si no han tenido en cuenta las partes una violenta alteración de las prestaciones porque ha escapado a su normal previsión la eventualidad de un acontecimiento sobreviniente, extraordinario e imprevisible que distorsione la ecuación prestacional, es evidente que lo que en realidad han querido pactar, no es lo que deben cumplimentar con esa extrema onerosidad. Pues ello no estaba dentro de lo previsto, de manera que en aras de la fidelidad del contrato, en los términos literalmente pactados, no puede pretenderse sacrificar la voluntad real de las partes y aludir que con esto se está defendiendo el principio de autonomía de la voluntad.

Por lo que hace a la posibilidad de invocar la aplicación de la Teoría de la Imprevisión en nuestro Derecho; habida cuenta que del análisis realizado al orden jurídico Mexicano se desprende que el mismo contempla los Principios Generales de Derecho que sustenta la legal aplicación de la Teoría de la Imprevisión y ya que la Teoría en estudio no pretende de modo alguno alterar el orden jurídico existente; contraponiéndose a principios tales como la conservación de los contratos, la autonomía de la voluntad o el *Pacta Sunt Servanda*. Afirmo que Teoría de la Imprevisión es armónica al orden jurídico nacional, a la par de no ser antagónica a ninguno de los referidos principios sino más bien complementaria y acorde a los mismos; por lo que concluyo que bajo el contexto actual que el orden legal mexicano regula es jurídicamente factible la aplicación de la multicitada doctrina de la imprevisión en el Derecho Positivo Mexicano, tanto en materia Civil, como en el ámbito del Derecho Mercantil.

En tal virtud se niegan rotundamente las afirmaciones que sostienen que la Teoría de la Imprevisión es un mero capricho o un simple concepto teórico; toda vez que poseo la firme convicción de que la Teoría de la Imprevisión es el producto necesario que se gesta ante el cambio que marca la evolución de todas las cosas y al cual no puede permanecer ajeno el desarrollo de la vida social ni el Derecho inherente a la misma; Por lo que concluyo que: La hipótesis planteada por la presente Tesis ha quedado confirmada.

Y toda vez que las soluciones propuestas por el Derecho Mexicano vigente y la interpretación jurisdiccional que del mismo se ha realizado no resuelven satisfactoriamente la conflictiva producida por la excesivamente onerosidad sobreviniente y el consecuente quebranto de la ecuación prestacional que afecta a los Contratos de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancarios; deberá considerarse la aplicación de la Teoría de la Imprevisión como una real solución a dicho problema. Aplicación de la Teoría en estudio que si bien es posible realizar en este momento con base en los fundamentos contenidos en los ordenamientos legales vigentes que conforman el Derecho Positivo Mexicano, resulta más conveniente regular de manera expresa; como se constató ante el análisis de los ordenamientos locales, internacionales y administrativos que formando parte del Derecho Mexicano vigente contemplan expresamente su aplicación.

Por lo cual y toda vez que este es un estudio propositivo, no estaría completo con la simple labor expositiva matizada con apreciaciones criterios y conclusiones personales hasta aquí realizada; razón por la cual buscando confirmar la hipótesis y conclusiones planteadas por esta Tesis, las cuales apuntan a sostener la posibilidad de aplicar los remedios propuestos por la Teoría en estudio con relación a los Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria; con el profundo deseo de reportar alguna utilidad a México me aventuro, sin mayores pretensiones que las que podría albergar cualquier Tesis para obtener el nivel de Licenciatura, a desarrollar una propuesta para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión en el Derecho Mexicano.

De este modo y no redundando más en las causas, razones y argumentos por los cuales se considera posible e indispensable la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, ya que los mismos han sido recurrentemente expuestos a lo largo de esta tesis se procederá a enunciar un bosquejo de propuesta de aplicación de la misma.

PROPUESTA DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL DERECHO MEXICANO.

Por todos los fundamentos lógico-jurídicos que se considera haber encontrado en el análisis realizado a diversos ordenamientos legales de nuestro país, análisis que en obvio de repeticiones deberá tenerse aquí por reproducidos. Considero que acorde a lo dispuesto por el artículo 81 del Código de Comercio el cual dispone que: con relación a las acciones y excepciones que produzcan la nulidad y rescisión de los contratos se aplicará supletoriamente a esta materia el Código Civil Federal. Deberá ser en este último ordenamiento donde se incluya de manera expresa el reconocimiento y pautas para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, señalándose expresa tal situación en el numeral en cita.

Es decir, se propone que el referido Artículo deberá disponer:

Artículo 81.- Con las modificaciones y restricciones de este Código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes; las causas, acciones y excepciones en materia de nulidad e imprevisión de los contratos; así como aquellas causas, acciones y excepciones tendientes a rescindirlos o resolverlos.

Por su parte la inclusión de la Teoría en estudio dada la competencia federal que posee la materia mercantil habrá de efectuarse en el Código Civil Federal, concretamente en el Libro Cuarto De las Obligaciones, Primera Parte De las Obligaciones en General, Título propio (Quinto-Bis) que se podría denominar "De la imprevisión", toda vez que acorde a los fines perseguidos por la Teoría de la Imprevisión su aplicación resultara necesaria a todas aquellas obligaciones que reúnan los elementos y condiciones de procedibilidad que en dicho ordenamiento se señalen; observando para ello las restricciones propias que para cada uno de los mismos a continuación se indican.

2223-A. – Si después de haberse contraído una obligación y antes de su total cumplimiento, las prestaciones aún debidas se llegaran a tornar excesivamente onerosas, extremadamente difíciles de cumplir o bien resultaran ser no remuneradoras de la contraprestación correspondiente; y siempre que ello fuese consecuencia directa de la alteración de las condiciones y circunstancias en que dicha obligación fue contraída, y siendo tal alteración el resultado de un acontecimiento general y extraordinario que no pudo ser razonablemente previsto, por cualquier persona diligente, en el momento de que está se contrajo. La parte que en tal supuesto legal se encuentre podrá demandar:

I. Cuando se trate de un acontecimiento imprevisible cuyas consecuencias sean temporales, el otorgamiento de un plazo o término razonable en virtud del cual se aplaze el cumplimiento de las obligaciones debidas y en todos los casos con el propósito de que la alteración desaparezca para así poder cumplir con las prestaciones debidas en los términos en que éstas fueron contraídas.

II. Tratándose de alteraciones permanentes o cuya extensión temporal sea demasiado prolongada podrá solicitarse la revisión del acto jurídico de donde emanen tales obligaciones. Revisión que tendrá por objeto la modificación equitativa de las modalidades y condiciones de ejecución de las mismas y sólo que con el reajuste de éstas no se pudiese dar fin a la excesiva onerosidad serán revisadas y en su caso modificadas las prestaciones aún no satisfechas. De igual modo dichas revisiones buscará siempre restablecer el equilibrio entre las prestaciones, distribuyendo equitativamente entre las partes las cargas o beneficios que las modificaciones producto del acontecimiento imprevisible ocasionaron, hasta lograr el restablecimiento de la ecuación prestacional.

III. Exclusivamente cuando resultara imposible dar fin a la excesiva onerosidad y restablecer la ecuación prestacional una vez intentada y fracasada la revisión y reajuste de las prestaciones pendientes de ejecutar en los términos de la fracción precedente, el Juez motivando debidamente su resolución y bajo su más estricta responsabilidad podrá declarar la resolución de la obligación.

2223-B.- Para los efectos de la imprevisión se entiende por excesiva onerosidad la imposición de una carga que resulte desproporcionada en comparación al beneficio obtenido, es decir, toda aquella prestación que no resulte equitativa a la contraprestación recibida y que, por tanto, atente contra el mantenimiento de la equivalencia de las mismas. De igual forma, se considera extrema dificultad

el cumplimiento de toda prestación que implique un riesgo para la salud, la vida o ruina económica de quien deba satisfacerla.

2223-C.- Para que un acontecimiento extraordinario e imprevisible sea contemplado como uno de los supuestos de procedibilidad señalados por el artículo 2223-A, el mismo deberá ser inevitable y de conformación externa. Además, no debe mediar conducta alguna de las partes, ya sea esta mediata o inmediata, culposa o dolosa, en la formación y desarrollo del mismo.¹³⁴

2223-D.- Ninguna de las alternativas planteadas en el artículo 2223-A incluirá las prestaciones ya cumplidas.

2223-E.- La parte a quien se demande el otorgamiento del término o plazo referido en la fracción I. del artículo 2223-A, podrá solicitar que el demandante otorgue una garantía para tal efecto, misma que será fijada por el Juez tomando en consideración los montos previstos originalmente para el cumplimiento de tales prestaciones.

2223-F.- Quien demande la revisión del acto jurídico deberá ofrecer una propuesta preliminar de modificación. Propuesta que tendrá por objeto la modificación equitativa de las condiciones y modalidades de ejecución y de ser necesario de las prestaciones pendientes. Debiendo en todo caso seguirse este estricto orden, de conformidad con lo dispuesto por la fracción II. del artículo 2223-A.¹³⁵

2223-G.- La parte a quien se demande la revisión del acto jurídico también deberá formular una propuesta preliminar de modificación, misma que se ha de ajustar a los términos señalados en el artículo que antecede.¹³⁶

2223-H.- Siempre que se actualice la hipótesis legal planteada por la fracción III del artículo 2223-A cualquiera de las partes estará facultado para oponerse a la resolución de la obligación; ofreciendo la reducción o incremento de las prestaciones que le son debidas y resulten suficientes para recobrar el equilibrio de las prestaciones pendientes de ejecutar.¹³⁷

2223-I.- Cuando la excesiva onerosidad producto de los referidos acontecimientos extraordinarios a que se alude en el artículo 2223-A afecte obligaciones que emanen de un acto jurídico unilateral la parte que hubiese asumido la carga de las prestaciones pendientes de ejecutar, podrá optar por cualquiera de las soluciones propuestas en ese mismo numeral. Mas en estos

134 En cuanto a la Mora, manejada por diversos ordenamientos como un motivo para que no proceda la aplicación de la Teoría de la Imprevisión; se considera que corresponde al juzgador analizar en cada caso en concreto, que la misma no sea consecuencia precisamente de la excesiva onerosidad y el quebranto de la ecuación prestacional que se pretende demandar.

135 Es decir, se propondrá siempre en un primer término la modificación exclusivamente de las condiciones y modalidades de ejecución de las prestaciones debidas y sólo en caso de que con dichas modificaciones no fuesen suficientes para restablecer el equilibrio prestacional, el juez podrá autorizar la modificación de las propias prestaciones.

136 Toda vez que el juzgador con base en dichas propuestas, el estudio de los hechos y valoración de los medios de prueba aportadas; guiado por su prudente criterio, y siempre ajustándose a los Principios Generales de Derecho de Equidad y Buena Fe; podrá procurar respetar el principio de la Autonomía de la Voluntad, al dictar la resolución correspondiente en virtud de la cual se deberá restablecer la ecuación prestacional.

137 Con el propósito de respetar hasta donde sea posible el principio de Autonomía de la Voluntad, con dicha propuesta deberá darse vista a la parte contraria para que manifieste su voluntad.

casos, atendiendo a la unilateralidad de las prestaciones debidas, dichas alternativas no tendrán que seguirse bajo una prelación determinada y de manera excepcional incluirán la posibilidad de demandar la resolución del acto.

2223-J.- Las disposiciones de este Título serán aplicables a los contratos aleatorios exclusivamente cuando la excesiva onerosidad sobreviniente sea consecuencia directa de las alteraciones producidas, por un acontecimiento razonablemente imprevisible al momento de la celebración de los mismos y siempre que ésta no se encuentre comprendida dentro de los parámetros de la incertidumbre ordinaria del correspondiente contrato.

2223-K.- Las disposiciones de este Título son de orden pública y por lo tanto cualquier cláusula o convenio en contrario se tendrá por no celebrado. Sin embargo, su aplicación tiene un carácter excepcional por lo que en todo caso para su procedencia deberán satisfacerse los términos y condiciones que en el mismo se señalan.

Por último en cuanto al procedimiento de aplicación o regulación adjetiva de la Teoría de la Imprevisión se considera que debiese promoverse a través de la vía sumaria, por tratarse de una situación extraordinaria y con el fin de no agrava los trastornos ocasionados por el acontecimiento imprevisible en detrimento de ninguna de las partes. Máxime que la situación de apremio del deudor, dadas sus condiciones objetivamente precarias en el plano económico, las cuales inclusive le impiden el cabal cumplimiento de la obligación contraídas; requieren de una pronta y eficaz solución. Aunado todo ello al hecho de que las partes cuentan con los elementos probatorios que han de aportar en este procedimiento aun antes de promoverlo.

Así ha queda bosquejada una propuesta para la aplicar de la Teoría de la Imprevisión en el Derecho Positivo Mexicano. Propuesta que al incluir expresamente la Teoría en estudio en el ámbito del Derecho Civil, concretamente en el Código Civil Federal, ordenamiento legal de aplicación supletoria en materia mercantil, extiende la posibilidad de aplicar los remedios propuestos por esta doctrina en ambas materias. A la par que posibilita su aplicación en todo el territorio nacional.

De tal suerte que al referir de manera expresa la posibilidad de aplicar los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión en el Código de Comercio se obtiene la certeza de que los mismos podrán ser legalmente aplicados a los actos mercantiles y de manera concreta al Contrato de Apertura en Cuenta Corriente Bancaria; e igualmente se extiende la competencia de aplicación de la Teoría de la Imprevisión, en material civil y mercantil, así como en el ámbito territorial a toda la República.

Consciente de las múltiples fallas e imperfecciones jurídicas que puede contener la presente propuesta, se deja en manos de experimentados juristas el perfeccionamiento de la misma. Pretendiendo sólo hacer patente esta inquietud por dar solución a un problema que creo no ha sido adecuadamente resuelto por la legislación civil y mercantil mexicana, ni por nuestros venerables Magistrados y Ministros; aquel que entraña la alteración de las circunstancias y condiciones en que fueron celebrados innumerables Contratos de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria y que actualmente se han convertido en una carga demasiado pesada para los deudores de dichas instituciones crediticias, por lo desorbitante y excesivo de los intereses que de

los mismos se pretende cobrar. Intereses que se han incrementado descomunadamente como consecuencia de la extraordinaria crisis económica nacional, manifestada en una devaluación imprevisible, por lo descomunal de la misma.

No resta más que invitar a todo aquel que cree en la Justicia, y particularmente a quienes poseen la experiencia, el conocimiento y los medios necesarios, a reflexionar sobre el problema que acarrea la excesiva onerosidad sobreviniente al provocar el quebranto de la ecuación prestacional y fijar prestaciones ajenas a la voluntad de quienes contrajeron una obligación; al variar de un modo imprevisible y extraordinario las condiciones de ejecución de las prestaciones derivadas de la misma. Ello con la esperanza de que se brinde una alternativa que conjugue legalidad y justicia en la solución de este problema; dando así respuesta a las incógnitas planteadas por las soluciones conferida por los criterios jurisprudenciales analizados, en torno a los procesos judiciales, relativos a los Contratos de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente Bancaria.

Más en todo caso, no ha de ignorarse la observación realizada por el jurista Colombiano Gabriel Correa Arango, en cuanto al hecho de que la aplicación de los remedios propuestos por la Teoría de la Imprevisión: exige del jurista un alto grado de sensibilidad social en la valoración comparativa de los intereses creados por el derecho, haciendo prevalecer la noción moral de la equivalencia de las prestaciones, sobre la noción económica de la seguridad y estabilidad de las transacciones comerciales.

"Aun que los hombres elaboran el derecho positivo por el deseo de obtener alguna certeza y seguridad en determinadas relaciones sociales, lo que les importa no es cualquier certeza y seguridad, sino precisamente la certeza y seguridad en la que entienden como pauta la Justicia."

Dr. Luis Recaséns Siches.

APPENDICE**AL CODICE CIVILE ITALIANO**

R.D. 16 marzo 1942, n. 262 - Approvazione del testo del Codice Civile (Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942)

LIBRO QUARTO**DELLE OBBLIGAZIONI****TITOLO I****DELLE OBBLIGAZIONI IN GENERALE****CAPO XIV****Della risoluzione del contratto****SEZIONE I****Della risoluzione per inadempimento**

Art. 1453 Risolubilità del contratto per inadempimento

Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto (1878, 1976, 2652), salvo, in ogni caso, al risarcimento del danno (1223 e seguenti).

La risoluzione può essere domandata anche quando al giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione.

Dalla data della domanda (Cod. Proc. Civ. 163) di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione.

Art. 1454 Diffida ad adempiere

Alla parte inadempiente l'altra può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, al contratto s'intenderà senz'altro risolto (1662, 1901).

Al termine non può essere inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore.

Decorso al termine senza che al contratto sia stato adempiuto, questo è risolto di diritto.

Art. 1455 Importanza dell'inadempimento

Al contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra (1522 e seguenti, 1564 e seguente, 1668, 1901).

Art. 1456 Clausola risolutiva espressa

I contraenti possono convenire espressamente che al contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite.

In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto (1517) quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva.

Art. 1457 Termine essenziale per una delle parti

Se al termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale all'interesse dell'altra, questa, salvo patto o uso contrario, se vuole esigerne l'esecuzione nonostante la scadenza del termine, deve darne notizia all'altra parte entro tre giorni (2964).

In mancanza, al contratto s'intende risolto di diritto anche se non è stata espressamente pattuita la risoluzione.

Art. 1458 Effetti della risoluzione

La risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo al caso di contratti i esecuzione continuata o periodica, riguardo quali l'effetto della risoluzione non si estende le prestazioni già eseguite (1360).

La risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione (2652; art. 165).

Art. 1459 Risoluzione nel contratto plurilaterale

Nei contratti indicati dall'art. 1420 l'inadempimento di una delle parti non importa la risoluzione del contratto rispetto alle altre, salvo che la prestazione mancata debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale.

Art. 1460 Eccezione d'inadempimento

Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto (1565).

Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, al rifiuto è contrario alla buona fede (1375).

Art. 1461 Mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti

Ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo al conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia (1822, 1877, 1956, 1959; att. 169).

Art. 1462 Clausola limitativa della proponibilità di eccezioni

La clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullità (1418 e seguenti), di annullabilità (1425 e seguenti) e di rescissione (1447 e seguenti) del contratto.

Nei casi in cui la clausola è efficace, al giudice, se riconosce che concorrono gravi motivi, può tuttavia sospendere la condanna, imponendo, se nel caso, una cauzione (att. 167; Cod. Proc. Civ. l. 19).

SEZIONE II

Dell'impossibilità sopravvenuta

Art. 1463 Impossibilità totale

Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta (1256) non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito (2033 e seguenti).

Art. 1464 Impossibilità parziale

Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile (1258), l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale (1181).

Art. 1465 Contratto con effetti traslativi o costitutivi

Nei contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata ovvero costituiscono o trasferiscono diritti reali (1376), al perimento della cosa per una causa imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorché la cosa non gli sia stata consegnata.

La stessa disposizione si applica nel caso in cui l'effetto traslativo o costitutivo sia differito fino allo scadere di un termine.

Qualora oggetto del trasferimento sia una cosa determinata solo nel genere, l'acquirente non è liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione, se l'alienante ha fatto la consegna o se la cosa è stata individuata (1378).

L'acquirente è in ogni caso liberato dalla sua obbligazione, se al trasferimento era sottoposto a condizione sospensiva e l'impossibilità è sopravvenuta prima che si verifichi la condizione (1360).

Art. 1466 Impossibilità nel contratto plurilaterale

Nei contratti indicati dall'art. 1420 impossibilità della prestazione (1256) di una delle parti non importa scioglimento del contratto rispetto alle altre, salvo che la prestazione mancata debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale.

SEZIONE III

Dell'eccessiva onerosità

Art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per al verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168).

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923).

Art. 1468 Contratto con obbligazioni di una sola parte

Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.

Art. 1469 Contratto aleatorio

Le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti aleatori per loro natura (1879) o per volontà delle parti (1448, 1472).

CODE CIVIL FRANÇAIS

par Jérôme Rabenou

Avertissement ! Ce code civil est donné sans garantie et vous êtes incité à en vérifier le contenu auprès d'une source officielle.

[LES DISPOSITIONS SIGNALÉES COMME ÉTANT MODIFIÉES PAR LA LOI N° 98-170 DU 17 MARS 1998. PUBLIÉE AU JOURNAL OFFICIEL DU 17 MARS 1998 PAGE 3935. NE RENTRERONT EN VIGUEUR, CONFORMEMENT À L'ARTICLE 36 DE CETTE MÊME LOI, QUE LE PREMIER JOUR DU SIXIÈME MOIS SUIVANT SA PUBLICATION AU JOURNAL OFFICIEL]
LIVRE DEUXIÈME:

Des biens et des différentes modifications de la propriété (516 à 710)

Titre 01 - De la distinction des biens (516 à 543)

Titre 02 - De la propriété (544 à 577)

CHAPITRE II. - DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI S'UNIT ET S'INCORPORE À LA CHOSE

SECTION II. - Du droit d'accession relativement aux choses mobilières

Article 565:

Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle.

Les règles suivantes serviront d'exemple au juge pour se déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières.

LIVRE TROISIÈME: DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ

Chapitre III. - De l'effet des obligations

Section I. - Dispositions générales

Article 1134:

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

Article 1135:

Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

Section IV. - Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation

Article 1150:

Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.

Section I. - Du paiement

Paragraphe 1. - Du paiement en général

Article 1244:

Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible.

Article 1244-1:

Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues.

Par décision spéciale et motivée, le juge peut prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

En outre, il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux dettes d'aliments.

Article 1244-2:

La décision du juge, prise en application de l'article 1244-1, suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités encourues à raison du retard cessent d'être dues pendant le délai fixé par le juge.

Article 1244-3:

Toute stipulation contraire aux dispositions des articles 1244-1 et 1244-2 est réputée non écrite.

<http://www.rabenou.org/civil.html>

CÓDIGO CIVIL PORTUGUES.

LIVRO II - DIREITO DAS OBRIGAÇÕES TÍTULO I - DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL CAPÍTULO II - Fontes das obrigações SECÇÃO I - Contratos

SUBSECÇÃO V - Excepção de não cumprimento do contrato

- Artigo _428° - Noção
- Artigo _429° - Insolvência ou diminuição de garantias
- Artigo _430° - Prescrição
- Artigo _431° - Eficácia em relação a terceiros

Art. 428° Noção

1. Se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo.

2. A excepção não pode ser afastada mediante a prestação de garantias.

Art. 429° Insolvência ou diminuição de garantias

Ainda que esteja obrigado a cumprir em primeiro lugar, tem o contraente a faculdade de recusar a respectiva prestação enquanto o outro não cumprir ou não der garantias de cumprimento, se, posteriormente ao contrato, se verificar alguma das circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo.

Art. 430° Prescrição

Prescrito um dos direitos, o respectivo titular continua a gozar da excepção de não cumprimento, excepto quando se trate de prescrição presuntiva.

Art. 431° Eficácia em relação a terceiros

A excepção de não cumprimento é oponível aos que no contrato vierem a substituir qualquer dos contraentes nos seus direitos e obrigações.

SUBSECÇÃO VI - Resolução do contrato

- Artigo _432° - Casos em que é admitida
- Artigo _433° - Efeitos entre as partes
- Artigo _434° - Retroactividade
- Artigo _435° - Efeitos em relação a terceiros
- Artigo _436° - Como e quando se efectiva a resolução

Art. 432° Casos em que é admitida

1. É admitida a resolução do contrato fundada na lei ou em convenção.

2. A parte, porém, que, por circunstâncias não imputáveis ao outro contraente, não estiver em condições de restituir o que houver recebido não tem o direito de resolver o contrato.

Art. 433° Efeitos entre as partes

Na falta de disposição especial, a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico, com ressalva do disposto nos artigos seguintes.

Art. 434° Retroactividade

1. A resolução tem efeito retroactivo, salvo se a retroactividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução.

2. Nos contratos de execução continuada ou periódica, a resolução não abrange as prestações já efectuadas, excepto se entre estas e a causa de resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas.

Art. 435° Efeitos em relação a terceiros

1. A resolução, ainda que expressamente convencionada, não prejudica os direitos adquiridos por terceiro.

2. Porém, o registo da acção de resolução que respeite a bens imóveis, ou a móveis sujeitos a registo, torna o direito de resolução oponível a terceiro que não tenha registado o seu direito antes do registo da acção.

Art. 436° Como e quando se efectiva a resolução

1. A resolução do contrato pode fazer-se mediante declaração à outra parte.

2. Não havendo prazo convencionado para a resolução do contrato, pode a outra parte fixar ao titular do direito de resolução um prazo razoável para que o exerça, sob pena de caducidade.

SUBSECÇÃO VII - Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias

Artigo _437º - Condições de admissibilidade

Artigo _438º - Mora da parte lesada

Artigo _439º - Regime

Art. 437º Condições de admissibilidade

1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.

Art. 438º Mora da parte lesada

A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou.

Art. 439º Regime

Resolvido o contrato, são aplicáveis à resolução as disposições da subsecção anterior.

José Moutinho : moutinho@cr4.cea.ucp.pt

Pedro Furtado Martins : pfm@cr4.cea.ucp.pt

Carlos Rondão : carlos@cr3.cea.ucp.pt

Henrique Sousa Antunes

<http://cr3.cea.ucp.pt/leiciv/civil/civilind.htm>

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA Argentina..

Libro Segundo

De los Derechos Personales en las relaciones civiles

Sección Tercera

De las obligaciones que nacen de los contratos

Título I

De los contratos en general

Cap. IV - De las formas de los contratos

Art.1180.- La forma de los contratos entre presentes será juzgada por las leyes y usos del lugar en que se han concluido.

Art.1181.- La forma de los contratos entre ausentes, si fueren hechos por instrumento particular firmado por una de las partes, será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento. Si fuesen hechos por instrumentos particulares firmados en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato.

Art.1182.- Lo dispuesto en cuanto a las formas de los actos jurídicos debe observarse en los contratos.

Art.1183.- Cuando la forma instrumental fuere exclusivamente decretada en una determinada especie de instrumento, el contrato no valdrá si se hiciese en otra forma.

Art.1184.- Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública:

- 1 - Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro;
- 2 - Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento, privado presentado al juez de la sucesión;
- 3 - Los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones;
- 4 - Las convenciones matrimoniales y la constitución de dote;
- 5 - Toda constitución de renta vitalicia;
- 6 - La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios;
- 7 - Los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes, y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública;
- 8 - Las transacciones sobre bienes inmuebles;
- 9 - La cesión de acciones o derechos procedentes de actos consignados en escritura pública;
- 10 - Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública;
- 11 - Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los pagos parciales, de intereses, canon o alquileres.

Art.1185.- Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública.

Art.1185 bis.- Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio.

Art.1186.- El artículo anterior no tendrá efecto cuando las partes hubiesen declarado en el instrumento particular que el contrato no valdría sin la escritura pública.

Art.1187.- La obligación de que habla el artículo 1185 será juzgada como una obligación de hacer, y la parte que resistiere hacerlo, podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses.

Art.1188.- Los contratos que debiendo ser hechos por instrumento público o particular, fuesen hechos verbalmente, también quedarán concluidos para el efecto designado en el artículo anterior.

Art.1189.- Si en el instrumento público se hubiese estipulado una cláusula penal, o el contrato fuese hecho dándose arras, la indemnización de las pérdidas e intereses consistirá en el pago de la pena, y en el segundo en la pérdida de la señal, o su restitución con otro tanto.

Cap. V - De la prueba de los contratos

Art.1190.- Los contratos se prueban por el modo que dispongan los Códigos de Procedimientos de las Provincias Federadas:

Por instrumentos públicos.

Por instrumentos particulares firmados o no firmados.

Por confesión de partes, judicial o extrajudicial.

Por juramento judicial.

Por presunciones legales o judiciales.

Por testigos.

Art.1191.- Los contratos que tengan una forma determinada por las leyes, no se juzgarán probados, si no estuvieren en la forma prescrita, a no ser que hubiese habido imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley, o que hubiese habido un principio de prueba por escrito en los contratos que pueden hacerse por instrumentos privados, o que la cuestión versare sobre los vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulación, o falsedad de los instrumentos de donde constare, o cuando una de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato. En estos casos son admisibles los medios de prueba designados.

Art.1192.- Se juzgará que hay imposibilidad de obtener o de presentar prueba escrita del contrato, en los casos de depósito necesario o cuando la obligación hubiese sido contraída por incidentes imprevistos en que hubiese sido imposible formarla por escrito.

Se considerará principio de prueba por escrito, Cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto, o que tendria interés si viviera y que haga verosímil el hecho litigioso.

Art.1193.- Los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos.

Art.1194.- El instrumento privado que alterase lo que se hubiere convenido en un instrumento público, no producirá efecto contra tercero.

Cap. VI - Del efecto de los contratos

Art.1195.- Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros.

Art.1196.- Sin embargo los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona.

Art.1197.- Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

Art.1198.- 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 tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e 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 estuviere en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

Art.1199.- Los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos, sino en los casos de los arts. 1161 y 1162.

Art.1200.- Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza.

Art.1201.- En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo.

Art.1202.- Si se hubiere dado una señal para asegurar el contrato o su cumplimiento, quien la dio puede arrepentirse del contrato, o puede dejar de cumplirlo perdiendo la señal. Puede también arrepentirse el que la recibió; y en tal caso debe devolver la señal con otro tanto de su valor. Si el contrato se cumpliere, la señal debe devolverse en el estado en que se encuentre. Si ella fuere de la misma especie que lo que por el contrato debia darse, la señal se tendrá como parte de la prestación; pero no si ella fuere de diferente especie, o si la obligación fuese de hacer o de no hacer.

Art.1203.- Si en el contrato se hubiere hecho un pacto comisorio, por el cual cada una de las partes se reservase la facultad de no cumplir el contrato por su parte, si la otra no lo cumpliere, el contrato sólo podrá resolverse por la parte no culpada y no por la otra que dejó de cumplirlo. Este pacto es prohibido en el contrato de prenda. (Ver art. 8, Ley 14.005)

Art.1204.- En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. Mas en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes.

No ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios.

Las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en este supuesto la resolución se producirá de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente, su voluntad de resolver.

La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución.

Art.1205.- Los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados.

Art.1206.- Exceptuáanse del artículo anterior aquellos contratos que fuesen inmorales, y cuyo reconocimiento en la República resultase injurioso a los derechos, intereses o conveniencias del Estado o de sus habitantes.

Art.1207.- Los contratos hechos en país extranjero para violar las leyes de la República, son de ningún valor en el territorio del Estado, aunque no fuesen prohibidos en el lugar en que se hubiesen celebrado.

Art.1208.- Los contratos hechos en la República para violar los derechos y las leyes de una nación extranjera, no tendrán efecto alguno.

Art.1209.- Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros.

Art.1210.- Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, en cuanto a su validez, su naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros.

Art.1211.- Los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente.

Art.1212.- El lugar del cumplimiento de los contratos que en ellos no estuviere designado, o no lo indicare la naturaleza de la obligación, es aquel en que el contrato fue hecho, si fuere el domicilio del deudor, aunque después mudare de domicilio o falleciere.

Art.1213.- Si el contrato fue hecho fuera del domicilio del deudor, en un lugar que por las circunstancias no debía ser el de su cumplimiento, el domicilio actual del deudor, aunque no sea el mismo que tenía en la época en que el contrato fue hecho, será el lugar en que debe cumplirse.

Art.1214.- Si el contrato fuere hecho entre ausentes por instrumento privado, firmado en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, sus efectos, no habiendo lugar designado para su cumplimiento, serán juzgados respecto a cada una de las partes, por las leyes de su domicilio.

Art.1215.- En todos los contratos que deben tener su cumplimiento en la República, aunque el deudor no fuere domiciliado, o residiere en ella, puede, sin embargo, ser demandado ante los jueces del Estado.

Art.1216.- Si el deudor tuviere su domicilio o residencia en la República, y el contrato debiese cumplirse fuera de ella, el acreedor podrá demandarlo ante los jueces de su domicilio, o ante los del lugar del cumplimiento del contrato, aunque el deudor no se hallase allí.

<http://www.codigos.com.ar/indice.htm>

CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUANAJUATO

TERMINACION DE LOS CONTRATOS

ARTICULO 1348. LOS CONTRATOS PUEDEN TERMINAR:

- I. POR LAS CAUSAS DE TERMINACION PROPIAMENTE TALES;**
- II. POR RESCISION;**
- III. POR RESOLUCION.**

ARTICULO 1349. EL CONTRATO TERMINA POR:

- I. EL VENCIMIENTO DEL TERMINO QUE SE HUBIERE CONVENIDO POR LAS PARTES PARA ESE FIN;**
- II. LA REALIZACION DEL OBJETO QUE FUE MATERIA DEL CONTRATO;**
- III. EL MUTUO CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES;**
- IV. EL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR QUE HAGAN IMPOSIBLE EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.**

ARTICULO 1350. EL CONTRATO SE RESCINDE EN LOS CASOS QUE DE ACUERDO CON ESTE CODIGO SEA PROCEDENTE LA RESCISION.

ARTICULO 1351. LOS CONTRATOS DE EJECUCION CONTINUADA, PERIODICA O DIFERIDA SE RESUELVEN POR:

- I. EL AVISO QUE UNA DE LAS PARTES DE A LA OTRA, CUANDO ASI SE HUBIERE ESTIPULADO EN EL CONTRATO, CON LA ANTICIPACION Y EN LA FORMA QUE SE HUBIEREN CONVENIDO;**
 - II. LA REALIZACION DEL HECHO O ACTO QUE SE HUBIERE ESTIPULADO EN EL CONTRATO O SE ESTABLEZCA EN LA LEY COMO CAUSA DE TERMINACION DEL MISMO;**
 - III. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LA PRESTACION DE UNA DE LAS PARTES HUBIERA LLEGADO A SER EXCESIVAMENTE ONEROSA POR ACONTECIMIENTOS EXTRAORDINARIOS E IMPREVISIBLES, AJENOS A SU VOLUNTAD Y QUE NO SEAN CONSECUENCIA DE LA EJECUCION NORMAL DEL CONTRATO.**
- EL CONTRATANTE AFECTADO PODRA SOLICITAR LA MODIFICACION O RESOLUCION DEL CONTRATO.**

ARTICULO 1352. EN LOS CASOS DE LOS ARTICULOS 1349, FRACCION IV, 1350 Y 1351, FRACCIONES II Y III, PARA QUE OPERE LA TERMINACION DEL CONTRATO SERA NECESARIA LA RESOLUCION JUDICIAL.

ARTICULO 1353. LA ACCION DE RESCISION O RESOLUCION DE UN CONTRATO PRESCRIBE AL AÑO DE HABERSE EFECTUADO EL ACTO O HECHO QUE LE DIO NACIMIENTO.

ARTICULO 1354. EN EL CASO A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 1350 LOS EFECTOS DE LA RESCISION SERAN RETROACTIVOS ENTRE LAS PARTES, SALVO EL CASO DE CONTRATOS DE EJECUCION CONTINUADA O PERIODICA, RESPECTO DE LOS CUALES EL EFECTO DE LA RESCISION NO SE EXTIENDE A LAS PRESTACIONES YA EFECTUADAS. SE APLICARA ESTO ULTIMO A LOS CASOS DE RESOLUCION DE LOS CONTRATOS PREVISTOS EN EL ARTICULO 1351.

<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/est/12/17/1359.htm>

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS

ARTICULO 1707. PRESUPUESTOS. Y PROCEDENCIA DE LA RESCISION EN LOS CONTRATOS. SOLO PUEDEN RESCINDIRSE LOS CONTRATOS QUE EN SI MISMOS SON VALIDOS. LA RESCISION PROCEDERA POR TANTO, CUANDO CELEBRADO EL CONTRATO CON TODOS LOS REQUISITOS LEGALES, ESTE DEBA QUEDAR SIN EFECTOS, POR ALGUNA DE LAS SIGUIENTES CAUSAS:

I. POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO;

II. PORQUE SE REALICE UNA CONDICION RESOLUTORIA;

III. PORQUE LA COSA PEREZCA O SE PIERDA POR CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR, SALVO QUE LA LEY DISPONGA OTRA COSA;

IV. PORQUE LA COSA PADEZCA VICIOS O DEFECTOS OCULTOS, SIN PERJUICIO DE QUE LA LEY CONFIERA OTRA PRETENSION ADEMAS DE LA RESCISORIA, AL PERJUDICADO;

V. CUANDO EL CONTRATO SEA A TITULO GRATUITO Y ORIGINE O AGRAVE LA INSOLVENCIA DE LOS CONTRATANTES QUE TRASMITAN BIENES O VALORES O RENUNCIEN DERECHOS, EN PERJUICIO DE SUS ACREEDORES; Y

VI. EN LOS DEMAS CASOS EXPRESAMENTE PREVISTOS POR LA LEY.

ARTICULO 1708. PRESCRIPCION DE LAS PRETENSIONES DE RESCISION CONTRACTUAL. LAS PRETENSIONES DE RESCISION PRESCRIBEN EN EL TERMINO DE DOS AÑOS, SALVO QUE LO CONTRARIO RESULTE DE DISPOSICION EXPRESA DE LA LEY, O DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO O CAUSA DE RESCISION

ARTICULO 1712. APLICACION DE REGLAS SOBRE INEXISTENCIA Y NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS A LOS CONTRATOS. LAS REGLAS SOBRE INEXISTENCIA Y NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS SON APLICABLES A LOS CONTRATOS, EN LO QUE NO SE OPUSIEREN A LAS DISPOSICIONES ESPECIALES PARA CADA CONTRATO.

ARTICULO 1713. CONTRATOS NO REGLAMENTADOS POR ESTE CODIGO. LOS CONTRATOS QUE NO ESTEN ESPECIALMENTE REGLAMENTADOS EN ESTE CODIGO, SE REGIRAN POR LAS ESTIPULACIONES DE LAS PARTES, LAS REGLAS GENERALES DE LOS CONTRATOS, Y, EN LO QUE FUEREN OMISAS, POR LAS DISPOSICIONES DEL CONTRATO CON EL QUE TENGAN MAS ANALOGIA, DE LOS REGLAMENTADOS EN ESTE ORDENAMIENTO

ARTICULO 1714. IMPOSIBILIDAD DE MODIFICAR ELEMENTOS O CARACTERISTICAS ESENCIALES DE UN CONTRATO. LOS ELEMENTOS O CARACTERISTICAS ESENCIALES DE UN CONTRATO, NO PUEDEN SER MODIFICADOS POR VOLUNTAD DE LAS PARTES.

ARTICULO 1715. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. SI EL OBLIGADO EN UN CONTRATO DEJARE DE CUMPLIR SU OBLIGACION, PODRA EL OTRO INTERESADO EXIGIR JUDICIALMENTE EL CUMPLIMIENTO DE LO CONVENIDO O LA RESCISION DEL CONTRATO, Y EN UNO Y EN OTRO CASO EL PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS

<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/est/18/31/1706.htm>

JURISPRUDENCIA MEXICANA

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

Las declaraciones del secretario de Hacienda y Crédito Público sobre la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de agosto de mil novecientos treinta y dos, que hacen las veces de exposición de motivos de tal ordenamiento, son categóricas en cuanto al propósito de establecer contratos de crédito consensuales, distintos del préstamo y de otras convenciones tradicionales, para abrir un amplio campo de operaciones que la falta de prescripciones legislativas habían hecho imposible en México. A esa clara intención responde la figura jurídica denominada apertura de crédito, regulada por los artículos del 291 al 301 de la ley indicada, de los cuales el legislador dispuso todo lo que estimó pertinente acerca de ese contrato: así, en el artículo 291 se define el contrato; en el 292 se regula la hipótesis en que se establezca un límite máximo del crédito; en el 293 regula el supuesto de que no se fije importe máximo de disposición; en el 294 se reglamenta la hipótesis de que las partes podrán convenir en restringir el plazo o el monto del crédito concedido; en el 295 se establece que el acreditado podrá disponer a la vista, salvo convenio en contrario, de la suma objeto del contrato; en el 296 aborda la mecánica de las disposiciones y abonos en cuenta corriente; el 297 está destinado a establecer las reglas de pago por parte del acreditado cuando el crédito estuviere en la aceptación de obligaciones a su nombre por parte del acreditante; el 298 tiene por objeto precisar que en la apertura se puede pactar el otorgamiento de garantías personales y reales y que se entenderá que es por el monto del crédito ejercido; el 299 impide al acreditante negociar, previamente a su vencimiento y sin consentimiento del acreditado, los documentos que éste hubiere dejado en garantía; el numeral 300 preceptúa las reglas a seguir para la disposición y el pago del crédito y, el 301 enlista las causas de extinción del crédito. La detallada configuración que se ha reseñado pone de manifiesto que el legislador no incurrió en olvido u omisión en cuanto a la potestad de las partes para pactar que los intereses vencidos y no pagados puedan, a su vez, generar nuevos intereses, o la capitalización de intereses en este tipo de contratos; por el contrario, la supresión realizada en la ley sobre esos puntos se debe interpretar en el sentido de que tales cuestiones se dejaron a la libre voluntad de las partes, con la única salvedad de que, cuando en tales convenciones funja como acreditante una institución de Banca múltiple, deberá cumplir con las regulaciones que sobre el particular expida (como ya lo ha hecho para determinados créditos) el Banco de México. Esto último deriva de que los artículos 60., párrafo primero y 48, párrafo primero, de la Ley de Instituciones de Crédito, someten a las instituciones de Banca múltiple, específicamente en cuanto a las tasas de interés y demás características de las operaciones activas que celebren, a las disposiciones de la Ley del Banco de México y, esta otra, en sus artículos 24 y 26 respectivamente, faculta al Banco de México para expedir disposiciones generales con el propósito, entre otros, de proteger los intereses del público, y establece que las características de las operaciones activas, pasivas y de servicios que realicen las instituciones de crédito se ajustarán a las disposiciones del Banco central. De todo lo expuesto se desprende que las normas legales especiales que regulan el contrato de apertura de crédito no adolecen de deficiencia alguna sobre el punto de que se trata, motivo por el cual el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, no resulta aplicable supletoriamente a dichas disposiciones.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros, 7 de octubre de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 48/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México. Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia. Epoca: Novena Epoca. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII. Octubre de 1998 Tesis: P./J. 48/98 Página: 372. Materia: Civil Jurisprudencia.

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, PERO SÍ PUEDE SERLO COMO NORMA CONTRACTUAL, POR VOLUNTAD DE LAS PARTES.

Lo dispuesto en los artículos del 291 al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito pone de manifiesto que el legislador, al establecer y regular el contrato de apertura de crédito, no incurrió en olvido u omisión en cuanto a la potestad de las partes para pactar que los intereses vencidos y no pagados puedan, a su vez, generar nuevos intereses, o la capitalización de intereses en este tipo de contratos; por el contrario, la supresión realizada en la ley sobre esos puntos se debe de interpretar en el sentido de que tales cuestiones se dejaron a la libre voluntad de las partes, con la única salvedad de que, cuando en tales convenciones funja como acreditante una institución de Banca múltiple, deberá cumplir con las regulaciones que sobre el particular expida (como ya lo ha hecho para determinados créditos) el Banco de México. Esto último deriva de que los artículos 60., párrafo primero, y 48, párrafo primero, de la Ley de Instituciones de Crédito, someten a las instituciones de Banca múltiple, específicamente en cuanto a las tasas de interés y demás características de las operaciones activas que celebren, a las disposiciones de Ley del Banco de México y, esta otra, en sus artículos 24 y 26, respectivamente, faculta al Banco de México para expedir disposiciones con el propósito, entre otros, de proteger los intereses del público, y establece que las características de las operaciones activas, pasivas y de servicios que realicen las instituciones de crédito se ajustarán a las disposiciones del Banco central. De todo lo expuesto se desprende que las normas legales especiales que regulan el contrato de apertura de crédito no adolecen de deficiencia alguna sobre el punto de que se trata, motivo por el cual, el artículo 363 del Código de Comercio no resulta aplicable supletoriamente a dichas disposiciones; sin embargo, cuando en el propio contrato de apertura de crédito las partes convienen la capitalización de intereses e invocan para ello el referido precepto legal, entonces sí adquiere aplicabilidad, pero esto sucede en observancia del principio de que la libre voluntad de las partes es ley para ellas y no porque fuera necesario acudir a esa disposición, ni a ninguna otra, como norma supletoria.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 49/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Novena Epoca Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Octubre de 1998 Tesis: P./J. 49/98 Página: 375

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES DEVENGADOS. NO OCULTA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES.

El contrato de apertura de crédito para la cobertura de intereses es un acto verdadero, permitido por la ley, cuya naturaleza y finalidad es diversa a la capitalización de intereses, por lo que aquél no es un medio de encubrir a ésta.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número XVII/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia. Epoca: Novena Epoca Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, octubre de 1998 Tesis: P. LXVII/98 Página: 382 Materia: Civil Tesis aislada.

APERTURA DE CRÉDITO PARA EL PAGO DE PASIVOS. EL CONTRATO RELATIVO PACTADO CON INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE PARA TAL FIN, NO ESTÁ REGIDO POR EL REGLAMENTO SOBRE INSTITUCIONES NACIONALES Y ORGANIZACIONES AUXILIARES NACIONALES DEL CRÉDITO, NI ES CONTRARIO A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

Cuando en la celebración de un contrato de apertura de crédito, las partes convienen a la vez un crédito adicional que permita al acreditado, de serle necesario, cubrir el importe de los intereses a su cargo, evidentemente se está en presencia de un crédito para el pago de pasivos, operación que se encontraba prohibida por el artículo 8o., inciso b), del Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito; sin embargo, tal disposición no resulta aplicable a la hipótesis examinada, en virtud de que, por una parte, en el propio artículo se restringió su aplicación exclusivamente a las instituciones que actualmente se conocen como Banca de desarrollo, y a las organizaciones nacionales auxiliares de crédito, por lo que tal precepto nunca fue aplicable a la Banca comercial, conocida actualmente como Banca múltiple. Asimismo, debe resaltarse que el artículo 46, fracción VI, de la Ley de Instituciones de Crédito, faculta a dichas instituciones para otorgar préstamos o créditos, y el artículo 106 de la propia ley que establece cuáles son las actividades prohibidas a tales instituciones, no contempla la prohibición de referencia.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 51/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia. Época: Novena Época Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, octubre de 1998 Tesis: P./J. 51/98
Página: 369 Materia: Civil Jurisprudencia.

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. SU APROVECHAMIENTO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DE FALSEDAD IDEOLÓGICA O SUBJETIVA.

En la tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Cuarta Parte, Tomo 163-168, página 117, la anterior Tercera Sala de esta Suprema Corte ha establecido, con base en el artículo 8o., fracción VI, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que existe falsedad ideológica o subjetiva cuando en un título de crédito las partes hacen constar en él, algo que en realidad no sucedió. Este criterio, sin embargo, no es aplicable a los contratos de apertura de crédito adicional que las personas celebran con un Banco para que éste ponga a su disposición el crédito necesario para cubrir los intereses causados derivados de otro contrato Bancario celebrado en el mismo instrumento o en uno distinto: la inaplicación deriva no sólo del hecho de que la apertura de crédito es una figura jurídica distinta de un título de crédito, sino también y fundamentalmente, de que en aquel contrato las partes hicieron constar lo que sucedió en la realidad y que, en su oportunidad, tuvo plena y válida ejecución, sin que sea obstáculo para esta conclusión el hecho de que no se haya entregado materialmente al acreditado el dinero para pagar los intereses, sino que solamente se hayan efectuado asientos contables por el acreditante, ya que aquél recibió, de igual manera, el beneficio de ver pagados los intereses a su cargo, además de que siendo el contrato de naturaleza consensual, no requiere para su perfeccionamiento de la entrega del dinero, y de que el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito permite esta clase de asientos y les da, en su caso, efectos liberatorios.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y otros y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 58/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Novena Época Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Octubre de 1998 Tesis: P./J. 58/98
Página: 366

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. NO LA CONSTITUYE EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO PARA COBERTURA DE INTERESES (REFINANCIAMIENTO).

La naturaleza y los fines del contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses son diversos a los de la capitalización de intereses, y no deben confundirse. En efecto, la capitalización de intereses implica la acción de agregar al capital originario de un préstamo o crédito los intereses devengados, vencidos y no pagados, para computar sobre la suma resultante réditos ulteriores. Esa capitalización no se presenta en el convenio celebrado entre las partes en un contrato de apertura de crédito a fin de que el acreditado disponga de un crédito adicional para cubrir intereses devengados en otro crédito distinto. Entre la capitalización de intereses y el contrato de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento), existen sustanciales diferencias. La capitalización a que se refiere el artículo 363 del Código de Comercio, supone la existencia de un contrato de préstamo mercantil, sobre la base de intereses vencidos y no pagados. En cambio, en el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento), llegado el momento de vencimiento de pago de intereses devengados por otro crédito, el deudor se ve en situación de pagar al acreedor las sumas en cuestión, lo cual podrá hacer con recursos propios o con los recursos de que pueda disponer por virtud de dicho contrato. Por otra parte, mientras que los intereses, por regla general, siguen la suerte de la obligación principal, el refinanciamiento se logra a través de un contrato de apertura de crédito diverso al originalmente pactado, con el destino específico de pagar total o parcialmente los intereses vencidos. Además, en el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento) el acreditante asume la obligación de poner a disposición del acreditado una suma de dinero (obligación de hacer), a fin de que no incurra en el incumplimiento de pago de otro crédito, y el acreditado asume la obligación de pagar intereses sobre las sumas dispuestas (obligación de dar). Corroborando lo anterior, la circunstancia de que el referido contrato se puede celebrar en el mismo instrumento en que consta el diverso jurídico, o en otro, y con el primer acreditante o con uno diferente. La conclusión obtenida no se desvirtúa por el hecho de que en algunos casos se observe que en los contratos de apertura de crédito las partes convengan la capitalización de intereses e invoquen para ello el artículo 363 del Código de Comercio, toda vez que, aun cuando es innegable que en esta hipótesis sí existe pacto de capitalización de intereses, la misma deriva del convenio expreso de las partes en ese sentido, que se celebra con fundamento en el artículo 78 del Código de Comercio, y en razón de que en esa materia los contratantes gozan de plena libertad para acordar lo que les convenga, con la limitante, desde luego, de que no se contravengan disposiciones de orden público.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros, 7 de octubre de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 59/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Octubre de 1998 Tesis: P./J. 59/98. Página: 376

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

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

Amparo directo 3441/77. Gonzalo Alberto Díaz Vargas. 19 de junio de 1978. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Secretario: Carlos A. González Zárate. Séptima Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: 109-114 Cuarta Parte. Página: 27. Nota: En el Informe de 1978, la tesis aparece bajo el rubro "CONTRATOS. CAUSAS EXTRAORDINARIAS E IMPREVISIBLES QUE PUEDEN ALTERAR EL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUANAJUATO)."

CONTRATOS. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).

El artículo 1771 del Código Civil para el Estado de Jalisco, cuyo contenido se refiere a la teoría que doctrinalmente se conoce como de la imprevisión, es aplicable únicamente a los acuerdos de voluntades, y no a las obligaciones extracontractuales, pues éstas emanan directamente de la ley, independientemente de la voluntad de las partes, como en el supuesto de la responsabilidad civil objetiva, para el cual la ley prevé el monto de la indemnización, aunque sujeta a liquidación, lo que distingue a estas obligaciones de las contractuales; además, la regla prevista por el numeral en cita es de excepción a la que establece que en la interpretación de los contratos, la voluntad de las partes es la Ley Suprema, por lo que la aplicación de aquélla ha de ser restrictiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9o. del ordenamiento legal en cita, lo que significa que está vedada su aplicación analógica. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 995/89. María Esther Terrones de la Mora. 13 de febrero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretario: Daniel Horacio Escudero Contreras.
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación.
Parte: V Segunda Parte-I Tesis: Página: 150.

CONTRATOS. INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

El artículo 1796 del Código Civil del Distrito Federal, supletoriamente aplicado, siguiendo el sistema rígido de los contratos, acorde con el principio relativo a los efectos de la declaración de voluntad, dispone que aquéllos obligan a las partes al exacto cumplimiento de las prestaciones expresamente pactadas; y, además, a las consecuencias que de los mismos se deriven, según su naturaleza, conforme a la buena fe, al uso o a la ley. Precepto que, en esas condiciones, no deja lugar a su interpretación a fin de aplicar la teoría de la imprevisión en razón de esa buena fe, que obviamente constituye un Principio General de Derecho, pues precisamente, con base en ella, el obligado debe conducirse como persona consciente de su responsabilidad en el cumplimiento cabal de sus obligaciones, cualquiera que resulte la magnitud de su contenido; aun cuando sobrevengan acontecimientos que no se previeron o no pudieron preverse y que la modifiquen, sin que ello impida, por otra parte, que existan 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 8681/84. Productos de Concreto Tolteca, S. A. 27 de febrero de 1985. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Séptima Época. Cuarta Parte: Volúmenes 139-144, pág. 29. Amparo directo 1947/80. Hidrogenadora Nacional, S. A. 15 de octubre de 1980. 5 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.
Instancia: Tercera Sala. Época: Séptima Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte: 193-198 Cuarta Parte. Tesis: Página: 35.

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 (tratándose de una compraventa mercantil), 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, aun cuando sobrevengan acontecimientos 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". máxime si se toma en cuenta que de acuerdo con lo estatuido en el artículo 385 del Código de Comercio, las ventas de

naturaleza mercantil 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 1980. 5 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. NOTA: Esta tesis también aparece en: Informe de 1980, Tercera Sala, tesis 25, pág. 31. Instancia: Tercera Sala. Época: Séptima Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte: 139-144 Cuarta Parte. Tesis: Página: 29

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. INAPLICABILIDAD DE LA, EN TRATÁNDOSE DE ACTOS DE COMERCIO.

El artículo 78 del Código de Comercio, no exige alguna formalidad o requisito para que los contratos mercantiles tengan validez, pues únicamente establece que los mismos deben cumplirse en la forma y términos que las partes quisieron obligarse. Luego, es claro que dicho dispositivo legal, consagra el principio *pacta sunt servanda*, esto es, indica que lo estipulado por las partes, en cualquier forma que se haya establecido, debe ser llevado a efecto. Por tanto, es inconcuso que, en tratándose de actos mercantiles, no es posible aplicar la teoría de la imprevisión, que sostiene que los tribunales tienen el derecho de suprimir o modificar las obligaciones contractuales, cuando las condiciones de la ejecución se encuentren modificadas por las circunstancias, sin que las partes hayan podido prever esta modificación -que los canonistas de la edad media consagraron en la cláusula *rebus sic stantibus*-, pues tal principio, es contrario a lo que consagra el citado precepto legal. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 902/98. Miguel Ángel Pérez Córdoba e Irma Yolanda Navarro Tlaxcala de Pérez. 26 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Federico Rodríguez Celis. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmenes 139-144, Cuarta Parte, página 29, tesis de rubro: "CONTRATOS, INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS." Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Época: 9a. Época. Localización: Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, septiembre de 1998. Tesis: III.2o.C.13 C Página: 1217 Materia: Civil Tesis aislada.

CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. NO ES APLICABLE A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS QUE NO LA CONTEMPLAN, AUN CUANDO EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA LA HAYA PACTADO EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1962.

El hecho de que el Gobierno Mexicano haya ratificado, por decreto de veintinueve de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no quiere decir que éste deba regir los contratos o convenios que celebren los particulares, ni que la cláusula *rebus sic stantibus*, deba tenerse como sobreentendida en cualquier tipo de contrato que se celebre, aun bajo la tutela jurídica de un ordenamiento legal que no la contemple; pues hay que tomar en cuenta que la aludida Convención de Viena, versó exclusivamente sobre el Derecho de los Tratados, esto es, en ella se pactó el conjunto de derechos y obligaciones recíprocas que cada Estado tiene al momento de celebrar y exigir el cumplimiento de los tratados que, como entes independientes y soberanos, pacten entre sí; por lo que resulta un contrasentido el establecer que, por haberse pactado en dicha convención la cláusula *rebus sic stantibus*, pueda regir los actos jurídicos que se celebren entre particulares en territorio nacional, ya que su aplicación, en ese caso, se encuentra reservada al ámbito del derecho internacional público.

Amparo directo 902/98. Miguel Ángel Pérez Córdoba e Irma Yolanda Navarro Tlaxcala de Pérez. 26 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Federico Rodríguez Celis. Novena Época Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Septiembre de 1998 Tesis: III.2o.C.12 C. Página: 1149

CONTRATOS. LOS LEGALMENTE CELEBRADOS DEBEN SER FIELMENTE CUMPLIDOS, NO OBSTANTE QUE SOBREVENGAN ACONTECIMIENTOS FUTUROS IMPREVISIBLES QUE PUDIERAN ALTERAR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN, DE ACUERDO A LAS CONDICIONES QUE PRIVABAN AL CONCERTARSE AQUÉLLA.

De acuerdo al contenido de los artículos 1796 y 1797 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, que vienen a complementar el sistema de eficacia de los contratos a partir de su perfeccionamiento no adoptan la teoría de la imprevisión o cláusula rebus sic stantibus derivada de los acontecimientos imprevistos que pudieran modificar las condiciones originales en que se estableció un contrato; sino en todo caso, el sistema seguido en el Código Civil referido, adopta en forma genérica la tesis pacta sunt servanda, lo que significa que debe estarse a lo pactado entre las partes, es decir, que los contratos legalmente celebrados deben ser fielmente cumplidos, no obstante que sobrevengan acontecimientos futuros imprevisibles que pudieran alterar el cumplimiento de la obligación, de acuerdo a las condiciones que privaban al concertarse aquélla, sin que corresponda al juzgador modificar las condiciones de los contratos.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 246/98. Martha Irene Bustos González. 12 de noviembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arellano Hobelsberger. Secretario: José David Cisneros Alcaraz.

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 alcance que no pudo preverse, advirtiendo que debe tratarse de acontecimientos de cierta magnitud que no cabía tomar en cuenta razonablemente al formar el acto jurídico, ya que de lo contrario, faltaría una de las bases de la imprevisión y vendría a sufrir desmedro la estabilidad de los negocios.

Amparo directo 1863/58. José de la Luz Valdes. 26 de junio de 1959. Mayoría de 3 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Disidentes: José López Lira y Gabriel García Rojas.

6ª EPOCA CIVIL TESIS DE SALA SEMANARIO JUDICIAL. SEXTA EPOCA. 3ª SALA. TOMO XXIV. Pág. 133.

RETROACTIVIDAD. RECURSOS NATURALES.

El principio de no retroactividad establecido en el artículo 14 constitucional no puede interpretarse con el alcance de que siempre y en todo caso, aunque se trate de concesiones o autorizaciones para explotar los recursos naturales del país, y aunque se trate de cuestiones que afecten al interés público o a grandes grupos sociales, el interés y el derecho privado individuales o de grupos pequeños deban prevalecer necesariamente y en todo caso, sobre el interés público y las necesidades cambiantes que dieron motivo a la expedición de la nueva ley que reglamenta el uso de esos recursos de manera más adecuada a la nueva situación de tales recursos, a las nuevas técnicas de explotación, y al incremento de la población del país, etc. En estos casos se debe aplicar con cautela la teoría de la retroactividad, cuando se la establece con miras a los derechos adquiridos o a las situaciones concretadas al amparo de la ley anterior, ya que tales derechos y situaciones se cristalizan bajo el principio rebus sic stantibus, y no podrían prevalecer contra el interés general, con una aplicación privatista o demasiado conservadora, del principio constitucional de no retroactividad.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 210/77. Soc. Coop. de Prod. Pesq. "Tamiagua", S. C. L. 10 de mayo de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.

7ª EPOCA ADMINISTRATIVO 1º TRIBUNAL COLEGIADO DEL 1º CIRCUITO. SEMANARIO JUDICIAL. 7ª EPOCA. VOLUMEN 97-102. SEXTA PARTE. TRIBUNALES COLEGIADOS. PAG. 224.

FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS.

LIBROS:

- ACOSTA ROMERO**, Miguel. Nuevo Derecho Bancario. Ed. Porrúa, 7ª ed., México 1998. 1263 p.p.
- ARTEAGA**, Jesús María y **ARTEAGA CARVAJAL**, Jaime. Curso de Obligaciones. T.I, Ed. Temis, Colombia 1979, 192 p.p.
- BADENES GASSET**, Ramón. El Riesgo Imprevisible. Ed. Boch, España, 1946. 223 p.p.
- BAUBRIT CARRILLO**, Diego. Teoría general del Contrato. Ed. Juricentro, Costa Rica 1982, p.p. 102.
- BAUCHE GARCADIAGO**, Mario. Operaciones Bancarias. Ed. Porrúa, 4ª ed. México, 1981. 477 p.p.
- BEJARANO SANCHEZ**, Manuel. Obligaciones Civiles. Ed. Oxford/Harla, 5ª ed. México 2000 612 p.p.
- BERNAL**, Beatriz y **LEDESMA**, José de Jesús. Historia del Derecho Romano y de los derechos neoromanistas. Ed. Porrúa, 8ª ed. México 1998, 440 p.p.
- BONNECASE**, Julie. Elementos de Derecho Civil. T. II Derecho de las Obligaciones, de los Contratos y de los Créditos, Traducción de José M. Cajica. Ed. Cárdenas Editores y Distribuidores, México 1985, 678 p.p.
- BORJA SORIANO**, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Ed. Porrúa, 17ª ed. México 2000, 732 p.p.
- CARPIZO MCGREGOR**, Jorge. Estudios Constitucionales. Ed. Porrúa, 20ª ed, México 2000 607 p.p.
- CASTRO Y CASTRO**, Juventino V. La Suprema Corte de Justicia ante la Ley Injusta studios Constitucionales. Ed. Porrúa, 4ª ed, México 2001, 186 p.p.
- CERVANTES AHUMADA**, Raúl et al. Estudios Jurídicos en Memoria de Roberto Mantilla Molina. Ed. Porrúa, México, 1984. 590 p.p.
- CERVANTES AHUMADA**, Raúl. Titulos y Operaciones de Crédito. Ed. Porrúa, 14ª ed. México 1999, 422 p.p.
- CICERON**, Marco Tulio. De los oficios y Deberes de la Vejez y Amistad, Ed. Porrúa, México 1976, 363 p.p.
- CORREA ARANGO**, Gabriel. De los Principales Contratos Mercantiles. Ed. Temis, 2ª ed. Colombia 1991, 347 p.p.
- COSÍO**, Carlos. La Teoría de la Impresión. Ed Monografías Jurídicas, Argentina 1961, 192 p.p.

- COTTINO**, Gastone. Manuali di Scienze Giuridiche. Vol. 2º, Ed. Padova-Cedam, Italia, 1978. 225 p.p.
- DÁVALOS MEJÍA**, Carlos Felipe. Derecho Bancario. T. II, Ed. Harla, 2º ed. México 1992, 558 p.p.
- DE BUEN LOZANO**, Nestor. La decadencia del Contrato. Ed. Porrúa, 3ª ed. México 2000, 330 p.p.
- DE PINA VARA**, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. III, Ed. Porrúa, 9ª ed, México 1999, 384.p.p.
- DE PINA VARA**, Rafael. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano. Ed. Porrúa, 26ª ed, México 1998, 569 p.p.
- ENNECCERUS**. Derecho de las Obligaciones. T. II, Ed. Bosch, España 1971, 754 p.p.
- FLAH**, Lily R. y SMAYEVSKY, Miriam, Teoría de la Imprevisión Ed. Depalma, Argentina 1989, 285 p.p.
- GARIGUES**, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. T.II, Ed Porrúa, 9ª ed, 2ª reimpresión, México 1999, 1789 p.p.
- GOISIS**, Giovanni. La Funzione della Banca nella Pratica Italiana. Ed. Padova-Cedam, Italia 1950, 155 p.p.
- GOROSTIAGA**, Norberto. La Codificación Civil en Alemania. Ed. Abeledo-Perrot, Argentina 1947, 857 p.p.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ**, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Ed Porrúa, 13ª ed. México 2001, 1267 p.p.
- LARENZ**, Karl, **DE HEREDIA** y **CASTAÑO BELTRAN** Bases del negocio jurídico y el cumplimiento de los contratos. Traducción de Carlos Hernández R., Ed. Revista de Derecho Privado de Madrid, España 1958, 443 p.p.
- MANTILLA MOLINA**, Roberto L. Derecho Mercantil. Ed. Porrúa, 29ª ed, 8ª reimpresión, México 2001.
- MARGADANT S.**, Floris. El Derecho Privado Romano. Ed. Esfinge, 26ª ed. México 2001, 532 p.p.
- MESSINEO**, Francesco. Manuel de Derecho Civil Comercial. T. IV, Ed Jurídicas Europa-America, Argentina 1964, 984 p.p.
- MUÑOZ**, Luis. Contratos y Negocios Jurídicos Financieros. T.II, Ed Universidad, Argentina 1981, 1000 p.p.
- ORTÍZ URQUIDI**, Raúl. Derecho Civil Parte General. Ed. Porrúa, 4ª ed, México 2001, 658 p.p.
- PAZ ZAVALA**, Eugenia. Introducción a la contaduría. Ed. ECAFSA, 5ª ed. 3ª reimpresión, México 1999, 357 p.p.
- PLANIOL**, Marcel y **RIPERT**, George. Tratado práctico de Derecho Civil Francés. Traducción Mario Díaz Cruz, T. IV Ed. Cultural Habana, Cuba 1940, 1583 p.p.

PUENTE Y FLORE, Arturo et al. Derecho Mercantil. Ed. Banca y Comercio S.A. 26ª ed. México 1981, 345 p.p.

REZZONICO, Luis Mario. Estudio de los Contratos Ed. Depalma, 2ª ed, Argentina 1959. 926 p.p.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. V, Vol. I, Ed. Porrúa, 7ª ed. México 1998, 613 p.p.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil. T. II, Ed. Porrúa, 24ª ed. México 1999, 430 p.p.

RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil traducción Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, T. II, Ed. Reus, México, 1961, 298 p.p.

SALVAT, Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino. T. I, Obligaciones en General. Ed. Tipográfica, 7ª ed, Argentina, 1963, 635 p.p.

SÁNCHEZ MEDEL, Ramón. De los Contratos Civiles. Teoría General del Contrato. Contratos Especiales y R.P.P., Ed. Porrúa, 17ª ed, 1ª reimpresión, México, 2001, 629 p.p.

TERRAZA MARTORELL, Juan. Modificación y Resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución, Ed. Boch, España 1980, 432 p.p.

VÁSQUEZ DEL MERCADO, Óscar. Contratos Mercantiles. Ed. Porrúa, 10ª ed. México 2001, 601 p.p.

VENINI, Juan Carlos. La revisión del Contrato y la Protección del Adquirente. Ed. Universidad, Argentina 1983, 526 p.p.

DICCIONARIOS:

DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. PALLARES, Eduardo. Ed. Porrúa, 20 ed. México 1991.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ESPASA. Ed. Espasa-Calpe. 8ª ed. España 1979.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO HACHETTE-CASTELL. Ed. Castell, España 1981.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO SALVAD. Ed. Salvad, España 1999.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Ed. Porrúa/UNAM, 2ª Reimpresión, México 1993.

DICCIONARIO PARA JURISTAS. Ed. Mayo, México 1981.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Ed. Bibliográfica, Argentina 1991.

GRAN ENCICLOPEDIA LAUROUSE, Ed. Planeta, España 1990, 1ª Reimpresión.

LEGISLACIONES:

CODICE CIVILE E LEGGI COLLEGATE, Concordado por DE NOVA, Giorgo. Ed. Zanichelli, Italia 1996/97.

CÓDIGO CIVIL, Federal, Ed. Porrúa, México 2001.

CÓDIGO CIVIL, para el Estado de AGUASCALIENTES, Ed. Porrúa, 5ª ed, México 1999.

CÓDIGO CIVIL, para el DISTRITO FEDERAL, Ed. Ediciones Fiscales ISEF, México 2001.

CÓDIGO CIVIL, para el Estado de GUANAJUATO, Ed. Porrúa, 10ª ed, México 2001.

CÓDIGO CIVIL, para el Estado de JALISCO, Ed. Porrúa, 14ª ed, México 1996.

CÓDIGO CIVIL, Para el Estado de Libre y Soberano de QUINTANA ROO, Tribunal Superior del Estado, México 1999.

CÓDIGO CIVIL, para el Estado de TAMAULIPAS, Ed. Sista, México 2000.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Ed. Porrúa, 132ª ed. México 2001.

CODIGO DE COMERCIO, Ed. Porrúa, 69ª ed. México 2001.

LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO, Ed. Porrúa, 51ª ed, México 1999.

LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, Ed. Porrúa, 69ª ed, México 2001.

HEMEROGRÁFICAS.

REVISTAS:

Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, T VIII, N° 34, abril-junio, El Salvador 1982. ARCE GUTIERREZ, H. Mauricio. *El Contrato de Tracto Sucesivo y la Cláusula Rebus Sic Stantibus*.

Revista de Derecho y Ciencia Política, N° 1, año VIII, PERÚ 1944. LEGARD, Juan Carlos. *La Teoría de la Imprevisión en el Derecho Contemporáneo y en el Código Civil*.

Revista de Diritto Civile año IV Italia 1962. 166 p.p. OSTI, Guiseppe. *La Clausula Rebus Sic Stantibus nel sviluppo storico*

Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Año XCVII, N° 5, Madrid España 1950. BALLESTEROS, Martin y COSTEA Luis. *El pago de Prestaciones Debidas en Moneda Devaluada*

Revista de la Facultad de Derecho Ed UNAM, Tomo XXXI, N° 120 septiembre-diciembre. México 1981. GALINDO GARFÍAS, Ignacio. *El principio de la buena fe en el derecho Civil.*

Revista de la Universidad Externado de Colombia. Vol. X, N° 1, junio de 1969, Bogotá de Colombia. MANRIQUE GUZMAN, Daniel. *La Teoría de la Imprevisión en el derecho Privado Colombiano. Francés e Italiano.*

ELECTRONICAS.

Cd-ROM:

COMPILA IV PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Legislación Federal, agosto de 1999.

COMPILA V PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Legislación Federal, febrero del 2001.

ORDENANZA Jurídica-Fiscal 99.1 Matsura software, S.A. de C.V. 1999

ENCICLOPEDIA MICROSOFT. ENCARTA 2001. © 2001 Microsoft Corporation.

IUS99, PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Jurisprudencias y Tesis Aisladas 1917- abril 1999

IUS2000, PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Jurisprudencias y Tesis Aisladas 1917-abril 2000.

LA CONSTITUCIÓN Y SU INTERPRETACIÓN POR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN 1999, PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

INTERNET:

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

<http://www.scjngob.mx/inicial.asp>

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM

<http://info.juridicas.unam.mx>

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE QUINTANA ROO.

<http://www.tribunal.uqroo.mx/tribunal/index.htm>

CÓDIGO CIVIL DE GUANAJUATO

<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/est/12/17/1348.htm>

CÓDIGO CIVIL DE MORELOS

<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/est/12/17/1359.htm>

LEGISLACIÓN ITALIANA.

http://www.gelso.unitn.it/card-adm/Obiter_Dictum/Godciv.htm

LEGISLACIÓN FRANCESA.

<http://www.rabenou.org/civil.html>

LEGISLACIÓN PORTUGUESA

<http://cr3.cea.ucp.pt/leiciv/civil/civilind.htm>

LEGISLACIÓN ARGENTINA

<http://www.codigos.com.ar/indice.htm>