

BENEMÉRITA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE PUEBLA

“FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES”

INVESTIGACION DE TESIS DENOMINADA:

“Atribuciones Jurisdiccionales para modificar el contenido de los contratos.”

SUSTENTADA POR:

Mtro. José Pablo Portillo Castillo.

Para obtener el grado de Doctor en Derecho

ASESORADA POR:

Dr. Víctor Manuel Alfaro Jiménez.

2015

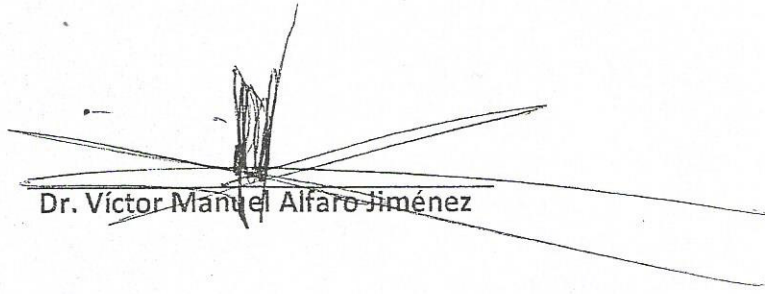
DOCTOR CARLOS ANTONIO MORENO SANCHEZ

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA BUAP

P R E S E N T E.

Sirva la presente para enviarle un respetuoso y cordial saludo, y a la vez comunicarle que en carácter de Director-Revisor del Trabajo de Investigación realizado por el Maestro José Pablo Portillo Castillo, denominado "Atribuciones Jurisdiccionales para modificar el contenido de los Contratos", que presenta para poder sustentar Examen Profesional para obtener el grado de Doctor en Derecho, dicho trabajo reúne todos y cada uno de los requisitos metodológicos que al respecto se exigen, por lo cual me es grato aprobarlo y externar mi **voto aprobatorio** a dicho trabajo, con el objeto de que se continúen los tramites a que haya lugar.

Se extiende la presente en la Heroica Puebla de Zaragoza a los veintidós días del mes de Agosto de dos mil catorce.



Dr. Víctor Manuel Alfaro Jiménez

PROLOGO

La aguda crisis económica que vive nuestro país atribuible entre otras cosas a la política económica neoliberal se manifiesta en diversos campos de la sociedad, particularmente en la ejecución de los contratos de crédito celebrados por particulares con los bancos mexicanos.

Aproximadamente la banca otorgo en estas circunstancias 993,000 créditos hipotecarios, 800,000 empresariales, 780,000 agropecuarios, 250,000 para transporte y 6,900,000 para tarjetas de crédito, de los cuales el 53% se encuentran en cartera vencida¹, ante lo cual, los diversos actores de la problemática gobierno-sociedad han fracasado en solucionar verdaderamente esta crisis.

El Ejecutivo, ha impulsado 16 programas Gubernamentales de apoyo a deudores en coordinación con los bancos, el llamado Programa “Punto Final” es el último, sin embargo, la cartera vencida no ha disminuido, y la naturaleza impagable de las deudas sigue vigente.

El Poder Legislativo, aprobando el FOBAPROA (Fondo Bancario para la Protección al Ahorro) y el IPAB (Instituto para la Protección al Ahorro Bancario) ha apoyado a los bancos y no a los deudores.

El Poder Judicial, a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 31/98 legitimó la excesiva onerosidad en beneficio de los bancos, actuación calificada como “La Suprema Corte de Justicia ante la Ley Injusta” por el Ministro Juventino V. Castro.

Los particulares han definido su patrimonio en los juicios del orden civil que han promovido en su contra los apoderados de los bancos ejercitando excepciones dilatorias, ya que las perentorias por la ley o la jurisprudencia son declaradas en sentencia “infundadas”, por lo que han optado por defender políticamente sus derechos a través de organizaciones sociales como el “Barzón”, o partidos políticos de oposición, realizando acciones de resistencia civil, que lamentablemente tampoco han resuelto el problema.

¹ Cfr, Periódico La Jornada, Septiembre de 1998, Nota de Orlando Delgado

Sin lugar a dudas, la crisis económica rompió el equilibrio en la ejecución de los contratos, por ello, preocupados por la situación que viven miles de deudores, hemos buscado en los antecedentes históricos de nuestro derecho, en el derecho comparado y en derecho internacional una institución jurídica que permita resolver de fondo el problema existente, encontrando la llamada “Teoría de la Imprevisión”, este trabajo pretende justificar su incorporación al Sistema Jurídico Mexicano, como un medio que permita alcanzar los fines del Derecho, transformando la decadencia de nuestro sistema contractual hacia su funcionamiento armonioso.

INDICE

	PAGINA
PROLOGO.....	1
INTRODUCCION.....	10
CAPÍTULO I	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	15
1.1 DERECHO ROMANO.....	17
1.1.1 CONCEPTOS GENERALES.....	19
1.1.2. LAS OBLIGACIONES EN GENERAL.....	21
1.1.2.1. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.	23
1.1.2.2. MODOS DE EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES.....	24
1.1.3. LOS CONTRATOS.....	25
1.1.3.1. ELEMENTOS DEL CONTRATO.....	26
1.1.3.2 EL OBJETO DE LOS CONTRATOS.....	29
1.1.3.3 LA CAUSA DE LOS CONTRATOS.....	31
1.1.3.4. FORMA DE LOS CONTRATOS.....	34
1. 1.3. 5. ELEMENTOS ACCIDENTALES DE LOS CONTRATOS.....	35
1.1.3.6. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS.....	37
1.1.4. DIGESTO LIBRO L TITULO XVII.....	40
1.1.4.1. CONCEPTO DE REGLA.....	41

1.1.4.2. PRINCIPIOS DE DERECHO.....	42
1.1.4.3. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES.....	43
1.1.4.4. CONTRATOS.....	44
1.1.4.5. FACULTADES JUDICIALES.....	45
1.2. DERECHO CANONICO.....	46
1.3. DERECHO CASTELLANO.....	52
1.4. EL DERECHO GERMANICO.....	58
1.4.1. DERECHO ALEMAN.....	60
1.4.2. DERECHO FRANCES.....	62
1.5. DERECHO MEXICANO.....	65

CAPITULO II

EL CONTRATO

FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.....	68
2.1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS.....	73
2.1.1. CONSENTIMIENTO.....	73
2.1.2 EL OBJETO.....	75
2.1.3. LA SOLEMNIDAD.....	77
2.2. ELEMENTOS DE VALIDEZ DE LOS CONTRATOS.....	78
2.2.1. CAPACIDAD.....	79

2.2.2 VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES EXENTA DE VICIOS.....	83
2.2.2.1. ERROR.....	84
2.2.2.2. DOLO.....	87
2.2.2.3. MALA FE.....	89
2.2.2.4. VIOLENCIA.....	91
2.2.2.5. LESION.....	92
2.2.3. LICITUD EN EL OBJETO, EN EL MOTIVO O FIN.....	96
2.2.4. FORMA LEGAL.....	98
2.3. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS.....	101
2.3.1. CONTRATOS PREPARATORIOS Y DEFINITIVOS.....	103
2.3.2. CONTRATOS UNILATERALES Y BILATERALES.....	106
2.3.3. CONTRATOS ONEROSOS Y GRATUITOS.....	107
2.3.4. CONTRATOS CONSENSUALES Y REALES.....	108
2.3.5. CONTRATOS FORMALES Y SOLEMNES.....	109
2.3.6. CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS.....	110
2.3.7. CONTRATOS INSTANTANEOS Y DE TRACTO SUCESIVO...111	
2.3.8. CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS.....	112
2.4. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.....	113
2.4.1. TEORIA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.....	118
2.4.2. TEORIA DE LA DECLARACION DE VOLUNTAD.....	121
2.5. CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS.....	125
2.5.1. CUMPLIMIENTO COACTIVO O EJECUCION FORZOSA.....	126

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA

DE LA TEORIA DE LA IMPREVISIÓN.....	131
--	------------

3.1. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION.....	135
--	------------

3.1.1 EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA

DE LA IMPREVISIÓN.....	138
-------------------------------	------------

3.2 PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN QUE

SE FUNDAMENTA LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.....	139
---	------------

3.3.1 EQUIDAD.....	143
---------------------------	------------

3.3.2 BUENA FE.....	144
----------------------------	------------

3.3. NECESARIA PARTICIPACIÓN DEL ÓRGANO

JURISDICCIONAL PARA RESTABLECER EL

EQUILIBRIO EN LAS PRESTACIONES CONTRACTUALES.....	145
--	------------

CAPÍTULO IV

LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

EN EL MARCO INTERNACIONAL.....	149
---------------------------------------	------------

CAPÍTULO V

INCIPIENTE Y NOVEDOSA PRESENCIA DE LA TEORÍA DE LA	
IMPREVISIÓN EN LA LEGISLACIÓN	
MEXICANA.....	155

CAPITULO VI

JUSTIFICACION DE INCORPORAR LA TEORIA DE LA IMPREVISION

AL DERECHO CONTRACTUAL MEXICANO.....	163
6.1. CONTEXTO SOCIO-ECONOMICO.....	163
6.1.1. ACUMULACION DE LA RIQUEZA.....	166
6.1.2 LA CRISIS ECONÓMICA.....	169
6.1.3 PROGRAMA PUNTO FINAL.....	175
6.1.4. IMPOSIBILIDAD DEL PAGO PRODUCTO DE LA CRISIS ECONÓMICA.....	183
6.5. ACTUACIÓN DEL PODER JUDICIAL ANTE EL DERECHO VIGENTE.....	186

CAPITULO VII

CONSIDERACION ESPECIAL DE LOS INTERESES.....194

7.1. ORIGEN Y CONCEPTO DE LOS INTERESES.....197

CAPITULO VIII

CRISIS ECONOMICA DE 2008-2012

CRISIS EN LA ECONOMIA REAL.....200

8.1. CRISIS ECONÓMICA Y FINANCIERA EN EL MUNDO	
ANTECEDENTES.....	201
8.2. EXTENSIÓN DE LA CRISIS.....	203
8.3. INFLACIÓN GLOBAL, DEFLACIÓN GLOBAL.....	205
8.4. GUERRA DE DIVISAS Y GUERRA COMERCIAL.....	206
8.5. CRISIS EN LOS ESTADOS UNIDOS.....	207
8.6. CRISIS EN AMÉRICA LATINA.....	208
8.7. CONSECUENCIAS SOBRE LA ECONOMÍA ARGENTINA.....	209
8.8. CRISIS ECONÓMICA EN MÉXICO.....	210
8.9. CRISIS EN EUROPA.....	212
8.10. CRISIS ECONÓMICA EN ESPAÑA.....	214
8.11. CRISIS ECONÓMICA EN GRECIA.....	216
8.12. CRISIS ECONÓMICA Y SUICIDIO.....	217
8.13. PROPUESTAS PARA SOLUCIONAR LA CRISIS.....	218
8.14. CRÉDITOS SUBPRIME.....	221
CONCLUSIONES.....	224
PROPUESTAS.....	226
FUENTES DE INFORMACIÓN Y CONSULTA	
BIBLIOGRAFIA.....	231
MESOGRAFÍA.....	236
APENDICE.....	238

GLOSARIO DE TERMINOS.....	251
HEMEROGRAFIA.....	260
LEGISLACION.....	261

INTRODUCCION

“Determinar el contenido, el sentido del derecho, implica por necesidad, y más allá de la norma, del ámbito estricto del derecho positivo y de la técnica derivada de la validez formal, para penetrar la vida social y sus concepciones culturales, en el mundo vivo del derecho, donde el contenido de la norma cumple su función y no puede dejar de tender puentes entre las distintas esferas sociales de actividad, ni entre los distintos regímenes normativos imperantes, y donde el derecho no puede renunciar a la unidad esencial del conocimiento que supone unidad de principios e interrelación de los objetos de estudio de las ciencias.”

Alejandro Del Palacio Díaz.

El derecho contemporáneo llamado por el Dr. Jorge Witker W. “post-moderno” presenta cambios de paradigmas que se suman a los de la ciencia en general. El fenómeno jurídico debe analizarse con profundidad desde una perspectiva multidisciplinaria, a través de la metodología jurídica, reconociendo que la posición del sujeto cognoscente presenta como obstáculo epistemológico un protagonismo en el problema de estudio y la carga ideológica, de los que solo debemos rescatar la posición crítica y transformadora.

Como señala el Dr. Rafael Sánchez Vázquez²: “...la ciencia jurídica puede ser estudiada desde una perspectiva tridimensional”, en este sentido, nuestra investigación abordará la perspectiva normativa, la vertiente social para determinar la interconexión entre el derecho y la sociedad, de la cual retomamos la expresión que sirve de título a la Tesis Doctoral de Néstor De Buen “La Decadencia de los Contratos”, y finalmente la perspectiva teleológica, procurando la identificación del Derecho, Justicia y Equidad.

² Cfr, Sánchez Vázquez Rafael, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit. Porrúa, México 1995, pp. 1-2.

Estamos convencidos, de que el derecho es algo más que la norma jurídica, es realidad y acontecer³, su extensión es mayor a la expresión de la norma jurídica, porque atrás de ella está la expresado⁴, es la norma y su vinculación psicológica a la sociedad, es la norma y los fenómenos sociales con ella relacionados cumplimiento, incumplimiento por ello, las corrientes teórico-metodológicas que solo identifican el derecho con la norma, con el positivismo jurídico y la jurisprudencia analítica, nos convertirían en "...cultivadores de las disciplinas particulares que siguen atentos a los esquemas tradicionales del método dogmático, sin otro propósito que el de dar a conocer lo mejor posible el sector del derecho positivo al que consagran su actividad"⁵, en este sentido, nuestra posición crítica se identifica con el realismo sociológico-jurídico de Alf Ross, y por lo que respecta a los fines del Derecho con el lusnaturalismo.

De acuerdo a la naturaleza de los fines de nuestro trabajo, empleamos métodos de investigación y de organización, acudimos a los métodos generales del conocimiento análisis-síntesis, particularmente al método hipotético-deductivo y al método histórico, respecto a la interpretación de las normas al método lógico-sistemático; y finalmente, para el acopio de información empleamos investigación documental.

Un aspecto que ha surgido a la vida moderna y sin duda ha cobrado relevancia es aquel que se refiere al cambio o transformación de las circunstancias que las partes tuvieron en el momento de celebrar un contrato.

Por ello, surge la interrogante, de que si las partes deben observar de manera rigurosa e inmutable lo convenido, o si en franca contraposición y atendiendo a las nuevas circunstancias se debe procurar con justicia una modificación a lo primeramente establecido. Actualmente el derecho privado contractual en nuestro país establece la ejecución forzosa de lo pactado considerando que la "voluntad de las partes es la suprema ley que rige a los contratos", siendo

³ Cfr, Hernández Gil, Antonio, Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica, Edit. Civitas, Madrid 1981, tomada del Dossier de Epistemología del Derecho, Tomo III. Comp. Sánchez Vázquez Rafael, Doctorado en Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. BUAP; Puebla 1999, pp. 10.

⁴ Cfr, Robles, Gregorio, Epistemología y Derecho, Ed. Pirámide, Madrid 1982 Tomo III. Comp. Sánchez Vázquez Rafael, Doctorado en Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. BUAP; Puebla 1999, pp. 83.

⁵ Cfr, Hernández Gil, Antonio, op. Cit., pp. 9-12.

evidente que las condiciones económicas existentes al momento de celebrar el contrato se modifican gravemente durante su ejecución, ocasionando la imposibilidad de cumplirlos, nos referimos particularmente a los contratos celebrados antes de 1996 entre los bancos mexicanos y los particulares, con las características de bilaterales, de tracto sucesivo, conmutativos onerosos, en su especie de apertura de crédito con garantía hipotecaria, empresariales, agropecuarios y de tarjetas de crédito.

La imposibilidad de cumplirlos debido a la crisis económica (inflación, devaluación) ha sido la causa para acudir ante los tribunales jurisdiccionales y pretender la nulidad del contrato fundada en algún vicio del consentimiento, en una simulación de actos, etc., o bien al ser demandados por falta de cumplimiento oportuno de la obligaciones, oponiendo excepciones dilatorias con la esperanza de que políticamente se alcance una solución generalizada.

Sin embargo el 7 de octubre de 1998, la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de Tesis 31/98 determino la legalidad de estos contratos y de sus condiciones pactadas, apegada al principio romano "Pacta Sunt Servanda". Después de este histórico fallo, el Ministro Ponente quien voto en contra, Juventino V. Castro publicó una obra bajo el título "La Suprema Corte de Justicia ante la Ley injusta". Bajo esta afirmación y en el entendido de que el derecho no es fin, sino un medio para alcanzar la justicia, consideramos que debe incorporarse a nuestra legislación contractual en materia de derecho privado y respecto de los contratos cuyas características señalamos líneas arriba, la Teoría de la Imprevisión, con los efectos de dar intervención al órgano jurisdiccional para que revise las condiciones de ejecución y las adecue al nuevo contexto, reformando para tal efecto los Códigos de: Comercio, Civil para el Distrito Federal y Civiles de las Entidades Federativas.

El programa "Punto Final" aprobado recientemente por el Poder Legislativo federal, en coordinación con los bancos, consiste en hacer una "quita" en favor de los deudores de las Instituciones de Crédito, esto es un reconocimiento expreso de la existencia de circunstancias imprevistas en la celebraciones de los contratos, y que hacen imposible su ejecución, lamentablemente su

operatividad pone al descubierto la intención de los bancos de beneficiarse nuevamente a través de la restructuración de deudas en Udi's (Unidades de Indexación), reconocimiento de pasivos, y pago adicional de intereses.

Consideramos que se debe buscar una solución definitiva, que de seguridad a los contratantes, que identifique el derecho y la justicia y que permita el cumplimiento de los contratos conforme a las nuevas circunstancias, por lo que debe incorporarse la Teoría de la Imprevisión al Derecho Contractual Mexicano; esta Teoría tiene su antecedente en la cláusula "rebus sic stantibus" que se traduce "mientras las cosas permanezcan", siendo retomada en el Derecho Romano, Derecho Canónico, Derecho Castellano, Derecho Indiano, y vigente en muchos países; en el nuestro, los Códigos Civiles de Jalisco y Aguascalientes retoman esta teoría parcialmente, y en el marco del Derecho Internacional el Tratado de Viena de 1969 la contempla plenamente.

Consideramos que la realización de este trabajo nos puede aportar elementos que justifiquen la incorporación la Teoría de la Imprevisión al Derecho Mexicano y se identifique nuevamente el Derecho y la Justicia, para ello hemos dividido nuestro trabajo en diez capítulos.

En la parte relativa a las conclusiones hemos pretendido desarrollarlas en correspondencia al capitulado de nuestra investigación, y de manera concisa y sistematizada que permitan entender el espíritu de transformación que nos alienta.

Cuenta este trabajo con sus notas a pie de página para una mayor profundización y corroborar nuestras afirmaciones, también con un índice bibliográfico y un apéndice que consta éste último de un glosario de términos relacionados y un resumen histórico del fallo de la contradicción de tesis 31/98 de la Suprema Corte de Justicia, no siendo ajeno a nuestro entorno el fenómeno económico, mismo que tiene íntima relación con el aspecto jurídico, es como surge la necesidad de hacer la propuesta inicial de incorporar a nuestro Derecho la Teoría de la Imprevisión, pero también está latente el imperativo de su aplicación, lo que resulta la propuesta de darle atribuciones al órgano jurisdiccional, para hacer posible la plena conformación de ambas entidades. Aunado a que se presenta la actualidad del mundo económico-

mercantilista en que nuestro país se encuentra, con todos sus efectos y consecuencias que se pretende presentar.

Ponemos a consideración de los amables lectores y particularmente del Honorable Jurado Examinador este sencillo trabajo, con la esperanza de que su contenido pueda aportar algo a la Ciencia del Derecho y fundamentalmente a la solución de un problema que lacera a nuestra sociedad y desconoce los fines del Derecho, reconocemos que el mismo es la suma de altos ideales que nos inculcaron en las Instituciones que nos formaron nuestros apreciables maestros.

CAPÍTULO I ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El Derecho mexicano pertenece a la llamada familia romana-germano-canónica, de manera que buscar los antecedentes históricos de alguna institución jurídica contemporánea, o justificar la necesidad de su incorporación al derecho positivo vigente, implica necesariamente realizar un análisis histórico de varios derechos, de los que se busca en primer término las causas que motivan la aparición de una institución jurídica, las características de esta una vez contemplada en el derecho vigente, lo que aportará elementos de juicio para su viabilidad contemporánea.

En el derecho romano⁶ veremos la ubicación de nuestro tema en el *ius civile*, analizando la naturaleza jurídica de las obligaciones, de los contratos y refiriéndonos particularmente a los *regulae iuris* contenidos en el Libro L Título XVII del Digesto.

Posteriormente en el derecho canónico el que a lo largo de conformación próxima a los dos mil años tomo como marco estructural al Derecho Romano, pero que en materia penal, procesal, familiar, de derecho público y particularmente en materia civil apporto elementos humanizadores retomados en muchas legislaciones contemporáneas, y especialmente la Teoría *Rebus Sic Stantibus* en oposición a la "*Pacta Sunt Servanda*"⁷ que constituye el objeto central de nuestra investigación, en esta parte de nuestro trabajo, señalaremos algunas consideraciones generales sobre el derecho canónico, y nos referiremos en especial al *Liber VI* de Bonifacio VIII que en igual forma el Libro L del Digesto contiene los Principios Generales de interpretación del Derecho.

Analizaremos en el derecho castellano la continuidad de los *Regulae Iuris* en el Libro VII de la Obra de "*Las siete Partidas*" de Alfonso X y algunos principios de la "Ilustración del Derecho Real de España" ordenada por Don

⁶ Mayr, Robert von, *Historia del derecho romano*, 2a. ed., Ed. Labor, Barcelona, 1930, p. 7.

⁷ http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4732953&fecha=28/04/1988 consulta realizada, 4 de febrero de 2013.

Juan de Sala, posteriormente en el derecho mexicano analizaremos la supletoriedad del derecho castellano al indiano y el punto de ruptura del Código Civil Mexicano de 1870, con los elementos de la Teoría de la Imprevisión.

Por lo que respecta al derecho germano de gran influencia en la Edad Media y que paralelamente en materia de derecho común fue el gran competidor del derecho romano,⁸ será importante citar la “Integración del Contrato con las Reglas de la Buena Fe” en las que el Tribunal de Reich se ha apoyado para reevaluar las deudas pecuniarias afectadas por la inflación de mutuo por garantía hipotecaria, en Alemania y en Francia; la extensión que el Principio Constitucional de Libertad, mediante la “Autonomía de la Voluntad” se incorporó al Código Civil Francés de 1804 rompiendo con el principio *rebus sic stantibus*.

⁸ David, René, y Jauffret-Spinozi, Camilla, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11a. ed., Ed. Dalloz, París, 2002, pp. 25 y 26.

1.2 DERECHO ROMANO

Sabemos que es conveniente para la evolución histórica del derecho romano dividirlo en tres períodos⁹: la Monarquía, la República¹⁰ y el Imperio, y de que cómo señala el Dr. Floris Margádant: Una definición realista de nuestros estudios romanistas sería: el análisis del corpus iuris, de sus antecedentes y de sus reinterpretaciones sucesivas hasta llegar a la época de las grandes codificaciones".¹¹

Con esta referencia inicial entraremos a una exposición de conceptos generales que nos permitan el entendimiento de nuestro tema y presentamos una gráfica que nos permite correlacionar los períodos históricos del Derecho Romano y sus fuentes.

Evolución Histórica	Fuentes
I.- Monarquía (753 a.C. - 509 a.C.)	1.- La Costumbre. Mos Majorum. 2.- Las Leyes Comiciales a) Leyes de los comicios por curias b) Leyes de los comicios por centurias 3.- Leyes regias. Pomponio (Papirium: ius papirium) 1.- La Costumbre.
II.- República (509 a.C. - 27 a.C.)	2.- La Ley de las Doce Tablas. 3.- Las Leyes Comiciales. a).- Leyes de los comicios por curias.

⁹ Mommsen, Theodor, *Historia de Roma*, trad. de A. García Moreno, Libro I, cap. XI, Vol. I, Ed Aguilar ediciones, Madrid, 1956, pp. 184-185.

¹⁰ Bernal, Beatriz, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neoromanistas*, 26ª ed., Ed Porrúa, México 2006, pp. 74 - 75.

¹¹ Floris Margadant, Guillermo, "El derecho privado romano: como introducción a la cultura jurídica contemporánea", 26ª ed., Esfinge, México, 2001, p.

	b).- Leyes de los comicios por centurias.
	c).- Leyes de los comicios por tribus.
	4.- Interpretación de los prudentes o Flavius Aelio Sextus. Jurisprudencia. Respondere- Agere scribere.
	5.- Derecho de los pretores. Ius Edicendi: trajectium-novuon.
III.- Imperio	1.- La Costumbre
(27 a.C.- 565 d. C.)	2.- La Ley de las Doce Tablas.
	3.- Leyes de los comicios por curias.
a).- Alto Imperio o Época de Oro	4.- Interpretación de los prudentes (Jurisprudencia). Reponsa
(27 a.C.- 235 d. C.)	prudencia. Ius Publici respondendi. Permissio jura condere.
~	5.- Derecho pretoriano. Salvius Julianus. Edictum Perpetum
b).- Bajo Imperio o Imperio Absoluto	Julianus. Adriano.
(235 d.C.- 565 d.C.)	6.- Senadoconsultos. Oratio.
	7.- Constituciones Imperiales. Edicta. Decreta. Mandata. Rescripta.
	1.- La Costumbre.
	2.- La Ley de las Doce Tablas
	3.- Constituciones Imperiales.

1.1.1 CONCEPTOS GENERALES.

Inicialmente debemos establecer de acuerdo al punto de vista del derecho romano la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo; en el primer caso estamos en presencia de un conjunto de normas de carácter obligatorio que regulan las relaciones sociales, se conocen como Regula, en el segundo caso se considera a una facultad que el individuo extrae del derecho objetivo, conocida como facultas o potestas.

Conviene establecer también lo que queremos decir cuando expresamos “precepta iuris” en cuyo caso nos referimos a los deberes que el derecho objetivo impone a los seres humanos, resaltando los famosos preceptos: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere, es decir: vivir honradamente, no lesionar los intereses de los demás y atribuir a cada uno lo suyo, principios que de estar contemplados plenamente en nuestra legislación vigente y ser cumplidos a plenitud harían innecesario nuestra investigación ya que evitarían el abuso de los bancos en calidad de acreedores en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria en perjuicio de los deudores.

Un término que emplearemos continuamente es iustitia (justicia) el cual se manifiesta en la constante, y perpetua voluntad de atribuir a cada uno su derecho, esto presupone una igualdad en el tratamiento, lo que no significa dar igual tratamiento a los desiguales procesalmente hablando, sino que permite y exige un tratamiento proporcionalmente igual.

También es conveniente precisar que queremos decir con "aequitas" (equidad), la cual entenderemos en oposición a una aplicación mecánica del derecho positivo, es decir, puede obrar tanto a favor del rico como del pobre, y consiste fundamentalmente en una individualización o justicia en el caso concreto.

Una de las aportaciones más importantes del derecho romano es la jurisprudencia¹² "jurisprudencia o iuris scientia", es decir la ciencia del derecho

¹² Morineau Iduarte, Marta, *Derecho Romano*, 4ª ed., Ed. Oxford University Press México 2010, p. 57.

que en el contexto del derecho romano se entendía como el conocimiento de la técnica jurídica y de la habilidad en su aplicación.

El *Ius Civile* es el derecho especial creado por Roma para que se aplicara dentro de sus ciudades, el *Ius Naturale* es un derecho ideal que no existe en la práctica pero que orienta la actividad del legislador.

El *Ius Publicum* y el *Ius Privatum* cuyos conceptos varían en el curso de la historia que en tiempos de Ulpiano al primero se le consideraba referente a la República, y al segundo referente a los particulares, pero que independientemente de lo anterior tiene importantes consecuencias, ya que las materias reglamentadas por el derecho público rebasan la voluntad de los particulares, y que en el derecho privado, la voluntad de estos dicta la vida jurídica, a excepción de que el derecho objetivo exprese lo contrario, en esta consideración encontramos un argumento para la incorporación de la Teoría de la Imprevisión que en capítulos posteriores explicaremos ampliamente, ya que si bien el marco normativo de los contratos civiles o mercantiles cuyo incumplimiento del deudor es consecuencia de causas no previstas en el momento de celebración de un contrato, es el *Ius Privatum*, y de que la voluntad expresada por escrito de los contratantes, es su cumplimiento, debe considerarse que la propia ley los puede eximir del mismo o readecuar judicialmente las condiciones de ejecución, en observancia al principio "*impossibilium nulla obligatio est*" (nadie está obligado a lo imposible).

El derecho dispositivo o - normas "*simpliciter disponum* ", a través de las cuales el legislador interpreta la voluntad de las partes o llena las lagunas existentes en las previsiones de estas en la forma que él considera más justa.

1.1.2. LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

La definición de obligatio la encontramos en las Instituciones de Justiniano "Iuris vinculum, quo necessitate astringimur a liquo Ius solvedae re, secundum nonstrae civitatis iura, es decir la obligación¹³ es un vínculo jurídico por el cual quedamos constreñidos a cumplir, necesariamente, de acuerdo con el derecho de nuestra comunidad política, la esencia de las obligaciones consiste en que se constriña a otra persona¹⁴ en relación con nosotros para que nos entregue algo, haga algo o responda por algo; este vínculo jurídico entre dos o más personas facultan al sujeto activo a exigir del pasivo determinado comportamiento "dare, facere, praestare, non facere, pati" y el sujeto pasivo tiene el deber jurídico de cumplirlo, este deber está sancionado por la acción personal del sujeto activo.

Los elementos de la obligación¹⁵ son: en consecuencia: sujeto activo, sujeto pasivo y el objeto, siendo esto último el comportamiento exigido al pasivo. Es importante resaltar que el objeto de la obligación no es el bien material sino un comportamiento.

La obligación en el derecho romano nació en tiempos arcaicos como consecuencia de un delito como un derecho de venganza primitivo, en esta consideración, la obligación era una atadura para resarcir el daño causado. Por los contactos económicos el concepto de la obligación se aplicó al derecho civil, particularmente en la ley de las doce tablas si el deudor no pagaba puntualmente seguía la manus innectio; donde el deudor se ofrecía en pago, es finalmente hasta el año 326 A.C. con la Lex Puetelia Papilla donde se suprime el encarcelamiento por deudas civiles.

En el derecho romano¹⁶ surge también la clasificación de las Obligaciones que será fundamental dentro del tema objeto de nuestra investigación: obligaciones unilaterales y obligaciones sinalagmáticas, en el

¹³ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*. Ed. Oxford, México, 2005, p. 246.

¹⁴ Bejarano Sánchez, Manuel, *Ibidem*, p.246.

¹⁵ De la Peza Muñoz Cano, José Luis, *De las Obligaciones*, 6ª ed. Ed. Porrúa, México, 2011, pp. 17-21.

¹⁶ Camille Jaufret Spinosi, Rene David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción de Jorge Sánchez cordero, 11ª ed., Ed. UNAM, México, 2010, p. 1.

primer caso los deberes son para una sola de las partes y en el segundo ambas partes tienen obligaciones entre sí; obligaciones *stricti iuris* y obligaciones *bonae fidei*, en las primeras el sujeto pasivo está obligado a cumplir lo estrictamente pactado sin que por la aplicación del sentido común o de la equidad se agrave o atenúe su deber, en el segundo caso el deber del sujeto pasivo, debe interpretarse a la luz de las circunstancias especiales del caso, de prácticas comerciales y de la intención de los contratantes, esto último constituye indudablemente un sólido antecedente en lo que hoy conocemos como Teoría de la Imprevisión.

Por lo anterior surge el derecho del juez a fijar soberanamente los daños y perjuicios. Las obligaciones unilaterales eran *stricti iuris* y las bilaterales eran *bonae fidei*. El rigor de la acción cambiaría actual nos recuerda la *obligatio stricti iuris*.

Otra clasificación más de obligaciones eran abstractas y causales, las primeras establecen deberes sin referencia al origen de las mismas, y las segundas resultantes de negocios causales, debían interpretarse a la luz de las circunstancias especiales que acompañaban su nacimiento.

Las obligaciones civiles proporcionaban al acreedor el derecho de acción en caso de incumplimiento del derecho sustantivo, en el caso contrario encontramos a las obligaciones naturales para las cuales no existe acción para forzar el cumplimiento.

También existían obligaciones indivisibles en razón de que su objeto tenía esa naturaleza, principalmente las de hacer o no hacer, y las divisibles como las de dar, pues el objeto directo aunque se divida conserva su valor.

Finalmente en la clasificación de obligaciones en el derecho romano encontramos las específicas, en las que el deudor debe un objeto específicamente determinado, y las genéricas en que el objeto solo es determinado por cuantía y género.

1.1.2.1. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Por fuente¹⁷ de las obligaciones entendemos los hechos jurídicos que dan origen a ellas. En el siglo II en las instituciones de Gayo se consideraba que las obligaciones nacían solo de contratos y delitos, posteriormente en el Digesto se agrega *varea causarum figarae*, es decir, diversas clases de causas; Justiniano señaló cuatro fuentes de obligaciones: contratos, delitos, cuasicontratos y cuasidelitos.

En el Corpus Iuris se consideran fuentes adicionales la pollicitatio votum que son las ofertas hechas por justa causa a una ciudad o un templo. Otras fuentes consideradas desde la Ley de las Doce Tablas eran la vecindad, la paternidad, la tenencia de un testamento, etc. Finalmente en el derecho romano la sentencia era fuente de las obligaciones.

¹⁷ Sanromán Aranda, Roberto, *Las fuentes de las obligaciones*. Ed. McGraw-Hill, México, 1999, pág. 8.

1.1.2.2. MODOS DE EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES

En el derecho romano la extinción de las obligaciones tuvo un proceso evolutivo, ya que en la época republicana el cumplimiento de la obligación no bastaba para extinguirla, en el entendido de que la obligación era una "atadura", el deudor necesitaba desatarse, a través de un *contrarius actus* lo que daba lugar a que a pesar de cumplir la obligación, esta fuere nuevamente exigible, en caso de no realizar el acto contrario.

Esto se modificó en tiempos de Cicerón en que Aquilio Gayo creó el *actio doli* y *exceptio doli* que eran medios procesales para la defensa del deudor contra el acreedor que pretendía aprovecharse de la falta del *actus contrarius*, con lo que este dejó de ser requisito para la extinción de las obligaciones, desde entonces las obligaciones se extinguen *ipso iuri* y *exceptiones ope*, en el primer caso se consideran el pago (*solutio*), dación en pago, remisión de la deuda, novación, confusión, 'sentencia, pérdida del objeto debido, *capitis diminutio* (muerte de una de las partes) y abandono del objeto, en el segundo caso *ope exceptiones* tenemos: modalidades extintivas, pacto de *non petendo* (pacto de remisión) que se alegaba también *ipso iuri* y compensación.

1.1.3. LOS CONTRATOS

Hemos señalado como .fuentes de las obligaciones¹⁸ en páginas anteriores a los contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos, sin embargo, el señalamiento de los antecedentes históricos en el tema objeto de nuestra investigación, no puede pasar por alto el análisis aunque somero de los contratos en el derecho romano, en cuyo caso debemos distinguir dos periodos, el del antiguo derecho romano, donde regia el principio *nuda pactio obligatione non parit*, en cuyo caso las convenciones de las partes no bastaban para generar derechos y obligaciones, debían celebrarse en la forma que la ley autorizaba, los contratos estaban revestidos de solemnidades y no se perfeccionaban en caso de no cumplirse con las mismas.

El segundo período lo tenemos durante la época del imperio en que debido al avance del comercio y el crecimiento del imperio romano las formas no pudieron mantenerse en las costumbres y en el derecho, apareciendo contratos desprovistos de las antiguas formalidades "consensuales".¹⁹

A continuación señalaremos algunas categorías comprendidas en el derecho romano independientemente de su época, ya que para nuestra investigación resulta más importante los conceptos que la ubicación por épocas, las que sin embargo se sobreentienden a partir de lo explicado en el párrafo anterior.

¹⁸ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 17ª ed., Ed. Porrúa, México 2008, p. 235.

¹⁹ Quijada, Rodrigo, *Enciclopedia jurídica OMEBA*, México, 2005.

1.1.3.1. ELEMENTOS DEL CONTRATO

Resulta importante para efectos de nuestro tema de investigación resaltar la importancia del contrato como fuente de las obligaciones, considerando a este en el marco del derecho romano como el acto por el cual dos o más personas regulan sus respectivos intereses jurídicos y al cual el derecho objetivo atribuye determinados efectos según la función económico social del acto jurídico en cuestión.²⁰

En esta parte podemos apreciar los elementos de integración de un contrato, los sujetos determinan ciertos elementos variables y el derecho objetivo fija las demás consecuencias del contrato.

Los elementos de los contratos en este marco histórico son esenciales y accidentales, los primeros: sujetos, objeto, consentimiento, causa y forma. Cada elemento caracteriza particularmente al contrato y es susceptible de ciertos vicios, que pueden afectar la obligación resultante del contrato. Respecto de cada contrato se llevó a definir *essentia negotii* sin los que el negocio no puede existir y los *accidentalia negotii* que no valen si las partes no las incorporan expresamente. Los elementos esenciales deben estar presentes desde la celebración del contrato, esto se prevenía en los *regulae iuris* del Digesto en las citas 29 y 210 del Libro I Título XVII. Es conveniente tratar cada uno de los elementos esenciales y algunos accesorios de los contratos.

A). SUJETO ACTIVO Y SUJETO PASIVO

Resulta evidente el carácter indispensable de este elemento, ya que mínimamente para un acuerdo se necesitan de dos personas, las personas del contrato son también sujetos de la obligación.

El vicio que puede afectar este elemento es la incapacidad, es decir la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, en el derecho romano existe amplia literatura sobre la tutela como forma de representación de los sui

²⁰ Floris Margadant, Guillermo, "El derecho privado romano: como introducción a la cultura jurídica contemporánea", 26a ed., México, Esfinge, 2001, p. 317

iuris, la representación de pater²¹ de familia, la pluralidad de los sujetos activos y pasivos y las llamadas correalidad y solidaridad derivadas de la pluralidad, así como de la representación jurídica en general que por no ser objeto de nuestro tema de investigación solo las mencionaremos.

B).- EL CONSENTIMIENTO

Es la congruencia entre las voluntades declaradas de los sujetos, el consentimiento fue considerado gradualmente más importante hasta convertirse en el alma de todo negocio jurídico, sus vicios son: error, dolo, intimidación y lesión. Es necesario citar, aunque sintéticamente las particularidades de estos vicios del consentimiento.²²

Error, el carácter casuístico del derecho romano nos ofrece diversos casos de errores en el consentimiento de los contratos y resuelve los problemas a que estos dan lugar, desde Ulpiano se considera que donde hay error no hay consentimiento, sin embargo esta regla general tiene sus excepciones que se analizan principalmente en el Libro XVIII del Digesto, la primer división del error es de derecho y hecho, en el primer caso quien lo comete no puede alegarlo para invalidar el contrato, en el segundo se distinguen diversos casos como: in negotio, in demonstratiione, in sustantia, in quantitate, in corpore, in persona, in causa; el último caso del error de hecho lo habremos de tratar ampliamente cuando veamos "causa de los contratos".

La intimidación, consistente en la violencia física o psicológica que quita su libertad al consentimiento, la voluntad bajo coacción no deja de ser voluntad, sin embargo el pretor ayudaba al perjudicado de reunir los siguientes requisitos: que pudiera impresionar a un hombre valiente, que el intimidado no se comportara cobardemente, que la intimidación fuera legítima y que se tratara de una amenaza actual y verdadera dirigida contra el intimidado o sus hijos, aunque el negocio quedaba en pie tratándose de los hombres adultos, el culpable debía pagar a la víctima cuatro veces el daño sufrido, y tratándose de menores y mujeres se anulaba el negocio.

²¹ Floris Margadant, Guillermo, *El Derecho Privado Romano*, Ed. Esfinge, México, 2008, p. 22.

²² Sánchez Meda, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 24ª ed., Ed. Porrúa, México 2010, p. 160.

El dolo,²³ que en el derecho romano se consideraba de dos tipos *dolus malus*, y *dolus bonae*, en el primer caso se trataba de toda habilidad maliciosa o maquinación fraudulenta con que se engaña a otra persona, y en el segundo de actos de inteligencia, e inclusive humorísticos más que actos inmorales, entre el error y el dolo hay una íntima relación, ya que el objetivo del primero es producir en la otra parte un error de hecho, en el derecho clásico se concedía el *actio doli* a favor del perjudicado.

La lesión, este vicio consiste en aprovecharse de la ignorancia o de la situación difícil de otro contratante, con lo que se perturba el equilibrio entre la prestación y la contraprestación, en beneficio propio.

Desde el derecho romano este vicio del consentimiento se distingue del dolo del error y de la intimidación pues se abusa de la inevitable desigualdad intelectual o social que existe entre los hombres, y va contra las ideas estoicas y luego cristianas de la fraternidad humana, se comenzó a sancionar en época posclásica del derecho romano, así, por la esio enormis, en tiempos de Justiniano se invalidaba un contrato de compra-venta por el pago de un precio inferior a la mitad del valor real del inmueble.

En la Edad Media el concepto de lesión se extendió al préstamo con intereses y muchas legislaciones contemporáneas lo han retomado, lo que resulta como un sólido antecedente para el tema objeto de nuestra investigación, ya que indiscutiblemente los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria que celebran los bancos con los particulares en nuestro país tiene presente este vicio del consentimiento, por la desigualdad entre las partes y las prestaciones, y esto se debe a que nuestra legislación retorne lo establecido en el derecho francés que limita el concepto de lesión a unos pocos contratos; la relación del concepto de lesión con la teoría de la causa en el sentido de la contraprestación es evidente.

²³ Morineau Iduarte, Marta, op. cit. p.34.

1.1.3.2 EL OBJETO DE LOS CONTRATOS.

Este tercer elemento de los contratos puede consistir en un dare, lacere praestare, non facere o tolerare. El vicio relacionado a este elemento es la imposibilidad física o jurídica, aunque también en el derecho romano se consideraba como vicio del objeto la vaguedad en el mismo, por no ser valorable en dinero.

El objeto²⁴ es físicamente imposible cuando no existe, o cuando implica una obligación irrealizable, en este caso el problema es definir el límite de la imposibilidad, la cual queda al arbitrio-del juez, esta imposibilidad física cobra importancia en nuestro estudio en tratándose del cumplimiento de prestaciones onerosas en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, en donde la generación de intereses sobre intereses, hacen verdaderamente imposible el cumplimiento de los contratos, pues resulta exorbitantemente oneroso, por lo que el Juez desde el derecho romano partiendo del principio de buena fe determinaban que el acreedor no podía aprovecharse del cambio que modifica el equilibrio entre prestación y contraprestación perjudicial al deudor.

Este principio fue extendido hasta llegar a la Teoría de que todo contrato tiene una cláusula tácita que constituye el objeto central de nuestro tema rebús sic stantibus, esto ocurrió con los comentaristas medievales y significa: "Este convenio será cumplido si todas las circunstancias esenciales alrededor del mismo quedan sin modificar".

El objeto jurídicamente imposible es el contrario a la letra de la ley a su espíritu, o a las buenas costumbres por ejemplo los negocios que comprometen nuestras-libertades esenciales, la venta de las cosas públicas etc.

Cuando en el derecho romano se requiere que el objeto sea valorable en dinero, es en atención a que para exigir el cumplimiento de la obligación no podría existir acción, pues la condena no podría determinar la cantidad líquida a pagarse, esto es en las obligaciones de dar. Un principio lógico referente al

²⁴ Sánchez Meda, Ramón, op. cit. pp. 140.

objeto de los contratos es el de no implicar el otorgamiento de derechos o la imposición de deberes a terceros.

1.1.3.3 LA CAUSA DE LOS CONTRATOS

Aunque este término se ha usado en varios sentidos, lo que ha dado lugar a distintas consecuencias dogmáticas, que incluso en el campo de las obligaciones en general se usa como fuente de las obligaciones; lo que le hace extensiva no solo a los contratos, sino también a los cuasicontratos, cuasidelitos y delitos. En el estricto campo de las obligaciones la causa²⁵ tiene dos significados, uno como el motivo individual que impulsa un negocio jurídico, en un segundo sentido y en el caso de los contratos conmutativos la finalidad perseguida mediante la prestación, es la perspectiva de recibir la contraprestación en forma inmediata, es decir, la prestación es la causa de la contraprestación.

De lo anterior, se distingue que hay una causa *originalis* y una causa *finalis*. Si generalizamos el concepto de causa podemos decir que se requiere para cada contrato una motivación individual y que esta motivación corresponda a ideas básicas de la moral, por lo que un contrato puede ser "admisible o no" según la causa, esto implica una gran dificultad pues los jueces para analizar la causa de los contratos, deberían estar facultados ampliamente para escudriñar en la conciencia de las partes, convirtiéndose en guardianes de la moral y no del derecho.

Aunque en la actualidad se aprecian operaciones que aunque efectuadas en el marco de la legalidad²⁶ encubran negocios ilícitos como el lavado de dinero, o fraudulentos como los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria o de refinanciamiento y restructuración de deuda, efectuados estos últimos por los bancos en México, lo que justifica conceder facultades al juzgador para analizar la causa de los contratos, y que la legalidad de estos no encubra posiciones contrarias a la equidad, estas facultades existían en el derecho romano bajo las figuras jurídicas de *actio doli actio* y *doli actio inuidiarium* con las que el juzgador podía conciliar la moral y el derecho.

²⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano tomo II*, Ed. Porrúa, UNAM, México, 2009, pp.31-33.

²⁶ Baqueiro rojas, Edgard, *Derecho civil*, vol. I Ed. Oxford, México 2003, p. 68.

La causa originalis y la causa finalis se encuentran en una plataforma común bajo la cual podemos formular tres planteamientos: si la contraprestación falta la prestación carece de causa, en los contratos onerosos debe haber equilibrio entre la prestación y la contraprestación, la causa debe basarse en una correcta apreciación de los hechos.

Así, en el primer planteamiento por equidad se requiere que si la contraprestación llega a faltar, el deber de la prestación se anule, y que además se devuelvan las cosas en lo posible al estado que guardaban inicialmente mediante indemnización compensatoria, aquí vemos que "la teoría de la causa es fundamento del concepto de lesión y del enriquecimiento ilegítimo y que constituye sólidos antecedentes de la cláusula rebus sic stantibus y de la laesio enormis; en el segundo planteamiento se entiende claramente la necesidad de equilibrio entre la prestación y la contraprestación, en caso contrario aparece el concepto de lesión como vicio del consentimiento, por lo que la causa y el consentimiento comparten un mismo espacio.

En el tercer planteamiento la necesidad de ligar la causa con una correcta apreciación de la realidad se sobreentiende, y comparte espacios con vicios del consentimiento como el error y la lesión, aunque inicialmente la idea de causa como contraprestación se desarrolló con los contratos sinalagmáticos y conmutativos en el siglo XVIII durante la segunda vida del derecho romano se introdujo en los contratos gratuitos.

Al referimos a la causa de los contratos en el derecho romano es importante resaltar la teoría *fraus legis* es decir "fraude cometido en perjuicio de la ley"; en esta teoría se encuentran combinadas: la idea de que todo negocio tenga una finalidad típica objetiva, y el deseo de investigar los motivos individuales detrás de la "fachada impecable" de algún negocio jurídico (como por ejemplo en la actualidad los contratos de reestructuración de deuda en los que se acepta deberle al banco un capital que jamás se recibió, producto de la suma de un capital que se prestó inicialmente y una línea de crédito agotada por el cobro de intereses sobre intereses).

En la teoría frus legis aparecen la “simulación en los negocio jurídicos, que tiene tres elementos: el negocio-fachada, un pacto secreto y que la causa en sentido subjetivo del negocio simulado lógicamente no corresponde a la causa en sentido activo. Aunque esta simulación tuvo su origen en la comisión de fraudes a terceros y que aún se presenta en la actualidad por este motivo, los negocios jurídicos simulados, bajo la forma de contratos de restructuración de deudas son actualmente numerosos, del conocimiento público y permitidos por nuestras leyes.

1.1.3.4. FORMA DE LOS CONTRATOS

Este último elemento esencial de los contratos tiene su origen en la seguridad jurídica, aunque reduce la variada vida económica a combinaciones de tipos netos de negocios, favorece también la claridad.

El derecho romano en sus diferentes épocas acuñó diversas formas²⁷ de los contratos llegando al excesivo formalismo, pues en la época preclásica los principales actos jurídicos eran pequeñas piezas de teatro, en esa época el consentimiento y la causa estaban en segundo término, siendo la forma lo esencial; con el tiempo influido por el derecho canónico, se inició el camino hacia la libertad formal en materia contractual que llegó a su apogeo con la ideología del ius naturalismo en el siglo XVIII; en la época actual bajo el argumento de la seguridad jurídica el legislador impone determinadas formas a los contratos lo que nos ubica más cerca del formalismo. Los vicios posibles relacionados con la forma contractual en el derecho romano eran: el uso de formas distintas a las que exige la ley, sancionados en esa época en forma tan severa que el pretor declaraba la inexistencia del derecho sustantivo por ellos generado.

²⁷ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, 13ª ed., Ed. Porrúa, México, 2012, pp. 132-138.

1. 1.3. 5. ELEMENTOS ACCIDENTALES DE LOS CONTRATOS

Estos son aquellos que no están en contradicción con la causa en sentido objetivos, pero tampoco son una consecuencia ineludible de la misma, tampoco son indispensables para que el contrato corresponda a su típica función económica social, las partes están en libertad de introducirías *expressis verbis* o no, en este último caso no se incorporan automáticamente al contrato. Como tales modalidades en el derecho romano se mencionan: pena convencional, prenda, fianza, hipoteca, lugar especial de cumplimiento, deudores adicionales, acreedores adicionales, etc.

I.- INVALIDEZ

A pesar de la polémica que existe por los diversos tratadistas respecto de la invalidez, inexistencia y nulidad de los actos jurídicos, particularmente de los contratos, en este capítulo de nuestra investigación consideraremos desde el punto de vista del derecho romano a la inexistencia como el negocio jurídico que "nace muerto", a la nulidad como el negocio jurídico no viable, y a anulabilidad como la existencia constantemente amenazada por una constitución enferma, la que por así considerarse y aplicando esta comparación puede curarse por confirmación, ratificación o revalidación:

II. - INCUMPLIMIENTO

La aspiración normal es que los contratos se cumplan y en consecuencia se extingan las obligaciones en ellos consignadas, pero excepcionalmente existe el incumplimiento aunque éste sea justificado o no, debiendo distinguir dos casos de incumplimiento: que haya, o no, posibilidad de cumplir, en el primero el acreedor podía reclamar el cumplimiento o la rescisión más el pago de daños y perjuicios en ambos casos; en el segundo el argumento de Celso: *impossibilium nulla obligatio esto* (a imposibles nadie está obligado) permitía la defensa del deudor, este antecedente histórico debe tomarse en cuenta como una justificación para la incorporación de la Teoría de la Imprevisión a nuestra legislación contractual vigente que constituye la propuesta central de nuestro trabajo de tesis, ya que la afirmación "a imposibles nadie está obligado" es de

una lógica abrumadora, y se traduce en el "incumplimiento justificado de un contrato".

1.1.3.6. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

El derecho romano clasificaba a los contratos de la siguiente manera:

1.- Contratos Nominados: Eran reconocidos en el Ius Civile en la última época republicana, encontrando una subclasificación:

a).- **Contratos Verbis.**- El ejemplo típico es la Stipulatio, se perfeccionaban pronunciando frases consagradas por la tradición, relacionadas incluso con la religión o magia.

b).- **Contratos Litteris.** - Se perfeccionaban con el uso de la escritura.

c).- **Contratos Reales**> Se perfeccionaban mediante el consentimiento más la entrega del bien, estos comprendían dos submodalidades stricti iuris (préstamo de consumo y mutuo), y bonae fidei (comodato o préstamo de uso, la prenda²⁸ o pignus y el depósito).

d).- **Contratos Consensuales.**- Que aparecen durante la época del imperio como ya se ha mencionado, constituyendo un avance frente al derecho antiguo, y teniendo a su vez dos submodalidades: intuitu rei (compra-venta y arrendamiento), intuitu personae (sociedad y mandato).

II.- Contratos innominados. Le corresponden también cuatro grupos:

a).- **Do ut des** (doy para que des, por ejemplo la permuta).

b).- **Do ut facias** (doy para que hagas, por ejemplo: indemnización en especie por un servicio prestado).

c).- **Facio ut des** (hago para que des).

d).- **Facio ut facias** (hago para que hagas, por ejemplo intercambio de servicios).

²⁸ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2.pdf>

De la anterior clasificación, y siguiendo la línea conductora de nuestra investigación, nos referiremos particularmente a la *stipulatio*, ya que dentro de esta se estableció la estipulación de intereses en los contratos de préstamo, así, la *stipulatio*, consistía básicamente en el intercambio de una pregunta y una respuesta sobre una futura prestación, utilizando los verbos *spondere* o *promitteri*, en el derecho antiguo, buscando claridad formalista en la obligación contraída, se acostumbraba repetir toda la pregunta en la contestación, la *stipulatio* era un contrato unilateral, se utilizaba en una amplia gama de negocios, era prácticamente una forma que podía llenarse con cualquier contenido, el único inconveniente consistía en que las partes debían estar presentes en el momento de celebrarse. Específicamente la estipulación de intereses, paralelamente a la simple *stipulatio* como contrato *verbis*, es el origen del *mutuum* (contrato *re*), que consistía en la forma corriente que podían adoptar los contratos de préstamo, como ambos contratos eran *strictim iuris*, los pactos, *adyectos* que se referían a intereses, no tenían validez, por lo que requerían estipulaciones especiales para fijar los réditos debidos por un mutuuario.

El pago de intereses se sobreentendía cuando por ejemplo se entregaba el bien antes del pago, o se continuaba el uso del bien después del arrendamiento, o no se pagaba en la fecha vencida el préstamo, etc. resultando importante establecer el límite de los intereses, en tiempos de la Ley de las Doce Tablas el rédito máximo era el diez por ciento anual, en el año 342 a.C. una ley prohibió los intereses aunque casi inmediatamente quedó como letra muerta, en el año 51 a.C. se fijaron niveles máximos de intereses según la actividad y rango social del acreedor, señalando como límite el doce por ciento anual. La influencia del cristianismo en el derecho romano se manifiesta en la lucha contra la usura, conocida como *voracitas creditorum*, término que con toda precisión califica la actividad de los bancos de nuestro país al pretender cobrar intereses sobre intereses a los deudores, lamentablemente al amparo de una legislación obsoleta y de unas autoridades judiciales coludidas. En tiempos de Teodosio II se castigaba al acreedor que practicara la *voracitas creditorum* con multa e incluso con la pérdida de su crédito actitud que sería aplaudida por los deudores de la banca mexicana en el supuesto de llevarse a

cabos, esto era posible mediante la vigencia de la Lex anastasiana que prohibía el "anatocismo", que consiste en la práctica de cobrar intereses sobre intereses de origen griego y que constituye una importante incorporación jurídica al derecho romano".²⁹ Por disposición de la ley anastasiana los réditos - acumulados y atrasados no podían exceder del importe del capital (supra duplum usurae nec exigi possut).

Incorporado en el Digesto por Justiniano, y que se originaba que en un momento los intereses no tenían que pagarse ya, Justiniano también redujo el máximo de intereses, también en atención a la calidad social del acreedor, introduciendo también la acción de "pago de lo indebido" cuando los intereses rebasaran el monto de la deuda, en cuyo caso, el excedente debía devolverse al deudor.

Como veremos en el análisis jurídico de la Legislación mexicana, en páginas posteriores, se conserva el criterio Justiniano de diferenciar, en este caso, entre comerciantes y particulares, lamentablemente con signo inverso bajando el rédito legal entre comerciantes.

La justificación de incorporar la Teoría de la Imprevisión a la legislación contractual mexicana, tiene sólidos antecedentes en la evolución del derecho romano, al cual nos hemos referido en forma general, resaltando en el análisis del consentimiento, de la causa, y de la stipulatio de intereses, que en 'la parte doctrinal de nuestra exposición tendrán gran importancia en la formulación de la "Teoría de la Voluntad" así mismo, resultan fundamentales dentro del derecho canónico para la formulación de la cláusula rebus sic stantibus, sin embargo la Teoría de la Imprevisión, tiene también su fundamento en los principios generales del derecho o regulae iuris, que como ya sabemos en el derecho romano se enuncian casuísticamente y no agrupados como la doctrina y la ley los presentan, para sustentar nuestra tesis históricamente, debemos citar los principios generales del derecho contenidos en el Título XVII del Libro L del Digesto que constituye el antecedente jurídico más importante del derecho romano.

²⁹ Floris Margadant, Guillermo, *Panorama de La Historia Universal del Derecho*, 7ª ed., Ed, Porrúa, México 2007, p. 75.

1.1.4. DIGESTO LIBRO L TITULO XVII

Las 211 reglas que contiene el título XVII del Libro L del Digesto³⁰ obligan forzosa y necesariamente a reunir las bajo determinados rubros para su comprensión y estudio, ya que están citadas casuísticamente, por ello solicitaremos las que se refieren a los contratos y obligaciones, y los regulae iuris relacionados.

Tales reglas fundamentalmente se refieren al derecho común, o sea, al civil, el cual es la base de los derechos romano-germánico del mundo occidental en el que se ubica nuestro país.

Los juristas que se citan en el Digesto son los siguientes: Paulo (63); Ulpiano (6); Gayo (17); Pomponio (16); Papiniano (11); Celso (9); Lulianus (6); Lavolenus(5); Quinto Mucio Scaevola (5); Modestino (4); Marciano (2); Hermogeniano (2); y Marcelo (1).

³⁰ Triboniano, Teófilo Doroteo, Calvo y Madroño Ismael, *Instituciones del Emperador Justiniano*, Ed. Ediciones Coyoacán, México 2011, p.21.

1.1.4.1. CONCEPTO DE REGLA

La primera regla del Digesto tomada de Paulo establece lo que debe entenderse como tal: "Es regla la que describe brevemente cómo es una cosa. No que el derecho derive de la regla, sino que ésta se abstrae del derecho existente. Así, pues mediante la regla se trasmite una breve descripción de las cosas, y, como dice Sabina, es a modo de resumen, que, se falla en algo, resulta inútil".

El concepto anterior de reglas corresponde al actual de norma.

Pese a lo manifestado anteriormente, la regla 202 establece que en derecho civil toda definición es peligrosa, pues es difícil que no tenga que ser alterada.

1.1.4.2. PRINCIPIOS DE DERECHO

Las reglas de derecho o dogmática jurídica que jugaron un papel preponderante en la ciencia jurídica romana también se hacen presentes al establecerse.

En las cuestiones, dudosas siempre se prefiere el mínimo efecto:

I.- No debe ser lícito al demandante, lo que no se permite hacer al acusado, en caso dudoso es mejor favorecer la repetición de una cosa que el lucro sobrevenido. (Ulpiano 41).

II.- En todo el derecho, lo específico deroga a lo genérico, y prevalece siempre lo que se refiere a lo específico. (Papiano 80).

III.- La justicia debe observarse siempre, pero todavía más en el derecho (Paulo 90).

1.1.4.3. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

En las Institutas se considera a la obligación como el vínculo jurídico por el que somos constreñidos' por la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad. Al Respecto, el Digesto señala como tales:

a).- En las obligaciones, las cosas que es imposible dar o que no existen, se tiene por no puestas. (Ulpiano 135); esta regla que parte de un principio lógico, constituye un fundamento esencial de la Teoría de la Imprevisión, ya que el cambio imprevisto de las condiciones existentes en la celebración de un contrato, puede hacer verdaderamente imposible su ejecución, basta señalar que en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, en los que el deudor recibió inicialmente un beneficio de por ejemplo trescientos mil pesos, y con un vencimiento a veinte años, actualmente a solo cinco años de la celebración, la deuda, por el cobro de intereses sobre intereses, asciende a cerca de un millón de pesos, de que anualmente se genera por concepto de intereses una cantidad mayor a la que fue prestada, que verdaderamente imposibilita su cumplimiento.

b).- Nos liberamos de una obligación aproximadamente por los modos contrarios de aquellos por los que nos obligamos (Paulo 153)

c).- Nada puede ser reclamado antes del momento en el que pueda pagarse según la naturaleza de las cosas; y cuando se fija un plazo para el pago de la obligación no puede reclamarse en tanto no ha transcurrido el plazo. (Celso 186); los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria son contratos de tracto sucesivo, los acreedores con el atraso de uno de los pagos apoyados en la literalidad del contrato y en el derecho positivo vigente, dan por vencido anticipadamente el plazo, lo que entra en franca oposición a este principio contenido en el Digesto, siendo indudablemente contrario a la justicia.

1.1.4.4. CONTRATOS

Los contratos consistentes en el acto jurídico bilateral que se perfecciona por el acuerdo de voluntades y que produce consecuencias jurídicas, también los encontramos en las reglas del Digesto, al respecto se dispone:

a).- La responsabilidad en que incurren los contratantes puede provenir de dolo (malo) y culpa. (Ulpiano 23).

b).- La responsabilidad por dolo y culpa se localiza en los contratos de mandato,³¹ el comodato, la venta, la prenda, el arriendo, la dación de dote, la tutela, la gestión de negocios, la sociedad y la copropiedad. (Ulpiano 23).

Bernardo Pérez Fernández del Castillo, dice: mandato es un contrato, tiene como objeto obligaciones de hacer, consistentes en la celebración de actos jurídicos³².

c).- En los contratos debe atenderse a lo que se ha querido hacer y si esto no resulta claro entonces debe seguirse la costumbre, ya que es consecuente seguir lo que es más frecuente en la región en que se hizo. (Ulpiano 34).

³¹ Sepúlveda Sandoval, Carlos, *“Contratos civiles”*, Ed. Porrúa, México 2006, p. 811.

³² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *“Representación, Poder y Mandato”*, 12ª edición, Ed. Porrúa, México, 2003, pp. 7 y 8.

1.1.4.5 FACULTADES JUDICIALES

Consistentes estas en la actuación de las autoridades, el Digesto establece:

El que puede condenar puede absolver, Ulpiano (37); este principio justifica históricamente la participación del órgano judicial para readecuar las condiciones de ejecución de aquellos contratos en los que las condiciones existentes en su celebración se modifican notablemente en su ejecución, imposibilitando el cumplimiento, por lo que deben concederse al órgano judicial estas facultades, y alcanzar la equidad en las prestaciones y contraprestaciones contractuales.

1.2. DERECHO CANONICO

Como ya hemos señalado en páginas anteriores, el derecho mexicano pertenece a la familia romano germano canónica, y particularmente al estudiar la Teoría de la Imprevisión debemos analizar en el derecho canónico cuales fueron los elementos que al sumarse dieron origen a la cláusula rebus sic stantibus, (mientras las cosas permanezcan igual), que constituye el sustento fundamental de dicha Teoría. En las diversas épocas, instituciones y obras del derecho canónico solo citaremos aquellas que tengan relación con el tema objeto de nuestra investigación.

Para ubicarnos en el estudio del derecho canónico y de la línea de nuestra investigación, el marco histórico de referencia, lo dividiremos en cuatro etapas: el primer período o primitivo llamado también *ius antiquom* que abarca desde la fundación de la iglesia católica hasta el siglo XII, el segundo período o medio, conocido como *ius novum*, que abarca desde el Decreto del Monje Gratiano en el siglo XII al siglo XV, el tercer período o moderno, llamado *ius novissimum*, que abarca desde el Concilio de Trento, hasta la codificación de 1918; y finalmente el cuarto período contemporáneo o *ius vigens* que abarca las codificaciones posteriores incluido el *Codex*³³ *Iuris Canonici* de 1983.

Es indiscutible que el derecho canónico tiene dentro de sus fuentes históricas a la Ley Mosaica, la cual a pesar de su rigurosidad, atenuada por el Cristianismo contenía principios de justicia o solidaridad que pueden considerarse antecedentes remotos de la Teoría de la Imprevisión, así encontramos que entre los años 900 y 600 a.C. en el Deuteronomio la obligación de los hebreos de perdonar las deudas cada siete años, y que incluso si un miembro de la sociedad necesitaba un préstamo, el eventual acreedor no debía tomar en consideración la cercanía del séptimo año, este principio de justicia favorecía a los deudores que en siete años o menos si pedían prestado cerca del séptimo año no hubiesen podido pagar por una mala cosecha, pérdidas en el comercio o por causa de enfermedad, circunstancias que pueden considerarse como una forma de imprevisión, y que a más de dos

³³ Corral Salvador, Carlos, *Diccionario De Derecho Canónico*, 2ª ed., Ed. Tecnos, España, 2000, pp.115-118.

mil seiscientos años de distancia, se aprecia una ley más justa que la actual. Es importante señalar que el Código de Hammurabi establecía para el deudor agricultor el perdón de los intereses después de un año de mala cosecha y el derecho a pagar la deuda mediante entrega de productos agrícolas con tarifas especiales es decir, una dación en pago sin consentimiento del acreedor.³⁴

"La actitud humanizante del cristianismo³⁵ desde sus orígenes le valió la aceptación gradualmente en el Imperio Romano, y posteriormente en otros lugares, así mismo contribuyeron también: el sincretismo no oficialmente aceptado, pero que permitió incorporar el celibato de la religión mitraica en la clase sacerdotal, las jerarquías angélicas de los persas, una simbología totémica (la paloma, la serpiente), conservo la Thorá (Ley de Moisés), cuyo monoteísmo fue atenuado por el concepto de trinidad, la veneración a la Virgen María, y al conjunto de beatos y santas, que eran más accesibles a la idiosincrasia politeísta de los romanos, por otra parte el ingreso a la religión cristiana a través de la fe y del bautismo en agua frente a prácticas excluyentes de otras religiones.

Es recomendable en la evolución inicial del derecho canónico el conocimiento de las citas de Flavio Josefo, Cornelio Tácito, Plinio el Joven y Sulpicio el Severo documentadas en el Manual Canónico de Carlos Hamilton.

La religión cristiana fue perseguida, pero ya en el año 100 de nuestra era el Emperador Tertuliano dijo: "Los cristianos han llenado el mundo romano", el cristianismo se propago entre ricos y pobres, nobles y plebeyos, gentiles y judíos, de modo que durante los trescientos primeros años se convirtió en la religión oficial del imperio romano y de perseguidos se convirtieron en perseguidores de las religiones "paganas", ya que en el año 392 d.C. se consideró crimen de lesa majestad el culto a los antiguos dioses.

La doctrina difundida por Jesucristo que rebasaba los límites de la equidad y la justicia en busca del amor, la paz, la solidaridad, la bondad, etc. y

³⁴ Floris Margadant, Guillermo, op. cit. p. 43-50.

³⁵ Fletcher, John, y Roper, Phd., Alfonso, *Historia general del Cristianismo del siglo I al siglo XXI*, Ed. Clie, España, 2008, p.32.

luego difundida por los apóstoles y discípulos, y más tarde por la estructura inicial de la iglesia católica se plasmó gradualmente en lo que conocemos como derecho canónico³⁶, consistente "en el conjunto de normas jurídicas que regulan la estructura de la Iglesia Cristiana, principalmente católica y de diversas actividades extra religiosas"

La relación entre el derecho canónico y romano es muy estrecha, las lagunas del derecho canónico eran llenadas por el derecho justiniano, salvo incompatibilidad' con el espíritu y letra del derecho canónico, la combinación del derecho romano y del derecho canónico se denominó *ius commune*, y desde principios del siglo XII ambas materias se enseñaron en las universidades europeas.

La iglesia con autoridad sobre juramentos como ya se mencionó extendió su jurisdicción a otros campos fuera de los estrictamente religiosos, los contratos y las obligaciones. Respecto a las obligaciones el derecho canónico adoptó una actitud de oposición a las formalidades excesivas del derecho romano, recordemos que en la época clásica, el simple cumplimiento de la obligación no la extinguía, sino que debía llevarse a cabo el acto contrario por el que el deudor se había "atado", como vemos, el espíritu del cristianismo influyó notablemente en la evolución del derecho romano, sin embargo en los contratos matrimoniales desde esa época hasta la actualidad se observó un ambiente formal eclesiástico, convirtiéndose gradualmente en una *conditio sine qua non*, ya que se considera al matrimonio en este contexto un sacramento, sin embargo, el elemento esencial de los contratos lo era el consentimiento en oposición a la forma.

El derecho canónico³⁷ influyó notablemente en el tratamiento de la *laesio enormis* del derecho justiniano, en el que no se validaba una: compra-venta realizada por un precio menor de la mitad del objeto vendido, gradualmente este beneficio se extendió al comprador y finalmente al préstamo con intereses, tengamos presente que el *ius naturalismo* extiende la idea de lesión a todo

³⁶ Martín de Agar, José T., *Introducción al Derecho Canónico*, Ed. Tecnos, México, 2007, pp.23-29.

³⁷ *Diccionario enciclopédico, Asuri*, tomo III, Ed, Santillana, España, 1993, p.715.

contrato, criterio abandonado en la legislación mexicana por el establecido en el código napoleónico. El derecho canónico considerando el desequilibrio entre un valor alto y un precio bajo, si la injusticia era de dos tercio o más del valor del objeto o del precio los canonistas crearon *laesio enormissima* con ventajas especiales para el actor.

Los canonistas colaboraron también con los romanistas en el refinamiento de la Teoría de la Necesidad, cuyo fundamento lo encontramos en los textos justinianeos, esta consiste en que si una persona se llegase a encontrar sin culpa propia en una situación de emergencia estando en riesgo su vida, la de sus familiares, o un valor importante, puede sacrificar valores ajenos sin que esta conducta sea punible.

En este orden de ideas (*laesio enormissima*, teoría de la necesidad) y retornando el principio de Celso *impossibilitatum nulla obligatio est*, el derecho canónico desarrollo la idea de que todo contrato existe una cláusula invisible pero eficaz la de *rebus sic stantibus*, esto implica que la integración de los contratos no se daba solo por lo expresamente pactado sino debían considerarse elementos adicionales que fundamentalmente tratándose del derecho canónico eran los principios generales del derecho, esta cláusula implicaba que si de modo imprevisible, alguna circunstancia íntimamente ligada a la intención de una de las partes (consentimiento, voluntad, causa) y existente en el momento de celebrarse el contrato, posteriormente cambia y altera en forma considerable el origen equilibrio entre prestación contraprestación la parte perjudicada podrá exigir la renegociación en términos de la relación contractual, incluso la anulación del contrato. El significado literal de *rebus sic stantibus*, si las cosas permanecen igual.

Al mismo tiempo que el Monje Ireneo ponía orden al derecho romano, el Monje Gratiano a principios del siglo XII lo hacía para el derecho canónico, el decreto Gratiano cuya publicación se ubica aproximadamente en los años 1120 a 1140, separa el estudio del derecho canónico de la teología, el Papa Gregorio IX en el año 1235 aproximadamente decide completar esta obra agregándole cinco Decretales, y el Papa Bonifacio VIII en el año 1298 agrega el Líber VI, Juan XXII en 1317 agrega el Líber VII llamado Las Clementinas por el papa

Clemente V y finalmente se agrega a este conjunto "Las Extravagantes" (Normas Comunes), publicadas en el año 1500 como colección de conjunto bajo el nombre "Chapuis ", que es el Corpus Iuris Canonis, de estas obras para efectos de nuestra investigación, la más importante es el Líber VI de Bonifacio VIII, ya que este contiene los Regulae Iuris o Principios Generales del Derecho, este es el equivalente del Libro L Capítulo XVII del Digesto; y del mismo modo los Principios Generales se describen, casuísticamente, de los cuales podemos resaltar:

I.- "Nemo potest ad impossibile obligari (A ninguno puede obligarse un imposible).

II.- "Multa pro utilitate commune contra iuris asperitatem ex aequitate mansuetudini tolerari decet" (Conviene por equidad en beneficio de común de muchas cosas contra el rigor del derecho)

III.- "Locupletati non debet quis cum alterius iniuria vel jactura" (Ninguno debe enriquecerse injustamente en daño de otro)

"Juramentum non debet esse vinculum inequitate" (El juramento no debe ser vínculo para la inequidad)

IV.- "Inanis est actio quam inopia debitoris excludit" (Es vana la acción de un acreedor, si la excluye la pobreza del deudor)³⁸

La importancia del Líber VI se traduce en que primero, retorna reflexiones del Digesto, y a su vez, los Regulae Iuris del Líber VI sirven como fuente histórica jurídica de las Reglas del Derecho, publicadas en la edición mexicana de Sala 1833,³⁹ y de la que en el capítulo de derecho castellano nos referiremos en particular.

En la actualidad la iglesia católica tiene un papel protagónico en el contexto mundial, principalmente en un país como el nuestro cuyos habitantes son en su mayoría católicos y las divisiones dadas al seno de la iglesia católica

³⁸ Soberanes Fernández, José Luis, *Principios Generales del Derecho en México un ensayo histórico*, 1ª ed., Ed. Porrúa, México, 2003, pp. 37-53.

³⁹ *Ibidem*. pp. 17-19.

durante estos dos mil años: Arrianismo, iglesia ortodoxa (Roma vs. Bizancio), iglesia protestante (Luteranismo, Calvinismo), iglesia anglicana, los movimientos históricos de oposición a la iglesia católica: el Real Patronato, febrionismo, galicanismo, josefismo y regalismo; los movimientos sociales: liberalismo, socialismo y comunismo.

El desarrollo científico, los Estados Nacionales (históricamente) y actualmente la mundialización y globalización han limitado considerablemente la influencia católica en nuestros días, la que ha adoptado nuevas formas de participación en el ámbito de las decisiones: teología de la liberación, partidos demócratas cristianos, el opus dei, concordatos con estados nacionales y alianzas con las iglesias: cóptica, luterana, presbiteriana, anglicana e incluso acercamientos con el Patriarca de la iglesia judía y el Dalai Lama, le han permitido adaptarse a esta época de cambios, han quedado atrás la "Querrela de las Investiduras", la "Influencia Ultramontana", "Las Cruzadas", y otros movimientos que encubiertos de un matiz religioso, dejaban en el olvido el "Sermón de la Montaña", la doctrina humanizante de la Iglesia Católica se ha hecho presente en las constantes solicitudes del Papa Juan Pablo II para que los países ricos perdonen la deuda a los pobres esta actitud porque debido a los desajustes en la economía mundial, las deudas de los países subdesarrollados son impagables, indiscutiblemente esta posición papal tiene su apoyo en la cláusula *rebus sic stantibus*, y en el principio de Celso *impossibilitibum nulla obligatio est*.

1.3. DERECHO CASTELLANO

El año 1521 marco en nuestro país la fusión de los aztecas y españoles, a través de la conquista caracterizada por la imposición de religión, de cultura y lógicamente del derecho; como ya hemos mencionado que el derecho mexicano pertenece a la familia romano germano canónica, pero es a través de la conquista por los españoles que esta influencia se manifiesta primero en el derecho español, en el derecho indiano y actualmente en nuestro derecho positivo vigente, por ello es muy importante señalar las aportaciones del derecho español en materia de contratos y obligaciones al derecho mexicano y buscar los antecedentes de la Teoría de la Imprevisión en el derecho español,⁴⁰ teniendo en cuenta los rasgos muy particulares del derecho español, debido a la simbiosis muy particular del derecho romano aplicado en Península Ibérica hasta el siglo V d.C. al derecho bizigótico por la llegada de los pueblos germánicos a Hispania, resultando las recopilaciones *Leges Romanae Barbarorum*, la invasión musulmana del año 711 d.C.

En todo el occidente; en tiempos de la Baja Edad Media existía un vivo interés por el derecho Justiniano, a partir del redescubrimiento del Digesto por el Monje Ireneo en el norte de Italia y la necesidad lógica de encontrar un derecho racional que favoreciera al comercio ante las inconveniencias de la dispersión jurídica. El derecho español debe a Castilla importantes intentos de unificación jurídica, el Rey que contribuyo más a esta tarea fue Alfonso X el Sabio, con aportaciones de legislación 'positiva y consideraciones moralistas y filosóficas acerca del derecho, su obra las Siete Partidas tiene una profunda influencia romanista y fue paralela al florecimiento de los estudios académicos del Corpus Iuris. Un aspecto de la historia jurídica española son las relaciones Iglesia-Estado, que en 1480 con el establecimiento del tribunal del Santo Oficio o Inquisición marca una época de oscurantismo, pues a través de un fanatismo religioso se ocultaron prácticas sádicas e injustas.

⁴⁰ Castañeda Rivas, María Leoba, *El Derecho Civil en México dos siglos de historia*, Ed. Porrúa, México, 2013, pp. 23-29.

Una rama importante del derecho español fue el mercantil, independizado del derecho civil desde el siglo XII y finalmente codificado en las ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737.

La influencia del derecho castellano 'en nuestro país se debe al carácter supletorio que se le concedió, y debido a la falta de normas ius privatistas se origina que las fuentes del derecho castellano tuviesen un carácter predominante, lo anterior debido a que también en materia de contratos y obligaciones las normas del derecho indiano pertenecen claramente al derecho administrativo, como: control de precios por parte de la corona, monopolios de la corona sobre ciertas mercancías, restricciones a funcionarios para ciertos actos jurídicos, etc.

Resulta incuestionable la influencia que en el derecho castellano tuvieron el derecho romano y el derecho canónico, particularmente en el tema objeto de nuestra investigación, las ya mencionadas Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, que se considera la obra que acabo por absorber con su autoridad la de los códigos, por "Ser el monumento más grandioso de la legislación del siglo XIII",⁴¹ concretamente la Tercera Partida en su Título Segundo referida al Contrato de Préstamo o Mutuum, también en materia procesal el juez no estaba obligado a la aplicación estricta de la Ley, ya que las máximas morales y religiosas abundantes en las Siete Partidas, orientaban por su conducta.

Hemos analizado los *regulae iuris* en el derecho romano y en el derecho canónico, en estos hablar de principios generales del derecho es hablar de reglas que se enuncian casuísticamente, y que en las siete partidas se definen como: "Regla es, ley dictada brevemente con palabras generales que demuestra el sentido de la cosa sobre la que hablara alguna ley señalada de nuestro libro que fuese contraria a ella.

Es como quiere que la fuerza y el entendimiento de las reglas, hayamos puesto ordenadamente en las leyes de nuestro libro, según conviene; pero queremos aquí decir los ejemplos que más cumple al entendimiento de ellas,

⁴¹ Pallares Portillo, Eduardo, *Apuntes de Derecho Procesal Civil*, Ed. Porrúa, México, 2012, p. 41.

según los sabios mostraron: porque nuestra obra sea más cumplida de entendimiento".

El Libro VII de las Siete Partidas contiene las Regulae Iuris, de las cuales citaremos tres que justifican respectivamente: la primera la Intervención Judicial, para entre otras cosas restablecer las condiciones de equilibrio, y las siguientes para absolver del cumplimiento ante una imposibilidad que se traduzca en una excesiva onerosidad, dichas reglas son:

"Regla XI.- Como aquél que puede condenar, que puede absolver, y, por el contrario.

Y además dijeron que aquel puede condenar a otro que ha poder de lo quitar. Más aquel que ha poder de quitar, a las veces no puede dar sentencia de condenamiento: esto sería, como si fuese acusado algún juzgador ordinario de alguna Villa ante el adelanto de la tierra, o el Comité, delante de su almirante: Por qué, porque, si le fuese probado algún yerro que hubiese hecho, porque mereciese muerte, o perdimiento de algún miembro, no lo puede él condenar menos de hacer saber al Rey primeramente. Pero si probado no le fuere, puedelo dar por absuelto, así como se muestra en las leyes de este Libro, que hablan en esta razón.

Regla XVII.- Como nadie se debe enriquecer con daño de otro.

Y aún dijeron, que ninguno debe enriquecer tortizadamente con daño de otro.

Regla XXIII.- Como nadie puede dar a otro beneficio contra su voluntad.

Y aun dijeron, que no puede el hombre dar beneficio a otro contra su voluntad.

Para tener una idea general del derecho castellano, citaremos algunos de los principios de la Ilustración del Derecho Real de España, ordenada por Don Juan de Sala; reformada y añadida con varias doctrinas y disposiciones del Derecho Nobilísimo y Derecho Patrio Libro Tercero Título XII, que permiten

la continuidad de las más importantes obras jurídicas del derecho romano, del derecho canónico y del castellano, principalmente como fuentes históricas jurídicas de las reglas del derecho que son los antecedentes de los Principios Generales del derecho, estas obras recopiladas son: Corpus Iuris Civilis. (Títulos XVI y XVII del Libro. L), Corpus Iuris, Canonis (Títulos XVI y XVII del Libro L), Decretales de Gregorio IX, Liber VI de Bonifacio VIII (Títulos XL y XLI), las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio (Título XXXIV de la Partida VII), y los Brocardos de los Glosadores y Postglosadores."⁴²

I.- "No puede pedirse antes de que naturalmente pueda pagarse, cuando la obligación se puso plazo, no puede pedirse hasta que se cumpla".

II.- "Lo que es nulo en su principio, no se hace válido por el tiempo",

III.- "Necesidad dispensa la ley".

IV.- "A ninguno nadie puede obligarse a un imposible"

V.- "Conviene por equidad en beneficio de común de muchas cosas contra el rigor del derecho clara y dirigida al bien privado sino a la utilidad común de los ciudadanos".

VI.- "Ninguno se debe enriquecer en daño de otro"

VII.- "Las leyes son para las cosas y no para las palabras".

VIII.- "En vano invoca el auxilio de la ley el que obra contra ella".

IX.- "Los caracteres de la ley son: que sea honesta, justa, posible, no contraria a la naturaleza, conforme a las costumbres, conveniente al lugar y tiempo, útil".

X- "El juramento no debe ser vínculo para la equidad".

XI.- "A nadie puede quitarse el beneficio que le concede el derecho".

XII.- "De donde nace el derecho, no puede resultar la injusticia",

⁴² Soberanes Fernández, José Luis, op. cit. p. 17.

XIII.- "En las cosas oscuras o dudosas debe seguirse lo que no sea contrario a las leyes".

XIV.- "Es vana la acción de un acreedor si excluye la pobreza del deudor".

XV.- "Las cosas dudosas deben interpretarse benignamente".

XVI.- "Ni daña ni favorece la expresión de las cosas que son tácitamente inherentes".

XVII.- "La causa del reo es más favorable que la del actor".

XVIII.- "No hay lugar a ficción cuando el caso es imposible".

XIX.- "Las condiciones imposibles o de cosas que no hay en la naturaleza se tienen por no puestas".

XX.- "El error quita la voluntad, descubre la impericia de su autor".

XXI.- "Al caso fortuito nadie está obligado sino por culpa, acto o tardanza".

XXII.- "Las leyes favorecen al engañado no al que engaña".

XXIII.- "El convenio es lo que da ley a los contratos",

XXIV.- "A nadie debe favorecerle su fraude o dolo".

XXV.- "Cuando hay error común su suple con la legislación necesaria"; este principio es importante pues resalta la intervención judicial en caso de imprevisión.

XXVI.- "Conviene restringir lo odioso y extender lo favorable".

XXVII.- "Las convenciones de los particulares no pueden derogar el derecho público".

XXVIII.- "Cualquiera puede mejorar pero no empeorar la condición de otro".

XXIX.- "Lo que no es lícito en la ley lo hace lícito la necesidad",

XXX.- "Puede alegarse la razón a falta de derecho escrito".

Las expresiones anteriores contienen indiscutiblemente: imposibilitum nulla obligatio est (a imposibles nadie está obligado), rebus sic stantibus (mientras las cosas permanezcan igual), así como también la Teoría de la Necesidad del Derecho Canónico, de la causa y el consentimiento del derecho romano, y la intervención del juzgador, elementos que como veremos más adelante conforman la Teoría de la Imprevisión.

1.4. EL DERECHO GERMANICO

Para su estudio podemos dividir la evolución del derecho germánico en: período primitivo, período medieval, y contemporáneo. El derecho germánico comprende entre los germanos occidentales: francos alemanes, sajones, anglos, suizos, longobardos y bavieros; los germanos orientales, godos, gorgoñeses y bárbaros, y los norteños: suecos, daneses y noruegos.

El mundo germánico presenta cierta unidad jurídica.

La fase del derecho primitivo germánico termina aproximadamente en el año 500 d.C., cuando los germanos establecen en forma definitiva en el suelo del antiguo imperio romano, el derecho era totalmente consuetudinario y orientado hacia la paz del grupo sin preocupaciones por la equidad, en este período no encontramos antecedentes a favor de la Teoría de la Imprevisión, ya que incluso los contratos de préstamos se hacían con una hipoteca sobre el cuerpo del deudor y existía la esclavitud por deudas.

El segundo período del derecho germánico nos lleva al centro de Europa, en la alta Edad Media, destaca en primer lugar la evolución del imperio que pretende continuar la tradición del imperio romano, íntimamente ligado a la iglesia católica, pero desde Caria Magno se encuentra en manos de líderes germánicos llamado finalmente "El Imperio Sacro-románico de la Nación Germánica" conocido también como el "Reich", que termina en 1806 a causa de la influencia de Napoleón. La idea original del Reich era la de un mundo cristiano conjuntamente creado por el Papa y los emperadores. La baja Edad Media comienza con el surgimiento de los Habsburgo desde 1873.

Según Chiovenda, el derecho procesal germano es uno de los antecedentes del derecho procesal europeo, caracterizado porque el objeto no era impartir justicia, sino un medio de pacificación 'social, un sistema – probatorio retornado en los procesos inquisitoriales como los Juicios de Dios y Ordalías, Combates Judiciales y la intervención de la divinidad en el juicio, estos son los llamados Ordus Solemnes y Udicarios.

La llegada del derecho germano implicó un retroceso respecto a la evolución de los contratos, porque estas comunidades mezclaban un elemento formal con elementos simbólicos, e incluso el miedo a la venganza privada era una razón para cumplir los acuerdos.

Entre las codificaciones sobresalientes de este periodo encontramos: el espejo de sajón compilada entre 1215 y 1235, el espejo de suavia en 1275; aunque se considera al derecho común Sajón como competidor de derecho romano durante varios siglos y muchas regiones, afortunadamente, dos factores contribuyeron a la expansión del derecho romano hacia el norte: la enseñanza universitaria del derecho Justiniano desde el siglo XIII y el auge del derecho canónico incluido de reglas romanas.⁴³

De los países considerados dentro del derecho germánico, para efectos de nuestra investigación citaremos la época moderna solo del derecho alemán y del derecho francés, que nos permiten encontrar en el caso del derecho alemán la continuidad histórica con la Teoría de la Imprevisión, y del derecho francés la ruptura con este paradigma retornando la Teoría de la autonomía de la voluntad, de la ejecución forzosa que corresponden al *pacta sunt servanda* de derecho romano.

⁴³ Floris Margadant, Guillermo, *op. cit.*, p. 174.

1.4.1. DERECHO ALEMAN.

Por lo que respecta al derecho privado alemán la creación desde la época del renacimiento del Reichskammergericht (Tribunal Supremo del Imperio) en 1495 permitió la aplicación preferente del derecho romano. Lo anterior hizo que en las generaciones posteriores se observara una progresiva romanización y uniformación del derecho alemán, tengamos en cuenta que al hablar de romanización, debemos entender también la estrecha relación al derecho canónico, por ello las reinterpretaciones del espejo de Sajonia en Alemania se pueden considerar como romanizantes, por lo que podemos considerar que en Alemania durante los siglos XVI, XVII y XVIII, existe un usus modernus pandectarum (recordemos que el Digesto es conocido también como Pandectas), esto consiste en una utilización modernizante del Corpus Iuris, es decir un derecho Justiniano mezclado con normas germánicas "razonables", derechos locales y legislados y principios ius naturalistas, por lo que debemos entender respecto a nuestro tema de investigación que se mantuvieron vigentes: los principios inops in actum, nulla obligatio est in re aliena, y lo relativo al consentimiento y causa de los contratos.

En el derecho alemán la Teoría de la Imprevisión ha recibido apoyo doctrinario en el principio de la buena fe, por lo que se considera para integrar un contrato que los contratantes están obligados a observar buena fe en el cumplimiento, no deben hacer más gravosos los efectos de acto, toda ventaja o beneficio a costa del sacrificio ajeno, que no haya sido concedida por la ley debe ser descartada para obrar de buena fe.

En los años de 1916, 1918 y 1920 la Corte de Leipzig declaró que los artículos 242 y 325 del Código Civil alemán "exigen buena fe en la ejecución del contrato y ésta no puede cumplirse por el deudor ni ser reclamada por el acreedor cuando por consecuencia de modificaciones completas sobrevinientes de las circunstancias esta ejecución se convierte económicamente en otra y no corresponde a la que habían pensado y querido primitivamente las partes".

El 28 de noviembre de 1923 el Tribunal del Reich se apoyó en esta noción de buena fe para reevaluar las deudas pecuniarias afectadas por la inflación y relacionadas a las deudas hipotecarias por mutuo,⁴⁴ en esta sentencia del Tribunal del Reich podemos apreciar la aplicación plena de la Teoría de la Imprevisión ya que la inflación se consideró como una causa ajena a la voluntad de los contratantes que hacía imposible su cumplimiento, y la sentencia del Reich implica la readecuación de las condiciones de equilibrio entre la prestación y la contraprestación.

Es conveniente al respecto citar a Ennecerus "La buena fe prohíbe en primer lugar que se cometa abuso por pretensiones jurídicas por formal o aparentemente fundadas. La buena fe quiere proteger al deudor contra las exigencias impertinentes que choquen contra el derecho y la equidad. La procedencia y la necesidad de la revaloración de todas las demás deudas pecuniarias afectadas por la inflación".

La Teoría de la Imprevisión encuentra sus antecedentes en la doctrina de la presuposición de Winsheid, de ahí que los alemanes se refieren al equilibrio en las prestaciones por la desaparición de la base del negocio basando su concepto en dicha doctrina.

La jurisprudencia alemana conoce a la Teoría de la Imprevisión como Imposibilidad Económica; Imposibilidad Material y equivalencia de las contraprestaciones propuesta al concluirse el contrato, o en la desaparición de la base del negocio o cláusula rebus sic stantibus, además el tribunal del imperio reconoció que en los contratos de tracto sucesivo, el juez tiene facultad de modificar las contraprestaciones cuando estas han sido alteradas por circunstancias imprevistas, y en sentencia del 2 de abril de 1935 declaró: "Que el deudor que ha sufrido una pérdida del trece por ciento por consecuencia de la desvalorización del dólar, tendrá derecho a una compensación, basando su fallo en principios de buena fe."⁴⁵

⁴⁴ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*. 6ª ed., Ed. Oxford, México, 2010, p. 150.

⁴⁵ Quintanilla García, Miguel Ángel, *Derecho de las Obligaciones*, 4ª ed., Ed. Cárdenas Editor, México, 2000, p. 145.

1.4.2. DERECHO FRANCES

En la Francia renacentista en cuanto al derecho privado floreció el *mos gallicus* durante algunas generaciones y la redacción de *coutumes* germánicas del Norte de Francia (1454), en el año 1579 la Ordenanza de Blois que compila el resultado de varias ordenanzas anteriores, y 1629 el *Code Michau*, compilaciones que fueron preparando la época de las codificaciones con los cinco Códigos Napoleónicos. Un importante jurista Pothier (1699-1792), arregla el texto de Digesto en forma sistemática en su obra denominada "Las Pandectas", presentando un derecho romano aceptable y sencillo, y fomentando la entrada de elementos romanistas en la codificación del Napoleón, lamentablemente, como veremos en líneas posteriores los elementos de la teoría de la Imprevisión fueron desconocidos en la Legislación Napoleónica.

La Revolución Francesa (1789-1799), fue importante en el desenvolvimiento del derecho no solo francés, sino de muchos países particularmente México, considerándose que junto con la Revolución Industrial de Inglaterra (1750), y la Norteamericana (1776) dieron el perfil al panorama general del Siglo XIX. El aspecto positivo en el marco del derecho de la revolución francesa, lo encontramos en el derecho constitucional, en las garantías individuales, en la organización judicial, sustentados en el liberalismo de los clásicos Looke, Montesquieu, Rousseau, Diderot, D'Lambert, etc.

El Código de Napoleón, denominación oficial que en 1807 se dio al Código Civil de los Franceses aprobado en 1804, se construyó sobre el plan romano francés, dividido por tanto entre libros: el Primero se refiere a la Persona y Familia, el Segundo a los Derechos sobre las Cosas, y el último Modos de Adquirir la Propiedad, donde se regulan los contratos y demás fuentes de obligaciones, los rasgos positivos de esta codificación son: lenguaje claro, vincular la tradición con las ideas de la revolución, armonizar las ideas romanistas y las consuetudinarias germánicas, expresa las consecuencias de la soberanía popular, a través de las ideas individualistas y la tutela de las libertades personales.

Sin embargo, la cláusula rebús sic stantibus no tuvo aplicación alguna, es decir, el código civil francés en su artículo 1134 en tratándose de los contratos de tracto sucesivo establece: "Ni el tiempo ni las circunstancias pueden considerarse para modificar los contratos celebrados", también este mismo artículo estableció:.. Cuando el contrato es válidamente formado, es ley para los contratantes, solo otra ley puede modificar la existencia o el contenido, de las obligaciones contractuales".

Por lo anterior el derecho francés consagra los principios de: autonomía de la voluntad, y de ejecución forzosa, por lo cual en 1874, aunque el Tribunal Auxiliar Francés declaró viable la petición de un sucesor testamentario del Propietario Original del Canal Crappone, quien había celebrado un contrato por ciento sesenta años con las personas que se beneficiaban del agua del canal, y en contraprestación el pago de una cuota habiendo surgido durante este término circunstancias imprevistas (devaluación de la moneda y la guerra franco-alemana de 1870) que modificaron el equilibrio entre las prestaciones y las contraprestaciones, la Corte de Casación con fundamento en el artículo 1134 revoco esta decisión. La libertad como principio fundamental de la revolución francesa se plasmó en el Código Civil Napoleónico a través del principio de la autonomía de la voluntad, que como sabemos se expresa "La voluntad de las partes es la suprema ley que rige los contratos", este principio reconoce tácitamente la igualdad de las partes contratantes, lo que contempla contractualmente la libertad y la igualdad jurídica, sin embargo la fraternidad como postulado humanizante es desconocida.

Como ya hemos mencionado, nuestro país retorna en materia civil el modelo del código napoleónico que pese a sus grandes aciertos, excluyo la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, cuyas consecuencias hoy perjudican acerca de dos millones de deudores de la Banca Mexicana, es importante resaltar que durante la evolución histórica del derecho romano y del derecho canónico, nace y se desarrolla la Teoría de la Imprevisión, también en el derecho español se mantienen vigentes los principios de esta teoría.

Sin embargo en el derecho germano una de sus ramas, el derecho alemán la mantiene vigente, otra más la excluye el derecho francés,

históricamente encontramos en el derecho francés el punto de ruptura en la continuidad de la Teoría de la Imprevisión, y por las repercusiones que el pensamiento liberal de la Revolución Francesa tuvo en muchos países, particularmente el nuestro, retornó el modelo legislativo, y en consecuencia excluyendo también la Teoría de la Imprevisión.

1.5. DERECHO MEXICANO

La evolución del derecho mexicano corresponde a la época pre colonial, colonial y del México independiente. La Teoría de la Imprevisión no tiene presencia en la época pre colonial, sin embargo, la aplicación supletoria del derecho castellano al derecho indiano, y la curiosa etapa anterior a la promulgación del Código Civil de 1870 que postula los principios vigentes en materia contractual de autonomía de la voluntad y ejecución forzosa, nos presentan antecedentes jurídicos de aplicación de la Teoría de la Imprevisión, por la continuidad que en el derecho romano, en el derecho canónico y en el derecho castellano tuvieron los *Regulae iuris*.

El derecho colonial que se aplicó en México durante los trescientos años de la dominación española estableció en primer término la aplicación del derecho castellano en las posesiones españolas de América, sin embargo, la distancia, la diferencia de costumbres originaron la necesidad del llamado derecho indiano, de modo que encontramos una coexistencia del derecho indiano y el derecho castellano, debemos considerar la prevención que en su obra, *Historia del Derecho Mexicano* hace el Dr. José Luis Soberanes Fernández: "el derecho indiano como tal no existe, ya que no fue propiamente un sistema jurídico u ordenamiento legal, es simplemente una forma didáctica de expresarse para englobar todas las normas de derecho colonial español expedidas desde 1492 hasta 1821".⁴⁶

La supletoriedad del derecho indiano se aplica propiamente en el orden de prelación establecido por las Leyes de Toro, reproducidas en la recopilación de Leyes de Castilla o Nueva Recopilación de 1567, en la que en primer término tenemos: "La Novísima Recopilación del Leyes de España de 1805", y en sexto lugar el "Código de la Siete Partidas de Alfonso X", en ambos ordenamientos en su capítulo *Regulae iuris*, como ya se ha analizado en páginas anteriores se contemplan los elementos de la Teoría de la Imprevisión, y que por causa de esta supletoriedad al derecho indiano tuvieron presencia en nuestro país en la Época Colonial.

⁴⁶ Soberanes Fernández, José Luis, *Historia Del Derecho Mexicano*, 14ª ed. Ed. Porrúa, México, 2009, p. 57.

Debemos considerar además que la supletoriedad del derecho castellano al indiano, se da, porque el primero es un derecho común, general, en contraposición al derecho indiano que es general, pero referido principalmente a la materia administrativa, por lo sé llamo a este último "Derecho Municipal".

Después de consumarse en 1821 la Independencia de México y promulgarse en 1824 la Primera Constitución del México Independiente, debido a que los primeros cincuenta años siguientes nuestro país siguió envuelto en problemas de gravedad: guerras, invasiones extranjeras, levantamientos armados, etc. poco tiempo tuvo de elaborar una legislación ordinaria, por lo cual siguiendo a José María Álvarez,⁴⁷ en materia común se aplicó la siguiente legislación:

- 1.- Decretos dados por los congresos mexicanos;
- 2.- Decretos dados por las Cortes de España, publicados antes de declararse la Independencia.
- 3.- Reales disposiciones novísimas aún no' inscritas en la Recopilación;
- 4.- Leyes de Recopilación, primero las más modernas;
- 5.- Leyes de la Nueva Recopilación;
- 6.- Leyes del Fuero Real y Juzgo;
- 7.- Estatutos y fueros municipales de cada ciudad, en lo que no oponían a Dios, a la razón y a las leyes escritas.
- 8.- Las partidas en lo que no estuvieran derogadas.

De lo anterior se desprende que supletoriamente los *Regulae Iuris* que tuvieron continuidad en el derecho romano, canónico y castellano estuvieron presentes en el derecho mexicano antes de la promulgación del Código Civil de 1870. Además, merece especial atención el Código de Comercio Mexicano de

⁴⁷ *Ibidem*, p. 97.

1854, en el que se establecía en sus diversos numerales, la prohibición al "anatocismo", concretamente el artículo 302 establecía:

"No se debe rédito de réditos devengados en los prestamos mercantiles ni en ningún otra especie de deuda comercial, mientras que hecha liquidación de estos, no se incluyen en un nuevo contrato, como aumento de capital; o bien de común acuerdo, o bien por una declaración judicial, se fija el saldo de cuentas, incluyendo en los réditos devengados hasta entonces; lo cual no podrá tener lugar, sino cuando las obligaciones que procedan estén vencidas; si sean exigibles de contado⁴⁸, sabemos que el "anatocismo" es uno de los elementos que sumados a las situaciones imprevistas de carácter general hacen imposible el pago de una deuda. Lamentablemente, el Código de Comercio de 1884 y el Código Civil de 1870 y subsecuentes, no retornan esta prohibición.

En los años posteriores fueron creadas las llamadas "Tiendas de Raya", en las cuales los campesinos y trabajadores, tenían la obligación de adquirir los artículos necesarios para su subsistencia, a precios elevados, a crédito, y por cuyas deudas se generaban interés sobre interés, las deudas lógicamente se convertían en impagables, e incluso eran transmitidas a los descendientes. el pago se realizaba mediante trabajo que por esta razón dejaba de ser remunerado, este antecedente histórico, se identifica en gran medida a la situación vigente, las deudas de los particulares con los bancos, no podrán ser pagadas de acuerdo a las posibilidades económicas del deudor; ni durante toda su vida ,en este aspecto debemos recordar la: cita de Ignacio Ramírez "El Nigromante"... nuestro Congreso no está llamado a hacer el código de la necesidad, sino a crear la necesidad de la ley, debe abandonarse la tarea de prever la necesidad que pueda haber de violar la Constitución, la necesidad de orden legal, porque, si se cree que hay necesidad de ocuparse de todo esto, ocurrirán tantas necesidades que acabarán con el país.⁴⁹ ”

⁴⁸ Fentanes Méndez, Cesar, *Reflexiones Jurídicas sobre la Nulidad y la Validez del pacto anatocismo*, Las razones del barzón, Ed. Autor Editor (Me), México, 1999, p. 1-25.

⁴⁹ Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente*, Ed. Colegio de México, México 1857, p. 917.

CAPITULO II

EL CONTRATO

FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

Es innegable la importancia del estudio del contrato considerado como fuente especial de obligaciones en su especie de derecho de crédito o derecho personal,⁵⁰ consideración que nos refiere el autor Gutiérrez y González que señala el concepto de convenio lato sensu además de la consideración de contrato. Se afirma bajo esta óptica que “convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones” por tanto se ha de referir que "Los Convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de Contratos" de donde resulta que: "Contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones".⁵¹

Expresamente el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla en su artículo 1436 refiere literalmente que: "Convenio de derecho civil es el acuerdo de dos o más personas para crear, conservar, transferir, modificar o extinguir obligaciones o derechos", bajo este mismo cuerpo de leyes el art: subsecuente nos señala que: "Contrato es el convenio que crea o transfiere obligaciones o derechos".

Por su parte la Suprema Corte nos emite las siguientes jurisprudencias al respecto:

A) Contratos.- En todo contrato intervienen dos o más personas, que se transfieren un derecho o contraen una obligación. Ahora bien, los contratos relativos, servidumbre y limpieza de las cosas de uso común, son contratos en que intervienen, como partes, el dueño de la cosa y las personas que prestan aquellos servicios, y si a los arrendatarios se les exige el pago de las

⁵⁰ Gutiérrez y Gonzales, Ernesto, op. cit., p. 136.

⁵¹ Rojina Villegas, Rafael, Compendio *de derecho civil, 4 contratos* 32ª ed., Ed. Porrúa, México, 2008, pp. 7-18.

erogaciones consiguientes, esto es el resultado de un contrato celebrado entre el arrendador y dichos arrendatarios, pero no del contrato celebrado entre aquel y los que prestan sus servicios a que se ha aludido otro tanto puede decirse cuando el arrendatario se compromete a pagar al arrendador el importe de las contribuciones, pues al enterarlas en la oficina fiscal respectiva, el arrendador obra en nombre propio y no presta ningún servicio al arrendatario, y el importe de tales contribuciones queda incluido en la renta por ser una cantidad que el arrendador paga por el goce de la cosa arrendada.

Debe tenerse en cuenta, sobre todo que es obligatorio para el arrendador proporcionar al arrendatario los servicios indispensables para las cosas de uso común; de modo que si se celebra un contrato subsidiario por esos servicios, prácticamente lo que se hace es aumentar el precio del arrendamiento modificando el contrato primitivo, de modo substancial, puesto que se le sujeta a distintas condiciones. Tomo .XXXI. López Guerrero Emilio. Pág. 1160. Feb. 26 De 1931 SEMANARIO JUDICIAL. QUINTA EPOCA. SALA. TOMO XXXI. Pág. 1160.

b).- Contratos, Nombre y Esencia de los.- El nombre no hace al contrato, sino que la esencia de éste está más allá de la autonomía individual y depende de la naturaleza de las cosas, dado que las definiciones legales de los actos jurídicos no están a la disposición arbitraria de las partes, sino que pertenecen al orden público de la Nación. La naturaleza de los contratos no puede cambiar por el sólo hecho de que los contratantes los denominen de modo diverso al que legalmente les corresponda. Amparo directo 2871/82. Julio Laguna Manzano. 30 de junio de 1983.5 votos. Ponente: Gloria León Orantes, Séptima Época, Cuarta Parte: Volumen 61, pág. 23.

c).- Contratos. Se Rigen por la Ley Sustantiva Vigente cuando se celebran.- El artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. Por su parte, el artículo 1796 señala que desde que los contratos se perfeccionan obligan a las partes no sólo al cumplimiento se lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a lo establecido por la ley. Finalmente, el numeral

1839 prevé que en un contrato, los concertantes pueden poner todas las cláusulas que estimen convenientes, pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato de que se trate, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas, aunque no se expresen, con la salvedad establecida en la última parte del propio precepto; del contenido de las disposiciones mencionadas, se colige que las relaciones contractuales se rigen por las normas que provienen tanto de las cláusulas convenidas expresamente por las partes, como de la ley vigente en el momento en que se perfecciona el contrato, puesto que al llevarse a cabo tal perfeccionamiento "se entiende que las partes han tomado el contenido de la ley vigente, que es la que indica qué tipo de relación jurídica se crea (arrendamiento, compraventa, permuta, etcétera); la que suple la voluntad de los contratantes en los puntos que no hubieran sido materia expresa de la convención y que, sin embargo, son necesarios para el cumplimiento y ejecución del contrato, y la que pone límites a la libertad contractual. Lo expuesto pone de manifiesto la existencia de un principio de no retroactividad de las leyes en materia contractual, pues los contratos se rigen por la ley en vigor al momento de celebrarse. No pasa inadvertido el hecho de que las leyes son obligatorias desde su entrada en vigor, pero en materia contractual esto implica que la nueva ley se aplicara a los convenios que se perfeccionen durante su vigencia, y no a los celebrados con anterioridad a ella, pues de lo contrario se le daría efecto retroactivo en perjuicio de alguno de los contratantes, lo cual está prohibido expresamente en el artículo 14 constitucional. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. (1.4º C. J/2) Amparo⁵² directo 1391/92 Luis Olguín González 19 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Rafaela Reyna Franco Flores. Amparo directo 6001/94. Salvador López Ortiz. 12 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Ana María Serrano Oseguera: Amparo directo 6014/94. Cocinas Integradas para Hoteles, S.A de C.V 18 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Juan Bracamontes Cuevas, Secretario en funciones de Magistrado por Ministerio de Ley. Secretario: Carlos Arteaga Álvarez. Amparo directo 2344/95. Afianzadora

⁵² <http://www.scjn.gob.mx/libreria/Paginas/semanarioauto.aspx>

Insurgentes, S.A 18 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Luis Arellano Hobelsberger. Amparo directo 2414/95. Marcela Hernández López. 18 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Rafaela Reyna Franco Flores. APENDICE. SEMANARIO JUDICIAL. NOVENA EPOCA. TOMO II AGOSTO 1995. TRIBUNALES COLEGIADOS PAG. 319.

Referido lo anterior se puede entonces determinar que para que un contrato exista y nazca se requiere de los siguientes elementos:

- a).- El acuerdo de voluntades⁵³ también denominado consentimiento.
- b).- El objeto.
- c).- De manera excepcional también se considera la solemnidad, que como se estudiara es una forma elevada al rango de elemento de existencia.

También deben analizarse los requisitos de validez o de eficacia del contrato; los cuales de manera invariable la ley reconoce y son los siguientes:

- 1).- Capacidad de las partes que intervienen en el acto jurídico.
- 2).- Voluntad de esas personas, que este libre o exenta de vicios.
- 3).- Licitud en el objeto, motivo o fin del acto que se celebra.
- 4).- Observancia por las partes, de la forma que exija la ley, para externar la voluntad.

Además también es importante referir que existe una interpretación legal a la ley que debe señalarse a contrario sensu ya que a la letra esa norma dice: "El contrato puede ser invalidado:

1.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas.

II.- Por vicios del consentimiento.

⁵³ López de Zavalía, Fernando J. *Teoría de los contratos, tomo I parte general*, 14ª ed., Ed. Zavalía, Argentina, 2007, p.46.

III.- Porque su objeto o su motivo o su fin sea ilícito.

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

2.1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS

2.1.1. CONSENTIMIENTO

Ineludible es la necesidad de analizar los elementos que conforman y dan eficacia a un contrato, es por ello, la voluntad⁵⁴ de celebrar el acto jurídico se constituye como su motor principal, en los contratos, esa voluntad se llama consentimiento⁵⁵ y es un elemento complejo formado por la integración de dos voluntades que se conciertan. Es un acuerdo de voluntades: dos querer que se reúnen y constituyen una voluntad común. Es por eso que para su formación se requiera de dos emisiones de voluntad sucesivas, de dos declaraciones unilaterales, por supuesto de voluntad que se identifican como: "La oferta o propuesta y la aceptación". Consecuentemente, podemos afirmar que el consentimiento, y por ende el contrato, no es la oferta sola ni es la aceptación también sola. A más se reúnen y se funden. El acuerdo de voluntades entonces se forma cuando una que se encuentra vigente es aceptada lisa y llanamente.

Por todo lo anterior, es importante analizar ese momento de su integración y que lo es la configuración de un acuerdo común, ya que a partir de ese momento surge el consentimiento, nace el contrato y es posible pensar que empieza a producir sus efectos o consecuencias de carácter legal pues antes de su formación no existe contrato ni obligaciones (salvo la de mantener la propuesta en los casos excepcionales en que surte efectos autónomos la expresión de la voluntad).

Debe entonces considerarse importante además esa exteriorización del consentimiento y que se traduce de manera concreta en la comunicación que las partes pueden establecer, ya sea de manera expresa o de manera tácita. Esa exteriorización expresa puede hacerse consistir en la manifestación mediante la palabra, por la escritura o por signos inequívocos. La manera tácita puede exteriorizarse por una conducta asumida que haga presumir una autorización a inferir de ella la voluntad negocial que significa el comunicar la intención o determinación de contratar, por tanto es claro que el consentimiento

⁵⁴ Kelsen, Hans, *teoría general del derecho y del estado*, traducción de Eduardo García Máynez, 3ª ed. Ed. UNAM, México, 2008, p. 59.

⁵⁵ Casado, Laura, *Diccionario jurídico*, 6ª ed., Ed. Valleta ediciones, argentina, 2009, p. 198.

tácito⁵⁶ es el que proviene no de una declaración surgida o externada por medio del lenguaje o de un signo inequívoco, sino de una actitud o conducta que revela la intención firme o decidida de contratar.

El silencio es considerado en algunas ocasiones como la no manifestación de voluntad, ni por ende puede inferirse del mismo el surgimiento de una propuesta o aceptación del contrato.

El silencio presenta un significado equivoco y por mucho que se deseche el formalismo, habrá que demostrarse, cuando por ende, se esta ante una propuesta y solo reaccionamos manteniendo silencio, la consideración es que; no puede decirse que hemos aceptado y por tanto no hay contrato. Sin embargo existen situaciones en que el acto parece integrarse o configurarse por efectos del contrato, pero si es oportuno señalar que en esas situaciones no es el silencio el que opera, sino los hechos que lo acompañan, que son los que demuestran y determinan la voluntad de negociar en términos contractuales.

Ejemplos tenemos múltiples y se puede señalar entre ellos el que se desprende del contrato de mandato que se otorga a un profesional que ofrece sus servicios al público, y que se presume aceptado por el solo hecho de que no se rehusé dentro del término de tres días siguientes artículo 2434 del Código Civil para el Estado de Puebla.

También se señala' que la jurisprudencia francesa concede efectos de aceptación al silencio, cuando la oferta se hace en interés exclusivo del destinatario. Las legislaciones modernas se inclinan a conceder efectos al silencio' (art. 151 del Código Civil Alemán y sexto del Código Suizo de las obligaciones), considerándolo como elemento de aceptación en atención del uso o de la naturaleza del asunto.

El silencio no equivale a aceptación más que en los casos en que por razón de las relaciones de negocios existentes con anterioridad entre las partes o por cualquiera otra circunstancia la oferta no implicara aceptación expresa.

⁵⁶ Casado, Laura, *Diccionario jurídico*, 6ª ed., Ed. Valleta ediciones, argentina, 2009, p. 198.

2.1.2 EL OBJETO

Corresponde en segundo término analizar el objeto⁵⁷ como parte del contrato y es por ello que se externaran diversas acepciones de dicho vocablo:

- a).- El objeto directo del contrato, que es el de crear o transferir derechos y obligaciones.
- b).-El objeto indirecto del contrato, qué es el objeto de las obligaciones engendradas por él y que puede consistir en dar, hacer o no hacer.
- c).- La cosa misma que se da.

Bajo esta perspectiva la acepción que se considera la más correcta vendría a ser la segunda, ya que la consideración de objeto directo puede resultar inútil, inexacta o imprecisa puesto en todo caso, todos los contratos tendrían el mismo objeto, y el objeto considerado como la cosa misma que se da únicamente se refiere o comprende solo una especie de objeto que es el de dar. Por tanto, se debe considerar correctamente que el objeto de todo contrato, es el objeto de la obligación creada por él, de ahí que el contrato tendrá tantos objetos como obligaciones haya creado: entonces cada obligación tiene su propio objeto el cual consistirá en la conducta del deudor, y que es aquello a que se comprometió o que debe efectuar.

Puede decirse entonces que son objeto de los contratos:

- 1).- La cosa que el obligado debe dar.
- 2).- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Podemos referir como un ejemplo de obligación de dar, a aquel señalado en el contrato de compra venta donde el vendedor tiene las obligaciones de transmitir la propiedad o titularidad de un bien o derecho y de entregar la cosa vendida y por otro lado, el comprador pagar por ese bien o derecho un precio cierto y en dinero. Los objetos de este contrato que es la compra-venta (que

⁵⁷ González, Juan Antonio, *Elementos De Derecho Civil*, 8ª ed., Ed. Trillas, México, 2009, p. 161.

son los objetos de las obligaciones creadas por el contrato) son entonces, respectivamente, la transmisión del dominio de la cosa vendida o su entrega, y el pago del precio. Por lo que hace al ejemplo de las obligaciones de hacer podemos inferirlo del contrato preliminar o promesa de contrato, donde las partes se comprometen a celebrar o hacer un contrato futuro.

En este caso, ambas partes contratantes al obligarse a realizar ese nuevo contrato, este sería el objeto de sus obligaciones determinadas, este acto da origen a prestaciones de hecho, su objeto es en consecuencia el de hacer.

No podemos hacer a un lado el análisis de las obligaciones de dar, aunque pareciera ser que todas ellas implican la entrega de una cosa, puesto que dicha tradición puede presentar diversos temperamentos: se puede dar en propiedad, en aprovechamiento temporal o en restitución.

Debe tener un objeto posible, puesto de que lo contrario dicho acto jurídico no llega a existir. Por tanto debemos reflexionar ¿Qué debe entenderse como un objeto imposible?

Podemos conceptualizar y decir que será objeto imposible aquella cosa hecho o abstención que no tenga factibilidad porque lo impida una ley natural o una ley jurídica. Por tanto se puede afirmar que estaríamos frente a la imposibilidad natural e imposibilidad jurídica. Por lo que podemos concluir que la cosa objeto del contrato debe ser posible. Entonces, estaríamos en el entendido de que la cosa es físicamente imposible cuando no existe, ni puede llegar a existir, por impedirlo una ley natural que debe regirla necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.

La cosa es jurídicamente imposible cuando no es realizable, por oponerse a ello una norma jurídica que debe regirla necesariamente. Bajo estas consideraciones podemos decir de la posibilidad jurídica de las obligaciones de dar, que serían las cosas determinadas o determinables en cuanto a su especie y que deben estar en el comercio.

2.1.3. LA SOLEMNIDAD.

La solemnidad⁵⁸ viene a constituirse como el tercer elemento de existencia del contrato (excepcionalmente). Sabida es la importancia social o económica de ciertos actos jurídicos en donde se impone la necesidad ineludible de llevarlos a cabo bajo determinados ritos que se constituyen como elementos de su propia existencia.

Esta salvedad nos señala que la manera de realizar el acto es un elemento constitutivo del mismo, y si esa forma ritual de celebración falta, el acto que no llega a existir, es consecuentemente inexistente.

Es así, una verdadera solemnidad que complementa al acto, es un elemento necesario para su creación. Entonces el rito, es un ingrediente necesario para la creación del acto (*solemnitatem causa*).

Así podemos citar que en el derecho de familia, hay varios actos jurídicos solemnes como: el matrimonio, la legitimación, etc., y uno que presenta algunas inconformidades de autores como lo es el divorcio administrativo, que su realización supone la intervención de un funcionario público determinado que es el titular o juez del registro civil, en dicho acto se requiere además, que el acta se asiente en un libro determinado y no en cualquier infolio.

⁵⁸ Casado, Laura, op. cit., p. 773.

2.2. ELEMENTOS DE VALIDEZ DE LOS CONTRATOS

Tal como se ha referido en las menciones precedentes, el contrato ha surgido a la vida jurídica con los elementos de existencia ya analizados, en consecuencia, es procedente llevar a cabo el estudio de los requisitos que de igual manera son necesarios para que el contrato surta sus efectos legales con toda plenitud, es por ello, que nos referiremos inicialmente al primero de esos requisitos y que lo es la capacidad de las partes contratantes:

2.2.1. CAPACIDAD.

Oportuno es dejar señalado un concepto de lo que debe de entenderse como capacidad: El autor Ernesto Gutiérrez y González,⁵⁹ nos dice "la capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y de deberes, y hacerlos valer.

Así mismo el autor Manuel Bejarano Sánchez⁶⁰ nos dice al respecto: "La capacidad es la aptitud de para ser titular de derechos y obligaciones y para ejercitarlos".

De la enunciación anterior señalaremos que en principio todas las personas tienen capacidad y que en algunos casos esta aptitud se ve reducida, es por ello, que la capacidad se puede estudiar desde dos puntos de vista:

a).- Capacidad de goce; y

b).- Capacidad de ejercicio.

Se puede también precisar, que la capacidad de goce resulta: "ser la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones".

En cuanto a la capacidad de ejercicio se traduce en: "esa aptitud jurídica para ejercitar o para hacer valer los derechos que se tengan".

Tratándose concretamente sobre la capacidad para contratar se nos refiere que: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley, ante esta enunciación también podemos señalar que: "la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o el de la obligación común. La anterior afirmación tiene una crítica en el sentido de que no da precisión ni señala expresamente quienes son las personas que deben ser consideradas como incapaces, es por ello que se tratará lo relativo a la incapacidad tanto de goce como de ejercicio.

⁵⁹ Gutiérrez y Gonzales, Ernesto, op. cit., p. 319.

⁶⁰ Bejarano Sánchez, Manuel, Ibídem, p. 132.

Se ha afirmado que la capacidad ha pasado por múltiples actitudes de luchas políticas en el devenir histórico de la ciencia del derecho, y de ahí la concepción de que ningún país o estado pueda negar totalmente la presencia de la capacidad de goce, y así podemos señalar que en Francia no hace muchos años, existió la incapacidad total de goce y se le designaba con el nombre de muerte civil y consistía en privar a una persona mediante una sentencia judicial, de todos sus derechos, a tal grado de que la persona que la sufría se le consideraba como si hubiera muerto.

En el caso concreto del derecho mexicano, existen casos especiales de incapacidad de goce y podemos referir los siguientes en relación a:

I.- Corporaciones religiosas y ministros de los cultos;

II.- Instituciones de Beneficencia;

III.- Sociedades mercantiles por acciones;

IV.- Los extranjeros; y

V.- Incapacidad por sentencia judicial.

Bajo la anterior consideración resulta necesario señalar cual va a ser la sanción que debe imponerse a la celebración de un acto contractual realizado por personas incapaces. En materia de contratos, la incapacidad de las partes o de una sola de ellas, produce la nulidad del acto. Dada la anterior consecuencia, también es oportuno señalar quienes pueden invocar la nulidad por falta de capacidad y así tenemos que: "La nulidad por causa de error,⁶¹ dolo, violencia, lesión o incapacidad, solo puede invocarse por él que ha sufrido esos vicios del consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz.

Dada la consideración de que todas las personas son aptas para ser titular de derechos y la presencia de incapacidad de ejercicio, inmediatamente

⁶¹ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio De Derecho Civil 1 Introducción Personas y Familia*, 43ª ed., Ed. Porrúa, México, 2011, pp. 139-144.

surge la interrogante de cómo superar tal incapacidad, y de inmediato tiene presencia la figura de la representación, y así podemos conceptualizarla:

“Es el medio que determina la ley o del que dispone una persona capaz para obtener, utilizando la voluntad de otra persona capaz, los mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado el capaz, o válidamente un incapaz”.

El anterior concepto nos refiere a la representación como figura jurídica que consiste en permitir que los actos celebrados por una persona llamada representante, repercutan y surtan efectos jurídicos en la esfera jurídico-económica de otro sujeto que se puede identificar como representado, como si este último los hubiere realizado.

Esa figura en la actualidad permite una gran utilidad, junto a esta, tenemos otras ficciones que son: la persona moral o jurídica y la incorporación en los títulos de crédito.

Nueva no es la representación, pero si podemos señalar que esta figura desde tiempos inmemorables ha prestado un gran servicio al hombre, y nos referimos al mundo de la antigua Grecia, donde encontramos una institución denominada “progenea”, que permitía a individuos que no formaban parte de la polis a actuar válidamente en esta, si por medio de un intermediario que fuese ciudadano griego.

La doctrina y la legislación civil reconocen dos tipos de Representación:

- a) La representación legal; y
- b) La representación voluntaria.

En tratándose de la representación legal, a su vez encuentra:

I.- representación legal de incapaces

II: representación legal de capaces

En la representación voluntaria es la que verifica, cuando una persona capaz encomienda a otra también capaz, que acepta, la realización en su nombre de un determinado o indeterminado número de actos jurídicos. De manera cotidiana, como ya se ha señalado, opera de persona capaz a otra

capaz y se verifica mediante lo que se conoce como “Mandato”, que es “un contrato por el cual el mandatario se obliga a ejecutar, por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga”.

El mandato puede ser analizado en sus diversas especies y así podemos señalar al mandato como:

- a).- Con representación
- b).- Sin representación.
- c).- General
- d).- Especial.
- e).- General amplísimo.

Algunos otros autores además de la representación legal y voluntaria, señalan a la judicial y oficiosa siendo la primera de ellas la que resulta por la determinación de una autoridad jurisdiccional y la segunda es el resultado de un hecho jurídico voluntario derivado de una gestión de negocios.

2.2.2 VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES EXENTA DE VICIOS

Hemos afirmado que las voluntades que se manifiestan en la elaboración de un contrato deben estar totalmente exentas de defectos o vicios, mismos que indudablemente alteran su determinación real y espontáneamente decidida, es por ello, que se hará un estudio somero, pero efectivo, de esos vicios que pueden alterar una voluntad⁶² y que son susceptibles de sancionar por la ley. Lo relevante de este estudio, además, consiste en establecer que en el supuesto de encontrarse una voluntad contractual viciada, se tendrá como sanción la nulidad del contrato, es por ello que también referiremos cuales son los vicios que con cierta frecuencia pueden presentarse en la conformación de los contratos; iniciado este enunciando con un concepto de lo que se debe considerar como vicio:

Referimos tal concepto de los siguientes términos “como la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución”.

Los vicios de la voluntad señalada y además son los que la doctrina clásica señala:

- a) Error
- b) Dolo
- c) Mala fe
- d) Violencia
- e) Lesión

⁶² González, Juan Antonio, op. cit., pp. 47-49.

2.2.2.1. ERROR

Podemos precisar como un concepto de error⁶³ el siguiente: “es una creencia sobre algo del mundo exterior que está en discrepancia con la realidad, o bien es una falsa o incompleta consideración de la realidad”. Además, podemos considerar en un lenguaje común y de manera concreta, como un concepto falso de la realidad.

Resulta en nuestro caso irrelevante estudiar diversas opiniones tratándose de error, para saber, si el error puede ser indiferente para el derecho o si realmente no puede ser considerado al otorgarse y formar el consentimiento en un contrato; lo cierto es, que la coincidencia mayor, es que este vicio produce una serie de consecuencias, en atención, tanto a su presencia, así como a los efectos que puede producir, y que en un momento dado tal vicio pueda ser subsanado o no.

Bajo la anterior consideración podemos referirnos al error en atención a sus consecuencias jurídicas:

- A) **Error de calculo o de aritmética.-** Este error conforme a la ley, no afecta a la vida del contrato, sino que solo da derecho a su rectificación. Bajo esta expresión podemos decir que el error de cálculo no procura la nulidad del contrato y solo da lugar a que se rectifique.

La Suprema Corte emite la siguiente jurisprudencia al respecto:

Consentimiento, error de cálculo como vicio del: Conforme a lo prevenido por el artículo 1736 del Código Civil de Jalisco, el error de cálculo como vicio del consentimiento solo da lugar a que se rectifique de manera que el contrato celebrado bajo esa circunstancia se encuentra afectado de una nulidad relativa, convalidable y prescriptible, y no de una nulidad absoluta. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo directo 109/87. Socorro Estrella López. 17 de noviembre de 1989 Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretario: Enrique Gómez Mendoza. INFORME 1989. TERCERA PARTE. TRIBUNALES COLEGIADOS.⁶⁴ PAG 657.

⁶³ Baqueiro rojas, Edgard, op. cit. p. 43.

⁶⁴ <http://www.dgepj.cjf.gob.mx/organosjurisdiccionales/competenciatcc/competenciatc.asp>

B) **Error de hecho.-** En este tipo de error, y al que podemos considerar de los más importantes a sus consecuencias y que puedan ser desde producir un ajuste hasta la inexistencia del acto, pasando por la nulidad del mismo, y lo podemos clasificar en:

- I) error de hecho, obstáculo
- II) error de hecho, nulidad; y
- III) error de hecho, indiferente.

En cuanto al primero de los mencionados, se precisa que impide la existencia del contrato, pues es tan grave y de tal magnitud, que en verdad no se puede decir que se haya integrado el consentimiento, y al no integrarse este, falta uno de los elementos de existencia del contrato.

Este tipo de error puede recaer sobre la naturaleza del contrato, y entonces se habla de “*error in negotio*” y de igual manera puede recaer sobre la identidad del objeto y entonces estamos en “*error in rem*”.

Por lo que hace al segundo de los errores señalados (nulidad), este no impide la formación del consentimiento, no obstante ello, le permite pedir a quien en él incurrió, la anulación del contrato, es por eso que se dice: “el error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato, que se celebró este en el falso supuesto que lo motivo y no por otra causa”.

Por último, tratando el error de hecho (indiferente), es el que produce en la voluntad del sujeto un equívoco sobre circunstancias incidentales del objeto o cualquier otro elemento del contrato, con la salvedad de que este error carece de trascendencia en la vida del contrato, pues este, se habría celebrado aun cuando no se hubiere incurrido en el error, es por eso que cuando mucho, en ciertas condiciones dará lugar a un ajuste de las prestaciones, pero nunca a la nulidad del acto.

C) **Error de transmisión.-** Este tipo de error no tiene reglamentación en nuestra ley sustantiva civil, pero podemos afirmar que es el equívoco en

que se incurre, al hacer saber al destinatario de una peticion el contenido de ella. Y se puede decir que se presenta de dos formas, como error imputable al proponente y como error no imputable al mismo.

- D) **Error de derecho.**- El error de derecho se presenta cuando una persona tiene una falsa creencia sobre la aplicabilidad de una norma legal, sobre su interpretacion, esto es, respecto de una regla juridica aplicable al contrato.

2.2.2.2. DOLO

Debe entenderse como concepto legal de dolo⁶⁵ la siguiente enunciación: “Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en el a alguno de los contratantes”.

De esto podemos referir, que el dolo no puede ser considerado como un vicio autónomo de la voluntad, puesto que cualquier sugestión que se emplee para inducir a error origina que el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.

Existen diversas clasificaciones del dolo las cuales realmente no procura algún beneficio específico, es por ello que únicamente nos referiremos a los conceptos que nos llegan desde la época del derecho romano y así podemos encontrar que se clasifica en:

- I) Dolo bonus o dolo bueno; y
- II) Dolo malus o dolo malo.

El dolo bueno se entiende como las consideraciones o artificios más o menos hábiles de que se vale una persona para llevar a otra a la celebración del contrato.

En cuanto al segundo, el dolo malo de acuerdo al antecedente romano, se distinguieron diversos tipos de dolos malos, y en especial los referentes a ilícitos penales e ilícitos civiles. Y referían del dolo penal como la producción de un resultado típicamente antijurídico o la omisión de una acción esperada, con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y el curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior.

El dolo civil es el conjunto de maquinaciones empleadas para inducir al error y que determinan a la persona para dar su voluntad o para darla en situación desventajosa en la celebración de un acto jurídico. Este dolo a su vez admite la siguiente clasificación:

- a) Dolo malo principal y
- b) Dolo malo incidental.

⁶⁵ Ghersi, Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales tomo I*, 6ª ed., Ed. Astrea, Argentina, 2006, pp. 230-231.

Por lo que hace al primero de los referidos se encuentra que son las maquinaciones que se emplean para hacer caer en el error a una persona y obtener su voluntad a efecto de que celebre un contrato que de otra manera no lo habría celebrado.

Y del segundo (dolo malo incidental) se refiere a las maquinaciones que se emplean para inducir a error a una persona que ya estaba determinada a contratar, pero que en vista de tales maquinaciones otorga su voluntad en situación desventajosa de la que hubiere aceptado sin mediar el error por dolo.

2.2.2.3. MALA FE.

No debe faltar al estudiar la mala fe⁶⁶, la consideración de que ésta permite llegar al error y por consecuencia tampoco es un vicio autónomo de la voluntad. Se puede señalar que hay ocasiones en que al celebrarse un contrato, una de las partes está enterada del error en que ya se encuentra la otra parte y aquí surge la interrogante en el sentido de ¿Qué debe hacer en este caso el que se percata del error de su co-contratante?; puesto que la buena fe aconseja, que debe hacérselo saber para que ya no contrate. Pero la realidad es diferente, hace caso omiso de este conocimiento y sigue adelante en la realización del acto jurídico, ya manteniéndose indiferente o haciéndose el disimulado del error, o bien inclusive puede llevar su malevolencia a realizar diversas maquinaciones para mantener en el error fortuito a su contraparte. De todo esto se nos trata de clarificar que existen múltiples circunstancias en relación a la mala fe.

Técnicamente debemos conocer que la mala fe en materia de contratos consiste y se aprecia en la disimulación del error fortuito, o en las maquinaciones tendientes a mantener ese error.

Podemos dar en consecuencia un concepto de la mala fe: “Es la disimulación del error fortuito en que se encuentra una de las partes al celebrar el contrato, o las maquinaciones que realiza, tendientes a mantener en ese error fortuito”.

Del anterior concepto resulta que la mala fe presenta dos especies:

- I) Mala fe pasiva; y
- II) Mala fe activa.

La primera consiste en la disimulación del error en que de manera fortuita se encuentra la contraparte.

Y la segunda consiste en que conociendo el error fortuito de la contraparte, se realizan además maquinaciones para mantenerla en ese error.

Otra clasificación que siempre será oportuno señalar de la mala fe en materia de contratos, es la que se refiere en:

⁶⁶ Baqueiro rojas, Edgard, op. cit. p. 72.

- a) **Mala fe principal.** Es la disimulación del error fortuito o las maquinaciones tendientes a mantener en él, y que determinan a una persona a celebrar un contrato que de otra manera no habría celebrado.
- b) **Mala fe incidental.** Es el disimulo o las maquinaciones que se utilizan para mantener en el error fortuito a una persona que ya estaba decidida a contratar, pero que en vista de ese disimulo o de esas maquinaciones, otorga su voluntad, en situación desventajosa a aquella que hubiere aceptado sin medir el error fortuito mantenido por la mala fe.

2.2.2.4. VIOLENCIA

Con gran frecuencia se nos refiere que para obtener el consentimiento en la celebración de un contrato, estuvo presente el vicio denominado como violencia, intimidación o temor.

El concepto que a continuación se indica, es un concepto de carácter legal que señala:

“Hay violencia⁶⁷ cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes, hermanos o persona ligada con él por grande afecto ilícito”.

El empleo de la fuerza física o amenazas sobre una persona, para debilitar su ánimo y arrancarle una declaración de voluntad que no desea, se identifica como violencia, circunstancias que producen temor que es el elemento psicológico que realmente vicia la voluntad al suprimir o impedir la libertad de decisión que debe presidir a todo acto de voluntad.

Se debe resaltar que la esencia de la intimidación solo puede ejercerse respecto del contratante y nunca de sus familiares, ya que estos se constituyen como instrumentos que se emplean para producir el temor en el espíritu del contratante y así viciar su voluntad llevándolo a celebrar el contrato, pero en forma alguna no ejerce sobre ellos la violencia que debe sancionar la ley.

Bajo esta premisa se deben analizar los hechos que producen el temor en el ánimo de una persona cuya voluntad se obtiene para la celebración de un contrato, y con toda prontitud se puede señalar que ese temor puede provenir directamente de su contratante o de un tercero interesado, o no en el contrato, y bajo esta consideración tiene presencia el dispositivo legal que señala: “es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato”. Debiendo concluirse que la sanción que la ley establece para este vicio de la voluntad será el de la nulidad del acto jurídico.

⁶⁷ Vázquez Alonso, Nicolás, *Por una puebla sin corrupción*, Ed. Gobierno del estado de puebla, México, 2011, p. 75.

2.2.2.5. LESION

Siempre será exigencia del derecho procurar la justicia en materia contractual cuando existe una notoria desproporción en las prestaciones que los contratantes deben cumplir, es la lesión,⁶⁸ un vicio de la voluntad que puede crear ese desequilibrio de prestaciones es por ello que en este análisis se referirá inicialmente un antecedente histórico de esta conducta que estaba considerada desde el antiguo derecho romano, en donde la protección de la lesión solo alcanzaba a los menores de veinticinco años, quienes podían invalidar únicamente el contrato que les fuera lesivo. Ya en época del Bajo Imperio se concedió la acción a los vendedores de inmuebles que se habían visto en la necesidad de enajenar sus propiedades en precio inferior al cincuenta por ciento de su valor real.

En la edad media, el derecho canónico desarrollo el principio de la lesión, extendiendo su radio de acción a todos los contratos bilaterales onerosos en los cuales hubiera gran desproporción entre las prestaciones reciprocas creadas por el acto contractual.

La protección que merece el vendedor de un inmueble que hubiere sido sorprendido y lesionado, debe ser concedida a cualquier contratante víctima del abuso de los demás. La moral que es rectora y guía de los canonistas condena toda especie de usura e impone la invalidación o la adecuación de cualquier acto en que se manifieste, no lo hace el derecho laico que mantuvo su rigidez y solo en algunos casos señaló la presencia de la lesión.

El derecho civil mexicano⁶⁹ del siglo pasado consideraba a la lesión como recurso que procuraba asegurar el equilibrio de las prestaciones y solo la nulidad del acto era posible cuando la desproporción de las prestaciones de ambos contratantes era excesiva y rebasaba la tasa legal, sea porque el comprador pagara dos tantos más del valor real de la cosa vendida o el vendedor obtuviera dos tercios menos del mismo.

Siempre será importante resaltar el momento en que surge la lesión, porque solo estará presente cuando el desequilibrio de las

⁶⁸ Baqueiro rojas, Edgard, op. cit. p. 69.

⁶⁹ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2.pdf>

prestaciones sea contemporáneo a la celebración del contrato, es decir coexiste en el mismo momento en que este se concierta ya que los desajustes posteriores a la celebración no dan causa para la nulidad.

Un contrato de tracto sucesivo que fue equilibrado al momento de celebrarse, podría desajustarse por el cambio de la situación económica del lugar o de otras circunstancias en que ocurra su cumplimiento, mas, en tal contrato no existe lesión.

Hay una teoría que postula la necesidad de reajustar también en estos casos los efectos de un contrato para lograr el equilibrio de las prestaciones, se llama **“teoría de la imprevisión”** es obviamente ajena y diversa a la lesión.

Se puede conceptualizar a este vicio en los siguientes términos: “la lesión es el vicio de la voluntad de una de las partes, originado por su ignorancia, inexperiencia o extrema necesidad, en el contrato conmutativo”.

Minucioso debe ser el análisis de este vicio de la voluntad, para considerar que debe producir el efecto de que una parte obtenga un lucro excesivo.

No menos importante es señalar que en el precepto legal se considera a la lesión en los siguientes términos: “Habrá lesión en los contratos, cuando la parte que adquiere da dos tantos más o la que enajena recibe el 50% menos del precio o estimación del bien”.

Un sinnúmero de conflictos plantea la explicación de este vicio de la voluntad, al considerarlo como un efecto de dicho vicio o realmente como una alteración a la voluntad del contratante, y así algunas opiniones de manera precisa la consideran como un vicio de la voluntad, en tanto que otras la estiman como un vicio objetivo del contrato.

Bajo nuestra particular visión se dará un enfoque a este vicio considerándolo como alterador de la voluntad, podemos decir, que cuando una persona acepta en un contrato de carácter conmutativo, recibir una prestación notoriamente desproporcionada a lo que ella por su parte se obliga, obedece sin duda a que su voluntad está viciada, pues nadie en pleno uso de conciencia y libremente, acepta una prestación muy inferior a la que da, a menos que desee realizar una liberalidad y así lo exprese, y bajo esta consideración

debemos resaltar que no se puede dar origen a un contrato eficaz, ya que aquí como se ha señalado, no interesa la desproporción material entre las prestaciones, sino lo que verdaderamente nos debe llamar la atención si esa voluntad fue plenamente libre al manifestarse o exteriorizarse, o si hubo algún elemento que influyera en ella restándole eficacia a tal expresión.

Rescisión, consecuencias de la.- Cuando se decreta la rescisión de un contrato, aunque las partes no lo pidan, o independientemente de lo que las partes pidan, el juzgador debe precisar, de acuerdo con la ley y las estipulaciones validas de los contratantes, las consecuencias de la rescisión. Sexta época, cuarta parte: Vol. XLV, pagina 88 AD. 485/59 cooperativa de trasportes "Díaz Ordaz". S.C.L 5 votos.

- a) Rescisión de contratos.⁷⁰ Si se trata de una obligación sinalagmática esta es susceptible de la acción resolutoria por incumplimiento de alguno de los dos contratantes, conforme al artículo 1922 del Código Civil del estado de Chiapas, que concuerda con el artículo 1949 del Código Civil del Distrito Federal, que no impone más requisito al derecho establecido ahí, que el relativo a que las obligaciones sean reciprocas y si esto quedó patente en un convenio en el caso especial es irrelevante la denominación, porque el articulo 1853 ibid que concuerda con el 1859 del ordenamiento análogo del Distrito Federal, previene que las disposiciones legales sobre contratos son aplicables a todos ellos y a otros actos jurídicos en lo que no se oponga a la naturaleza del que se estudie o a las disposiciones especiales. En estas circunstancias y si la autoridad responsable estimo que estaba en presencia de un contrato de verdadera compraventa, era razón de más para que abordara los problemas derivados de la Litis o sea si hubo incumplimiento como base de la acción rescisoria, pero de ninguna manera, por la clasificación o una simple cuestión de nombre, absolver. Sexta época IV parte Vol. XXXI pág. 83 AD 7883/58 Fidelia Cordoba viuda de Zavala. Mayoría de 3 votos.

⁷⁰ Ghersi, Carlos Alberto, op. cit., p. 300.

- b) Rescisión, efectos de la Obligación de Tracto Sucesivo.- No es verdad que la rescisión engendre en todo caso el efecto de restituir las cosas al estado que antes tenían, sino que tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, la rescisión no se produce con el efecto de deshacer lo hecho con anterioridad, de modo que lo recibido a cuenta de lo principal tuviera que ser restituido. Por consecuencia, tratándose de actos de tracto sucesivo, como es el pago de los abonos, no opera la retroactividad de la rescisión en cuanto a la garantía hipotecaria, en tanto la suma prestada no se reintegre. Sexta época IV parte Vol. LVI pág. 133 AD 4795/60 Arcelia Zavala de Aguille y Coag. 5 votos.
- c) Rescisión, no es necesario el estudio de todas las causales de, cuando se estima procedente alguna de ellas. Aun en el supuesto de que resultara fundado el agravio relativo a la falta de estudio de una causal, bastaría la comprobación de la causal estudiada para establecer que es fundada la acción deducida por el tercero perjudicando en el amparo. Sexta época IV parte Vol. XXII pág. 357 AD 6398/58 Francisco Torres Ávila. Unanimidad de 4 votos

2.2.3. LICITUD EN EL OBJETO, EN EL MOTIVO O FIN

Lógica resulta la reflexión en el sentido que se considere, cual es el objeto y cuál será el motivo o fin del contrato. Debe recordarse, porque así está señalado, que el objeto de un contrato es el contenido de la conducta del deudor, aquello a lo que se obliga; y el motivo o fin es el propósito que le induce a su celebración, él porque se obliga.

Por tanto, para tener presente de manera clara el objeto del contrato bastara inquirir a que se obligó el deudor y para averiguar el motivo o fin nos debemos preguntar ¿Por qué se obligó? Puesto que también se ha afirmado que para que el contrato sea válido, será indispensable que tanto a lo que se obligó el deudor, como el porqué de su proceder sean lícitos,⁷¹ es decir, no sean contrarios a lo dispuesto por las leyes de interés público, de no quebrantar una prohibición o un mandamiento legal.

Ya que además, el contenido de las cláusulas contractuales y el propósito de las mismas, deben respetar las normas legales, pues en su acatamiento se sustentan todo orden jurídico y la paz social; por tanto se puede afirmar que un contrato contradictorio a lo que establecen las leyes no podrá tener eficacia jurídica y por consecuencia será nulo.

Por lo anteriormente referido se debe precisar lo que debe ser lícito, y así se tiene lo siguiente: es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Sabido es, que los particulares tienen la facultad de crear ciertos actos jurídicos y armonizar con ellos su propia conducta, así como el poder de modificar su esfera jurídico-económica por el ejercicio de su voluntad autónoma, gozando de cierta libertad de acción, pero debe quedar claro que esa autonomía también tiene como límite la propia ley o el orden jurídico establecido, pues el objeto de sus actos jurídicos, el fin que los induce a su celebración y a las condiciones que en ellos se impongan, no deben contradecir o contrariar a las normas contenidas en la ley, sino que deben armonizarse a ella.

⁷¹ Casado, Laura, Diccionario jurídico, 6ª ed., Ed. Valleta ediciones, argentina, 2009, p. 515.

Dicho en otros términos, las personas no deben hacer un mal uso de esa libertad de contratar ejerciéndola en sentido contrario a lo prescrito por una norma de derecho, y tanto las prestaciones creadas en el contrato como el fin o motivo que les induce a la celebración del mismo contrato, deben ser congruentes y armónicas con tal contrato, ya que también como lo hemos referido, su incompatibilidad tienen un contenido antijurídico, el contrato inevitablemente tendrá como sanción el de ser invalidado. Ninguna conducta, motivo o finalidad que atente contra una ley prohibitiva o imperativa, tendrá la protección del orden jurídico.

La anterior afirmación tiene clara concordancia con la siguiente “los actos ejecutados contra el tenor de una ley prohibitiva o de interés público serán nulos” y “el fin o motivo determinante de la voluntad de quienes contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”.

Armonizar el conjunto de prestaciones que se pactan en todo contrato con la ley y el orden jurídico, debe ser una exigencia que debe estar presente en el ánimo de los contratantes para que tales expresiones de voluntad surtan plenamente sus efectos en el ámbito jurídico, y nunca hacer a un lado el motivo o fin del porqué se obligaron, todo esto sin atentar contra las leyes o normas de derecho que dan armonía social.

Esos propósitos siempre deberán ser nobles y útiles a la sociedad, tendientes a que el acto jurídico producido siempre sea lícito, para con ello garantizar la legalidad de todo contrato.

2.2.4. FORMA LEGAL

Cierto es que todo acto ⁷² jurídico (contrato) es el resultado de una manifestación exterior de voluntad, la forma, sería entonces, la manera en cómo se externa dicha voluntad. Por tanto podemos afirmar que “es el conjunto de elementos sensibles que envuelven a la expresión de voluntad”; en tal sentido, todo contrato tiene necesariamente una forma. La forma tiende a preservar un medio de prueba para la realización del acto jurídico.

En el derecho civil en cuanto a la forma que debe observar el contrato se le puede entender como: “la manera en que debe externarse o plasmarse la voluntad de los que contratan conforme lo disponga o permita la ley”.

Respecto a la forma externa de los contratos cuando se nos previene que “para la validez del contrato bastan las formalidades externas y expresamente prevenidas por la ley”. “Es nulo el contrato que no tenga la forma establecida por la ley”. En este caso si la voluntad de las partes para celebrarlo consta fehacientemente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

Existen formas en que se puede externar la voluntad de los contratantes y así se nos refiere a la:

- I) **Forma Expresa.-** Resulta cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escritos o signos inequívocos.
- II) **Forma Tácita.-** Se presenta cuando la voluntad resulta de hechos o de actos que la presupongan o autoricen a presuponerla.
- III) **Silencio.-** Surte efecto de “forma” cuando la ley confiere a la abstención total de manifestación de voluntad, efectos para la integración del consentimiento.

Se puede afirmar que siempre ha existido la necesidad de revestir la declaración de voluntades con el ropaje de la forma, es por ello, que en la actualidad la forma sigue en un forzoso requisito externo de los actos jurídicos, puesto que en algunos casos es necesario crear un medio de prueba del acto para así evitar ciertas simulaciones, suposiciones y hasta fraudes ya que también es sabido de que si nos atenemos a la memoria y a palabras que no

⁷² Ghersi, Carlos Alberto, op. cit., p. 197-201.

hayan quedado plasmadas o registradas de manera segura, se creería un sinnúmero de litigios y controversias y bajo tal expresión deben de ser consideradas las corrientes que aluden al formalismo y al consensualismo.

En México tenemos gran presencia del principio consensualista que refiere “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento”⁷³ y por otro lado también tiene presencia el formalismo al exigir la forma establecida por la ley para que un contrato no sea considerado como nulo.

Por tanto podemos concluir que en el ordenamiento Civil en México, se consagra un régimen equilibrado entre el consensualismo y el formalismo, exigiendo exclusivamente la forma como un medio de prueba para actos jurídicos determinados.

La Suprema Corte emite a través de la jurisprudencia una opinión:

- a) **Contrato Acción de Formalización de.-** El derecho que la Ley Civil concede para que se dé al contrato la forma legal omitida, no es correlativo de una obligación de naturaleza contractual, ni depende de su ejercicio del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de uno o de ambos contratantes. Al lado de los derechos personales que origina el contrato en favor de una de las partes, con las correspondientes obligaciones a cargo del otro contratante, la doctrina moderna reconoce la existencia de los derechos potestativos. Esta especial categoría de derechos se caracteriza por faltar en ellos lo que distingue a los derechos con base en una prestación o sea por estar ausente la obligación de hacer una prestación, y según la misma doctrina, los derechos potestativos tienen como fuente la ley, que otorga el poder de influir con una manifestación de voluntad sobre la condición jurídica de otro, sin el concurso de la voluntad de éste, ya para hacer cesar un derecho o una situación jurídica existente o para producir un nuevo derecho, una nueva situación o un efecto jurídico. Lo anterior explica cómo el derecho para obtener la formalización del contrato, aun cuando tenga como base un acuerdo previo de voluntades, puede concebirse desvinculado de las cuestiones concernientes al

⁷³ Chirino Castillo, Joel, *Contratos*, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2011, pp. 33-36.

cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato. Por lo mismo, la circunstancia de que uno de los contratantes haya cumplido o dejado de cumplir tales obligaciones, no influye para que la acción prospere, al menos, debe aclararse, que se hubiera pronunciado antes la rescisión, pues en ese caso la acción carecería de objeto práctico.

- b) **Contrato Privado. Requisitos Para su Existencia y Validez (Legislación del Estado de Guerrero).**- Si un contrato privado se celebró conforme a los requisitos exigidos por los artículos 1834 en relación con el diverso 2317, fracción I, del Código Civil del Estado de Guerrero, abrogado, y de su análisis, se desprende que fue celebrado por escrito y firmado por todos los que en el intervinieron, quienes a su vez ratificaron la suscripción del documento ante una autoridad que gozaba de fe pública, como lo fue un Juez menor, quien actuó asistido de testigos, y que el inmueble no excedía de trescientas veces el salario mínimo en la zona económica de ubicación del predio, ni tampoco de los ciento veinte metros cuadrados; por tanto es claro que el mismo no requería para existir y ser válido, de inscripción alguna en el Registro Público de la Propiedad.
- c) **Contratos, Fecha de Vigencia de los. Falta de forma (Legislación de Sonora).**- La forma no es, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil, un elemento de existencia de los actos jurídicos sino un requisito de validez; por tanto, es infundado sostener que la acción ejercitada para obtener el otorgamiento, por escrito, de un contrato, tenga el efecto de dar nacimiento al mismo a partir del otorgamiento y con desconocimiento de su existencia anterior, pues obviamente el objeto y efecto de esa acción es purgar la nulidad por falta de forma, lo que trae como consecuencia la validez de todos los efectos producidos por el contrato desde que se concertó entre las partes.

2.3. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS.

El contrato es una especie de convenio. “Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, conservar, transferir, modificar o extinguir obligaciones o derechos” (art. 1436 Código Civil del Estado de Puebla). Eso significa “Los convenios que crean o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos” (art. 1437 Código Civil del Estado de Puebla).

Por tanto el contrato como todo convenio es un acto jurídico, una manifestación exterior de voluntad tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley. Al consistir en una doble manifestación de voluntad, la de ambos contratantes, que se ponen de acuerdo, se traduce en un acto jurídico bilateral o plurilateral: dicho afirmativamente su integración y existencia así como la procuración plena de efectos jurídicos, depende forzosamente de la existencia de dos o más voluntades jurídicas, lo que en derecho conocemos como el consentimiento.

Múltiples pueden ser las clasificaciones⁷⁴ que se propongan, y en principio referiremos a su primera clasificación en: Contratos Civiles, Mercantiles, Laborales y Administrativos.

Esta clasificación está orientada fundamentalmente a las partes que intervienen en la celebración del contrato y al fin o propósito que esencialmente se pretenda por su celebración; de manera preponderante se tendrá la referencia legal del Código del Estado Libre y Soberano de Puebla.

- A) **Contratos Civiles.**- Son aquellos donde concurren los particulares, o su celebración se ve concertada entre el particular y el estado, cuando éste interviene en un plano de igualdad, como si fuera considerado como un sujeto privado.
- B) **Contratos Mercantiles.**- Se refiere a los contratos donde las partes que intervienen en su celebración, están realizando un acto de comercio.
- C) **Contratos Laborales y Administrativos.**- A diferencia de los contratos civiles, los laborales y administrativos corresponden al derecho público y, por ende su esencial diferencia radica en la autorregulación de las

⁷⁴ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos Civiles* 13ª ed., Ed. Porrúa, México, 2010, p. 52-58.

relaciones privadas (que dentro del marco de la ley tienen autonomía y libertad para establecer las bases de sus obligaciones) y la heterorregulación de las relaciones públicas, las cuales se rigen por leyes imperativas de orden público. Esto es, el poder (limitado, no obstante) de regirse así mismo en el derecho privado, y la necesidad de ser regulado por otro (por el Estado) en los vínculos de derecho público.

A continuación enunciaremos las clasificaciones que la doctrina reconoce:

2.3.1. CONTRATOS PREPARATORIOS Y DEFINITIVOS

El contrato preparatorio,⁷⁵ también se identifica o denomina como contrato preliminar o precontrato, y “es aquel que tiene por objeto la celebración de un contrato futuro”. Técnicamente también se denomina como “promesa de contratar” aquí las partes que lo conciertan, se comprometen en él, a celebrar otro contrato, que será el definitivo, todo esto dentro de cierto plazo.

Su contenido esencialmente consiste en la producción de obligaciones de hacer, pues por efecto del mismo no se genera otro tipo de obligaciones que no sea la formalización del acto definitivo, cuyas estipulaciones son esbozadas en las cláusulas del precontrato. Consecuentemente, se puede afirmar que la celebración del contrato preparatorio no constituye el definitivo, ni tampoco puede considerarse su realidad futura, que podrá llegar a celebrarse o no; pues todo contrato, como resultado de la decisión voluntaria de las partes, producto de su libre albedrío, tendrá realidad dentro del plazo previsto, si así lo deciden los contratantes, pero es claro que el contrato preparatorio obliga a celebrar el definitivo.

La jurisprudencia establece lo siguiente:

- a) **Contrato Promesa de Venta. La Falta de Autorización Judicial, No deja inexistente él. (Legislación del Estado de Nuevo León).**- Al establecer el legislador local en el artículo 561 del Código Civil, que en los bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos, y los muebles preciosos, no pueden ser enajenados ni gravados por el tutor, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad del menor, debidamente justificada y previa conformidad del curador y la autorización judicial, fue con la intención de quien ejerciera la patria potestad diera cumplimiento a la obligación que el diverso artículo 537 IV, le impone, consistente en que debe solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella, por tanto es indudable que la autorización judicial tiene la única finalidad que el órgano jurisdiccional se sustituya en el consentimiento de un menor de edad, cuando quien ejerza la patria potestad trate de enajenar o gravar bienes inmuebles, los

⁷⁵ Ghersi, Carlos Alberto, Contratos Civiles y Comerciales tomo I, 6ª ed., Ed. Astrea, Argentina, 2006, p. 459.

derechos anexos a ellos o muebles preciosos, que sean de su propiedad, previa justificación de que exista una causa de absoluta necesidad o de evidente utilidad para dicho menor, por lo que, al existir prohibición expresa en el artículo 1668 del Código Civil de que ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por el o por la propia ley, resulta que la autorización judicial constituye un requisito, no de existencia, sino de validez de los contratos prevista en la fracción IV del artículo 1692.

En este sentido si quien ejerce la patria potestad, al momento de celebrar el contrato de promesa de venta no contaba con autorización judicial, no por ello el acto es inexistente en forma absoluta, al contrario produjo efectos provisionales originando obligaciones entre las partes y, al ser obtenida con posterioridad la autorización del órgano jurisdiccional quedo convalidado el incumplimiento de ese requisito de validez del acto.

- b) **Contratos Vinculados. Arrendamiento y Promesa de Venta.** Para que existan contratos vinculados no es suficiente que las mismas partes celebren dos o más contratos en la misma fecha y en un mismo documento, y teniendo algunas otras coincidencias meramente externas sino que es necesario que la voluntad de las partes sea manifestada claramente en el sentido de relacionar a los contratos entre sí, ya sea en forma coordinada o subordinada.

Además es necesario que de manera objetiva, lógica y jurídica los contratos no puedan tener una vida propia en virtud de sus nexos. Por tanto si faltan estos requisitos no puede establecerse que un contrato de arrendamiento y de promesa de venta celebrados por las mismas partes, sean vinculados si no forman una unidad indivisible si están vinculados en tal forma que uno no pueda existir con independencia del otro.

Por otra parte, tampoco existe una vinculación objetiva si las partes pueden cumplir el contrato de arrendamiento sin el de promesa de venta

o bien rescindir el de arrendamiento, subsistiendo el otro y nada se opondría a que una de las partes dejara de ser arrendatario y sin embargo ejercitara su derecho de promisorio en la promesa de venta.

2.3.2. CONTRATOS UNILATERALES Y BILATERALES

Son contratos bilaterales, también denominados sinalagmáticos aquellos donde se establecen obligaciones para ambas partes contratantes. Todos quedan obligados a conceder alguna prestación. Como ejemplo de este tipo de contratos podemos referir a la compraventa,⁷⁶ en la cual el vendedor queda obligado a entregar el bien vendido y el comprador a dar el precio convenido por las partes.

La jurisprudencia en cuanto a este tipo de contratos establece:

Contratos Pacto Comisorio Tácito. El pacto comisorio es la condición resolutive que siempre va implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contratantes no cumpla con su obligación como lo establece o se desprende del artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal y por esta razón la doctrina le denomina “tácito” en virtud de que la condición resolutive va implícita y se sobrentiende en los contratos sinalagmáticos o bilaterales, puesto que si una de las partes no cumple con su obligación, la otra no debe quedar obligada y puede pedir la rescisión del contrato.

Son unilaterales aquellos donde solo una de las partes se obliga, y la otra no asume compromiso alguno. Se puede referir también como ejemplo en este tipo de contratos, a la donación, aquí el donante queda obligado a entregar la cosa y el donatario no queda obligado (excepcionalmente la onerosa). Se puede puntualizar de contratos anteriores que “El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta quede obligada”. “El contrato bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente”.

⁷⁶ S/A, *E Contratos Civiles*, (CD-ROM), Ed. Tecnologías y recursos legales, Colecciones Asaco, México, 2012.

2.3.3. CONTRATOS ONEROSOS Y GRATUITOS

El artículo 1439 del Código Civil del Estado de Puebla establece: “Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, y gratuito aquel en el que el provecho es solamente de una de las partes”.

Así el artículo 1440 menciona: “I.- Es conmutativo el contrato oneroso, si las prestaciones que se deben las partes son ciertas, en cuanto a su existencia y cuantía, desde que se celebra el contrato; II.- Es aleatorio el contrato oneroso si una de las partes o todas ellas desconocen la existencia o cuantía de las prestaciones que deben por depender estas de un acontecimiento contingente”.

Esta última no debe considerarse como una clasificación autónoma sino una sub-clasificación de los contratos onerosos pero se anota porque es de gran interés.

Podemos referir que en el contrato oneroso hay un sacrificio recíproco y equivalente; en el gratuito el sacrificio solo es de una de las partes y la otra no tiene gravamen alguno sino solo beneficios.

Ello no implica necesariamente que carezca de obligación sino puede tenerla, pero ello no representa un sacrificio o gravamen. Así por ejemplo, en el contrato de comodato el comodante asume la obligación de proporcionar a otro una cosa para su aprovechamiento y el comodatario tiene obligación de devolver la cosa prestada que usó gratuitamente pero no asumió ningún sacrificio, aunque el contrato engendro obligaciones para ambos. El contrato es bilateral y gratuito. En los contratos bilaterales hay reciprocidad de obligaciones y en los onerosos hay sacrificios recíprocos.

2.3.4. CONTRATOS CONSENSUALES Y REALES

El código civil del estado de Puebla en su artículo 1441 nos señala: “Son contratos consensuales los que se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes, sin que la ley exija que se prueben por escrito ni se entregue el bien objeto del contrato, para la constitución de este”. Así mismo refiere el artículo 1443 del mismo ordenamiento legal invocado que:

“El contrato es real cuando es necesario para su validez, por exigirlo la ley o convenirlo así las partes, que al celebrarlo estas, se entreguen material o jurídicamente, el bien o bienes objeto de las obligaciones creadas por el contrato”.

En el mismo orden de lo señalado, podemos simplificar al primero: una compra-venta de bienes muebles, en donde la ley no requiere de una forma especial para que el acto valga, únicamente las partes se ponen de acuerdo respecto a la cosa y el precio por consecuencia el contrato queda perfecto, sin necesidad de forma alguna. Por lo que hace al segundo de los contratos referidos se encuentra la “prenda” donde su constitución supone la manifestación exterior de la voluntad de celebrarlo más la entrega de la cosa pignorada que es acto constitutivo del contrato.

2.3.5. CONTRATOS FORMALES Y SOLEMNES

La referencia del primer contrato señalado, está establecido en el artículo 1442 del Código Civil del estado de Puebla que dice: “se llaman formales los contratos que, perfeccionándose por el mero consentimiento de las partes, deben probarse mediante documento sea público o privado, según determine la ley”.

Sabido es que hay actos y contratos a los que el legislador asigna una forma necesaria para su validez, en ellos, la voluntad debe ser exteriorizada precisamente de la manera exigida por la ley, pues de lo contrario el acto puede ser anulado.

En los contratos formales la falta de esta forma no impide la existencia del acto, pero si los afecta en su eficacia. Un ejemplo la compraventa de bienes inmuebles (artículo 2182 del mismo cuerpo de leyes invocado).

Por lo que hace a los contratos solemnes, se puede señalar que es aquél donde la ley exige como elemento de existencia, que la voluntad de las partes se externe con la forma prevista por ella y si la forma no se cumple, el acto será inexistente. Un ejemplo clásico de este tipo de contrato es el de matrimonio.

2.3.6. CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS

El contrato principal tiene su razón de ser y su explicación en si mismo, pues surge en forma totalmente independientemente y no es considerado como apéndice de otro contrato, ya que cumple de manera autónoma su función en el ámbito jurídico y económico, atendiendo a su naturaleza, por tanto se puede decir que no requiere de la existencia de otro contrato para poder subsistir un ejemplo de este será el arrendamiento.

En contraposición de lo señalado, el contrato accesorio, en principio no tiene existencia independiente, se explica referido a otro contrato del cual depende, solo se justifica como parte complementaria de otro acto contractual, es decir, depende de la existencia de un contrato diverso. Y de este tipo de contratos encontramos al de fianza, prenda o de hipoteca, que como se sabe son contratos de garantía, cuya celebración presupone la existencia de otro contrato principal, que van a asegurar.

2.3.7. CONTRATOS INSTANTANEOS Y DE TRACTO SUCESIVO

El numeral 1444 del Código Civil del estado de Puebla dispone que los contratos puedan ser de tracto sucesivo o instantáneo de acuerdo a las siguientes disposiciones:

- I) Se llaman contratos de tracto sucesivo aquellos cuya vigencia no se agota en un solo acto, de tal manera que ambas partes o una de ellas van cumpliendo sus obligaciones o ejercitando sus derechos a través de cierto tiempo, estos contratos por tanto, se van cumpliendo de manera escalonada a través del tiempo. Su función y obligaciones pactadas son diferidas, es decir, se cumplen en varios o múltiples momentos.
- II) Los contratos son instantáneos cuando las prestaciones se realizan inmediatamente.

Consecuentemente, los contratos instantáneos se forman y deben cumplirse inmediatamente. Se agotan en un solo acto su creación y extinción son una sola cosa. El ejemplo que se puede dar de este tipo de contratos lo es la compra de contado. Y el ejemplo de los contratos de tracto sucesivo puede ser la renta vitalicia.

2.3.8. CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS

Los nominados son aquellos que están debidamente instituidos en las leyes. Significa que tiene una reglamentación plenamente determinada. Se puede afirmar, en nuestra materia, que son aquellos reglamentados en el Código Civil o en otros ordenamientos legales precisos, y sus consecuencias están prefijadas en tales normas generales, y por tanto no debe pensarse que se refiere a una apariencia gramatical o por la consideración de un nombre. La doctrina alemana los titula como “típicos”. Así se puede decir que la compraventa es un contrato nominado el arrendamiento, la sociedad, el mandato, etc. Porque los regula el Código Civil.

Contrato innominado es el que teniendo o no una denominación especial, carece de una reglamentación particular y específica. Por ejemplo se puede citar el contrato petrolero, el llamado contrato de suministro de energía eléctrica, de estacionamiento de vehículos, etc. Que si bien tienen un nombre, carecen de una reglamentación específica, aunque de toda ley en que se les menciona puede llegarse a desprender esta.

Existe la afirmación sin embargo que los contratos innominados tienen la misma fuerza legal y se rigen por las normas del contrato nominado con el que tengan mayor semejanza. Son atípicos según la consideración de la doctrina alemana.

2.4. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

Se han dejado precisados esos elementos tanto estructurales como de eficacia jurídica que deben conjuntarse para dar plenitud a todo contrato, es por ello que teniéndolo en el universo jurídico, es posible reflexionar en algunos casos que las partes no supieron o no pudieron con toda claridad el pensamiento que los llevo a la celebración del contrato o no dijeron con exactitud cuál era su deseo y por tanto, también cabe reflexionar ¿Qué es lo que verdaderamente quisieron los contratantes?

Por tanto surge la necesidad de interpretar⁷⁷ o tratar de conocer lo que las partes quisieron decir y de ahí surge el planeamiento del problema “la interpretación de los contratos”.

Inicialmente se manejarán algunas referencias de carácter jurídico que nos vayan acercando a la interpretación en los contratos, que en este apartado lo que se pretende es desentrañar y que de alguna manera pudiera permitir clarificar la voluntad contractual.

Interpretación, en el lenguaje jurídico se da este nombre a la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley. Es la declaración del derecho es decir, de todo cuanto constituye fuente de Derecho y Obligaciones, como las costumbres, los contratos, la Ley y aún los actos. Las leyes claras y que no implican contradicciones con otras no necesitan ser interpretadas.

La labor de interpretación jurídica no es solo precisar el sentido de las palabras o de las frases, es también hacer trabajo de investigación para definir las reglas que deban aplicarse a la solución de los conflictos, aunque tales reglas no se desprendan directamente de los preceptos expresos del derecho positivo o desprendan en forma que no correspondan al significado gramatical de aquellos. En este sentido, hace labor complementaria de la ley y llena los huecos de esta.

A continuación mencionaremos las diversas acepciones de la interpretación que la doctrina reconoce:

⁷⁷ Rico Álvarez, Fausto, *Teoría General de las Obligaciones*, 6ª ed., Ed. Porrúa, México, 2012, p.174.

- a) **Interpretación Judicial.**- Es la que proviene del juez.
- b) **Interpretación Legal.**- Es la interpretación auténtica y usual por contraposición a la doctrinal.
- c) **Interpretación Doctrinal.**- La que hacen los jurisconsultos⁷⁸ con arreglos a los principios de la Ciencia del Derecho en el terreno especulativo.

Rojina Villegas⁷⁹ al abordar el tema de la interpretación de la norma contractual, indica como parte inicial, que el problema de la interpretación de los contratos presenta dos aspectos: “Es decir, podemos interpretar el contrato como acto jurídico o como norma jurídica”.

La interpretación del contrato como acto jurídico se concreta exclusivamente a dicho acto aislándolo del sistema jurídico para referirlo a sus cláusulas, a sus términos y para operar dentro de ellos, a efecto de fijar su alcance, su sentido o su significación.

En cambio, la significación del contrato como norma sitúa a ésta dentro del ordenamiento jurídico para poder determinar su sentido en función directa de sus términos, de sus cláusulas, relacionándola con el ordenamiento jurídico al cual pertenece y, sobre todo acudiendo a ese ordenamiento para poder definir su sentido.

Pero situando al contrato como acto jurídico o como norma jurídica es evidente que las fuentes generales y creadoras de todo contrato son el consentimiento y el objeto y de estas dos figuras legales que emanan, ya no doctrinariamente sino contenidas, marcadas y plasmadas por la legislación civil mexicana, la que tiene más relevancia jurídica es el consentimiento, la voluntad o la aceptación, palabras sinónimas con la que se destaca la importancia vital del contrato mismo, desde su génesis o proceso formativo.

La significación del consentimiento ha sido referida anteriormente en los elementos esenciales que estructuran todo contrato, sin embargo no sobra señalar lo siguiente:

⁷⁸ Morineau Iduarte, Marta, op. cit., p. 20.

⁷⁹ Rojina Villegas, Rafael' *Derecho Civil Mexicano 3 Bienes Derechos Reales Y Posesión*, 15ª ed., Ed. Porrúa, México, 2012, p. 249.

Definiremos a la voluntad como: “Potencia del alma que mueve a hacer o no hacer una cosa; Acto con la potencia volitiva admite o rehúye hacer una cosa; Decreto, determinación o disposición de Dios. Libre albedrío o libre determinación; Elección de una cosa, sin precepto o impulso externo que a ello obligue. Intención animo o resolución de hacer alguna cosa, consentimiento, asentimiento, aquiescencia”.

En cuanto al consentimiento lo conceptualizaremos como: “Acción y efecto de consentir; conformidad de voluntades entre los contratantes”.

Y del diccionario Razonado de la legislación y Jurisprudencia, por Joaquín Escriche, también se toman otros significados:

“Consentimiento es la adhesión de uno a la voluntad de otro; o el concurso mutuo de la voluntad de las partes sobre un hecho que aprueban con pleno conocimiento”.

El consentimiento es expreso o tácito: expreso es el que se manifiesta por palabras o señales, y tácito el que se infiere en los hechos. En todo contrato es necesario el concurso de dos voluntades, esto es, la proposición u oferta de una parte o aceptación de la otra. Mientras la oferta una vez hecha no se revoca puede intervenir la aceptación: mas esta no tiene ya lugar después del fallecimiento del proponente, porque la voluntad de formar un contrato como inherente a la persona se extingue con ella.

El consentimiento para ser válido debe ser libre mientras no se pruebe haber sido dado por error o arrancado con violencia o sacado por dolo engaño o ardid.

Aceptación la admisión de lo que da, ofrece o encarga o el consentimiento de aquel a quien se hace una proposición, oferta o encargo o da o difiere alguna cosa, y la admite aprueba o recibe.

La aceptación puede ser expresa o tácita: será expresa cuando se declara por palabras o por signos y tácita cuando se manifiesta por acciones o hechos.

En todo contrato es indispensable la aceptación porque no puede haber contrato sin que haya concurrencia de dos voluntades esto es proposición u

oferta de una parte, y consentimiento aprobación conformidad o aceptación de la otra. *Conventio est duorum vel plurium placitum consensus*.

Mientras que no haya más que oferta o proposición de una parte no puede haber obligación porque no hay más que voluntad de uno solo y nuestra sola voluntad no puede ligarnos para con otra persona. La obligación es el vínculo que resulta del contrato.

Más aún podemos agregar por lo que a consentimiento se refiere un concepto más del jurista Corbella al exponer: “La inteligencia delibera, la conciencia juega, la voluntad resuelve.

Los actos son necesarios para que el consentimiento exista. En otros términos, para que exista consentimiento es necesario que la persona sepa lo que hace (deliberación) y porque lo hace (conciencia) y que, además quiera hacerla (libertad)”.

Y como de lo expuesto, se puede deducir sin hipérbole a dudas de que el consentimiento es el alma del contrato, lo contrario también nos obliga a exponer y afirmar que no hay contrato, lo contrario también nos obliga a exponer y afirmar que no hay contrato sin consentimiento aparente que no responda a la verdadera voluntad de los contratantes como puede ocurrir en la simulación.

Y si, como premisa fundamental debe tomarse en cuenta la voluntad o el consentimiento como elemento esencial para la formación de todo contrato o acto jurídico, surge la cuestión nueva de que una vez concluido el contrato, la voluntad o el consentimiento deben producir determinados efectos que son precisa y necesariamente los que deben buscarse y concretarse para determinar de acuerdo con el ordenamiento jurídico existente, la extensión del acto volitivo consecuentemente esto es lo que constituye el problema de la interpretación de los contratos o actos jurídicos.

Señalado todo lo anterior podemos ya conceptualizar la interpretación de la voluntad de las partes que dan nacimiento a un contrato.

Concepto.- se puede inicialmente decir que interpretar significa desentrañar el sentido de una expresión de voluntad⁸⁰ puesto que los contratos como acto jurídico y las normas jurídicas de manera general requieren ser interpretados para determinar el verdadero alcance de la voluntad de las partes, ya que las fórmulas utilizadas pueden ser ambiguas, inciertas y hasta contradictorias.

Por otro lado, también podemos referirnos como concepto a lo externado en los siguientes términos “Interpretar un contrato, es averiguar el sentido en que una declaración de voluntades resulta decisiva para el contrato, esto es, buscar el alcance y efectos jurídicos de las voluntades que en él intervinieron”.⁸¹

También surge el problema en aquellos casos en que al celebrarse un contrato, discrepa la voluntad real o interna de los contratantes, con la que aparece externada, esto es, en aquellos casos en los que no se traduce la voluntad de las partes. Por ello la interrogante ¿Cuál de las dos voluntades debe de considerarse?. ¿Debe prevalecer lo que se pensó decir, sobre lo que aparece externado? ¿Debe estarse a lo que aparece estipulado aunque ello discrepe de lo que realmente se pensó y no se pensó decir?

Puntualizando.- ¿Debe atenderse a la voluntad real o interna o bien a la voluntad declarada?. Partiendo de esta puntualización se pueden referir dos teorías que se denominan como:

- A) Teoría de la Autonomía de la voluntad; y
- B) De la voluntad declarada.

⁸⁰ Bejarano Sánchez, Manuel, op. cit., p.134.

⁸¹ Gutiérrez y Gonzales, Ernesto, op. cit., p. 321.

2.4.1. TEORIA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

Esta teoría surge en Francia en el siglo XVII bajo el influjo de las ideas del individualismo liberal y de la escuela del derecho natural que concedía gran importancia al individuo y a su voluntad, postula esta solución y sostiene que para aplicar un contrato, el intérprete debe penetrar la intención de las partes para descubrir cuál ha sido esta y hacerla predominar.

Al referirnos a esta teoría estamos optando por proteger a los contratantes y respetar sus propósitos y entonces en el predominio de la voluntad real o interna sobre los términos de la declaración no debe considerárseles ligados por una voluntad declarada que no era el fiel reflejo de sus deseos; en ella se afirma que si la voluntad de las partes es el alma del contrato habrá sin duda que atender a ella donde el intérprete lleva a cabo una función de psicólogo para desentrañar o explorar la común intención de los contratantes para establecer o determinar el alcance del contrato.

En principio siguiendo un orden de estudiar la autonomía de la voluntad con el siguiente concepto: “La teoría de la autonomía de la voluntad sostiene esencialmente, la soberanía de los individuos para regular sus derechos, mediante una acuerdo de voluntades (convención o contrato) acuerdo este, que tiene la fuerza de ley entre las partes”.

Se refiere un breve análisis histórico del derecho en materia contractual en los siguientes términos:

- a) El contrato en el antiguo derecho romano. ⁸²Si bien el origen de la teoría del contrato que domina el derecho debe distinguirse dos periodos, pues en el antiguo derecho romano regía el principio: “Nulla Pactio Obligationem Non Parit”. Vale decir que las convenciones celebradas entre las partes no bastaban para engendrar derechos y obligaciones, puesto que debían celebrarse en alguna de las formas que las leyes autorizaban: I) El Nexum, contrato que se formalizaba mediante el empleo del metal y la balanza; II) El contrato verbal, que era una interrogación que la parte futura acreedora hacía a la que se constituía

⁸² Bialostosky, Sara, *Panorama Del Derecho Romano*, 9ª ed., Ed. Porrúa, México, 2011, pp. 209-223.

en deudora y la respuesta era la última; III) El contrato literal, que se inscribía por el acreedor con acuerdo del deudor en un registro doméstico. Puede apreciarse que el contrato se veía revestido de solemnidades. Y no se perfeccionaba en caso de no cumplirse las mismas.

- b) Transformaciones durante la época del imperio. Tales formas no pudieron mantenerse en las costumbres y el derecho frente al avance creciente del comercio y la expansión del imperio romano, es por ello que surgieron modificaciones en la estructura jurídica en general y en materia de contratos en particular. Es así que, aparecen nuevos contratos que se encuentran desprovistos de las antiguas formalidades, y estos son los contratos reales, de mutuo, prenda, depósito y comodato, en los que bastaba la entrega de la cosa para que naciera la relación de restituirla; y los contratos consensuales, venta, locación mandato y sociedad que producían todos sus efectos mediante el simple acuerdo o convención de las partes.
- c) Referencia e influencia en el Código Civil Francés. En el moderno derecho, influido por el Código de Napoleón rige el principio fundamental de que para la formación de los contratos basta la voluntad o acuerdo de las partes. En dicho código se encuentra consagrado el principio que hace el contrato una convención con fuerza de ley entre partes. Todo referido se encuentra plasmado en el artículo 1101 del Código Francés que define el contrato como: “El acuerdo de voluntades de dos o varias personas sobre un objeto de interés jurídico”. Esta determinación actualmente se encuentra plasmada en nuestro derecho. Significando con ello la entera libertad que se tiene a la autonomía de la voluntad.

Importante es la posición del tratadista Leon Duguit que refiere que la doctrina de la autonomía de la voluntad es propia de la mentalidad del contrato social del liberalismo que llevó a un exagerado individualismo y a una elevación de los intereses privados por encima de los superiores intereses de la

sociedad. En esa forma queda el más débil, sujeto siempre a las pretensiones del más fuerte.

2.4.2. TEORIA DE LA DECLARACION DE VOLUNTAD

Al analizar la teoría de la declaración de voluntad y es en su contenido, diametralmente opuesta a la anterior. Sostiene que para interpretar el alcance de un contrato se debe estar en forma exclusiva a lo que exteriorizaron los otorgantes, de manera independiente de que esa declaración traduzca o no fielmente su querer interno. Por tanto, se puede afirmar reafirmando lo que esta tesis dice: “Que en caso de divergencia entre la voluntad real y la que ha sido exteriorizada, es esta ultima la que debe predominar, puesto que ha sido la única que ha podido ser reconocida, pues la voluntad interna esta fuera del campo del derecho”.

Se puede afirmar, que ninguna de las tesis ha tenido plena aceptación, pero de acuerdo a la consideración legal, se encuentra que la que tiene real y verdadera presencia es la Teoría de la Voluntad Real o Interna. Y para confirmación de lo externado se transcriben los numerales del Código Civil para el estado de Puebla:

Artículo 1495.- Si las palabras de un contrato son claras y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas;

Y articulo 1496.- Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas. Se quiere también señalar que la ley establece diversas normas para desentrañar el alcance de las voluntades, cuando hay discrepancia con lo declarado.

Por su parte la jurisprudencia nos dice al respecto:

- a) .- Contratos Interpretación de los.- La naturaleza de los contratos depende, no de la designación que le hayan dado las partes, que puede ser errónea, sino de los hechos y actos consentidos por las mismas, en relación con las disposiciones legales aplicables atenta la regla de interpretación del Código Civil vigente: “si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas”.

- b) Contratos Interpretación de los.- El camino más seguro que señala la hermenéutica jurídica para la interpretación de los contratos, es la ejecución voluntaria del mismo contrato.
- c) Contratos Interpretación de los.- Si la voluntad de las partes es la suprema ley en los contratos, salvo los casos en que medie el interés público, de acuerdo con las normas interpretativas de los mismos, 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.
- d) Contratos Interpretación de los.- Es antijurídico interpretar los contratos apartándose de su sentido literal y ya no para interpretarlos a base de sutilezas y artificios contrarios al buen sentido.
- e) Contratos Interpretación de la voluntad de las partes. La teoría adoptada por el artículo 78 del Código de Comercio, en cuanto a la interpretación de la voluntad de los contratantes, es la misma que sustenta el Código Civil de 1928 (artículos del 1851 al 1857), o sea la que afirma la preeminencia de la voluntad sobre su expresión material y diversa a la del Código Civil de 1884, que interpreta el acto jurídico atendiendo solo a factores objetivos, independientemente de la intención de los interesados (artículo 1324).
- f) Contrato No cumplido, Excepción de. Si el demandado no alegó que el actor hubiera inejecutado totalmente el contrato, sino que solo invocó el incumplimiento parcial, rigurosamente no debe hablarse de la excepción “non adimpleti contractus”, sino de la “non rite adimpleti contractus”. Sin embargo, cuando es de considerable importancia la parte de la obligación que se ha dejado incumplida, comparada con el total de la deuda, ésta última defensa se identifica, en cuanto a sus efectos prácticos, con la “non adimpleti”. El contratante que no cumple íntegramente las obligaciones que le corresponden no puede exigir del otro el cumplimiento total, pero tampoco éste puede apoyarse en aquel incumplimiento para rehusarse a realizar las prestaciones que le incumben, cuando ha exigido de su

colitigante la ejecución íntegra y ha visto acogidas sus pretensiones por sentencia firme. Dentro de los postulados de la buena fe, la oposición de la “inadimpleti contractus” (cuando el reo que la opone la ha hecho valer por vía de acción en otro juicio y ha obtenido sentencia ejecutoria en que se condena a su colitigante) no puede conducir a una absolución, ni siquiera de carácter temporal, pues suponer que, en tales casos constituye una excepción dilatoria (y no una defensa de mérito) equivaldría a violar la igualdad entre las partes, legitimar una injusticia y desconocer el principio de economía procesal, ya que el reo puede, en estas condiciones, exigir el cumplimiento total por parte de su adversario y, así, no es concebible que se le autorice a dejar de cumplir lo que a él le toca, ni siquiera en forma temporal o transitoria. Resulta contradictorio e inadmisibles desde el ángulo de la justicia y la igualdad que el comprador reclame, por vía de acción, el cumplimiento íntegro del contrato y que, en cambio, en otro juicio, pretextando que el vendedor no ha realizado todas las obligaciones que le incumben, se rehusé a ejecutar aun parcialmente lo que le corresponde.

g) Contrato Nulo No puede producir efectos jurídicos.- Cuando un contrato es nulo no puede producir efectos jurídicos en ningún tiempo y, por lo mismo, los actos o contratos que se deriven a su vez de aquello, también serán nulos y tampoco producirán efectos jurídicos en ningún tiempo, de acuerdo con la máxima que dice “Quod Nullum et nullum producit effectum”.

h) Contratos en Machotes.- La circunstancia de que el contrato se contenga en un machote de los que generalmente se usan para tal efecto, no es óbice para que se estimen válidas las estipulaciones en él contenidas, puesto que no hay disposición legal que prohibía redactar en esa forma un documento.

i) Contratos, Precio Señalado en los. Las cláusulas de un contrato deben interpretarse en su conjunto, según las reglas del derecho común, y si por la voluntad de las partes se asignó un precio unitario igual a todas las

clases de ganado por cabeza, aunque este precio varié según el tipo de ganado de que se trate, ello tan solo significa que el contrato se firmó sin atender a la realidad de las cosas.

2.5. CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS

En líneas anteriores se dio idea de la estructuración perfecta de los contratos y de los requisitos que se precisan para hacerlos valer, posteriormente se analizó la forma de interpretar el alcance y el sentido de la voluntad de las partes que forman el consentimiento en un contrato. Es por ello que en este apartado se analizara la manera en que deben cumplirse las obligaciones que pactaron las partes en dicho contrato.

Plena respuesta aunque incompleta la encontramos en los artículos 1445 del Código Civil de estado de Puebla que a la letra dice: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto los que deben revestir una forma señalada en la ley, como solemne”.

Y el 1446 menciona. “Los contratos legalmente celebrados obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza son conformes a la buena fe, al uso o a la ley”.

De lo anterior se desprende, que los contratos celebrados deben ser puntualmente cumplidos si el cumplimiento es voluntario, estaríamos en presencia de una forma natural de extinción de la obligación. En el tema objeto de nuestra investigación, nos encontramos en presencia de la obligación. En el tema objeto de nuestra investigación, nos encontramos en presencia de contratos, en los que por una circunstancia imprevista que origina la excesiva onerosidad en beneficio del acreedor, el cumplimiento de los mismos resulta imposible, existiendo la aplicación del principio “Ejecución Forzosa o Cumplimiento Coactivo”.

2.5.1. CUMPLIMIENTO COACTIVO O EJECUCION FORZOSA

Si el deudor cumple voluntariamente su obligación, esta se extingue por pago; pero cuando no se aviene a respetar su compromiso, el acreedor puede lograr que sea forzado a ello contando con el auxilio de la fuerza pública, puesto que una de las características de la norma y la relación jurídica es la coercibilidad, el poder que tiene el titular de un derecho de lograr coactivamente el cumplimiento y la satisfacción del mismo. Esa posibilidad eventual de poner en movimiento a la autoridad jurisdiccional, para lograr con su auxilio al respeto de la norma de derecho, su acatamiento forzado (la mera posibilidad de obtenerlo) es una medida eficaz para lograr ordinariamente su observancia. Pero, en los casos de que el deudor se resiste a cumplir, pese a la amenaza de una coacción posible, el cumplimiento forzado puede ser obtenido a solicitud del acreedor (generalmente, previa sentencia judicial que considere los opuestos puntos de vista de las partes en pugna, decreta el respeto y ordene la ejecución).

Esta ejecución puede obtenerse proporcionando al acreedor el objeto mismo de la obligación, entonces se dice que se ha logrado el *cumplimiento forzado en naturaleza*; el deudor recibe esta suma; o el deudor estaba comprometido a entregar una cosa determinada y el acreedor la recibe en su individualidad; o bien, al deudor el hecho mismo que debía darle el deudor o la obtención que debería observar. En ocasiones en la práctica, resulta difícil lograr el cumplimiento del objeto mismo de la obligación, sobre todo cuando requiere de la realización de un hecho de un deudor recalcitrante. En tales casos, deberá concederse al acreedor un sustituto de aquel objeto y alcanza entonces un *cumplimiento por equivalente*, el dinero es el equivalente por excelencia. El acreedor recibe una indemnización compensatoria del objeto de la obligación incumplida en concepto de daños y perjuicios, porque el deudor incurrió en el hecho ilícito del incumplimiento. La ejecución por equivalente es así una forma de la responsabilidad civil, entonces surge la cuestión ¿En qué casos es posible el cumplimiento en naturaleza y en cuáles es indispensable un cumplimiento por equivalente?, para resolver esta interrogante debemos considerar los distintos tipos de obligación.

a) **Obligaciones de Dar.-** En las obligaciones de dar una suma de dinero, siempre es posible obtener la ejecución forzada en naturaleza: como en derecho existe al principio de que: “El deudor responde de sus obligaciones en todo su patrimonio” (artículo 2964 Código Civil del Distrito Federal), el obligado a prestar una cantidad en dinero efectivo que se resistiere a hacerlo sufriría la ejecución sobre su patrimonio mediante un secuestro o embargo de bienes, los que al ser rematados permitirían disponer del numerario indispensable para satisfacer al acreedor.

El artículo 507 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal dispone al respecto que: “Si la sentencia condenare al pago de una cantidad líquida, se procederá siempre, y sin necesidad de previo requerimiento personal al condenado, al embargo de bienes en los términos prevenidos para los secuestros”.

Así mismo el artículo 510 del mismo precepto legal: “Si los bienes embargados fueron dinero, sueldos, pensiones o créditos realizables en el acto, como, efecto de comercio o acciones de compañías que coticen en la bolsa, se hará el pago al acreedor inmediato después del embargo. Los efectos de comercio y acciones, bonos o títulos de pronta realización, se mandarían vender por conducto de corredor titulado, a costa del obligado”.

Las obligaciones de dar dinero que no contienen cantidad determinada, deberán ser liquidadas en un incidente, en el procedimiento de ejecución, a fin de que el juez establezca su cuantía y coaccione al deudor de su pago, tal como lo establece el artículo 515 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Si la sentencia no contiene cantidad líquida, la parte a cuyo favor se pronunció, al promover su ejecución presentará su liquidación de la cual se dará vista por tres días a la parte condenada y sea que la haya o no desahogado, el juez fallará dentro de igual plazo lo que estime justo que en derecho corresponda.

Y el precepto siguiente insinúa a la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios, y establece idéntica forma de liquidarla:

“Cuando la sentencia hubiere condenado al pago de daños y perjuicios sin fijar su importe en cantidad líquida, hallándose establecido o no en aquella las bases para la liquidación, el que haya obtenido a su favor el fallo presentará, con la solicitud, relación de daños y perjuicios y de su importe. De esta regulación se correrá traslado al que haya sido condenado, observándose lo prevenido en el artículo anterior. Lo mismo se practicará cuando la liquidación proceda de frutos, rentas o productos de cualquier clase”.

Si la obligación de dar consiste en la entrega de una cosa determinada en su individualidad, el juez dictara una orden de secuestrar la cosa misma y hacer entrega de ella al acreedor, pero, si hubiere un cumplimiento por equivalente, mediante el pago de daños y perjuicios.

Si se tratara de bienes genéricos, también será posible el cumplimiento en naturaleza, adquiriendo a cargo del deudor dichas cosas en donde puedan ser obtenidas.

b) **Obligaciones de hacer o no.-** Mayor dificultad de cumplimiento forzoso presentan las obligaciones de cuyo objeto es hacer o no hacer. En ellas es indispensablemente la colaboración del deudor, cuya decidida oposición al pago haría negatoria toda compulsión tendiente a un cumplimiento en naturaleza.

Aunque el juez tiene la facultad de imponerle medidas de apremio para hacerle acatar sus determinaciones medidas que van desde la multa hasta el arresto por treinta y seis horas con apoyo en el artículo 73 del Código Procedimientos Civiles del Distrito Federal, firme resistencia del obligado haría estéril la coerción.

De igual forma, será a menudo inalcanzable el cumplimiento forzado en naturaleza de una obligación de no hacer.

Sin embargo, en ocasiones es posible obtener el acatamiento efectivo de las obligaciones de hacer y no hacer si el hecho puede ser proporcionado por un tercero, caso en el cual se realizará por éste con cargo al deudor, quien deberá abonar igualmente daños y perjuicios, y si el hecho del que debió abstenerse el deudor produjo una obra material que pueda ser destruida, la

ejecución decretada por el juez consistirá en imponer al deudor el pago de los daños y perjuicios, y en borrar los efectos del hecho prohibido (artículos 517 y 524 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal)

Pero, si se trata de obligaciones de hacer, *intuita personae*, o sea aquellas que sólo pueden ser cumplidas por el deudor o de obligaciones de no hacer irremediamente quebrantadas, la satisfacción solo será posible equivalente.

La jurisprudencia en cuanto al cumplimiento de los contratos establece:

a) Cumplimiento del contrato y cobro de pena moratoria. Mora Mercantil. Se pueden reclamar conjuntamente la acción de cumplimiento del contrato y la de cobro de pena moratoria estipulada en la materia mercantil, y como el texto del artículo 88 del Código de Comercio es incompleto, lo cual significa que en dicho ordenamiento hay una laguna, en su caso es procedente subsanarla mediante la aplicación supletoria del derecho común conforme al artículo 2º de dicho Código de Comercio y, en la especie es aplicable el artículo 1846 del Código Civil Federal. Por tanto, no es incorrecta la admisión y tramitación de una demanda en que se ejercitan conjuntamente la acción de cumplimiento del contrato y la de pago de la pena moratoria estipulada. Sexta Época, Cuarta Parte: Vol XIV, Pág. 147 A.D. 2734/57 “Central de Fianzas” S.A. y “Elevadores” S.A. y Mayoría de 4 votos.

b) Contratos, la Parte que no cumple dentro de un plazo razonable. (Cuando no se ha estipulado el término fijo) no tiene derecho de exigir el cumplimiento. Debe presumirse que al cargador le era indispensable hacer uso de los carros solicitados dentro de un lapso mucho más breve, sin duda, que el de los tres meses transcurridos desde la solicitud hasta la fecha en que los ferrocarriles suministraron dichos carros, y como ya había pasado con exceso el tiempo normalmente necesario para el cumplimiento de la obligación a cargo del porteador, aunque el cargador haya cancelado el pedido y por este capítulo, pudiera estimarse que incurrió en incumplimiento, los Ferrocarriles Nacionales no están facultados para reclamarlo, con arreglo a los artículos 1796, 1979, 1953, 2079 y 2080 del Código Civil, pues el contratante que no

realiza la prestación que le corresponde no tiene derecho a exigir de la otra parte el cumplimiento. Quinta Época: Suplemento de 1956. Pág. 166 A.D. 2808/50 Ferrocarriles Nacionales de México 5 votos.

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA

DE LA TEORIA DE LA IMPREVISIÓN

Describir la naturaleza jurídica de una implica enunciar sus características, sus elementos definirla, dar respuesta a la interrogante ¿Qué es? Esto permitirá distinguirla y comprenderla, a este efecto y resaltando el análisis del lenguaje postulado en la Jurisprudencia Analítica cuyo principal representante es John Austin y el Realismo Sociólogo-Jurídico en la que Alf Ross es su principal exponente, debemos plantearnos ¿Qué nombran las palabras Teoría de la imprevisión?, la respuesta nos permitirá determinar su extensión, por ello acudiremos en primer término a definir las palabras Teoría e Imprevisión:

Teoría.- Conjunto de opiniones o de ideas sobre una materia concreta, conocimiento abstracto, especulativo; Sistema conceptual organizado en que se apoya la explicación de un orden de fenómenos.⁸³

Imprevisión.- Que no se puede prever, no previsto.⁸⁴

La relación de las palabras Teoría e Imprevisión connota “Un conjunto de opiniones o ideas sobre una materia concreta, un sistema conceptual organizado en relación a lo no previsto, a lo que no se puede prever” en este orden de ideas debemos plantearnos ¿Qué denota, en el campo del derecho la teoría de imprevisión?, a continuación citaremos algunas definiciones doctrinales.

Juan Terraza Martorell define a la Teoría de la Imprevisión como “Aquella que admite la revisión de un contrato (resolución o modificación) cuando las condiciones de ejecución se encuentran notablemente alteradas, por circunstancias que las partes no pudieron racionalmente prever en el momento de la conclusión.”⁸⁵

Por su parte Rafael de Pina conceptualiza a la Teoría de la Imprevisión como “Un conjunto sistemático de especulaciones científicas que tiene como

⁸³ *Diccionario enciclopédico* Ed. Olimpya, Barcelona 1995, p. 765.

⁸⁴ *Ibídem*, p. 814.

⁸⁵ Terraza Martorell, Juan, *Modificación y Resolución de los Contratos por Excesiva Onerosidad o Imposibilidad en su Ejecución*, Ed, Bosch, Barcelona, 1951, p. 107.

finalidad justificar el incumplimiento total o parcial de un contrato en atención a la presencia de circunstancias extraordinarias no previstas en el momento de su realización”.⁸⁶

Rafael Bejarano Sánchez lo define como “La fuerza obligatoria del contrato debe ceder y debe hacerse un ajuste de las cláusulas del mismo, cuando el acto se tornó inequitativo por el cambio imprevisto de las circunstancias. Este ajuste o revisión deber ser efectuado por los jueces, quienes tendrán así poder de pasar sobres 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”⁸⁷

En las dos primeras definiciones encontramos la cláusula rebús sic stantibus (mientras las cosas permanezcan igual), considerando que las condiciones vigentes al celebrar un contrato pueden modificarse estableciendo un desequilibrio entre la prestación y la contraprestación, y que esto se debe a circunstancias imprevistas, ambas definiciones no establecen claramente el papel del órgano jurisdiccional en el restablecimiento del equilibrio en la ejecución del contrato, que es uno de los puntos fundamentales que destacamos en este trabajo como característico de la Teoría de la Imprevisión.

También la segunda definición plantea el “incumplimiento total o parcial del contrato”, no pretendemos que la extensión de la Teoría de la Imprevisión alcance esos límites, pues el principio de buena fe se aplica a ambos contratantes, y a través de él se pretende el cumplimiento equilibrado del contrato.

Por otra parte, la tercera definición destaca el papel del juzgador en el restablecimiento de las condiciones de equidad, lo que se traduce en una limitación a la voluntad de los contratantes manifestada en la celebración, esta manifestación de voluntad es un acto jurídico, y como tal produce consecuencias de derecho. ¿Cuál es nuestro fundamento doctrinal para

⁸⁶ De pina vara, Rafael, *Diccionario de derecho*, 36ª ed., Ed. Porrúa, México, 2007, p. 470.

⁸⁷ Bejarano Sánchez, Manuel, *op. cit.*, p. 152.

considerar a diferencia del Código Napoleónico y nuestra Legislación Vigente que la voluntad de las partes puede limitarse?, a continuación lo expondremos:

A mediados del siglo XIX Windscheid presenta la Teoría de la Presuposición. Esta teoría limita la voluntad de las partes, como el fin de evitar consecuencias contrarias a lo que las partes establecieron.

Presuposición es aquella expectativa o creencia que las partes tiene sobre el negocio, de tal forma, que de ocurrir algo no esperado nace el derecho de dar por terminado el contrato.

Distintos autores critican a esta teoría en razón de que no hay manera de establecer una división entre la voluntad condicionada o limitada y la condición. Candil responde que la voluntad condicionada no llega a constituir una verdadera condición, en razón de que la condición, impide la realización de la voluntad de las partes, mientras que una voluntad condicionada perdura hasta que llegue a ser posible su realización y no se obtengan consecuencias contrarias a la voluntad de las partes.

El tratadista Terrazo Martorell define la presuposición como: “Una voluntad condicionada” que el efecto jurídico solo existe, dado o supuesto cierto estado de cosas, puesto que compara a la presuposición con una condición no desarrollada, puesto que las partes han basado su voluntad en un hecho que presuponen va a ocurrir, del cual no han hecho una condición expresa pero no dudan de su acontecimiento, sin embargo, la falta de tal acontecimiento, es un medio de defensa hacia intereses que puedan verse dañados en razón de un acontecimiento contrario a la voluntad de las partes.

Por su parte Oertmann clasifica a la Teoría de la presuposición en unilateral y en bilateral. Señala que de una de las partes pretende hacer valer determinada circunstancia para evadir cumplir con su obligación mientras que la otra no conoció ni aprobó tal circunstancia. La bilateral, por otro lado hacer valer una aprobó, presuposición considerada por ambas partes; o por lo menos aceptada de manera implícita. En otros términos, las partes apoyan los efectos del negocio sobre un hecho determinado futuro, no considerándolo como condición sino como hecho de indudable aparición. Oertmann basa su doctrina

en la Teoría de la Presuposición Bilateral, considera al hecho como la base del negocio, de ahí que, de no llegar a ocurrir tal circunstancia se extingue la obligación de las partes y considera suficiente que la parte contraria reconozca como importante las presentaciones de la otra parte sobre la existencia de las circunstancias, la obligación para las partes se extinga, existe una “desaparición” de la base del negocio y por ende derecho de resolución.

Loncher, quien también toma como base el fundamento del contrato, expone su concepto en la que la base del negocio, para él, éste no es más que la finalidad contractual; es decir, las circunstancias indispensables para obtener el fin deseado, y no se trata de que una de los contratantes reconozca o apruebe implícitamente la representación que tiene la otra parte en las circunstancias “básicas”. A manera de ejemplificar tenemos: Bajo la Teoría de Oertmann, A y B “condicionan” su obligación en razón de circunstancias que constituyen la base del negocio. Por el contrario, Loncher no establece “tales circunstancias” si no simplemente se basa en el resultado, de manera que, si el resultado es el mismo, ocurriendo X, Y, y Z, circunstancias o P, Q y R circunstancias, carece de importancia establecer las circunstancias bajo las cuales las partes se obligan sí el resultado es el deseado.

3.1. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION.

Hemos señalado líneas arriba de la necesidad de ciertos elementos que permitan la presencia de la Teoría de la Imprevisión, elementos algunos, que se traducen en ciertos y determinados hechos que surgen de forma totalmente imprevisible y que escapan a la voluntad de los contratantes, y otro elemento por supuesto esencial que será consecuencia de la celebración de un contrato, este con características específicas que se referirán, así como desequilibrio que surge en las presentaciones pactadas y que se tornan excesivamente onerosas por lo que hace a su cumplimiento. Siempre será oportuno señalar que la implementación de la Teoría de la Imprevisión en el aspecto contractual mexicano debe ser para no crear inseguridad jurídica en los contratos, sino por el contrario dadas las circunstancias imprevistas, se cumpla el contrato restableciendo equilibrio y justicia en las presentaciones para que con esto se ejecute el contrato de manera plena, a continuación enunciaremos los elementos característicos de esta teoría:

I.-Vigencia en el derecho positivo, dentro del marco del derecho privado.

II.-La celebración de un contrato bilateral, de tracto sucesivo (puesto que de tratarse de un contrato que se ejecuta de manera inmediata, carecería de sentido intentar algún argumento de revisión o modificación), comutativo y oneroso (aquellos contratos onerosos en que las prestaciones que las partes se deben son ciertas desde el momento en que se celebran).

En consecuencia, si la excesiva onerosidad es resultado de circunstancias ajenas al contrato mismo, se estaría en la posibilidad de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

III.- La realización imprevisible de un hecho o circunstancia que transforma la ejecución de la obligación contraída, que no pudo haber sido razonablemente prevista al momento de celebrar el contrato, siendo estos de tal gravedad que, de haberlo previsto los contratantes, no se hubiesen obligado, o lo hubiesen hecho en forma muy distinta.

IV.- Que esos hechos o circunstancias que humanamente son imprevisibles alteren de manera sensible la situación económica del país de manera general y no particular como pueden ser las alteraciones de carácter económico producidas por la guerra, las reiteradas devaluaciones que nuestro país sufre de manera cíclica, los movimientos mundiales de carácter económico, etc., que como se ha señalado trastoca la capacidad de cumplimiento de todo deudor.

V.- Que, el desequilibrio contractual dé como resultado la excesiva onerosidad en beneficio del acreedor.

VI.-La facultad del órgano jurisdiccional para restablecer las condiciones de equilibrio en la ejecución del contrato aplicando los principios generales de derecho (buena fe y equidad).

Pensando positivamente del éxito, por la presencia de la teoría de la Imprevisión, puede concretarse que su aplicación inicialmente se estaría dando en cuanto a la revisión del contrato bajo de los siguientes parámetros:

a).- El objetivo de toda revisión contractual fundamentalmente debe orientarse a procurar determinar el restablecimiento del equilibrio contractual de las presentaciones pactadas para que en su ejecución se evite la excesiva onerosidad en una de las partes (deudor).

b).-Para el efecto de la revisión que se señala en el punto que antecede, siempre será necesaria la intervención del órgano jurisdiccional, para que sea analizado cada caso y así se determine por tal autoridad jurisdiccional, la aplicación o no de la Teoría de la Imprevisión, debiendo fundar y motivar su actuación.

c).-La revisión aludida solo será procedente en tratándose de contratos bilaterales, conmutativos, onerosos y de trato sucesivo.

d).-Que necesariamente exista una íntima relación de causa a efecto entre el suceso impredecible y el desequilibrio de las prestaciones pactadas, que hagan que estas se vuelvan excesivamente onerosas.

Puede concluirse con todo lo anteriormente mencionado que la ampliación de la Teoría de la Imprevisión debe circunscribirse: al orden público y a las buenas costumbres, con la condición siempre de que la autoridad jurisdiccional será la que determine la aplicación al caso concreto de la Teoría de la Imprevisión. No haciendo nunca a un lado la voluntad de las partes contratantes que en su momento se manifestaron, ya que ellos establecieron los límites mismos de su expresión y deben tener conocimiento⁸⁸ y estar de acuerdo con las consecuencias y beneficios que la aplicación de la Teoría de la Imprevisión puede traer consigo, estimando que además lo que se pretende es que haya justicia en lo pactado.

De todo lo anterior exponemos a consideración de los lectores una definición propia respecto a la Teoría de la Imprevisión:

“Conjunto de normas jurídicas que facultan al órgano jurisdiccional para restablecer el equilibrio en la ejecución de los contratos, cuando las condiciones existentes en su celebración, se modifican en su ejecución, por circunstancias generales, que no pudieron ser razonablemente previsibles”.

⁸⁸ García Téllez , A. Alejandra, *Manual de Derecho de las Obligaciones Civiles*, Universidad Iberoamericana, Puebla, 2012, pp.19-21

3.1.1 EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Las consecuencias jurídicas de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión pueden variar desde efectos no cumplidos como son la modificación de las cláusulas contractuales hasta efectos radicales como la rescisión del contrato.

Y de acuerdo a la opinión de Luis María Rezzonico la decisión puede establecer:

- 1.- La rescisión de contrato.**
- 2.- Mantener y llevar a cabo algunas modificaciones.**
- 3.- Suspender la exigibilidad de la prestación.**
- 4.- Prorrogar el término para el vencimiento del contrato.**
- 5.- Disminuir la intensidad en la obligación.**

La posición que hemos sostenido durante el desarrollo de nuestra investigación, excluye la rescisión del contrato, ya que no se sustenta en la lesión como vicio del consentimiento, que ocurre en el momento de la celebración del contrato, sino respecto de su ejecución, alterada por la verificación de circunstancias imprevistas, **por lo cual la Teoría de la Imprevisión debe buscar el cumplimiento contractual, pero restableciendo las condiciones de equilibrio mediante la intervención del juzgador.**

3.2 PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN QUE SE FUNDAMENTA LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Cuándo nos preguntamos ¿Qué son los principios generales del derecho?, de inmediato aparecen posibles respuestas. Sin embargo, al profundizar sobre las mismas, nos surgen una multitud de dudas, ya que, en todas las contestaciones encontramos contradicciones y vacíos.

Cuando se mencionan los principios generales del derecho se habla de un conjunto de ideas y criterios fundamentales dentro de un sistema jurídico determinado y cuya eficacia como norma supletoria de la ley depende del reconocimiento expreso del legislador.

La denominación “principios generales del derecho” ha sido clasificada de indeterminada y vaga. Los autores no han conseguido hasta ahora, en efecto, no obstante los esfuerzos realizados para alcanzarla, elaborar una fórmula susceptible de ofrecer una idea más clara y precisa, de aceptación unánime, acerca de lo que deba entenderse por principios generales del derecho.

De acuerdo con la doctrina jurídica, los principios generales del derecho cumplen en el ordenamiento jurídico con una triple función: dan fundamento a las normas legales, orientan la labor de interpretación jurídica y establecen un sistema de integración de colmar las lagunas y demás deficiencia de la ley.

El concepto de principios generales del derecho es algo realmente fácil de alcanzar, sin embargo, el precisar cuáles son tales principios no es tan sencillo porque si bien fue cuestión que preocupó a los antiguos, hoy día tal preocupación ha sido prácticamente abandonada. Dicho en otras palabras, todos saben más o menos que son pero pocos saben cuáles son.

Paulo los definió como proposiciones y, en general, fórmulas menores de los principios generales del derecho vigente; por ello, el mismo señala “el

derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con base en el derecho que existe”.⁸⁹

Para Federico de Castro y Bravo, los principios generales del derecho se clasifican en tres categorías y son, a saber:

- 1.- Los de Derecho Natural (que son eternos, inmutables y perfectos)
- 2.- Los tradicionales (costumbres, convicciones y aspiraciones de la colectividad)
- 3.- Política (manifiestos en las leyes políticas)

Por su parte, Norberto Bobbio, dice que los principios generales del derecho pueden ser agrupados de acuerdo con la materia a que pertenecen y así tenemos:

- Principios Generales del Derecho Civil;
- Principios Generales del Derecho Mercantil;
- Principios Generales del Derecho Penal;
- Principios Generales del Derecho Administrativo;
- Principios Generales del Derecho Laboral etc.;

Al respecto, Eduardo García Máynez, comenta: “Si en vez de dividir los principios generales del derecho atendiendo a las diversas de los derechos privado y público, hacemos uso del criterio material en un sentido más amplio, podremos tener la siguiente clasificación.

- a) Principios generales del derecho sustancial, que establecen máximas para la conducta de los particulares, (como por ejemplo, la prohibición de actos que impliquen el llamado abuso del derecho).
- b) Principios Generales del derecho procesal, dentro de cuyo grupo hay que incluir las reglas de carácter hermenéutico (por ejemplo, el de no juzgar dos veces el mismo caso, en caso de duda debe beneficiarse al acusado, etc.).

⁸⁹ Cfr. Sánchez Vázquez, Rafael, *La Libertad de Igualdad jurídica como principios generales del derecho*, Ed, Porrúa, 1995, p. 1.

- c) Principios Generales del Derecho de organización (por ejemplo, el de la heterotutela en los ordenamientos estatales, el de la separación de poderes en el Estado de Derecho⁹⁰ o el de la irretroactividad de las leyes)".

La jurisprudencia mexicana propiamente no ha hecho algún desarrollo de lo que por principios generales del derecho debemos entender, se ha limitado a decir que son: "los principios consignados en algunas de nuestras leyes, teniendo por tales, no sólo las mexicanas que se hayan expedido después del Código fundamental del país a las anteriores". En otro lugar, nos dice la jurisprudencia mexicana "por principios generales del derecho se entienden aquellos que pueden desprenderse de otros argumentos legales para casos análogos".

Quizá la definición más completa que de los principios generales del derecho nos la da la jurisprudencia mexicana, cuando señala: "Son verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, mediante procedimientos filosófico jurídico de generalización, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere pronunciado si hubiere estado presente, o habría establecido, si hubiera previsto el caso".

La legislación mexicana proporciona ejemplos al respecto, basta citar los siguientes ordenamientos legales:

El artículo 14 de la Constitución Federal Vigente, en su párrafo cuarto señala: "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".

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal vigente, en su artículo 19 determina: "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la Ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los Principios Generales del Derecho".

⁹⁰ <http://www.diputados.gob.mx/bibliot/publica/otras/pnd/21aspir.htm>

Igualmente, en el artículo 1324 del Código de Comercio vigente encontramos lo siguiente:

“Toda sentencia debe ser fundada en la ley y si ni por el sentido natural y ni por el espíritu de ésta se puede deducir la controversia, se atenderá a los principios generales del derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso”.

La Ley Federal del Trabajo en su artículo 17, menciona:

“A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta ley o en sus reglamentos, o en los Tratados a que se refiere el artículo 60 se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad”.

El Código Civil del Estado de Puebla establece en su artículo 1446: “Los contratos legalmente celebrados obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley”.

Particularmente, para efectos de nuestra investigación resulta indispensable referirnos a la equidad y la buena fe, principios generales del derecho, que de aplicarse en la ejecución de los contratos permitirían el equilibrio entre la prestación y la contraprestación, e impedirían la excesiva onerosidad en beneficio del acreedor.

3.3.1 EQUIDAD

Aristóteles plantea: “La equidad es una virtud del juzgador, la equidad no es algo que esta fuera del Juzgador, sino algo que está dentro de él”, y además señala: “No es posible hablar de justicia sin equidad”. Esta manera de conceptualizar a la equidad ha perdurado a través del tiempo. En la Edad Media, por ejemplo, los escolásticos consideraban a la equidad como principio indispensable para que el derecho logre su objetivo.

Inclusive el Código Napoleón, establecía en el artículo 11: en las materias civiles el juez en defecto de leyes precisas, es un ministro de la equidad”.⁹¹

La equidad es la justicia del caso concreto, por lo que podemos decir que una ley es justa y su aplicación equitativa. En la Teoría de la Imprevisión debemos entender por equidad: “Que las condiciones vigentes al celebrar un contrato establecen equilibrio entre la prestación y la contraprestación, y que en la ejecución estas condiciones se restablecen, a pesar de verificarse alguna situación imprevista y que esto es posible observando el principio de equidad a través de la intervención del juzgador”.

⁹¹ Terraza Martonell, Juan, *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución*, Ed. Bosch, Barcelona, 1951, p. 100.

3.3.2 BUENA FE

Sin embargo, no se puede mencionar a la equidad sin referirnos a la buena fe ya que se complementan recíprocamente y armonizan sus funciones y sus objetivos, pues el obrar de buena fe es indispensable para estar en presencia de la equidad.

Para Rafael de Pina es convicción personal en que se encuentra un sujeto de que obra correctamente cuando se ostenta como titular de un derecho o como propietario de una cosa.

El principio de buena fe (*bonae fidei*), tiene desde el derecho romano una gran importancia en el modo de actuar de las personas, conforme a él no es válido aprovecharse, ni en la celebración del contrato, pues estaríamos en presencia del dolo, lesión o error, ni tampoco en la ejecución de un contrato, pues en este caso el acreedor obtendría una excesiva onerosidad aprovechando circunstancias imprevisibles en el momento de la celebración, pero que tuvieron verificativo en la ejecución, tales como: guerras, devaluaciones, inflaciones, etc. por lo que actuando de buena fe el acreedor no debe aprovecharse del deudor, el deudor debe cumplir en la medida de sus posibilidades y conforme a las nuevas circunstancias, y el juzgador relacionando la equidad debe restablecer el equilibrio.

3.3. NECESARIA PARTICIPACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL PARA RESTABLECER EL EQUILIBRIO EN LAS PRESTACIONES CONTRACTUALES.

Hemos señalado, como uno de los elementos de la naturaleza jurídica de la Teoría de la imprevisión, la participación del órgano jurisdiccional para restablecer las condiciones de equilibrio en la ejecución de los contratos bilaterales, conmutativos, onerosos y de tracto sucesivo cuando ocurre alguna circunstancia imprevista, originando excesiva onerosidad en beneficio del acreedor, por ello, es importante sustentar la participación del órgano jurisdiccional, explicando brevemente el concepto de Estado y su división orgánica, el de Autoridad y finalmente la Función Jurisdiccional.

Como dice H.L.A. Hart, citado por el Dr. Rolando Tamayo y Salmorán, "... la característica más general y relevante del derecho, en todo tiempo y lugar, es que su presencia indica que cierta conducta humana deja de ser optativa, convirtiéndose, así, en obligatoria en algún sentido",⁹² cabe entonces preguntarse: ¿En qué realidad se puede entender el comportamiento de la comunidad que reduce sus opciones de conducta?, la respuesta tendrá que referirse a una realidad jurídica, la que se entiende a través del concepto de Estado, que no es propiamente una realidad natural, que es considerada como abstracción, pero que constituye un conjunto de funciones jurídicas-crea el derecho, aplica una constitución, contrata, representa, ejecuta sanciones, es titular de derechos y obligaciones- por ellos, se concibe básicamente al Estado como una corporación, como una persona jurídica, que se conduce en forma autónoma e independiente.

El principio de la División de Poderes acogido en la Constitución Mexicana- Ejecutivo, Legislativo y Judicial es retomado de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y de la Constitución de 1791, ambas francesas, a su vez, éstas se inspiraron en las ideas de Carlos de Sencodat, Barón de la Bredé y Montesquieu en su obra "El Espíritu de las Leyes", el que sin desconocer los estudios de Aristóteles, Bodino, John

⁹² Rolando, Tamayo y Salmorán, *Elementos para una Teoría General del Derecho*, 2ª ed., Ed. Themis, México, 2005, p. 9.

Locke, etc. podemos considerar como el Principio Histórico- Político de la División de Poderes, en dicha obra, expresa así Montesquieu:

“En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derechos de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil.

En virtud del primero, el príncipe o jefe del Estado, hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave invasiones. Por el tercero, castiga delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado”.⁹³

Sin embargo, el empeño de Montesquieu para designar con precisión estas tres funciones estatales, era evitar que se confundieran en un solo órgano, evitar el abuso del poder a través de una forma política- constitucional, esta inquietud cobra vigencia en nuestros días, pues la protección a la política económica neoliberal impulsada por el Titular del Ejecutivo, hecha por tierra la pretendida independencia del Poder Ejecutivo, al resolver en favor de los banqueros la contradicción de tesis 31/98.

La intención de que el Poder Judicial en la esfera de su competencia intervenga para restablecer el equilibrio en la ejecución de los contratos, tiene como intención política, **el ejercicio de una verdadera autonomía judicial**, que lo fortalezca ante las presiones del Poder Ejecutivo, y que de a los *gobernados* la confianza y seguridad de alcanzar los fines del derecho. La supremacía del Poder Ejecutivo origina un problema axiológico y teleológico en la función jurisdiccional.

La expresión “Poder Judicial” se emplea en el sentido orgánico y en el funcional, respecto al primero denota la judicatura misma, es decir, al conjunto de tribunales federales o locales estructurados jerárquicamente, y en el

⁹³ Montesquieu, *Del espíritu de las Leyes*, 18ª ed., Ed. Porrúa, México, 2010, p. 187.

segundo sentido implica la función judicial propiamente dicha;⁹⁴ es en este sentido, en el que reclamamos el reconocimiento de “autoridad” para el Poder Judicial que permita restablecer el equilibrio en las prestaciones contractuales.

Independientemente de la existencia del derecho de acción procesal para acudir ante el Órgano Jurisdiccional y de solicitarle, entre otras cosas, la nulidad del contrato, la improcedencia del cobro de intereses sobre intereses, la declaración de improcedencia de los intereses que rebasan el monto de la suerte principal, etc. en los contratos de crédito celebrados por los bancos con los particulares, la legislación vigente y la jurisprudencia de la Corte, condicionan la facultad de los jueces para impartir justicia, en esos casos particulares, el Poder Judicial, materialmente carece de autoridad; ya que por esta entendemos:

“La posesión de quien se encuentra investido de facultades o funciones o la persona o cosa que goza (o se le atribuye) fuerza, ascendencia u obligatoriedad” Recobrar esta “autoridad”, implica, transformar el derecho, desde el punto de vista de la jurisprudencia analítica, el derecho es el único que se da autoridad a sí mismo, de manera que: la autoridad del “Poder Judicial” deriva del derecho, por ello, la necesidad de incorporar la Teoría de la Imprevisión al Sistema Contractual Mexicano, a través de una reforma legislativa, que permita al órgano jurisdiccional la revisión contractual.

La facultad de “decir o declarar el derecho”, es una facultad jurisdiccional, etimológicamente, jurisdicción proviene del latín *iuridictio* (*ius dicere*) que corresponde a este enunciado, en el derecho romano, no encontramos la división de poderes que la revolución francesa extendió al mundo, en Roma la *iuridictio* era función de los magistrados, además del *imperium* y del *imperium mixtum*, estas últimas como facultad de coerción.

De acuerdo a Eduardo J. Couture, destacado jurista, en los países latinoamericanos, jurisdicción tiene como acepciones las siguientes: ámbito territorial, sinónimo de competencia, conjunto de órganos jurisdiccionales y

⁹⁴ Julio Cesar, Medina Rodríguez, *Derecho Constitucional Mexicano*, Ed. Public Adm Contab Jurid, México, 2012, pp. 360-364.

como función pública de hacer justicia,⁹⁵ de acuerdo también con Couture esta última, es el sentido técnico y preciso del vocablo jurisdicción, esta, de acuerdo al procesalista Niceto Alcalá Zamora excluye la autodefensa y la autocomposición, es la función que asume el estado para impartir justicia, mediante un tercero imparcial, que es el juzgador.

En consecuencia de todo lo anterior, resulta imprescindible la intervención del órgano jurisdiccional para que pueda, analizando las circunstancias, y considerando el principio de buena fe de los contratantes, restablecer el equilibrio en la ejecución contractual, la resolución judicial permitiría alcanzar la equidad, que es la justicia del caso concreto, para ello debe realizarse la reforma legislativa que permita a los jueces de fuero común y federal en la esfera de sus competencias (civil y mercantil), dicha intervención.

Desde el punto de vista político, les restituiría material y formalmente el carácter de autoridad, y contribuiría a recuperar la independencia del órgano del Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo, en apoyo a lo anterior, recordemos una de las *Regulae Iuris* señalada en el Libro VII de las siete Partidas de Alfonso X “El Sabio”: “El juez que puede condenar, puede absolver”.

⁹⁵ Ovalle Favela, José, *Teoría General Del Proceso*, 6ª ed., Ed. Oxford University Press, México, 2010, p. 110-111.

CAPÍTULO IV

LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN EL MARCO INTERNACIONAL

El artículo 133 constitucional⁹⁶ establece: “Esta constitución, las leyes el Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueden haber en las constituciones o leyes de los Estados”, la redacción de este dispositivo legal nos plantea dos líneas de análisis dentro de nuestra investigación, la primera respecto de la normatividad que en el marco del derecho internacional tiene la Teoría de la imprevisión, particularmente respecto a la Convención de Viena, y como consecuencia de que en este tratado se contempla la Teoría de la Imprevisión, analizar su aplicabilidad en el derecho interno mexicano a partir de considerarlo ley suprema de toda la Unión.

En el capítulo de antecedentes de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados⁹⁷ del 23 de mayo de 1969 además de reconocerse la importancia de los Tratados en la historia de las relaciones internacionales, como fuente del derecho internacional y medio para el desarrollo de la cooperación pacífica entre las naciones, se reconocen también los principios de: libre consentimiento, buena fe y la norma *Pacta Sun Servanda*, también el de *rebús sic stantibus*, además, se manifiesta la intención de resolver las controversias internacionales por medios pacíficos buscando la aplicación de la justicia en el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados, aplicando los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas como: igualdad de derechos, libre determinación de los pueblos, igualdad soberana e independencia de los Estados, respecto a los derechos humanos, etc.

⁹⁶ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

⁹⁷ <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/DERECHO%20DE%20LOS%20TRATADOS%201969.pdf>

La Convención de Viena define al tratado en el inciso a) de su artículo segundo como: “Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional,⁹⁸ ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”, en la parte tercera de dicho Tratado bajo el rubro “Observancia, aplicación e interpretación de los Tratados”, en su artículo 26 establece “Pacta Sunt Servanda.

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Este dispositivo contiene el reconocimiento al principio de Fuerza Obligatoria del Contrato, pero plasmado conjuntamente al de buena fe, elemento característico de la Teoría de la Imprevisión además en la Sección Tercera del mismo Tratado, se relaciona a la interpretación este principio, ya que establece: “Art. 31.- Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, la última parte de esta redacción “objeto y fin”, nos remonta a la época del derecho romano, al análisis por el juzgador del elemento subjetivo de la causa del contrato, tiene que ver con el consentimiento.

Bajo los rubros “Terminación de Tratados y Suspensión de su aplicación”, en los artículos 61 y 62 y “Consecuencias de la Nulidad, la Terminación o la Suspensión de la Aplicación de un Tratado” en su artículo 70, se establece la Teoría de la Imprevisión en los siguientes términos:

“Artículo 61. *Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento.*

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 definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Si la imposibilidad es temporal podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado.

La imposibilidad de cumplimiento no podrá alegarse por una de las partes como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o

⁹⁸ <http://www.un.org/es/aboutun/structure/ilc.shtml>

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 en las circunstancias.

Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que:

- a) La existencia de esas circunstancias constituyera 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 deban cumplirse en virtud del tratado.

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 en el tratado.

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.

Artículo 70. Consecuencias de la terminación de un tratado.

Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la terminación de un tratado en virtud de sus disposiciones o conforme a la presente Convención:

- a) Se eximirá a las partes de la obligación⁹⁹ de seguir cumpliendo el tratado;

⁹⁹ <http://www.oas.org/dil/esp/1-32%20Barboza%20Julio%20def.pdf>

- b) No afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución de tratado antes de su terminación”.

La obligatoriedad constitucional de los tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo con aprobación del Senado establece la supremacía del derecho internacional sobre el derecho estatal, lo que hace surgir la pregunta del porque las autoridades legislativas y en su caso ejecutivas (iniciativa de ley) ha considerado viable aplicar la Teoría de la Imprevisión a nivel internacional, y no el contexto nacional (a excepción de la Estados de Aguascalientes, Jalisco y Querétaro).

El último párrafo del artículo 133 ha sido calificado como “dislocador del sistema”, en virtud de que ahí se puede desprender que una declaración de inconstitucionalidad puede ser llevada a cabo por los órganos de los poderes judiciales locales, sin embargo, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que únicamente los órganos del Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo, son competentes para realizar el examen de la constitucionalidad de una ley.

Verdaderamente la facultad para el examen de la constitucionalidad de las leyes en el juicio de amparo, es sin lugar a duda una atribución exclusiva del Poder Judicial Federal; sin embargo, el juez local no ésta conociendo de dicha inconstitucionalidad o inconstitucionalidad en amparo, sino lo único que lleva a cabo es la decisión de saber cuál es el derecho que debe aplicarse al caso concreto.¹⁰⁰

De lo anterior surge la duda, de que si la existencia de la Teoría de la Imprevisión en el marco del derecho internacional, permite su aplicación en el derecho común nacional, debemos responder que: Lamentablemente los sujetos a que está referida, son de derecho internacional (Estados, Organizaciones Internacionales, etc.) en consecuencia la posibilidad de su aplicación está limitada.

¹⁰⁰ Martínez Morales, Rafael I., *Constitución Política De Los Estados Unidos México Comentada*, 6ª ed., Ed. Oxford University Press, México, 2012, p. 221.

Por lo que respecta al Tratado Libre Comercio de América del Norte, no se hace explícita referencia a la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, solo nos señala que en caso de conflicto, existen tribunales de arbitraje trinacionales, pero referidos fundamentalmente al antidumping, a las medidas de protección ambiental y fitosanitarias, también nos remite a la aplicación del derecho común nacional y de los tratados internacionales al decir:

“Cada país ratifica a sus respectivos derechos y obligaciones derivados del GATT¹⁰¹ y de otros convenios internacionales. Para efectos de interpretación en caso de conflicto, se establece que prevalecerán las disposiciones del Tratado sobre las de otros convenios, aunque existen excepciones a esta regla general. Por ejemplo, las disposiciones en materia comercial de algunos convenios ambientales prevalecerán sobre el TLC, de conformidad con el requisito de minimizar la incompatibilidad de estos convenios para el TLC.

En las disposiciones iniciales se establece también la regla general relativa a la aplicación del Tratado en diferentes niveles de gobierno de cada país. Asimismo, en esta sección se definen los conceptos que se emplean en el Tratado, a fin de asegurar uniformidad y congruencia en su utilización.

El Tratado confirma explícitamente el derecho de cada país miembro para conservar la aplicación de su legislación en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias; cada país modificará su legislación para permitir la ejecución de las obligaciones del TLC.

Con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado, cada país podrá reformar su legislación en la materia. Cualquiera de estas enmiendas, en la medida en que se aplique a las importaciones precedentes de otro país signatario, podrá ser revisada por una instancia arbitral para detectar conflictos con los objetivos y propósitos del Tratado, así como los del GATT y sus códigos de conducta relevantes.

Si el tribunal determina que existe un conflicto y, una vez agotado el mecanismo de consultas, no hay acuerdo en una solución, el país que solicite

¹⁰¹ <http://www.gatt.org/>

tal revisión podrá adoptar medidas legislativas o administrativas equivalentes o bien denunciar el Tratado”.

CAPÍTULO V

INCIPIENTE Y NOVEDOSA PRESENCIA DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

En capítulos anteriores se ha explicado que la normatividad en materia contractual fue retomada de la Legislación Francesa¹⁰² de 1806, conocida también como “Código Napoleónico”, y que los principios rectores son: autonomía de la voluntad y ejecución forzosa, en consecuencia, nuestra legislación se estructura sobre ellos, por lo que la integración de los contratos, a través de los principios generales del Derecho, se da solo en ausencia de legislación expresa, sin embargo, la supletoriedad de los *regulae iuris* (principios generales del derecho) y la presencia de la Teoría de la Imprevisión resultan incipiente y novedosos.

El artículo 14 de la Constitución General de la República, señala en una de sus partes: la necesaria presencia de los principios generales del Derecho respecto a resoluciones definitivas de conflictos planteados ante los tribunales jurisdiccionales. Por tanto, es cierta la afirmación que existen las condiciones para darle sustento a la Teoría de la Imprevisión en función a dichos principios de Derecho, solo que, es exclusivamente a falta de ley. El citado artículo expresamente nos dice: Párrafo cuarto “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”.

Por otro lado también el artículo 31 de nuestra Carta Magna señala: “Son obligaciones de los mexicanos:

IV.- Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación como del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”.

Se resalta el carácter de equidad de esta norma.

¹⁰² http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_fra_es.htm

Igualmente en el artículo 1324 del Código de Comercio¹⁰³ vigente encontramos lo siguiente: “Toda sentencia debe ser fundada en la ley y si ni por el sentido natural y ni por el espíritu de ésta se puede deducir la controversia, se atenderá a los principios generales del derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso”.

Por su parte la Ley Federal del Trabajo¹⁰⁴ en su artículo 17 menciona:

“A falta de disposición expresa en la Constitución, en esta Ley o en sus reglamentos, o en los Tratados a que se refiere el artículo 60 se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad”. Lamentablemente el orden de prelación descrito es: a falta de disposición expresa.

Esta misma presencia se encuentra en algunas legislaciones de entidades federativas como el Código Civil para el estado de Jalisco que menciona en lo referente a los contratos en su Libro Cuarto de las Obligaciones y precisamente en su artículo 1771 lo siguiente: “El consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancia 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 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 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”.

¹⁰³ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3.pdf>

¹⁰⁴ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125.pdf>

Cabe señalar que en esta disposición indudablemente el legislador da la posibilidad de dar por terminado un contrato de manera anticipada, esto significa, que sin haberse realmente cumplido en sus términos pactados, puede declararse la rescisión del mismo.

Dentro de este mismo cuerpo de leyes invocado tenemos otra referencia que indudablemente se relaciona de manera importante con el tema a tratar, y así el artículo 1772 nos dice: “En todo caso de aplicación del artículo anterior, la parte que haya obteniéndola cesación de los efectos de un contrato deberán indemnizar a la otra, mitad, de los perjuicios que le ocasione la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato, incluyendo gastos y demás que tuvieren que hacerse para lograr las mismas prestaciones en los términos que sean usuales o justos en este momento. Solo podrá liberarse de este compromiso la parte que ofreciere a la otra llevar adelante las prestaciones aludidas, en términos hábiles, aun cuando esta última rehusare la proposición”.

Siguiendo el estudio de estas consideraciones que tienen relación con la presencia incipiente de la teoría de la imprevisión señalamos los numerales del Código Civil para el estado de Aguascalientes,¹⁰⁵ en su libro cuarto referente al derecho de las obligaciones, primera parte. En el artículo 1773, expresamente se enuncia: “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 el sistema económico o social ni los cambios de posición o circunstancias de los contratantes en las sociedad, sino solo aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevienen por hechos de carácter general y que establecen una desproporción absoluta entre lo pactado

¹⁰⁵ <http://www.congresoags.gob.mx/lxilegislatura/legislacionestatal/003.%20CODIGO%20CIVIL%20DEL%20ESTADO%20DE%20AGUASCALIENTES/CODIGO%20CIVIL.pdf>

y lo actualmente debiera corresponder a la terminología empleada en el contrato”.

Lo expresado por el artículo anterior indudablemente que resalta también la posibilidad que opere la rescisión del contrato y a la vez enuncia las cuestiones de carácter general que pueden ser tomadas en consideración.

Siguiendo con nuestro análisis del Código Sustantivo Civil de Aguascalientes se transcribe en artículo 1734 que a la letra dice: “En todo caso de aplicación del artículo citado anteriormente, la parte que haya obtenido la cesación de los efectos de un contrato deberá indemnizar a la otra, por mitad, de los perjuicios que le ocasione la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato, incluyendo gastos y demás que tuvieren que hacerse para lograr las mismas prestaciones en los términos que sean usuales o justos en este momento. Solo podrá liberarse de este compromiso la parte que ofreciere a la otra llevar adelante las prestaciones aludidas, en términos hábiles, aun cuando esta última rehusare la proposición”.

Continuando en el mismo Código Sustantivo Civil, el artículo 1352 señala: “En los casos de los artículos 1349 fracción IV (el caso fortuito o fuerza mayor que hagan imposible el cumplimiento del contrato), 1350 (el contrato se rescinde en los casos que de acuerdo con este código sea procedente la rescisión) y 1351, fracciones II y III, para que opere la terminación del contrato será necesario la resolución judicial.”

Singular presencia en el estudio que se lleva a cabo, tiene el Código Civil del Estado de Quintana Roo,¹⁰⁶ ya que en su libro primero, parte general de los hechos, actos y negocios jurídicos que refiere de la rescisión de los negocios jurídicos, sección tercera de la excesiva onerosidad sobreviniente, en su numeral 378 dice: “En cuanto cualquier momento de la ejecución de un contrato bilateral de cumplimiento continuo, periódico, diferido, la prestación de una de las partes hubiere llegado a ser excesivamente oneroso por acontecimientos extraordinarios que no pudieron razonablemente preverse en el momento de la celebración, la parte que deba tal prestación podrá

106

<http://www.josemariamorelos.gob.mx/descargas/transparencia/codigos/CodigoCivilQROO.pdf>

demandar, bien la rescisión del negocio o bien la 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”.

Siguiendo el estudio el artículo 379 señala: “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”.

El Artículo 380 menciona: “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”.

Así mismo, el artículo 381 refiere: “No son aplicables las disposiciones de esta sección en los contratos aleatorios en que la sobrevenida onerosidad excesiva quede comprometida en la incertidumbre normal de los mismos. “

También resulta interesante analizar bajo este mismo contexto, la exposición de motivos del del Código Civil del estado de Morelos,¹⁰⁷ situación que inclusive puede actualmente estar superada, y que expone: “Este Código Sustantivo Civil del estado de Morelos no establece expresamente la teoría de la imprevisión, pero en la exposición de motivos del mismo, al hacer mención del artículo 1837 que a la letra dice : la obligación es una relación jurídica que impone a una persona el deber de prestar a otra un hecho o abstención, o el de dar una cosa. El deudor debe cumplir su obligación teniendo en cuenta no solo lo expresamente determinado en la ley o en el acto jurídico que le sirve de fuente, sino también todo aquello que sea conforma a la naturaleza de la deuda contraída, a la buena fe, a los usos y costumbres y a la equidad. Nos dice que este principio permite al juez moderar aquellas consecuencias extremadamente severas que en los casos extraordinarios e imprevisibles motivados por las grandes crisis económicas, las revoluciones o la guerra se presentaría dentro del margen rígido de la ley”

¹⁰⁷ <http://www.morelos.gob.mx/10consejeria/files/Codigos/CodigoCivilSep2000.pdf>

Y no podía faltar resaltar un estudio del Código Civil del estado de Puebla,¹⁰⁸ en relación a disposiciones que como los artículos estudiados anteriormente y que se refieren a otras entidades federativas del país, participan y sustancialmente tienen los elementos de justicia, equidad y buena fe, que como se ha señalado son ingredientes que dan sustento y presencia a la teoría de la imprevisión de la cual se pretende su implementación, por consecuencia y como se ha reiterado no existe enunciación expresa de que esté presente la Teoría de la Imprevisión pero si se sobreentiende su presencia por la argumentación de sus elementos esenciales que señalan que ahí está, es por eso que se transcribe a la letra algunas disposiciones legales que nos acercan a los referido:

- I. Artículo 15. “Nadie puede sustentarse a la observación de las leyes, alegando que las ignora; el juez podrá; oyendo al ministerio público, eximir a las personas físicas de las sanciones en que hubieren incurrido, por esa causa, cuando se trate de leyes de interés público y quien las ignore sea de notorio atraso intelectual, de manifiesta pobreza o resida en lugar alejado de las vías de comunicación”.
- II. Artículo 16. “En el caso del artículo anterior, el juez instruirá a la persona a quien exima de sanción, de los deberes que le imponen las leyes que ignoraba, y de ser posible le concederá un plazo para que las cumpla.”
- III. Artículo 22. “En silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia”-
- IV. Artículo 23. “Cuando no se puede decidir una controversia judicial, ni por el texto ni por el sentido natural o finalidad de la ley, deberá decidirse según los principios generales del Derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso”
- V. Artículo 24. “Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa aplicable, se observaran las siguientes disposiciones:

¹⁰⁸ http://www.congresopuebla.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=23&Itemid=111

- I. La controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no del que pretenda obtener lucro; pero deberá tomarse en consideración en su caso, lo preceptuado en las dos fracciones siguientes;
 - II. Si la posición de las partes no es igual, por ser una de ellas de notorio atraso intelectual o de manifiesta pobreza, el conflicto se decidirá a favor de esta, si fuere entre derechos iguales o de la misma especie; y
 - III. Solo cuando la posición de las partes sea la misma, el conflicto se resolverá observando la mayor igualdad posible entre ellas”
- VI. Artículo 26 “Es de orden público la protección legal y judicial de las personas de notorio atraso intelectual o de manifiesta pobreza, frente a quienes se encuentren en la situación contraria.”

Pero sin lugar a duda una expresión de la ley que le da presencia a la Teoría de la Imprevisión lo es el artículo 1446 del Código Civil del estado de Puebla que textualmente dice: “Los contratos legalmente celebrados obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza son conformes a la buena fe, al uso o a la ley”.

Además en el mismo cuerpo sustantivo invocado hay disposiciones de los artículos como el 1447 que admite la lesión y 1448 que señala la naturalidad del contrato cuando uno de los contratantes sufra lesión.

Así bajo estas mismas circunstancias se puede analizar el artículo 1502 que a la letra refiere: “Cuando fuera imposible resolver las dudas por las reglas establecidas... y aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, se observaran las siguientes reglas:

Si las circunstancias, aunque accidentales por la naturaleza del contrato revelaren que sin ellas no se habría prestado el consentimiento de alguno de los contratantes, el contrato es inexistente.

Si el contrato fuere gratuito se resolverá la duda a favor de la menor transmisión de derechos e intereses.

Si el contrato fuere oneroso, se resolverá la duda a favor de la parte más débil económica o socialmente y solo que las partes sean económica y socialmente iguales, la duda se resolverá a favor de la mayor reciprocidad e interés. Esto que se contiene en la última fracción es lo que a nosotros nos interesa poner de relevancia por la presencia de la Teoría de la Imprevisión.

Dentro del capítulo de contratos también se puede encontrar la presencia del Juzgador para procurar justicia teniendo como referencia la buena fe, la equidad y la justicia y así nos refiere el contrato de mutuo con interés en su artículo 2256 que literalmente enuncia: “Cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se abusó del apuro pecuniario, inexperiencia, ignorancia o necesidad del deudor, a petición de éste, el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal”.

Todas estas consideraciones de carácter legal que se han comentado nos permiten afirmar que en nuestro sistema jurídico contemporáneo¹⁰⁹ existe una incipiente presencia de la Teoría de la Imprevisión, lo que hace necesaria su plena incorporación que permitirá observar condiciones equitativas en la ejecución de los contratos.

¹⁰⁹ Tardif Chalifour, Eric, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Derecho Comparado*, Ed. Limusa, México, 2011, p.19.

CAPITULO VI

JUSTIFICACION DE INCORPORAR LA TEORIA DE LA IMPREVISION AL DERECHO CONTRACTUAL MEXICANO

6.1. CONTEXTO SOCIO-ECONOMICO

En los capítulos precedentes de este trabajo se han analizado los antecedentes históricos, el marco doctrinal de referencia, el derecho internacional y el derecho comparado, aportando elementos que justifican la aplicación de la Teoría de la Imprevisión al Sistema Jurídico Contractual Mexicano, sin embargo, el contexto socioeconómico de nuestro país, y la actuación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 31/98, nos proporciona elementos contundentes a favor de dicha aplicación.

La legislación civil y mercantil en nuestro país, retomada del Código Napoleónico desde finales del siglo próximo pasado ha estado vigente hasta nuestros días, por lo que el principio *Pacta Sunt Servanda*, la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, y la ejecución forzosa han sido los principios rectores de las relaciones contractuales.

La crisis económica de finales de 1994 ocasiono que los contratos de tracto sucesivo, onerosos y conmutativos, particularmente los relativos a créditos hipotecarios, empresariales, agropecuarios y de tarjetas de crédito, y posteriormente de restructuración, celebrados todos ellos entre particulares y los bancos mexicanos, resultarán de imposible ejecución, pues los adeudos se incrementaron en tal proporción que rompieron el equilibrio entre la prestación y la contraprestación.

Este capítulo pretende exponer las notas características de la crisis socioeconómica dentro del modelo neoliberal, presentando información estadística obtenida de fuentes hemerográficas, también, exponer la respuesta social que las políticas gubernamentales han provocado por la falta de capacidad real para resolver el problema existente.

Los llamados tecnócratas (políticos de primer nivel en la estructura de poder, egresados de las universidades de Harvard, Cambridge, Oxford, etc.) dentro de los que se encuentran los últimos presidentes de la república a partir de Miguel de la Madrid Hurtado, y muchos secretarios de Estado, influidos por la ideología neoliberal implementaron gradualmente este modelo económico.

Entre los fines del derecho encontraremos la justicia, la equidad, la paz, la libertad, entre los fines de la economía en una concepción neoliberal resaltan principalmente la eficiencia productiva, la maximización de la riqueza, la mayor importancia de las variables macroeconómicas, etc., debemos reconocer que lamentablemente este grupo de tecnócratas han convertido al derecho nacional en un instrumento de protección y de legitimación a su política económica. Sostienen los economistas de esta línea, que cualquier acto o conducta social debe subordinarse a la disciplina económica (esto incluye al derecho).

La relación del derecho y la economía se ha sustentado en diversos autores: Roemer, Richard Posner (Universidad de Chicago), Jules L.Coleman, etc. El último de los autores referidos expresa cinco criterios fundamentales de esta relación: la eficiencia productiva, la optimalidad y superioridad de Pareto, la eficiencia de Kaldor-Hicks, y la maximización de la riqueza de Postler, y aunque cada uno de estos criterios presenta diferencias específicas que requieren de un análisis profundo, en este trabajo solo enunciaremos las más representativas.

Por lo que respecta a los tres primeros criterios: “Un estado de cosas es óptimo si ningún otro estado es superior a él, un óptimo de Pareto es toda distribución tal que sino cambia para beneficiar a alguna persona, el cambio necesariamente perjudica a otra, es decir, que una distribución es un óptimo de Pareto si, y solo si, no hay ningún cambio que beneficie a alguna persona sin perjudicar a ninguna, puede ser óptimo con algunas personas en las más grande de las miserias, y con otras en el mayor de los lujos.”¹¹⁰

¹¹⁰ John P., Gould, *Teoría Microeconómica*, 3ª ed., Ed. Fondo De Cultura Económica, México, 2004, p. 444.

El cuarto de los criterios propone que un estado de cosas es eficiente si al desplazarse a otro nuevo estado, los ganadores pueden compensar a los perdedores, y el quinto criterio de maximización de la riqueza implica: "... en primer lugar una distribución de los derechos individuales (a la vida, libertad y trabajo) entre los propietarios naturales; y en segundo lugar mercados libres para permitir que estos derechos sean reasignados periódicamente a otros casos; en tercer lugar, disposiciones legales que simulen las operaciones del mercado cuando son prohibitivos los costos de las transacciones del mercado; en cuarto lugar, un sistema de recursos legales para disuadir y rectificar el atropello de los derechos y en quinto lugar un sistema de moralidad personal (las virtudes del protestantismo) para reducir los costos de las transacciones en el mercado"

De los criterios antes citados se aprecia una clara intención de subordinar los actos sociales, incluido el derecho, a las políticas económicas, nada más lejano a la búsqueda de justicia y equidad como principios fundamentales del derecho, sin embargo, ¿Qué aplicación han tenido en nuestro país estos criterios? A continuación enunciaremos algunas aplicaciones.

6.1.1. ACUMULACION DE LA RIQUEZA

Las empresas de los 100 hombres más ricos valen 55% del PIB. El capital contable de las empresas rebasa los 600 mil millones de pesos, es superior a la deuda interna (259 mil 231.9 millones de pesos al cierre de 1997) en 57.8% y sus activos, que ascienden a 1 billón 752 mil 93.7 millones de pesos, representan alrededor de 55% del PIB (producto interno bruto), calculado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en 3 billones 187 mil 441 millones de pesos al cierre de 1997.

Carlos Slim¹¹¹ Helú ocupó el primer lugar de los 100 empresarios más importantes considerados por Expansión. El total de sus recursos asciende a 113 mil 408.8 millones de pesos, con la empresa Teléfonos de México, el Grupo Carso y el Grupo Financiero Inbursa.

Roberto Hernández y Alfredo Harp Helú, del Grupo Financiero Banacc; Eugenio Garza Lagüera, del Grupo Financiero Bancomer y Adrian Sada González de Vitro y el Grupo Financiero Serfin, figuran entre los 10 primeros lugares de los 100, considerados como los más importantes en el sector privado. Sus activos totales ascienden a 250 mil 949, 247 mil 140 y 171 mil 820.8 millones de pesos, respectivamente.

Los 15 primeros empresarios de las 100 compañías o grupos que cuentan con un capital contable total de 614 mil 570.9 millones de pesos y activos totales por 1 billón 752 mil 93.7 millones de pesos, controlan grupos y empresas de teléfonos, cemento, cerveza, bancos, cadenas comerciales, cigarreras, televisoras, mineras y de química.

Se trata de Carlos Slim Helú, Lorenzo Zambrano Treviño, Eugenio Garza Lagüera, Jorge Larrea, Antonio Fernández, Dionisio Garza Medina, Jerónimo Arango Arias, Roberto Hernández y Alfredo Harp Helú, Alfonso Romo Garza, Adrián Sada González, Emilio Azcarraga Jean, Antonio y Adolfo del Valle Ruiz, Alberto Bailleres González, Sergio, Adolfo, Javier y Carlos Autrei Maza, y Roberto González Barrera. Encabezan respectivamente, las siguientes empresas y grupos, teléfonos de México:

¹¹¹ <http://www.carlosslim.com/>

Grupo CARSO y grupo INBURSA, fomento económico mexicano y Bancomer; grupo México, grupo modelo, alfa; cifra; GFBanacci; Empresas la Moderna, Seguros comercial américa, empaques ponderosa y Médica Sur; Vitro y GFServin; Grupo Televisa; GFVital; Química Pennwalt y grupo industrial GAMESA; Industrial Peñoles; grupo palacio de hierro y grupo nacional provincial; altos hornos de México y grupo casa Autrey; y GRUMA GF Norte.¹¹²

Frente a esta perspectiva de acumulación de riqueza presentamos las conclusiones que respecto a los ahorradores de la banca nacional obtuvo Jaime Avilés, apoyado en datos de la comisión nacional bancaria y de valores:

“Hasta junio de 1997 en la totalidad de los bancos comerciales de este país había 16 millones 195 mil cuentas, que concentraban la suma de 929 mil millones 842 mil pesos”.

A continuación se expone un concentrado de las cuentas y el dinero de los ahorradores:

Límite	Número de cuentas	% de cuentas	Dinero depositado (millones de pesos)	% del total
Mil pesos	7,271,942	44.90	2 mil 177	0.23
5 mil pesos	3,237,566	19.99	12 mil 862	1.38
a)	10,509,508	64.89	15 mil 039	1.61
10 mil pesos	1,903,201	11.75	18 mil 424	1.98
b)	12 412 709	76.64	3 mil 463	3.59
50 mil pesos	2,712,861	16.75	77 mil 266	8.32
c)	15,125,570	93.39	110 mil 729	11.91
100 mil pesos	545,182	3.37	44 mil 668	4.81
d)	15,670,752	96.76	55 mil 397	16.72
250 mil pesos	340,566	2.10	62 mil 547	6.73
500 mil pesos	99,761	0.62	40 mil 185	4.33
1 millón pesos	43,683	0.27	36 mil 073	3.88
Mas de 1 Millón	40,959	0.25	634 mil 824	68.33

a) Mientras que 10 millones y medio de cuentahabientes apenas retienen un poco más del 1.5% de dinero, en otro extremo, sólo casi 84 mil

¹¹² Castellanos, Antonio, *Periódico la jornada*, 27 de abril de 1998.

cunetas, las de un millón de pesos y las que lo rebasan, son poseedoras de más del 72% del capital.

- b) Del mismo modo, los cuentahabientes con menos recursos, tres cuartas partes del total, apenas rebasan el 3,5% del dinero ahorrado.
- c) Si a los anteriores le súmanos quienes tienen depositado hasta 50 mil pesos y que obviamente no se trata de obreros o empleados asalariados, sino de “clases medias”, nos toparemos que rebasan el 90% de las cuentas y solo superan la décima parte del dinero ahorrado.
- d) La situación empieza a cambiar cuando se suman las cuentas hasta de 100 mil pesos, esto es, que en este rango se encuentra la clase media de niveles altos.

Continúa Avilés: “Mientras 7 millones 271 mil 942 personas (casi 45 por ciento de la clientela bancaria) tienen un depósito promedio de 299 pesos con 49 centavos en cuentas evidentemente únicas e individuales, porque nadie con fondos tan escasos se tomará la molestia de ocultar su “riqueza” en distintos bancos, una selecta minoría (0.25% de la clientela, o sea El Divino, Hank González y algunos pocos más) disponen del 68.33% del dinero guardado.

Las 40 mil 959 cuentas que atesoran las dos terceras partes del dinero movido por los bancos, no corresponden al mismo número de personas, pues bien sabido es, que a nuestros multimillonarios les repugna la idea de poner todos sus huevos en una misma canasta.

En México existe una clase media que tiene- entre personas y empresas- casi 9 millones de contratos o cuentas de más de mil hasta 250 mil pesos: una élite que administra, apenas, 184 mil 903 cuentas de 500 mil hasta más de un millón de pesos, y una masa de 7 millones 271 mil desheredados que ahorra meramente sus raídas ilusiones en cuentas cuyo tope máximo es de mil pesos”.

6.1.2. LA CRISIS ECONÓMICA

La política económica neoliberal aplicada por los ex presidentes de México Carlos Salinas de Gortari y Ernesto Zedillo, han favorecido el enriquecimiento de unos pocos (véase cuadro de ahorradores en la pág. 149), en perjuicio de la gran mayoría de mexicanos.

La cotización del peso frente al dólar¹¹³ de 1995 a la fecha ha tenido una devaluación cercana al cien por ciento, el índice de Precios al consumidor de enero de 1995 a la fecha se ha incrementado casi en un trescientos por ciento, mientras que el aumento en los salarios mínimos acumulado en ese mismo periodo no ha rebasado el ochenta por ciento, las deudas contraídas con la banca a finales de 1994 por particulares suman en la actualidad un acumulado de tres veces más la deuda original, mientras que el rédito otorgado a los ahorradores por la Banca en ese mismo periodo no alcanza el cien por ciento.

La importancia de analizar la situación económica de nuestro país seleccionando variables específicas relacionadas con el objeto de nuestra investigación, tiende a demostrar la imposibilidad del pago en los contratos de tracto sucesivo, onerosos y conmutativos, que a través de las modalidades de apertura de crédito con garantía hipotecaria, empresariales, de tarjetas de crédito, etc. celebraron los Bancos Nacionales y particulares, que se manifiestan en el desequilibrio entre la prestación y la contraprestación, ya que para el acreedor, el elemento subjetivo del contrato, es decir, la causa no existe, se desconoce la adquisición del inmueble, el proyecto empresarial etc. reconociendo exclusivamente el préstamo del dinero, que verdaderamente en muchos casos es virtual, pues el deudor no recibe el dinero, sino que éste cubre una línea de crédito adicional generada por el cobro de intereses sobre intereses (anatocismo) o como en el caso de las reestructuraciones de deuda, se reconoce deber un dinero que jamás se recibió. Para demostrar lo anterior se presentan las siguientes tablas: El índice Nacional de Precios al Consumidor, la Cotización del Peso frente al Dólar, Trabajadores dados de alta ante el Instituto Mexicano de Seguro Social, Tasa de Desempleo Abierto

¹¹³ <http://www.preciodolar.com/dolar-hoy>

General, y diversos indicadores económicos. Del análisis de estas tablas podemos obtener las siguientes observaciones:

1. Por lo que respecta al Índice Nacional de Precios al Consumidor¹¹⁴ de Enero de 1995 a Mayo de 1999, registra un incremento cercano al 200%.
2. En el mismo periodo la cotización del Dólar frente al Peso Mexicano registra un incremento cercano al 100%.
3. La Tasa de Interés Bancaria de Equilibrio; tan sólo en 1995, incrementó el monto de las deudas contraídas en un 90.5% y un acumulado a 1999 de un 208%, es decir, por este solo concepto, el monto total de la deuda se incrementó dos veces más al monto original, a lo que debemos sumar el cobro de interés sobre interés, que dan origen a la imposibilidad del pago.
4. La Tasa de Desempleo Oficial, es decir la publicada por el INEGI es del 2.4% a Mayo de 1999, sin embargo el número de trabajadores permanentes reportados como asegurados en el IMSS en 1995 es de 8,501,119 y para abril de 1999 es de 10,243,201. Por lo que se han asegurado en este periodo 1,742,082 trabajadores más, frente a este dato debemos considerar que la población nacional según INEGI en 1995 era de 91.2 millones de habitantes, mientras que la población estimada actualmente es de 98.7 millones de habitantes, es decir, se han incrementado 7.5 millones, de los cuales solo 1.7 tiene acceso a la seguridad social derivado de un trabajo permanente. Es decir, la capacidad de respuesta de la seguridad social ha sido enormemente rebasada, a la que se debe sumar las personas que ya carecían de esta prestación, por otro lado, la tasa de desempleo se ha mantenido constante.

Podemos concluir que: existe una crisis económica de carácter imprevisto que imposibilita el cumplimiento de las prestaciones contractuales, en los contratos de créditos celebrados con la banca privada antes de 1996.

¹¹⁴ http://www.sat.gob.mx/sitio_internet/asistencia_contribuyente/informacion_frecuente/inpc/

Índice Nacional de Precios al Consumidor

Índice General de Inflación. 1/Base 2a. Quincena de junio de 2002.

Año	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre	N
2010	140.047	140.857	141.857	141.405	140.514	140.470	140.775	141.166	141.906	142.782	1
2009	134.071	134.367	135.140	135.613	135.218	135.467	135.836	136.161	136.844	137.258	1
2008	126.146	126.521	127.438	127.728	127.590	128.118	128.832	129.576	130.459	131.348	1
2007	121.640	121.980	122.244	122.171	121.575	121.721	122.238	122.736	123.689	124.171	1
2006	116.983	117.162	117.309	117.481	116.958	117.059	117.380	117.979	119.170	119.691	1
2005	112.554	112.929	113.438	113.842	113.556	113.447	113.891	114.027	114.484	114.765	1
2004	107.661	108.305	108.672	108.836	108.563	108.737	109.022	109.695	110.602	111.368	1
2003	103.320	103.607	104.261	104.439	104.102	104.188	104.339	104.652	105.275	105.661	1
2002	98.253	98.190	98.692	99.231	99.432	99.917	100.204	100.585	101.190	101.636	1
2001	93.765	93.703	94.297	94.772	94.990	95.215	94.967	95.530	96.419	96.855	9
2000	86.730	87.499	87.984	88.485	88.816	89.342	89.690	90.183	90.842	91.467	9

Mes	Índices	Fecha de publicación en el DOF
Diciembre	103.551 *	10 de enero de 2012
Noviembre	102.707 *	09 de diciembre de 2011
Octubre	101.608 *	10 de noviembre de 2011
Septiembre	100.927 *	10 de octubre de 2011
Agosto	100.680*	09 de septiembre de 2011
Julio	100.521*	10 de agosto de 2011
Junio	100.041*	08 de julio de 2011
Mayo	100.046*	10 de junio de 2011
Abril	100.789*	10 de mayo de 2011
Marzo	100.797*	08 de abril de 2011
Febrero	100.604*	10 de marzo de 2011
Enero	100.228*	10 de febrero de 2011

** El Banco de México, con la participación del INEGI, ha resuelto actualizar la base del Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC) y las metodologías que se utilizan para compilarlo. El periodo de referencia es la segunda quincena de diciembre de 2010.*

DIVERSOS INDICADORES ECONÓMICOS.¹¹⁵

1.- Índice de precios y cotizaciones de la B.M.V.

Cifra: INDICES Unidad: SIN UNIDAD

2.- Saldo billetes y monedas en circulación

Cifra: SALDOS Unidad: MILLONES DE PESOS

3.- Saldo cuenta corrientes en moneda nacional.

Cifra: SALDOS Unidad: MILLONES DE PESOS

4.- Cambio esperado en la líquidas por operaciones previamente concertadas transacciones del Gobierno Federal y movimientos de billetes.

Cifra: FLUJOS Unidad: MILLONES DE PESOS

5.- Intervención en el mercado de dinero programada

Cifra: FLUJOS ACUMULADOS Unidad: MILLONES DE PESOS

6.- THE (Tasa de interés interbancarias equilibrio)

Cifra: PORCENTAJES Unidad: SIN UNIDAD

De lo anterior se aprecia el desequilibrio contrastante entre los indicadores económicos y los indicadores sociales, de cuyo análisis podemos retomar las conclusiones publicadas por las Organización de las Naciones el 13 de julio de 1999.

México se ubica en el lugar 50 entre 174 naciones del mundo y por debajo de países como Chile, Argentina, Uruguay y Costa Rica, en los índices de esperanza de vida, educación y bienestar económico, se establece en el *Informe de Desarrollo Humano 1999*, presentado por Bruno Guandalini, coordinador residente de la Organización de Naciones Unidas en el país.

¹¹⁵ <http://www.banxico.org.mx/>

La población mexicana en los tres rubros analizados en el informe resultan desfavorables frente a los países latinoamericanos, pues México registra 0.786 mientras que, por citar un caso el de Chile, es de 0.844 –el más alto de la región- y ocupa el lugar 34.

La brecha de los desequilibrios de México es más amplia frente a Canadá, uno de sus socios comerciales en el TLC, que ocupa el primer lugar en el mundo con el mayor índice de desarrollo humano, ubicado en 0.932.

De ahí que para el organismo internacional el reto de las naciones no será combatir la globalización, sino aceptarla como una oportunidad mas que como una amenaza, aun cuando uno de sus resultados ha sido la “polarización grotesca y peligrosa entre la gente y los países que se benefician con el sistema y los que son meros receptores pasivos de sus efectos”.

En el informe no se pasa por alto que mientras muchos millones de personas quedan todavía más marginadas por su falta de acceso a las nuevas tecnologías, como internet, “el aumento de las desigualdades no es inevitable”.

Se recomiendan entre otras cosas, políticas sociales más decididas y medidas para proteger contra los efectos de la economía actual de “auge y depresión”.

Así mismo, insta a los encargados de las decisiones políticas a equilibrar su preocupación por las utilidades y la suerte de los desfavorecidos por los avatares del mercado mundial.

A pesar de ser objetivo ese análisis, y apoyar la justificación de nuestro trabajo, se aprecia en el mismo una carga ideológica, recordemos que en el análisis económico del derecho, la “optimalización de Pateto”, plantea la compensación, como forma de ajustar el desequilibrio producido por el neoliberalismo económico.

Ante este panorama de crisis económica, ¿Cuál ha sido la postura de los bancos? ¿Cuáles han sido las políticas gubernamentales y concretamente cuales han sido sus manifestaciones legislativas y ejecutivas?, en las páginas siguientes trataremos de dar respuestas a estas interrogantes.

6.1.3 PROGRAMA PUNTO FINAL

El 15 de diciembre de 1998, el líder de los banqueros, Carlos Gómez y Gómez, y el Secretario de Hacienda José Ángel Gurría con el aval de los coordinadores parlamentarios de la Cámara de Diputados del PRI¹¹⁶ y del PAN, Arturo Núñez y Carlos Medina Plascencia, anunciaron un nuevo programa de la banca en apoyo a los deudores. Este implicara un gasto del gobierno federal de 31 mil millones de pesos, que sumados a la aportación bancaria llegarán a los 41 mil millones de pesos.

El programa “Punto Final” incluye tres nuevos planes que abarcaran a 800 mil deudores agropecuarios, 212 mil pequeños y medianos empresarios, y 456 mil deudores hipotecarios. “Es la última oportunidad”, afirmó Carlos Gómez y Gómez, Presidente de la Asociación de Banqueros de México.

Los tres programas incluyen una cartera de crédito de 340 mil millones de pesos, cantidad que representa una tercera parte de la cartera de crédito total del sistema bancario, indicó Gómez y Gómez. De esta suma, 200 mil millones de pesos corresponden a cartera hipotecaria; 70 mil millones a créditos agropecuarios y pesqueros y otro monto similar a los préstamos empresariales, y sus objetivos principales son:

a).-Darle a los deudores la posibilidad inmediata de resolver su situación crediticia. Para ello, la mayoría de los deudores susceptibles de ser apoyados por los programas, dejarán de pagar los intereses que se generaron por encima de la inflación durante el periodo comprendido entre diciembre de 1994 y diciembre de 1998.

b).-Se ajustará el saldo de los créditos hipotecarios para que en la mayoría de los casos, el valor del crédito sea equiparable al de la vivienda.

c).-Beneficiar de manera prioritaria a los pequeños deudores a través de ofrecer mayores descuentos a los créditos de menor monto.

¹¹⁶ <http://pri.org.mx/>

d).-Premiar el esfuerzo de los deudores cumplidos, en la mayoría de los casos, se ofrece un mayor beneficio a los que se han mantenido al corriente en sus pagos.

Los beneficios que este programa¹¹⁷ ofrece son:

a).-Participación de créditos denominados en UDI's y en pesos de vivienda media y residencial, siempre que hayan sido otorgados o reestructurados con anterioridad al 30 de abril de 1996.

b).-Sustituyen a los de los programas anteriores, oficiales y propios de los bancos.

c).-El saldo base para el cálculo de los descuentos será el saldo al 30 de noviembre de 1998.

d).-Incluyen los descuentos sobre el saldo insólito, realizados anteriormente.

e).- Están limitados a un crédito hipotecario por deudor en cada banco

f).-Los deudores conservaran los beneficios siempre y cuando se mantengan al corriente en sus pagos. De no hacerlo así, se reintegrara al saldo la porción de descuento que corresponda.

g).-Pueden realizarse pagos anticipados y liquidaciones sin recibir beneficios adicionales.

h).-Los beneficios del esquema de pagos mínimos equivalentes a rentas, podrán ser sustituidos por los beneficios del nuevo programa, en el caso de los créditos hipotecarios al corriente recibirán descuentos sobre el saldo insoluto, los que pueden llegar hasta un 50%. El descuento al saldo insoluto resultara en un descuento proporcional en los pagos, que se presenta en el siguiente esquema:

¹¹⁷ <http://www.cnbv.gob.mx/Paginas/Index.aspx>

Descuento por Rango del Saldo (UDI's o su equivalente en pesos)	Descuento en el Saldo
Por las primeras 165,000 UDI's	50%
Entre 165,00 y 5000,000 UDI's	45%
Por el monto que exceda las 5000,000UDI's	0%

En cuanto a la restructuración de deudas, ésta se realiza bajo las siguientes condiciones:

- a) .-Recibirán los beneficios si restructuran o liquidan sus adeudos vencidos antes del 30 de septiembre de 1999.
- b) .- Se condonarán los intereses moratorios (los adicionales a la tasa ordinaria).
- c) .- No se exigirán garantías adicionales.
- d) .-Los bancos absorben 50% de los gastos notariales y de registro, con la opción de financiar el 50% restante.
- e) .-Los beneficios de este programa se otorgarán a deudores de vivienda media y residencial, con créditos en UDI's¹¹⁸ o en pesos, contratados antes del 30 de abril de 1996.
- f) .-Para las primeras 165,000 UDI's se otorgará un descuento del 50% sobre el saldo.
- g) .- De 165,001 hasta 500,000 UDI's, el descuento sobre el saldo será de 45%.
- h) .-El monto de los nuevos pagos se calculará a partir del nuevo saldo.
- i) .- Este programa sustituye a los descuentos en los pagos previstos en el Programa de Beneficiarios Adicionales y en los programas propios de la Banca.
- j) .- Los beneficios del esquema de pagos mínimos equivalentes a rentas podrán ser sustituidos, por los establecidos en este programa, a solicitud del deudor.

¹¹⁸ <http://www.banxico.org.mx/ayuda/temas-mas-consultados/udis--unidades-inversion-.html>

- k) .- En caso de que el deudor haya recibido con anterioridad algún descuento en el saldo de su crédito, este será deducido de este nuevo descuento.
- l) Los deudores que estén al corriente recibirán los beneficios del nuevo programa en forma automática, a más tardar en marzo de 1999 y retroactivo a enero de este año.
- m) .-El nuevo descuento se determinará sobre el saldo, al de 30 de noviembre de 1998.

Los deudores en cartera vencida para gozar de los beneficios de este programa, tendrán hasta el 30 de septiembre de 1999 para:

- 1) .-Ponerse al corriente con sus pagos, recibiendo los descuentos, ó
- 2) .- Restructurar su crédito, es decir, sumar al saldo el monto de los pagos vencidos. En esta opción no hay desembolso en el momento de la restructura.

A continuación para evaluar el resultado de los programas de apoyo a deudores se consideró en este ejemplo un crédito de \$140,000 contratado en diciembre de 1994 y se analizaron los saldos efectivos de su adeudo a noviembre de 1998, para elaborar este ejemplo, se consideraron todas las variables que afectan la evolución de un crédito, con los datos que efectivamente se observaron en el periodo: inflación, tasas de interés, valor de las UDIS, pagos efectuados, etc.

El deudor de este crédito tuvo tres alternativas, entre las cuales estarían todos los posibles deudores:

El deudor de este crédito tuvo tres alternativas, entre las cuales estarían todos los posibles deudores:

- 1) No pagar desde el inicio (Caso A)
- 2) Mantenerse al corriente sin usar ningún programa de apoyo, es decir, pagando en pesos (Caso B)
- 3) Aprovechar los beneficios de los programas de apoyo (Caso D), restructurando en UDI'S y recibiendo descuentos en los pagos

En los siguientes datos se muestra la situación de los casos anteriores aplicando los beneficios del programa Punto Final:

1.- El que no habría realizado pago alguno desde el inicio, pero decide liquidar la porción vencida de su crédito aprovechando los descuentos que ofrece el nuevo programa (Caso E).

2.- El deudor que estaba al corriente en pesos y recibe los beneficios que ofrece el nuevo programa (caso F).

3.- El deudor que estaba al corriente en UDIS y gozando de los beneficios anteriores, recibe los beneficios del nuevo programa (caso G)

Se puede teorizar:

Sobre Caso E (Nunca Pago):

Monto del crédito original en \$14.,000.00

Diciembre de 1994

Pago mensual del crédito original \$1,540.00

Saldo del crédito en noviembre de \$732,400.00
1998

Menos quita del Programa Punto \$348,624.00
Final (47.6%)

Nuevo saldo sobre el que se \$383,776.00
calculan los nuevos pagos

Nuevo pago mensual \$3,158.00

Sobre Caso G

(Reestructurado en Udi's

originalmente):

Monto del crédito original en \$14.,000.00
Diciembre de 1994

Pago mensual del crédito original \$1,540.00

Saldo del crédito en noviembre de \$340,740.00
1998

Menos quita del Programa Punto \$170,370.00
Final (47.6%)

Nuevo saldo sobre el que se \$170,370.00
calculan los nuevos pagos

Nuevo pago mensual \$,378.00

Sobre de los ejemplos anteriores se concluye:

- 1.- El deudor que no realizó pago alguno, y se pone al corriente para recibir los beneficios de este nuevo programa (caso E) tendrá a noviembre de 1998 un saldo inferior al actualizado por la inflación.
- 2.- El deudor que estaba en pesos, al incorporarse en este nuevo programa tiene un saldo a noviembre de 1998 inferior al crédito actualizado por inflación (caso F).
- 3.- El deudor que aprovechó los programas anteriores, tiene el menor de los saldos y los beneficios son substanciales.
- 4.- Cabe señalar que los tres deudores en este ejemplo gozarán, durante este periodo de tasas reales negativas.

Este programa Gubernamental a pesar de su visión optimista, de mostrar una posible solución a los deudores de la Banca presenta los siguientes inconvenientes y deficiencias:

1.- Abarca solo a un millón y medio de deudores y deja fuera a cerca de 5 millones y medio de deudores caídos en cartera vencida.

2.- Se deja fuera del programa a los deudores de tarjetas de crédito.

3.- Al resolver que en el programa para los deudores de crédito para la vivienda,¹¹⁹ el saldo de la deuda se deba transformar en UDIS, en la práctica se les obliga a aceptar tasa de interés variable que, por la inestabilidad financiera existente, rebasará el 30% en este año. Las autoridades bancarias argumentan que la reestructuración se pactará a una tasa fija del 8.75% anual. Sin embargo, a esa tasa debemos sumarle la inflación y a cómo va la economía mundial con efectos “samba”, “tequila”, “dragón”, los precios del petróleo y la devaluación del peso, con toda seguridad los índices de inflación rebasarán, al terminar este año, el 20%.

4.- Además, como casi todos los adeudos agropecuarios y empresariales rebasan el límite de 400 mil pesos deberán, para participar en el programa, entregar más garantías hipotecarias.

5.- El programa Punto Final impulsa la firma de Convenios Judiciales, con lo que se dejará en la indefensión a los deudores.

6.- Los beneficios del programa se pierden si se deja de pagar una sola mensualidad.

7.-Punto Final no es una ley aprobada en la Cámara de Diputados, es un acuerdo entre el Gobierno Federal y los banqueros.

8.- Los programas de los créditos¹²⁰ agropecuarios y empresariales tienen otra limitante: Solo abarcan dos años.

¹¹⁹ <http://portal.infonavit.org.mx/wps/wcm/connect/infonavit/inicio>

¹²⁰ <http://www.condusef.gob.mx/>

9. –Al firmar la reestructuración, aceptarán el monto de la deuda que el banco reclama como verdadero. Al hacerlo, los deudores perderán numerosas defensas jurídicas.

10.-El programa tiene un alto contenido financista, esto es, que sólo toma en cuenta números financieros, sin evaluar la situación real de los deudores, su capacidad de pago, ni las condiciones económicas del país. No resolverá el problema de la cartera vencida; se emplearán 31 mil millones de pesos, que se sumarán a los más de 200 mil millones gastados en los anteriores programas.

11.- El Programa Punto Final no resuelve verdaderamente el problema de los deudores, por lo que se requiere un programa distinto, que reconociendo el contexto socioeconómico permita una solución variable (véase capítulo de Propuestas).

6.1.4. IMPOSIBILIDAD DEL PAGO

PRODUCTO DE LA CRISIS ECONÓMICA

¿Por qué los bancos autorizaron 15 mil créditos hipotecarios, con tantas facilidades que hoy en día pueden revertírseles como arbitrariedades? De los 900 mil créditos existentes de la banca, ¿quiénes fueron los que se encargaron de llevar a cabo las investigaciones a los posibles adjudicados y con qué mecanismos? Estas son las preguntas en esta época en la que la justicia y los problemas de la economía son actores principales del actuar de muchos millones de mexicanos.

La banca actualmente como ha ocurrido en los últimos años presenta una problemática muy marcada, es una banca que no presta, que no capta; en una palabra es una institución que no funciona como banca, creó confusión, prestó más dinero del que se podía pagar. Con el tiempo la gente se dio cuenta, la cultura del no pago, ante su imposibilidad, comenzó a desarrollarse y extenderse a todos los acreditados y nunca hubo una respuesta de crear una cultura de que “lo que debo pago”. Los bancos sabían de antemano las posibilidades económicas reales de sus deudores, pues para otorgar los créditos investigaban la veracidad de la información proporcionada.

El inicio del problema de los créditos hipotecarios y el consecuente enfrentamiento de deudores y bancos comenzó con la forma en que fueron otorgados los créditos, miles de personas se acercaron de buena fe a escuchar la propuesta de los banqueros, sus amplias facilidades de pagos, sus mínimos intereses y sobre todo la seguridad del patrimonio adquirido para las personas.

La pregunta de por qué los créditos se volvieron impagables, para muchos se encontró respuesta en la crisis del país, en el tabulador donde se hacen los cálculos de Víctor Blake con los índices de inflación, los datos aportados por un posible adquirente y las cifras del banco, la deuda que adquirió una persona para poderla liquidar en un periodo de 15 años, se volvía incosteable.

Por otra parte, el esquema de refinanciamiento de deuda en las llamadas Unidades de Inversión (UDI's), hasta noviembre de 1996 sólo

representó el que los bancos habían descubierto que las deudas de los créditos se habían convertido en impagables, aunque no niega su efectividad de estos como modelo matemático, aún presentan problemas, pues la imposibilidad de liberar una deuda en UDI'S se traduce en que las llamadas unidades de indexación, consideran el aumento inflacionario, y que además sobre de ellas se calculan intereses, si esto lo traducimos a pesos, implica que anualmente se generara aproximadamente interés del treinta por ciento, más el interés que por ese interés se genere.

Víctor Blake después de haber estudiado las características de los créditos hipotecarios, y sus niveles de insolvencia cabe mencionar que de acuerdo a los estudios presentados por los bancos y que eran los presentados a los deudores solicitantes, se les pedía dentro de los requisitos, que su ingreso mensual rebasara los tres mil pesos para así garantizar el pago de un tercio de su ingreso y con el esquema de este crédito, por lo menos mil pesos del acreditado se dedicara a pagar su deuda.

Para este efecto el monto de interés que los bancos pusieron fluctuaba entre el 9 y 13 por ciento al millar (por cada mil pesos se cobraría un interés de entre 9 y 13 por ciento según la banca que contratara.) Este solo hecho marcó el inicio de la problemática de los deudores, pues con éste nivel de interés la deuda sólo acrecentaría el plazo y consecuentemente el monto tanto del capital de la deuda, como de los intereses, situación que se demuestra en el tabulador a que se ha hecho referencia.

De acuerdo al análisis de Víctor Blake, el monto de interés que se hubiera fijado para los adquirientes debería haber sido del 14 al millar, puesto que esto protegía al capital adquirido y los abonos de los adjudicados para capitalizar la deuda contraída. La situación que se presentó, muestra cifras como la que se presenta en algunos casos en donde el deudor ni con el cien por ciento de su ingreso logra pagar el abono de su deuda y el plazo se amplía hasta los 90 o 95 años con la consecuencia de que no se puede pagar.

Esta conclusión, resulta importante, pues demuestra matemáticamente la imposibilidad del pago en los contratos bilaterales, conmutativos onerosos y de tracto sucesivo, celebrados por particulares con los bancos mexicanos, en

su especie de: apertura de crédito con garantía hipotecaria, empresariales, agrícolas, de tarjeta de crédito: en los que la contraprestación se convirtió en excesivamente onerosa, por la realización de una circunstancia imprevista de carácter general, consiste en la crisis económica en nuestro país, esto justifica plenamente la incorporación de la Teoría de la Imprevisión al régimen jurídico, de manera que permita el restablecimiento de las condiciones de equilibrio en la ejecución de los contratos.

6.5. ACTUACIÓN DEL PODER JUDICIAL ¹²¹

ANTE EL DERECHO VIGENTE.

Hemos sostenido en el desarrollo de nuestra investigación la necesidad de reformar los principios Pacta Sunt Servanda, autonomía de la voluntad de las partes contratantes, y ejecución forzosa, contenidos en el derecho positivo vigente, e incorporar al mismo la Teoría de la Imprevisión, que permite el restablecimiento de las condiciones de equilibrio en el cumplimiento de la prestación y contraprestación, sin embargo, sabemos que la integración de los contratos se da por la voluntad de las partes, la buena fe, los usos y costumbres (artículos 1446 y 1501 del Código Civil de Puebla), también que el último párrafo del artículo 14 constitucional establece:

“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 esta se fundará en los principios generales del derecho”, ¿Cuál ha sido la actitud del órgano judicial ante la inequidad en el cumplimiento de las prestaciones y contraprestaciones contractuales, ante la figura del “Anatocismo”? la respuesta la tenemos en la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 7 de octubre de 1998 al resolver la contradicción de Tesis 31/98 en la que sentó catorce tesis jurisprudenciales y seis tesis aisladas que no forman jurisprudencia obligatoria sobre diversas cuestiones derivadas de los juicios relacionados con los contratos de apertura de crédito, con cláusula adicional para el pago de intereses vencidos y no cubierto por los deudores.

Los titulares de los diarios nacionales del 8 de octubre de 1998 resaltaron: “Válido capitalizar intereses, Decreta la SCJN¹²² por ocho a tres ” Excélsior, “La voluntad de las partes es ley suprema de un contrato bancario”, El Sol de México; “Los Barzonistas les dieron la espalda a los Ministros cuando se leía un inapelable dictamen”, Universal; “Resolvió la Corte a favor de la Banca, Votaron en contra tres de los Once Ministros”, La Jornada; a continuación enunciaremos algunos de los aspectos más importantes de lo que

¹²¹ <http://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/Paginas/ConoceLaCorte.aspx>

¹²² <http://www.scjn.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx>

el Ministro Juventino V. Castro califica como “La Suprema Corte de Justicia ante la Ley Injusta”¹²³

Por ocho votos contra tres el pleno de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó ayer que la capitalización de intereses es válida, que los códigos Civil y de Comercio que prohíben esta práctica no son aplicables en este caso, y que la voluntad de las partes es la suprema ley en un crédito bancario. Circunstancia que actualmente no existe.

Las posturas entre los ministros¹²⁴ no fueron unánimes en el tema principal. Juan Silva, Humberto Román y Juventino Castro encabezaron la postura disidente respecto del fallo final.

Entre los puntos aprobados destacan; es válida la capitalización de intereses, los contratos no son nulos a pesar de que los bancos omitieran los estudios de viabilidad o capacidad de pago de los deudores; los créditos adicionales para el pago de intereses moratorios no encubren el establecimiento ilícito de intereses sobre intereses; en los contratos de apertura de crédito las tasas de interés variable que fijan los bancos de manera indistinta no son ilegales; y los códigos Civil y de Comercio no suplen las “lagunas” de las leyes bancarias y no son aplicables.

Los ministros decidieron, además, de manera aislada, que el anatocismo no es un vocablo existente en el sistema jurídico mexicano; es válida la capitalización de intereses expresamente pactada entre las partes; los créditos adicionales para el pago de intereses devengados no ocultan una práctica de capitalización de intereses.

En la sesión privada, los votos en contra estuvieron a cargo de Juan Silva Meza en cinco de 10 temas; Humberto Román Palacio lo secundó en dos temas; en tanto que Juan Díaz Romero votó a favor, pero en cuatro casos presento salvedades.

¹²³ Castro Y Castro, Juventino V., La suprema corte de justicia ante la ley injusta 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001, pp. 9-124.

¹²⁴ http://www.scjn.gob.mx/Presidencia/Paginas/pres_discursos_12.aspx

La contradicción de tesis entre tribunales de la capital y de Chihuahua que en casos similares emitieron fallos en sentido opuesto, consistió en:

En el Distrito Federal se consideró, que los deudores tenían la razón porque los créditos adicionales que los bancos otorgaron para cubrir los intereses moratorios de los deudores son ilegales ya que simulan la capitalización de intereses, práctica prohibida por el Código Civil.

El tribunal de Chihuahua opina, que con base en el Código de Comercio la razón asiste a los banqueros porque los intereses se capitalizan por la voluntad de las partes. Hay que recordar que este código establece que los intereses si pueden ser capitalizados por la voluntad de las partes y de manera posterior.

En este sentido, los preceptos en pugna estaban en su origen en los artículos 2397 del Código Civil contra el 363 del Código de Comercio.

Los ministros en el pleno determinaron por unanimidad que el Código Civil no es aplicable (supletorio) en los contratos de apertura que firmaron banqueros y deudores hipotecarios, porque esos acuerdos se rigen por las leyes bancarias y en ellas la voluntad de las partes es ley suprema.

Hay que recordar que el conjunto de leyes bancarias (de instituciones y operaciones de crédito y del Banco de México, entre otras) no incluyen el tema de la capitalización de intereses. Los deudores pretendían que la “laguna” fuera suplida por el Código Civil que expresamente prohíbe esa práctica. En tanto los banqueros argumentaron que esa práctica era reconocida universalmente y que el Código de Comercio lo permite siempre y cuando lo acuerden las partes.

El pleno de la SCJN determinó por unanimidad que el Código Civil no es supletorio en el caso de los contratos de apertura, empero en el caso del Código Civil la cosa no fue tan fácil.

La mayoría opinó -y ganó por ocho votos contra tres- que el Código de Comercio tampoco era supletorio. Y que en los contratos de crédito bancario lo que debe prevalecer es la voluntad de las partes.

En este punto, el ministro Juan Silva Meza, que ayer encabezó los votos en contra de una parte sustantiva del proyecto, sostuvo “Señores ministros no estoy de acuerdo con las consideraciones que sirven de base” para sustentar ese punto de vista.

El ministro Silva Meza desafió la opinión mayoritaria y argumentó, entre otras cosas, que proponer que las leyes bancarias-con sus omisiones- regulen los aspectos esenciales de los contratos deja un amplio margen a la voluntad y discreción de las partes. Una operación bancaria es asimismo una operación de comercio. Y que es evidente que bancos y deudores no pueden estar en la misma circunstancia a la hora de firmar un compromiso.

Recordó que el Código de Comercio vigente data de 1890 es el origen y antecedente de las leyes bancarias y una de las principales fuentes del derecho mexicano. Hoy en día, el código se ha convertido en un esqueleto del cual penden algunos solo jirones, porque desde esta fecha le han sido arrancadas las materias más importantes como son las leyes de: sociedades mercantiles, operaciones de crédito, bancarias, bursátiles, de seguros, de comercio marítimo, de quiebras y suspensión de pago, entre otros.

Argumentó que la ley de Instituciones y Operaciones de Crédito,¹²⁵ es el ordenamiento especial y que el código de comercio es la ley general. La historia así lo demuestra, en ese sentido si debería ser supletorio, es decir que si debería aplicarse cuando los ordenamientos de instituciones de crédito no prevé la capitalización de intereses.

Ante el pleno, repleto en sus tribunas, dijo que el legislador no omitió a la hora de promulgar leyes especiales bancarias varios temas porque considero que ya estaban incluidos en la ley general.

Por ello, afirmar que el cobro de intereses sobre intereses o la capitalización de los mismos queda a la libre voluntad de las partes, es no creer que en muchos casos se rompe el equilibrio entre las partes y ahí la ley debe restablecerlo y fijar normas que lo propicien.

¹²⁵ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145.pdf>

Por la mayoría tomo la palabra el ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia quien dijo que los contratos de crédito están regulados por la ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual “no adolece de defecto alguno” y por lo tanto no se reclama la supletoriedad (aplicación) del Código del Comercio.

Y que la ley de Títulos nos limita la voluntad de las partes para celebrar un contrato y que esta es la suprema ley en un convenio entre partes. Que la evolución histórica de las leyes particulares refleja que el Código de Comercio estaba incompleto, y más aún, que al expedirse la ley de títulos y operaciones de crédito se hizo para fijar un criterio específico a un sector de la economía y no general como el Código de Comercio.

Respecto a que los contratos bancarios operan bajo el principio de la voluntad de la partes, las instituciones de crédito deben sujetarse a los lineamientos que en este sentido expida el Banco de México (que por cierto no prohíbe la capitalización de intereses). “y aquí hay un medio de protección muy efectivo para las preocupaciones del ministro Silva”.

Una vez que se habrían expuesto los dos puntos de vista se pasó a votar. Por unanimidad se aprobó la no supletoriedad del Código Civil en los contratos bancarios.

Luego vino el caso del Código de Comercio; ahí se dividieron los ministros Silva Meza, Juventino Castro y Castro y Humberto Román Palacios votaron a favor de la supletoriedad del ordenamiento y en contra de la capitalización de intereses.

Los ministros Vicente Aguinaco Alemán, Juan Díaz Romero, Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela, Genaro Góngora Pimentel, José de Jesús Guldíño Pelayo, Olga Sánchez Cordero y Guillermo Ortiz Mayagoitia sufragaron a favor de que la capitalización de intereses es legítima y que el Código de Comercio no es supletorio.

Por la importancia de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia 31/98, hemos decidido agregar como apéndice a este trabajo una síntesis de la misma, ya que el estudio original comprende más de mil quinientas fojas útiles.

Nos parece interesante citar los siguientes comentarios respecto de este histórico fallo:

1.- Alfonso Ramírez Cuellar, líder de El Barzón Metropolitano, resumió así la decisión de la Corte “Nos cerraron la vía judicial para inconformarnos contra la usura bancaria”

2. – Gerardo Fernández Noroña, líder de la Asamblea Ciudadana de Deudores, luego de tirarse al piso, opinó: “El pleno de la Corte, le dio la espalda al pueblo. En México no existe un Poder Judicial independiente”

3.-Las Secretarías de Gobernación¹²⁶ y Hacienda por medio de sus titulares Francisco Labastida y José Ángel Gurria, lamentaron y reprobaron que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se someta a presiones de los grupos de deudores, establecieron que se debe respetar la independencia de los ministros de Suprema Corte en la interpretación de las leyes y en el estudio de los asuntos de su incumbencia.

Gurría Treviño subrayó que la suprema corte tomo la decisión que consideraron más conveniente y así lo hicieron del conocimiento de la opinión pública, mientras que Labastida Ochoa externo su confianza de que con los acuerdo logrados en torno al Fobrapoa, los pequeños deudores, entre ellos los afiliados a esos grupos, encontraran una respuesta a su problemática y se verán beneficiados, con lo que se evitara un problema político-social.

Resulta preocupante la opinión del entonces Secretario de Gobernación Francisco Labastida Ochoa, actual precandidato del PRI a la Presidencia de la Republica, ya que, si bien se debe respetar la independencia de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y de que el llamado “Barzón”, ejerció actos de presión y protesta a favor de los deudores de la banca, resulta evidente que no tuvieron éxito.

Por otra parte, el modelo económico neoliberal impuesto por la presidencia de la república en el que se contempla el enriquecimiento de unos pocos en detrimento de la gran mayoría, encubierto en los paradigmas de la eficiencia y la maximización, explicados en páginas anteriores, condicionó la

¹²⁶ <http://www.gobernacion.gob.mx/>

independencia del supremo órgano judicial con el beneplácito de los banqueros y la clase política en el poder, las valientes posturas de los ministros Juan Silva, Humberto Román y Juventino Castro en defensa de la justicia a través de la exposición de sus argumentos son una prueba contundente de: un fallo injusto, y un sometimiento del órgano judicial a la política económica.

Como corolario a este capítulo nos permitimos citar algunas líneas finales de la obra de la Suprema Corte de Justicia ante la Ley Injusta, del Ministro Juventino V. Castro en donde expresa su opinión en este particular:

“...frente a la ley que aprecia como justicia un juez, de acuerdo con nuestro sistema, tiene estas dos posibles alternativas:

Primera.- Aplicar la ley supuestamente injusta sobre la base de afirmar que el propio juez no tiene como atribución elaborar leyes, y por lo tanto debe aplicar estas sin evaluarlas en ningún sentido, y cualquier que sea su contenido.

Segundo.-...violarla o de fallar contra su consciencia, deberá renunciar a su cargo antes de hacer cualquiera de esas dos cosas.

Evidentemente existen otras medidas, de tipo legislativo, que son ajenas totalmente a la actividad del juez, y por el contrario resultan propias del Poder Legislativo:

- I. Modificar por parte de los Congresos o Parlamentos, la ley injusta.
- II. También bajo la cita del maestro Rafael de Pina, se podría proponer la solución que Ángel Ossorio Gallardo propuso al gobierno de Bolivia en 1943, para incluir un artículo 9º dentro del Código Civil, de ese país, bajo el texto siguiente: "Si algún juez encontrase en conflicto su propia conciencia con textos irrefutables de la ley, podrá abstenerse de sentenciar y elevar los autos a la Corte de su distrito, la cual oyendo a las partes y recabando de oficio las pruebas, investigaciones y asesoramiento que juzgue indispensables, dictará su fallo, sin estar obligado a someterse al precepto legal".

En conclusión podemos decir:

- I. El problema de la ley injusta ante el jurista, se localiza en el campo de las ciencias fundamentales del derecho, pues involucra tanto a la técnica jurídica como a la filosofía del derecho.
- II. La hermenéutica jurídica en el medio al alcance del jurista para “purificar” el contenido injusto de la hipótesis jurídica aplicable.
- III. La ley injusta que pasa por la hermenéutica jurídica sin atenuar sus impurezas plantea inevitablemente problemas axiológicos.
- IV. En caso de una flagrante contradicción de justicia y la seguridad, el pueblo es el encargado de velar por los intereses de la justicia.
- V. La revolución no es un derecho, pero si el medio más efectivo al alcance de los pueblos, para romper el molde jurídico de las conductas sociales, cuando este no cumple con las exigencias y aspiraciones de los miembros de la sociedad. De la opinión del Ministro Juventino V. Castro¹²⁷ podemos concluir: el derecho positivo vigente en materia contractual (onerosos, conmutativos y de tracto sucesivos) no permite alcanzar la justicia, en consecuencia debe realizarse una reforma legislativa que permite restablecer la equidad en el cumplimiento de las prestaciones a través de la intervención judicial, rescatando su independencia, y esto será posible incorporando la Teoría de la Imprevisión al derecho contractual mexicano.

¹²⁷ <http://www.jornada.unam.mx/2012/04/09/politica/010n2pol>

CAPITULO VII

CONSIDERACION ESPECIAL DE LOS INTERESES

Un elemento que es importante en el contenido de los contratos de orden económico lo es sin duda el de los intereses, es por eso, que es menester precisar algunos conceptos relativos al origen, presencia, importancia y trascendencia. Debe entenderse por **intereses**, el rédito o producción que debe producir el caudal económico considerado como dinero o cualquier otro capital en especie y que deba haber jurídicamente considerado como rendimiento, pudiendo distinguirse entre aquel que devenga el capital durante el término para el cumplimiento de la obligación y el que corresponde por concepto de indemnización derivado a la mora.¹²⁸

Un concepto nos es referido por Daniel González Bustamante en el Diccionario Jurídico Mexicano editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas que nos señala:

INTERESES. I. Del latín *interest*, sustantivo del verbo *interesse*, importar.

En un sentido estricto, se identifica con el provecho, rendimiento o utilidad que se obtiene del capital (dinero). Asimismo, puede considerarse como el beneficio económico que se logra de cualquier clase de inversión. En un sentido más amplio: compensación en dinero o en cualquier valor que recibe el acreedor en forma accesoria al cumplimiento de una obligación.

II. 1) NATURALEZA. Los intereses son frutos civiles (a.893, CC): no merman la esencia y cantidad del bien del cual provienen.

2) JUSTIFICACION. Ya Aristóteles advertía que el dinero debe ser estéril (*pecunia non parit pecuniam*); igual criterio sustentaba el cristianismo: “Dad prestado sin esperar por eso nada”. En cuanto toca a la legitimidad moral de los intereses, ellos se ve superado y se habla sobre su justificación: el dinero es una mercancía que puede ser alquilada o vendida como todas las otras; el dinero es el signo de los valores y estos pueden ser arrendados; existe una privación de su uso por parte de quien lo presta: Debe gratificársele; surgen los

¹²⁸ Intereses y Usura, 3ra Edición, año 2009, ed. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla

conceptos del daño emergente (a. 2108, CC) y del lucro cesante (a. 2109, CC) y hay que repararlos (a. 2107, CC), etc.

3) PROPOSITO. “Quien tiene una suma de dinero, tiene siempre modo de aumentarla, y en el peor de los casos, adquiriendo valores de gobierno, o depositándola en un banco: el dinero, por lo tanto, fructifica (fuera de los casos patológicos de quien lo tiene bajo la almohada o en un cajón), produce intereses” (Branca).

4) CLASES. A) Bruto (nominal). Dentro de él se distinguen varios conceptos: a. una prima de riesgo; b. un costo de administración del préstamo, y c. una indemnización contra la devaluación del capital ante el alza de los precios

B) Neto (puro). Es el remuneratorio, al descontar los elementos del bruto o nominal.

C) Lucrativos. Los que se pagan en el mutuo, por el mutuo mismo.

D) Compensatorios. Los que se devengan durante el plazo convenido, para resarcir el consecuente desfase económico.

E) Moratorios. Los que se pagan como sanción a título de reparación (indemnización) a los daños y perjuicios causados por el retraso en el cumplimiento. Aquí siempre tiene derecho el acreedor a los intereses legales a partir del día de la mora.

III. Los intereses se regulan fundamentalmente en los capítulos relativos al mutuo (CC) y al préstamo mercantil (CCo).

1) Su regulación. En materia mercantil, “toda prestación pactada a favor del acreedor que consta precisamente por escrito, se reputará interés”. (a. 361, CCo).

El interés es legal (9% anual en derecho común –a. 2395, CC – y 6% anual en materia comercial –a. 362, CCo.-, y se aplica cuando no haya pactado sobre ellos, o habiéndolo, éstos sean usurarios) y convencional (sin límite que los que se acostumbren en dinero o en especie (aa. 362, CCo. y 2303, CC). En éste,

los intereses se calcularan sobre el valor que las cosas prestadas tengan en la plaza en que deba hacerse la devolución (a. 362, CCo).

El CC, bajo pena de nulidad, prohíbe que los intereses vencidos y no pagados, devenguen a su vez intereses (anatocismo), salvo que haya convenio posterior sobre el particular (a. 2397), en tanto que el CCo, sí autoriza su capitalización, siempre y cuando conste de manera expresa la voluntad de los contratantes en ese sentido (a. 363).

2) Usura. Cuando hay una evidente desproporción en los intereses, se dice que son usurarios (a. 2395, CC). Ni nuestra legislación, ni la SCJ establecen criterios definidos para fijar los límites lícitos de los intereses convencionales, por lo que debe acudir a los usos, a la moral y a las buenas costumbres; es decir, a lo que de ordinario se pacta en las transacciones. En el derecho común, en contra de la usura sólo se instrumenta la reducción equitativa (a. 2395, CC). En este orden de ideas, por los intereses pagados no hay reducción ni restitución. Por otra parte, el derecho público reprime la usura bajo la institución del fraude en los casos de interés desproporcionado, explotando la ignorancia o las malas condiciones del sujeto pasivo (víctima) (a. 387, fr. VIII CP). De esta manera, quien recibe el préstamo usurario tendrá dos acciones: una civil (a. 2395 en relación con los aa. 17 y 2228, CC). Para obtener reducción y las consecuencias restitutorias de la nulidad y, una penal, mediante la correspondiente denuncia al Ministerio Público para la restitución y la reparación del daño”

Este tema de los “intereses” en esta época debe considerarse o tratarse con mucha responsabilidad, hay que comprenderse en su significado, en su aplicación y en los momentos que se viva en un país determinado, como en la época presente en que se muestra un fenómeno económico y financiero del orden mundial, y en donde el valor del dinero alcanza desequilibrios que a su vez llevan a la complejidad de los intereses.¹²⁹

¹²⁹ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, TOMO VIII, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM, MEXICO 1984.

7.1. ORIGEN Y CONCEPTO DE LOS INTERESES

Desde las clases de civismo en segundo de secundaria se nos hablaba de los procesos económicos que se dan en todo desarrollo social, y en la forma más clara y simple se explicaba que estos eran:

1. LA PRODUCCION
2. LA DISTRIBUCION
3. LA CIRCULACION Y
4. EL CONSUMO

Se indicaba además que en relación al primer proceso o sea el de la producción, este se integraba a su vez por cuatro elementos que son:

- a) LA TIERRA O ELEMENTOS NATURALES
- b) EL CAPITAL
- c) EL TRABAJO
- d) LA ORGANIZACIÓN

Se nos enseñaba que cada elemento obtiene un beneficio dentro de la producción que se denomina renta, ganancia o utilidad, y así por ejemplo:

LA TIERRA obtiene el beneficio de la plusvalía.

EL CAPITAL obtiene una renta o beneficio que se denomina INTERÉS.

EL TRABAJO obtiene una renta que es el salario.

LA ORGANIZACIÓN obtiene una renta que es la ganancia o utilidad en sí misma.

Con esto, señalamos de donde parte la razón de existencia del concepto de INTERES, es decir, todo capital puesto a circular dentro del proceso económico de la producción debe tener una ganancia que se denomina INTERÉS, luego el capital que no se pone a circular no produce nada.

De allí la idea de que una de las formas para poner en circulación el dinero o capital es vía el préstamo y este genera la producción de intereses.

Por ahora no analizamos si el interés es justo o injusto, moral o inmoral, simplemente señalamos de donde parte o se encuentra la naturaleza de los intereses dentro de la sociedad actual, bajo la economía de hoy y las leyes vigentes.

Ya desde el derecho romano, en las doce tablas¹³⁰ se autorizó el préstamo con intereses existiendo otras leyes que de plano los prohibían y los criticaban severamente.

Justiniano¹³¹ permitió a determinadas personas pactar en sus préstamos el interés del 4%, a los comerciantes el 8% y a todos los demás el 6%; disponiendo al mismo tiempo que los intereses acumulados no podían exceder en todo caso del importe del capital prestado.

Santo Tomas de Aquino¹³² condeno el préstamo con intereses al igual que en cierta época lo hizo la Iglesia, aunque después lo permitió.

Las Partidas¹³³ de acuerdo con las ideas canónicas prohibían absolutamente toda usura e interés declarando nulos los contratos en que se incluyeran estos conceptos.

Catón, el gran ciudadano romano escribió “De rústica” y condeno severamente el préstamo con intereses.

¹³⁰ XII TABLAS. LEY DE LAS XII TABLAS. CODIGO ROMANO OBRA DE LOS DECENVIROS, PUBLICADA EN EL AÑO DE 450 A.C. Y GRAVADA EN DOCE TABLAS DE BRONCE. ES LA PRIMERA LEGISLACION ESCRITA DE LOS ROMANOS “LAS DOCE TABLAS SON EL FIN Y LA EQUIDAD DEL DERECHO”.

¹³¹ JUSTINIANO EMPERADOR ROMANO.

¹³² SANTO TOMAS DE AQUINO (1225-1275) CONTRIBUYE A LA ECONOMIA CON EL ASPECTO SOBRE EL “JUSTO PRECIO” “JUSTO SALARIO” CONDENA LA USURA E INTERES. REPRESENTANTE DE LA FILOSOFIA ECLESIASTICA.

¹³³ LAS PARTIDAS. CONJUNTO DE LEGISLACION ESPAÑOLA UNIDAS POR ACUERDO DE ALFONSO X DE CASTILLA EL SABIO. EJEMPLAR UNICO DE LEYES.

No podíamos encontrar, porque no la hay, una definición exacta sobre lo que debe entenderse por INTERES, solo podíamos aventurarnos a decir, que todo el dinero puesto en movimiento económico genera una utilidad que se denomina INTERES, que el interés es fruto o rendimiento del capital; desde luego este es un concepto claramente económico.

“El interés, es la remuneración que reciben los dueños del capital de crédito (monetario) por cederlo a los inversionistas o consumidores”.¹³⁴

Los intereses pues, se dan ahora dentro de una economía de mercado y bajo ese rubro tenemos que enfocar nuestros conceptos, sin aceptar desde luego todo aquello que pueda limitar o limite la libertad del hombre o que ofenda su dignidad.

¹³⁴ DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. EDITORIAL LABOR S.A. BARCELONA ESPAÑA. TOMO II

CAPITULO VIII

CRISIS ECONOMICA DE 2008-2012

CRISIS EN LA ECONOMIA REAL

Se puede mencionar el contenido de este problema en los siguientes términos:

- 1 Crisis en el mundo
 - 1.1 Antecedentes: Elevados precios de las materias primas
 - 1.2 Extensión de la crisis
 - 1.3 Inflación global, deflación global
 - 1.4 Guerra de divisas y guerra comercial
- 2 Crisis en los Estados Unidos
- 3 Crisis en América Latina
 - 3.1 Consecuencias sobre la economía Argentina
 - 3.2 Crisis económica en México
- 4 Crisis en Europa
 - 4.1 Crisis económica en España
 - 4.2 Crisis económica en Grecia
- 5 Crisis económica y suicidio
- 6 Propuestas para solucionar la crisis.

Debe entenderse por crisis económica de 2008 a 2012 a aquella que se conoce como crisis económica mundial que tuvo su inicio ese año y que se originó fundamentalmente en los Estados Unidos de Norte América. Entre los principales factores causantes de la crisis pueden considerarse los altos precios de las materias primas, la sobrevalorización del producto, una crisis alimentaria mundial y energética, una elevada inflación planetaria y la amenaza de una recesión en todo el mundo, así como una crisis crediticia, hipotecaria y de confianza en los mercados. Esta crisis que como se ha señalado tuvo su inicio en el 2008 es referida por especialistas Internacionales como la “Crisis de los países desarrollados”, ya que sus consecuencias se observan fundamentalmente en los países más ricos del mundo.

8.1. CRISIS ECONÓMICA Y FINANCIERA EN EL MUNDO

ANTECEDENTES

Elevados precios de las materias primas

La década de los años 2000 fue testigo del incremento de los precios de las materias primas tras su abaratamiento en el período 1980-2000. Pero en 2008, el incremento de los precios de estas materias primas —particularmente, subida del precio del petróleo y de la comida— aumentó tanto que comenzó a causar verdaderos daños económicos, amenazando con problemas sociales en los países que se encuentran en vías de desarrollo, la estanflación y el estancamiento de la globalización.

En enero de 2008, el precio del petróleo superó los US\$100/barril por primera vez en su historia, y alcanzó los US\$147/barril en julio debido a fenómenos especulativos de alta volatilidad que condujeron a un fuerte descenso durante el mes de agosto.

Otro tanto sucedió con uno de los principales metales industriales, el cobre, que venía experimentando un vertiginoso aumento en su cotización desde 2003, principalmente por la cada vez mayor demanda de las nuevas potencias emergentes, como China e India, sumada a otros factores como inventarios decrecientes y conflictividad laboral en las minas cupríferas de Chile, el primer país exportador a nivel mundial del mineral. En enero de 2008, la cotización del cobre en la London Metal Exchange (Bolsa de Metales de Londres) superó por primera vez en su historia los US\$ 8000 la tonelada. A principios del mes de julio alcanzó US\$ 8940 la tonelada, récord absoluto desde que se tienen registros de su cotización en la **LME**, a partir de 1979. Este valor a niveles históricos fue un 272,5% mayor que el antiguo récord absoluto de US\$ 3280 la tonelada registrado el 24 de enero de 1989 —sin ajuste por inflación—.

Luego de este máximo y en línea con la conducta del petróleo, la cotización del cobre registró una abrupta caída de más del 50% desde el récord de julio (a octubre de 2008) en un marco de volatilidad nunca antes visto.

Materiales esenciales en la producción, como el ácido sulfúrico y la sosa cáustica vieron también incrementados sus precios hasta un 600%.

La crisis del petróleo y de los alimentos fue objeto de debate en la 34ª Cumbre del G-8.

8.2. EXTENSIÓN DE LA CRISIS

La crisis se extendió rápidamente por los países desarrollados de todo el mundo. Japón, por ejemplo, sufrió una contracción del -0,6% en el segundo trimestre de 2008. Australia y Nueva Zelanda también sufrieron contracciones. Cabe destacar que es cada vez mayor la preocupación sobre el futuro de los países con economías pujantes y emergentes, tal como lo es la incertidumbre respecto a países tales como China e India en Asia; Argentina, Brasil y México en América y Sudáfrica en el continente africano, cada uno de ellos líderes en sus regiones y, también afectados por la actual crisis económica.

En el primer trimestre de 2009, las bolsas de Estados Unidos y Europa fueron superadas por las de países en desarrollo como China y Brasil. Brasil y Rusia aumentaron sus índices un 9% en moneda local; el índice de India pasó a ser positivo y el índice compuesto de Shanghái, en China, aumentó un 30%, lo cual se justificó por la fortaleza y estabilización de los sectores financieros de dichos mercados y por la búsqueda de inversiones de riesgo.

Los flujos bajaron de US\$1,2 billones (2007) a US\$707 000 millones (2008) y se espera que bajen a US\$363.000 millones para el 2009.

En abril de 2009 se reporta que como consecuencia de la crisis el desempleo en el mundo árabe se considera una «bomba de tiempo».

Asimismo, se reporta que Egipto teme por el regreso de 500.000 trabajadores de países del Golfo.

En marzo de 2009 se reportó que, a raíz de la crisis, el mundo árabe perdió 3 billones de dólares (que corresponden en el mundo anglosajón a 3 trillones de dólares).

A raíz de la crisis el Banco Mundial prevé un duro año 2009 para los países árabes.

En mayo de 2009 se informa que Naciones Unidas reporta caída de la inversión extranjera en el Medio Oriente.

En septiembre de 2009 se informa que los bancos árabes han perdido casi \$ 4 mil millones desde el inicio de la crisis financiera mundial.

8.3. INFLACIÓN GLOBAL, DEFLACIÓN GLOBAL

En febrero de 2008, Reuters informó que la inflación había subido a niveles históricos por todo el mundo. A mediados de 2008, los datos del FMI indicaban que la inflación se hallaba en máximos en los países exportadores de petróleo, debido al aumento de las reservas de divisas extranjeras pero también en muchos países subdesarrollados.

La inflación también aumentaba en los países desarrollados, si bien no tanto en comparación.

Para 2009 el problema era el inverso: el panorama económico apuntaba a la deflación, lo que, por ejemplo, llevó a la FED a situar el tipo de interés en prácticamente el 0%. En 2011 la Organización Internacional del Trabajo señaló que se alcanzó un máximo histórico de desempleados, con 205 millones en todo el mundo.

8.4. GUERRA DE DIVISAS Y GUERRA COMERCIAL

En octubre de 2010 aparecen señales claras de una posible guerra de divisas (dólar, euro, yen y yuan). Los países rebajarían la cotización de sus monedas en busca de ventajas competitivas -para facilitar la exportación- que ayuden a salir de la crisis, pero, si se produce una guerra de divisas y un círculo de rebajas se acentuaría el enfrentamiento comercial llegando a una guerra comercial que acentuaría y retrasaría inevitablemente la recuperación. Precisamente también hubo una guerra comercial durante la Gran Depresión, iniciada por Estados Unidos y Gran Bretaña. En esta ocasión los ojos se dirigen a China quien podría corregir el problema, si lo desea, apreciando su moneda. Para Immanuel Wallerstein la pérdida de peso del dólar es real y puede producirse una caída repentina que genere un caos extraordinario o una caída suave que vaya sustituyendo el dólar como moneda de referencia.

8.5. CRISIS EN LOS ESTADOS UNIDOS

La Reserva Federal nacionalizó en el mes de septiembre a la aseguradora AIG, adquiriendo el 80% de sus activos, e inyectando un préstamo de 85.000 millones de dólares, la mayor cifra en la historia de la Reserva.

Los Estados Unidos, la economía más grande del mundo, entraron en 2008 con una grave crisis crediticia e hipotecaria que afectó a la fuerte burbuja inmobiliaria que venían padeciendo, así como un valor del dólar anormalmente bajo. Como bien señala George Soros en su libro «El nuevo paradigma de los mercados financieros» (Taurus 2008) «El estallido de la crisis económica de 2008 puede fijarse oficialmente en agosto de 2007 cuando los Bancos centrales tuvieron que intervenir para proporcionar liquidez al sistema bancario». Tras varios meses de debilidad y pérdida de empleos, el fenómeno colapsó entre 2007 y 2008, causando la quiebra de medio centenar de bancos y entidades financieras. Este colapso arrastró a los valores bursátiles y la capacidad de consumo y ahorro de la población.

En septiembre de 2008, los problemas se agravaron con la bancarrota de diversas entidades financieras relacionadas con el mercado de las hipotecas inmobiliarias, como el banco de inversión Lehman Brothers, las compañías hipotecarias Fannie Mae y Freddie Mac o la aseguradora AIG. El gobierno norteamericano intervino inyectando cientos de miles de millones de dólares para salvar algunas de estas entidades.

En un informe del libro beige, se mostró que la recesión se profundizó más en abril aunque algunos sectores tenían señales de estar estabilizándose. El 18 de abril, la FED anunció que compraría US\$300.000 millones en valores del Tesoro; además compraría US\$1,25 billones en activos respaldados por hipotecas.

En verano de 2011 la crisis sacudiría a la deuda soberana del país, llevando a la crisis del techo de deuda.

8.6. CRISIS EN AMÉRICA LATINA

La presidenta argentina Cristina Fernández de Kirchner en su primer discurso en la 63ª Asamblea General de la ONU denominó a dicha crisis como *Efecto Jazz*, dado que el origen de la crisis fue el centro de Estados Unidos y se expandió hacia el resto del mundo, en clara contraposición a crisis anteriores que se originaban en países emergentes y se expandían hacia el centro, como fueron el Efecto Tequila, Efecto Caipirinha y el Efecto Arroz.

8.7. CONSECUENCIAS SOBRE LA ECONOMÍA ARGENTINA

El país con uno de los IDH más elevados y con una de las economías más desarrolladas de la región camina a un mayor endurecimiento de su posición comercial y se lo anticipó a Brasil en la cumbre ministerial del 17 de febrero de 2009 en Brasilia. Al gobierno le preocupan, en lo inmediato, varios sectores que mostraron fuertes desequilibrios en el intercambio bilateral. Son siderurgia y sus productos, con un saldo negativo de 1.400 millones de dólares en 2008; autopartes y autos, donde el desbalance trepó a 2.800 millones y máquinas e implementos agrícolas que arrojaron un déficit de 400 millones.

En principio se estudió utilizar para estos sectores las llamadas licencias no automáticas de importación. Son permisos que otorgan los gobiernos y que pueden demorar hasta 60 días para ser autorizados. De hecho, están legalizados por la Organización Mundial del Comercio. Pero los industriales brasileños temen que esas demoras «se amplíen y se conviertan en una barrera al comercio». En este contexto de crisis mundial, un déficit comercial de 5.000 millones de dólares «se vuelve insostenible para mantener la industria nacional».

Tanto la economía argentina como la brasileña son dos de las más perjudicadas del continente por la crisis económica actual.

8.8. CRISIS ECONÓMICA EN MÉXICO

Debido a la alta dependencia de la economía mexicana en su comercio exterior con los EE.UU. y a la continua caída en las remesas producto de la desaceleración de la economía norteamericana (segunda fuente de divisas después del petróleo), México no tardó en resentir los efectos de una crisis económica en el país vecino, el efecto dominó que esto tuvo en todos los sectores tardaron unos meses en hacerse presentes. El desempleo abierto en México subió a 4,06% en enero de ese año, comparativamente mayor con la tasa del año anterior que se encontraba en 3,96%, y solo en enero de 2009, 336 mil personas se quedaron desempleadas en México. La debilidad estructural de las finanzas del gobierno mexicano altamente dependientes del precio del petróleo y la constante caída en la producción de este recurso tuvieron una repercusión presupuestal que obligó a elevar impuestos como el Impuesto al Valor Agregado, el Impuesto Sobre la Renta y a instaurar impuestos nuevos a las telecomunicaciones, desafortunadamente estos ingresos no van encaminados a nuevas inversiones o proyectos productivos, sino a mantener la estructura gubernamental que consume el 80% del presupuesto, esto plantea nuevos escenarios de crisis en un mediano plazo.

El año 2009 ha sido especialmente difícil para la economía mexicana. Al iniciar el año, las expectativas oficiales pronosticaban un crecimiento exiguo a lo largo de 2009. Sin embargo, al pasar los meses las expectativas fueron tomando derroteros más pesimistas y en ocasiones contradictorios, por ejemplo, entre los pronósticos de la Secretaría de Economía y el Banco de México. Después de la epidemia de gripe A(H1N1), se comenzó a hablar de una afectación de la actividad económica en el país, especialmente en el caso del sector turístico que es la tercera fuente de divisas para el país. El titular de la Sectur apuntaba en mayo de 2009 que la ocupación de los hoteles en los principales destinos turísticos del país oscilaba entre 10 y 30% a lo que se sumaba la cada vez más frecuente cancelación de vuelos. Ante ese panorama el secretario Rodolfo Elizondo Torres pronosticaba una pérdida de más de 100 mil empleos en el sector.

Por otro lado, desde 2008 el peso mexicano entró en una serie de depreciaciones frente al dólar estadounidense que lo llevaron a perder alrededor del 25% de su valor hacia 2009. Si en 2006 (año de inicio del gobierno de Felipe Calderón) el dólar se compraba en 10,77 MXN, en enero de 2009 se compraba en las ventanillas bancarias al precio de 13,48 pesos por dólar. Entre las medidas que se tomaron para contener la devaluación del peso se aplicó la subasta de una parte de la reserva de divisas internacionales, lo que llevó al país a disminuir dichas reservas extranjeras en más de 20 mil millones de dólares estadounidenses.

La Comisión Económica para América Latina (CEPAL) apuntó en su reporte anual que México sería el país más afectado por la crisis económica en la región al presentar una contracción de 7% en su producto interno bruto (PIB).

8.9. CRISIS EN EUROPA

El Banco Central Europeo fue incapaz de prevenir la crisis, tomó las primeras medidas con retraso, y básicamente ha impuesto medidas a austeridad y contención del gasto público, que parte han hecho el crédito escaso y han dificultado el acceso a financiación de consumidores y productores.

El fenómeno se expandió rápidamente por diversos países europeos, y algunos sufrieron graves efectos. Dinamarca entró en recesión (seis meses consecutivos de crecimiento económico negativo) en el primer trimestre de 2008. En el segundo trimestre de 2008, el conjunto de la economía de la eurozona se contrajo en un -0,2%, encabezada por los retrocesos en Francia (-0,3%) y Alemania (-0,5%). Otras economías importantes, como la española, evitaron la contracción (+0,1%) pero sólo crecieron muy débilmente en el mismo periodo, con fuertes incrementos en el desempleo.

El día 7 de octubre de 2008, la reunión del ECOFIN, organismo del Consejo Europeo compuesto por los Ministros de Economía y Hacienda de los Estados miembros, así como por los Ministros de Presupuesto si se debaten cuestiones presupuestarias, decidió que todos los Estados miembros proporcionarán, por un periodo inicial de al menos un año, una protección garantizada a los depósitos personales para los particulares por una cantidad de al menos 50.000 euros.

En la misma jornada, el Ejecutivo español anunció que elevaba la garantía mínima de los depósitos en bancos y cajas de ahorro españolas desde los 20.000 euros actuales por titular y entidad a 100.000. También anunció la creación de un fondo con cargo al Tesoro de 30.000 millones de euros, ampliables a 50.000, para adquirir activos de máxima calidad a las entidades financieras españolas para garantizar la financiación de empresas y ciudadanos.

El Banco Central Europeo redujo su tasa de interés de referencia de 4,25% a 1,25% en octubre aunque es mayor que la de EE. UU. Según FMI, la

economía de la UE se contraerá 4% este año, y 0,3% en el 2010. Esto se debe a la tardía reacción de las autoridades debido a que Europa tenía problemas menos graves, el temor a la inflación y a un aumento de la deuda pública. Dado que Europa representa el 30% del comercio mundial, retrasará la recuperación de la economía mundial.

8.10. CRISIS ECONÓMICA EN ESPAÑA

Una de las principales consecuencias que durante el año 2008 tuvo sobre la economía española es un fuerte crecimiento del desempleo. Durante el 2008 un gran número de empresas presentaron expedientes de regulación de empleo (EREs), entre otras, Bridgestone (2.463 empleos), Burberry (250), Delphi (800), Iveco (1.000 empleos), Marina d'Or (214), Nissan (1.500), Ono (1.300 empleos), Opel, Pirelli (460), Porcelanas Lladró y Arte y Porcelanas (275), Renault, Roca (1.900), Ryanair (800 empleos), Seat, Sony España (275), Torras Papel (500), T-Systems Iberia (550) y Telefónica Móviles (700 empleos).

El sector de la construcción es uno de los más perjudicados por la crisis debido al fin del «boom» inmobiliario y a la posterior caída de las ventas. Durante 2008 numerosas empresas constructoras presentaron suspensión de pagos entre las que destacan: Martinsa-Fadesa con un pasivo de 4.000 millones de euros, es la mayor suspensión de pagos de la historia de España, Hábitat (2.300 millones), SEOP, Grupo Contsa y San José entre otras. Hasta tanto no se produzca la reestructuración de las cajas de ahorro no se podrá afrontar la reducción drástica del stock de viviendas. De los 470 000 millones que le adeuda el BRIC(Brasil, Rusia, India y China) 90 000 corresponden a suelo. Aguirre Newman cifra el stock en 1,5 millones de viviendas, 612 512 de recién terminadas; 384 050 en construcción y 520 330 usadas en venta o alquiler, cinco veces más de lo demandado. En contrapartida contabiliza 21 fondos oportunistas dispuestos a invertir 8 500 millones de euros en tres años.

Hay una discusión latente sobre las razones de que el paro haya aumentado mucho más en España: incremento de la población activa o excesiva rigidez laboral. Otros buscan las causas del crash financiero en los salarios de los altos ejecutivos o la ausencia de eficacia de los organismos reguladores.

Manifestación de docentes y padres en enero de 2012 contra los recortes en educación acometidos por la Generalitat Valenciana. Se estima la participación en torno a las 120.000 personas.

Los efectos de la crisis económica también han tenido un fuerte impacto en el sistema financiero español. Los impagos de numerosas empresas y particulares junto a la mala gestión han llevado a la intervención de algunas entidades financieras por parte del Estado. Entre las entidades financieras más perjudicadas por esta situación encontramos: Caja Castilla-La Mancha, la cual tuvo que ser intervenida por el Banco de España en marzo de 2009 para evitar su desaparición. [3] Parece urgente, por tanto, poner en marcha cuanto antes el Fondo de Reestructuración de Ordenación Bancaria (FROB). En esta línea el Banco de España ha contactado con 15 bancos de inversión para poner en marcha un protocolo de actuación para, en caso necesario, rescatar a las cajas intervenidas en menos de 48 horas.

Pese al estímulo fiscal, las medidas han tenido un efecto limitado pues gran parte del dinero se destinó al ahorro y no al gasto.

8.11. CRISIS ECONÓMICA EN GRECIA

Grecia es el país de la Unión Europea que ha sufrido más duramente la crisis económica. El gobierno griego había emitido una gran cantidad de deuda pública para financiar sus déficits públicos. El nivel de deuda empezó a resultar preocupante en las primeras semanas de 2010. La situación se agravó al descubrir que el gobierno conservador de Karamanlís ocultó durante dos legislaturas los verdaderos datos macroeconómicos, entre ellos el verdadero valor de la deuda. La incapacidad de seguir financiando la deuda provocó importantes recortes en el sector público, que fueron respondidas con manifestaciones públicas y disturbios desde el comienzo de la crisis.

El 23 de abril de 2010 el gobierno griego se vio obligado a pedir un préstamo a la Unión Europea, en lo que sería la primera petición de "rescate" ante la imposibilidad de sostener la deuda pública. Grecia se convirtió así en el primer país europeo en solicitar ayuda externa debido al contagio financiero, posteriormente Irlanda y Portugal solicitaron ser ayudados. A pesar de los esfuerzos por reducir la deuda, el gobierno griego se vio obligado a pedir otro segundo rescate en el verano de 2011. Esto provocó tensiones con la Unión Europea y en el Fondo Monetario Internacional que se plantean la posibilidad de abandonar al gobierno griego para que declare la quiebra.

8.12. CRISIS ECONÓMICA Y SUICIDIO

Las crisis económicas se acompañan de peor salud (por el aumento del paro y de la pobreza, y por el incremento de la diferencias entre pobres y ricos) pero no siempre se acompañan de mayor mortalidad. Las crisis económicas no aumentan las muertes en general, sí aumentan las muertes por suicidio en todos los países y situaciones. El desempleo se asocia a suicidio. En España los suicidios están aumentando y son ya la tercera causa de muerte, tras la mortalidad cardiovascular y el cáncer. En el mundo, el suicidio es la segunda causa de muerte, tras los accidentes de tráfico, entre los 10 y 24 años. Se puede evitar el aumento de los suicidios, con el rechazo a las políticas que hacen caer el sistema de previsión social, la educación, la sanidad, la cultura y el medio ambiente.

8.13. PROPUESTAS PARA SOLUCIONAR LA CRISIS

Para combatir la crisis global, EE.UU. propuso a que los países del G-20 iniciaran una nueva ronda de gastos, además de establecer una meta de crecimiento específica del 2%. Estas políticas fueron rechazadas. La cumbre de ministros de finanzas del G-20 acordaron ejercer políticas monetarias y de expansión fiscal hasta que el crecimiento aumente. También se acordaron propuestas para ayudar a los países en desarrollo a través de donaciones al FMI y mejorar la regulación financiera, incluyendo requerir el registro de los fondos de cobertura y sus gestores.

Aumento de la natalidad

Para el economista italiano Gotti Tedeschi, el verdadero origen de la crisis es «la caída de la natalidad en los países occidentales». Así lo afirma Ettore Gotti Tedeschi, conocido economista y presidente del Instituto para las Obras de Religión (IOR, conocido como el Banco Vaticano), en una entrevista al informativo semanal Octava Dies del Centro Televisivo Vaticano. La baja natalidad del pasado, de la que se deriva el rápido envejecimiento de la población en los países occidentales, es lo que aboca a los países occidentales a empobrecerse.

Philip Longman, en este sentido, escribió en el trabajo *The Empty Cradle: How Falling Birthrates Threaten World Prosperity and What To Do About It* (2004) lo que sigue: «El declive global de las tasas de natalidad es la fuerza más poderosa que afecta a la sustentabilidad (de la economía) de las naciones y al futuro de la sociedad en el siglo XXI».

Fomento de la confianza y del consumo

El Consejo Superior de Cámaras de Comercio y 18 grandes empresas españolas ha presentado el 25 de febrero de 2010 su campaña publicitaria para contagiar confianza y fomentar las actitudes positivas entre la ciudadanía para

hacer frente a la salida de la crisis económica, bajo el lema estoloarreglamosenretodos.org.

Aumento del déficit presupuestario y del gasto

Para los economistas Paul Krugman y Robin Wells la inercia de las distintas autoridades económicas y políticas presagia una prolongación de la crisis con alto nivel de paro y escaso crecimiento si no se acometen soluciones que a corto plazo no eviten una recesión profunda haciendo que los gobiernos emitan deuda y gasten más. Para Krugman y Wells, cuando la situación de crisis es más intensa (*momento Minsky*, en honor al poskeynesiano Hyman Minsky) los déficits presupuestarios no solo son buenos, son necesarios.

Frente a la crisis cultural, ecología, feminismo y reconocimiento de las minorías

Frente a la considerada como crisis económica de 2008-2010 el sociólogo Alain Touraine considera que Europa solamente muestra impotencia económica, política y cultural pero que esa impotencia no es consecuencia de la crisis, es su causa general. Para Touraine Europa debe tomar conciencia y romper el silencio, en caso contrario la crisis se profundizará aún más y Occidente perderá sus ventajas. Las soluciones existen, en el plano económico, la ecología política da respuestas frente al suicidio colectivo; en el plano social y cultural, el mundo feminista se opone a las contradicciones mortales de un mundo que sigue dominado por los hombres y en el terreno político, la idea novedosa es, más allá del gobierno de la mayoría, la del respeto de las minorías y su reconocimiento.

Apoyo a la agricultura

En palabras de Benedicto XVI, «La crisis económica actual, de la que se ha tratado también en estos días en la reunión del llamado G20, debe tomarse en toda su seriedad: esta tiene numerosas causas y manda una fuerte llamada a una revisión profunda del modelo de desarrollo económico global (cfr Enc. Caritas in veritate, 21). Es un síntoma agudo que se ha añadido a otros también graves y ya bien conocidos, como el perdurar del desequilibrio entre

riqueza y pobreza, el escándalo del hambre, la emergencia ecológica y, actualmente también general, el problema del paro. En este cuadro, parece decisivo un relanzamiento estratégico de la agricultura. De hecho, el proceso de industrialización a veces ha ensombrecido al sector agrícola, el cual, aun tomando a su vez beneficio de los conocimientos y de las técnicas modernas, con todo ha perdido importancia, con notables consecuencias también en el plano cultural. Me parece el momento para un llamamiento a revalorar la agricultura, no en sentido nostálgico, sino como recurso indispensable para el futuro.»

8.14. CRÉDITOS SUBPRIME

Las hipotecas de alto riesgo, conocidas en Estados Unidos como créditos subprime, son un tipo especial de hipoteca, preferentemente utilizado para la adquisición de vivienda, y orientada a clientes con escasa solvencia, y por tanto con un nivel de riesgo de impago superior a la media del resto de créditos. Su tipo de interés es más elevado que en los préstamos personales (si bien los primeros años tienen un tipo de interés promocional), y las comisiones bancarias resultan más altas. Sus principales características son:

- La mayor parte de los créditos subprime son de carácter hipotecario.
- Las entidades financieras tienen un límite máximo de créditos de alto riesgo, fijado por el Banco de la Reserva Federal de Estados Unidos (FED). Si bien este límite puede ser superado por otras entidades intermediarias que pueden adquirir mediante una cesión de crédito los derechos al cobro de los créditos subprime por parte de los bancos a terceros, a cambio de pagar a la entidad financiera un interés menor.
- El tipo de interés de un crédito subprime es superior a la media de los tipos de interés para préstamos de las mismas características dirigidos a usuarios solventes, variando entre 1.5 y 7 puntos más.
- El sistema de concesión de créditos en Estados Unidos se basa en el establecimiento de una tasa de evaluación del particular o la empresa que solicita el préstamo, de tal forma que aquellos que superan los 850 puntos en dicha evaluación obtienen créditos prime a un tipo de interés bajo y con amplias ventajas. Los que tienen una evaluación entre 650 y 850 puntos se consideran solventes y los tipos de interés que se les aplican a las operaciones crediticias se encuentran dentro de la media nacional. Aquellos que tienen una puntuación por debajo de 650 se consideran de alto riesgo, y son aquellos que pueden recibir los créditos subprime, con tipos de interés más altos y más gastos en comisiones bancarias.

Los créditos subprime, al igual que cualquier otro, pueden ser negociados por las entidades bancarias con otras empresas, de tal forma que se pueden ceder los mismos a cambio de obtener el pago de un interés menor. La ventaja de la entidad financiera al efectuar la cesión es poder garantizarse el cobro del crédito de manera rápida. Las empresas que adquieren créditos subprime tratan de obtener un beneficio por la diferencia entre lo pagado a la entidad financiera y lo que efectivamente tienen derecho a cobrar del deudor particular.

Dado que la deuda puede ser objeto de venta y transacción económica mediante compra de bonos o titularizaciones de crédito, las hipotecas subprime podían ser retiradas del activo del balance de la entidad concesionaria, siendo transferidas a fondos de inversión o planes de pensiones. El problema surge cuando el inversor (que puede ser una entidad financiera, un banco o un particular) desconoce el verdadero riesgo asumido. En una economía global, en la que los capitales financieros circulan a gran velocidad y cambian de manos con frecuencia y que ofrece productos financieros altamente sofisticados y automatizados, no todos los inversores conocen la naturaleza última de la operación contratada.

Los problemas que puede generar el impago de los créditos subprime dentro de la economía local y de la economía global están determinados por tres factores:

- El volumen total que representen los créditos subprime sobre el total concedido.
- El número de créditos cedidos a terceros en operaciones de cesión de créditos y las empresas titulares de los mismos. Cuando son los bancos los que soportan la mayor parte de la carga de los créditos subprime, el riesgo afecta al sistema financiero; cuando son empresas de otro tipo, el riesgo afecta a distintos sectores económicos o bien a los más importantes.

- El impacto sobre la economía global, dependerá del tipo de las empresas, ya sean financieras o no de otros países que hayan adquirido créditos subprime.¹³⁵

¹³⁵ <http://www.banxico.org.mx/sistema-financiero/material-educativo/basico/fichas/actividad-financiera/%7B4E2D9308-710F-D6C2-71A0-79D540690807%7D.pdf>

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Aparecen en el Derecho Romano, en el Derecho Canónico y en el Derecho Castellano elementos de la Teoría de la Imprevisión como: *nulla inpossibilitum obligatio est* (a imposibles nadie esta obligado), *rebús sic stantibus* (mientras las cosas permanezcan igual), y los *regulae iuris* (principios generales o reglas de aplicación del derecho). En México, estos elementos tienen su extensión en la supletoriedad del derecho castellano al derecho indiano.

SEGUNDA.- El Código Civil Francés de 1804 retomado como modelo en México del Código Civil de 1870, como una extensión al principio de “libertar”, postula en materia contractual la “Autonomía de la Voluntad”, y la “Ejecución Forzosa”, estableciendo: “La Suprema Ley que rige los contratos es la voluntad de las partes” (principio *pacta sunt servanda*), lo que marca el punto de ruptura histórico en la continuidad de la vigencia de la Teoría de la Imprevisión.

TERCERA.- Podemos definir a la Teoría de la Imprevisión como:

“Conjunto de normas jurídicas que facultan al órgano jurisdiccional para restableces el equilibrio en la ejecución de los contratos, cuando las condiciones existentes en su celebración, se modifican en su ejecución, por circunstancias generales, que no pudieron ser razonablemente previsibles”

CUARTA.- Los contratos bilaterales, de contrato sucesivo, de conmutativos onerosos, en su especie de apertura de crédito con garantía hipotecaria, empresariales, agrícolas y de tarjeta de crédito celebrados entre particulares y los bancos nacionales antes de 1996, resultan de imposible ejecución, por la realización de **circunstancias imprevistas** en el momento de su celebración (crisis económica), que **rompieron el equilibrio entre la prestación y la contraprestación, originando una excesiva onerosidad en beneficio del acreedor.**

QUINTA.-La actuación de los órganos del Poder: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, no ha resuelto el problema, en el peor de los casos lo ha legitimado.

SEXTA.- La “decadencia de los contratos” como paradigma, tiene plena vigencia en nuestro país.

SEPTIMA.- Debe romperse el paradigma señalado en el punto anterior incorporado la Teoría de la Imprevisión al Sistema Jurídico Mexicano, mediante una reforma legislativa en el Código de Comercio, el Código Civil para el Distrito Federal y los Códigos Civiles de las entidades Federativas, facultando al Órgano Jurisdiccional para restablecer las condiciones de equilibrio en la ejecución de los contratos.

Imprevisión en la celebración de los contratos anteriores, restablezca las condiciones de equilibrio, eximiendo a los deudores del cobro de intereses sobre intereses (Anatocismo), y que conforme a las posibilidades económicas reales, demostradas y corroboradas por los bancos en el momento de la celebración, establezca un sistema de pagos de acuerdo a la duración del contrato, y en el que de ninguna manera los intereses pueden rebasar a la Suerte Principal, para ello se requeriría también la celebración de convenios individuales, proponiéndose, así mismo, para la revisión de estos y de la operatividad del programa una comisión tripartida que estaría en sustitución del IPAB, formada por representantes de los deudores, banqueros y del gobierno, con esto se daría seguridad y confianza a las operaciones contractuales, y se alcanzarían la justicia y equidad que son los fines del Derecho.

NOVENA.-La teoría de la Imprevisión en el Marco del Derecho Internacional se encuentra plenamente establecida en la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” de 1969, así mismo, en el Marco del Derecho Comparado Italia, Alemania, Suiza, España, Hungría, Estados Unidos de Norteamérica, Brasil, Colombia y Argentina con diferentes modalidades, también la regula.

DECIMA.- La incorporación de la Teoría de la Imprevisión al Sistema Jurídico Mexicano, dará: Seguridad Jurídica a los contratantes y Funcionalidad al Régimen Contractual permitiendo alcanzar un desarrollo económico armonioso y fundamentalmente la justicia y equidad que entre otros, son los fines más importantes del derecho.

PROPUESTAS

Hemos analizado objetivamente los antecedentes históricos de la teoría de la imprevisión, su Naturaleza Jurídica, la presencia de algunos de sus elementos en el Marco Jurídico Nacional e Internacional, y desde nuestro punto de vista, hemos pretendido justificar su incorporación al Sistema Jurídico Mexicano.

Sin embargo, debemos reconocer que esta última parte y la propuesta que formulamos tiene un contenido ideológico, de crítica a lo establecido, y aunque podría calificarse como un obstáculo epistemológico, la actitud resultante es necesaria para transformar lo ya establecido, y tiene sustento en opiniones altamente especializadas a las que tuvimos acceso a través de cuatro dossier sobre Epistemología del Derecho que nos facilitó enormemente su compilador Dr. Rafael Sánchez Vázquez, de los cuales expondremos algunas consideraciones, fundamentalmente de Antonio Hernández Gil, Gregorio Robles y de Alejandro de Palacio Díaz, mismas que nos permitirán justificar plenamente nuestra actitud crítica y permitirán aceptar la viabilidad de una propuesta que rompiendo un paradigma vigente establezca uno nuevo.

Al decir de Antonio Hernández Gil: “... los cultivadores de las disciplinas particulares que siguen atendidos a los esquemas tradicionales del método dogmático sin otro propósito que el de dar a conocer lo mejor posible el sector del derecho positivo a que se consagran su actividad”¹³⁶ este grupo tiene una actitud conformista, de aceptación a los esquemas establecidos, e incluso de defensa para los mismos; por otra parte, el investigador que se encuentra la inoperancia de las leyes debe asumir una actitud reflexiva y crítica, propositiva, Hernández Gil considera que este tipo de investigadores pueden considerarse como “insatisfechos”, sin embargo, académicamente, esta es una actitud honesta.

El investigador no debe permanecer resignado al Estado de cosas que estudia, tampoco indiferente ante una realidad social de injusticia, debe ser motor de transformación, pues estará en condiciones de explicar los fenómenos y de justificar su ideología.

¹³⁶ Hernández Gil, Antonio, *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica*, Ed. Civitas, Madrid 1981. p. 7.

Consideramos que el derecho no es solo “Normas Jurídicas”, lo identificamos con la afirmación de Hernández Gil, de que, Derecho es “Realidad, acontecer, parte de todo ese aglomerado de productos que situamos en la praxis”.¹³⁷

Es decir, nuestra posición se acerca más al realismo sociológico jurídico de Alf Ross cuando señala”... lo que llamamos derecho está en parte constituidos por fenómenos jurídicos y en parte por normas, en correlación recíproca”¹³⁸ que al positivismo jurídico, a la jurisprudencia analítica y al *ius naturalismo*, debiendo decir en el caso de los dos primeros y del realismo jurídico, que postulan el análisis del lenguaje como elemento que determina la extensión del derecho, que reconocemos más válido lo expresado por Gregorio Robles: “El derecho es una realidad que ciertamente puede expresarse a través del lenguaje, pero que no se reduce al lenguaje. El lenguaje es expresión, pero tras la expresión está lo expresado, y aunque lo expresado solo puede ser entendido por la expresión, no son idénticos.

Además de esto, el lenguaje no agota la expresividad del derecho, sino que este también se expresa de otras maneras: comportamientos, organización, etc. El Derecho no es sólo “texto”; es también contexto”.¹³⁹

De lo anterior precisamos que el Derecho no es solo norma jurídica, es también contexto. De lo anterior precisamos que el Derecho no es solo norma jurídica, es también la realidad social en que se aplica, considerando esta perspectiva tenemos confrontados dos paradigmas, uno el que postula, el Derecho Positivo Vigente en materia contractual de Derecho Privado “La Voluntad de las partes es la que rige los contratos”, y otro de carácter sociológico “La Decadencia de los Contratos”, que en su obra del mismo título publicada por Editorial Porrúa desarrolla ampliamente Néstor De Buen.

Se confrontan dos paradigmas, uno jurídico sustentado en la ley, avalado por los tribunales jurisdiccionales, defendiendo políticamente por los grupos en el poder, y cuya aplicación desconoce la equidad y la buena fe y ha

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ García Máynez, Eduardo, *Positivismo Jurídica Realismo Sociológico y Ius naturalismo*, 8ª ed., Ed. Fontamara, México, 2011, p. 84.

¹³⁹ Hernández Gil, Antonio, *op. cit.*, p. 51.

permitido el abuso de los banqueros sobre los deudores; y otro, derivado de una realidad de contrastes, desequilibrios y luchas de clases sociales "la decadencia de los contratos", ante cuyos efectos ejecución forzosa, los particulares han defendido individualmente sus intereses en juicios ante los tribunales del fuero común (recordemos la histórica resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Contradicción de Tesis 31/98), o bien con actos de resistencia civil a través de organizaciones como "El Barzón", o partidos políticos como el PRD¹⁴⁰, pero los efectos ante el problema planteado han sido dilatorios y no perentorio, por lo que el problema está vigente y es necesario resolverlo.

Proponer una solución es dar una respuesta integral al problema, sirve de apoyo a lo anterior lo expresado por Alejandro del Palacio Díaz: "Determinar el contenido, el sentido del derecho, implica ir más allá de la norma, del ámbito estricto del derecho positivo y de la técnica derivada de la validez formal, para penetrar la vida social y sus concepciones culturales, es el mundo vivo del derecho, donde el contenido de la norma cumple su función y no puede dejar de tender puentes entre las distintas esferas sociales de actividad, ni entre los distintos regímenes normativos imperantes, y donde el Derecho no puede renunciar a la unidad esencial del conocimiento, que supone unidad de principios e interrelaciones de los objetos de estudio de las ciencias"¹⁴¹

Las respuestas del Gobierno a través de sus órganos del poder han sido insuficientes y protectoras del Estado de Cosas, así, el poder legislativo ha permanecido indiferente a la necesidad de reformar la ley acorde a las necesidades de una nueva época, y solo ha aprobado paliativos que han hecho, más confuso y gravoso para el pueblo de México el problema existente, como el IPAB, y el FOBRAPOA; El Poder Judicial ha sido incapaz de rescatar su autonomía, obedeciendo a los intereses de la clase dominante y a las grandes líneas de la política económica, validó la excesiva onerosidad en beneficio de los banqueros al resolver por la Suprema Corte de Justicia de la Nación la Contradicción de tesis 31/98, y finalmente el ejecutivo, en franco reconocimiento al neoliberalismo económico postular la maximización, la

¹⁴⁰ <http://www.prd.org.mx/portal/>

¹⁴¹ Del Palacio Díaz, Alejandro, *Para comprender el Derecho*, Ed. P.A.C., México, 1995, p. 595.

optimalización, y la eficientación, sobre la justicia y la equidad que son los fines más importantes del derecho, promover el programa “Punto Final”, en coordinación con los banqueros, que como ya hemos visto es engañoso y no proporciona una solución real; en síntesis, las medidas adoptadas por el Gobierno, no resuelven el problema, lo agravan, o simplemente lo legitiman.

Para resolver el problema, desde diversos foros se presentaron propuestas, en el primer caso, la banca nacionalizada es una experiencia mexicana que no ha traído beneficios, y en el segundo, aunque se retoma la “quita” en el llamado Programa “Punto Final”, tampoco es una solución definitiva, puesto que las deudas contraídas con los bancos a principios de 1995 se han incrementado en trescientos por ciento de lo anterior la propuesta que hemos sostenido en el desarrollo de este trabajo es:

“Incorporar la Teoría de la Imprevisión al Sistema Contractual Mexicano, respecto de los contratos bilaterales, de tracto sucesivo y conmutativo onerosos” (Apertura de crédito con garantía hipotecaria, agrícolas, empresariales, de tarjeta de crédito, celebrados por particulares con la banca mexicana), sin embargo, esta propuesta que constituiría un nuevo paradigma del derecho positivo vigente y que revertiría el ya señalado paradigma social de “La Decadencia de los Contratos” por el de “Funcionalidad del Sistema Contractual Mexicano” debe especificar su contenido y alcances, por ello, la Teoría de la imprevisión se incorporaría a nuestro campo normativo, si solo si, se efectúa una reforma legislativa que establezca que: En la ejecución de los contratos bilaterales, de tracto sucesivo y conmutativo onerosos que por la realización de una circunstancia general que no pudo ser razonablemente prevista en su celebración, se modifica el equilibrio de la prestación y la contraprestación, ocasionando una excesiva onerosidad en beneficio del acreedor, puede el Órgano Jurisdiccional restablecer dicho equilibrio con Base en los principios generales del derecho de equidad y buena fe, así mismo, en el entendido de que si bien la realización de una circunstancia imprevista de carácter general, como la guerra, la crisis, la inflación, pueden alterar la ejecución de un contrato, también es evidente, que el permitir el cobro de interés sobre interés (anatocismo) han originado la imposibilidad de cumplir los contratos por ello proponemos también: “Al modo de la legislación argentina

que: "No se deben intereses de los intereses, sino por obligación posterior. El principio que veda el pacto de capitalización de intereses no vencido, es de orden público y no puede dejarse sin efecto por el acuerdo de las partes o la renuncia anticipada del deudor. La cláusula de un contrato que contenga un pacto prohibido de esta naturaleza es nula de nulidad absoluta, lo que no obsta a la validez del contrato en que ha sido incluida"

Para esto deben reformarse: El Código de Comercio, el Código Civil del Distrito Federal y los Códigos Civiles de las demás Entidades Federativas.

Esta reforma legislativa permitirá resolver los problemas generados con posterioridad a la iniciación de su vigencia, sin trastocar el principio de autonomía de la voluntad, ya que esta libertad contractual tiene su punto de partida en la celebración del contrato, a través de la manifestación del consentimiento, y del elemento intrínseco que es la causa del contrato, ya que de ningún modo se puede pensar, que la causa del contrato sea una deuda de por vida, es decir, impagable, la verdadera causa es la obtención de un bien, mediante su contraprestación, sin embargo, los banqueros afectados alegarían la irretroactividad de la ley en su perjuicio, por lo que; debe impulsarse además, por el Poder Ejecutivo, con la participación de banqueros y deudores un nuevo programa, que reconociendo la Imprevisión en la celebración de los contratos anteriores, restablezca las condiciones de equilibrio, eximiendo a los deudores del cobro de intereses sobre intereses (Anatocismo), y que conforma a las posibilidades económicas reales, demostradas y corroboradas por los bancos en el momento de la celebración, establezca un sistema de pagos de acuerdo a la duración del contrato, y en el que de ninguna manera los intereses puedan rebasar a la Suerte Principal, para ello se requería también la celebración de convenios individuales, proponiéndose, así mismo, para la revisión de estos y de la operatividad del programa una comisión tripartita que estaría en sustitución del IPAB, formada por representantes de los deudores, banqueros y del gobierno, con esto se daría seguridad y confianza a las operaciones contractuales, y se alcanzarían la justicia y equidad que son los fines de Derecho.

FUENTES DE INFORMACIÓN Y CONSULTA

BIBLIOGRAFIA

1. Baqueiro rojas, Edgard, Derecho civil, vol. I Ed. Oxford, México 2003, p. 68.
2. Baqueiro rojas, Edgard, op. cit. p. 43,69,72
3. Bejarano Sánchez, Manuel, Ibídem, p. 132,246
4. Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles. 6ª ed., Ed. Oxford, México, 2010, p. 150,246
5. Bejarano Sánchez, Manuel, op. cit., p. 152,134
6. Bernal, Beatriz, Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neoromanistas, 26ª ed., Ed Porrúa, México 2006, pp. 74 - 75.
7. Bialostosky, Sara, Panorama Del Derecho Romano, 9ª ed., Ed. Porrúa, México, 2011, pp. 209-223.
8. Camille Jaufret Spinosi, Rene David, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, traducción de Jorge Sánchez cordero, 11ª ed., Ed. UNAM, México, 2010, p. 1.
9. Casado, Laura, Diccionario jurídico, 6ª ed., Ed. Valleta ediciones, argentina, 2009, p. 198,515,773
10. Castañeda Rivas, María Leoba, El Derecho Civil en México dos siglos de historia, Ed. Porrúa, México, 2013, pp. 23-29.
11. Castellanos, Antonio, Periódico la jornada, 27 de abril de 1998.
12. Castro Y Castro, Juventino V., La suprema corte de justicia ante la ley injusta 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001, pp. 9-124.
13. Sánchez Vázquez, Rafael, La Libertad de Igualdad jurídica como principios generales del derecho, Ed, Porrúa, 1995, p. 1.
14. Chirino Castillo, Joel, Contratos, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2011, pp. 33-36.
15. Corral Salvador, Carlos, Diccionario De Derecho Canónico, 2ª ed., Ed. Tecnos, España, 2000, pp.115-118.
16. David, René, y Jauffret-Spinosi, Camilla, Les grands systèmes de droit contemporains, 11a. ed., Ed. Dalloz, París, 2002, pp. 25 y 26.
17. De la Peza Muñoz Cano, José Luis, De las Obligaciones, 6ª ed. Ed. Porrúa, México, 2011, pp. 17-21.

18. De pina vara, Rafael, Diccionario de derecho, 36ª ed., Ed. Porrúa, México, 2007, p. 466, 470.
19. Del Palacio Díaz, Alejandro, Para comprender el Derecho, Ed. P.A.C., México, 1995, p. 595.
20. Diccionario enciclopédico Ed. Olimpya, Barcelona 1995, p. 765.
21. Diccionario enciclopédico, Asuri, tomo III, Ed, Santillana, España, 1993, p.715.
22. Enciclopedia interoceánica tercer milenio, Ed. Grupo editorial interoceánica, Argentina, 2000, p.75
23. ENRIQUECIMIENTO ILEGITIMO, PROCEDENCIA DE LA ACCION DE. (SCJN).
24. Fentanes Méndez, Cesar, Reflexiones Jurídicas sobre la Nulidad y la Validez del pacto anatocismo, Las razones del barzón, Ed. Autor Editor (Me), México, 1999, p. 1-25.
25. Fletcher, John, y Roper, Phd., Alfonso, Historia general del Cristianismo del siglo I al siglo XXI, Ed. Clie, España, 2008, p.32.
26. Floris Margadant, Guillermo, op. cit. p. 43-50.
27. Floris Margadant, Guillermo, "El derecho privado romano: como introducción a la cultura jurídica contemporánea", 26ª ed., México, Esfinge, 2001, p. 317
28. Floris Margadant, Guillermo, El Derecho Privado Romano, Ed. Esfinge, México, 2008, p. 22.174
29. Floris Margadant, Guillermo, Panorama de La Historia Universal del Derecho, 7ª ed., Ed, Porrúa, México 2007, p. 75.
30. García Máñez, Eduardo, Positivismos Jurídico Realismo Sociológico y el naturalismo, 8ª ed., Ed. Fontamara, México, 2011, p. 84.
31. García Téllez, A. Alejandra, Manual de Derecho de las Obligaciones Civiles, Universidad Iberoamericana, Puebla, 2012, pp.19-21
32. Ghersi, Carlos Alberto, Contratos Civiles y Comerciales tomo I, 6ª ed., Ed. Astrea, Argentina, 2006, pp. 230-231.
33. Ghersi, Carlos Alberto, Contratos Civiles y Comerciales tomo I, 6ª ed., Ed. Astrea, Argentina, 2006, p. 197, 201, 459.
34. González, Juan Antonio, Elementos De Derecho Civil, 8ª ed., Ed. Trillas, México, 2009, p. 161.

35. González, Juan Antonio, op. cit., pp. 47-49.
36. Gutiérrez y Gonzales, Ernesto, op. cit., p. 136,319, 321
37. Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 17^a ed., Ed. Porrúa, México 2008, p. 235.
38. Hernández Gil, Antonio, Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica, Ed. Civitas, Madrid 1981. p. 7, 51
39. Holmes, Richard, Las Guerras que han Marcado la Historia, Ed. Planeta / Ariel, España, 2011, pp. 324-329.
40. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano tomo II, Ed. Porrúa, UNAM, México, 2009, pp.31-33.
41. John P., Gould, Teoría Microeconómica, 3^a ed., Ed. Fondo De Cultura Económica, México, 2004, p. 444.
42. Julio Cesar, Medina Rodríguez, Derecho Constitucional Mexicano, Ed. Public Adm Contab Jurid, México, 2012, pp. 360-364.
43. Kelsen, Hans, teoría general del derecho y del estado, traducción de Eduardo García Máynez, 3^a ed. Ed. UNAM, México, 2008, p. 59.
44. La etimología de este vocablo proviene del latín pauper, no obstante cuando se buscan las raíces etimológicas del verbo pauperizar (empobrecer), Pauperize se concluye que este es de origen inglés.
45. López de Zavalía, Fernando J. Teoría de los contratos, tomo I parte general, 14^a ed., Ed. Zavalía, Argentina, 2007, p.46.
46. López Monroy, José De Jesús, Sistema Jurídico del Common Law, 5^a ed., Ed. Porrúa, México, 2011, pp. 9-16.
47. Martín de Agar, José T., Introducción al Derecho Canónico, Ed. Tecnos, México, 2007, pp.23-29.
48. Martínez Morales, Rafael I., Constitución Política De Los Estados Unidos México Comentada, 6^a ed., Ed. Oxford University Press, México, 2012, p. 221.
49. Mayr, Robert von, Historia del derecho romano, 2a. ed., Ed. Labor, Barcelona, 1930, p. 7.
50. Mommsen, Theodor, Historia de Roma, trad. de A. García Moreno, Libro I, cap. XI, Vol. I, Ed Aguilar ediciones, Madrid, 1956, pp. 184-185.
51. Montesquieu, Del espíritu de las Leyes, 18^a ed., Ed. Porrúa, México, 2010, p. 187.

52. Morineau Iduarte, Marta, Derecho Romano, 4ª ed., Ed. Oxford University Press México 2010, p. 20, 34, 57, 282
53. Ovalle Favela, José, Teoría General Del Proceso, 6ª ed., Ed. Oxford University Press, México, 2010, p. 110-111.
54. Pallares Portillo, Eduardo, Apuntes de Derecho Procesal Civil, Ed. Porrúa, México, 2012, p. 41.
55. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, "Representación, Poder y Mandato", 12ª edición, Ed. Porrúa, México, 2003, pp. 7, 8, 52, 58.
56. Quijada, Rodrigo, Enciclopedia jurídica OMEBA, México, 2005.
57. Quintanilla García, Miguel Ángel, Derecho de las Obligaciones, 4ª ed., Ed. Cárdenas Editor, México, 2000, p.140, 145, 146
58. Rico Álvarez, Fausto, Teoría General de las Obligaciones, 6ª ed., Ed. Porrúa, México, 2012, p.174.
59. Rojina Villegas, Rafael, Compendio De Derecho Civil 1 Introducción Personas y Familia, 43ª ed., Ed. Porrúa, México, 2011, pp. 139-144.
60. Rojina Villegas, Rafael, Compendio De Derecho Civil 3. Teoría general de las Obligaciones, 26ª ed., Ed. Porrúa, México, 2009, p. 381.
61. Rojina Villegas, Rafael, Compendio de derecho civil, 4 contratos 32ª ed., Ed. Porrúa, México, 2008, pp. 7-18.
62. Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano 3 Bienes Derechos Reales Y Posesión, 15ª ed., Ed. Porrúa, México, 2012, p. 249,272, 274,
63. Rolando, Tamayo y Salmorán, Elementos para una Teoría General del Derecho, 2ª ed., Ed. Themis, México, 2005, p. 9.
64. S/A, E Contratos Civiles, (CD-ROM), Ed. Tecnologías y recursos legales, Colecciones Asaco, México, 2012.
65. Sánchez Medal, Ramón, De los Contratos Civiles, 24ª ed., Ed. Porrúa, México 2010, p.140, 160.
66. Sanromán Aranda, Roberto, Las fuentes de las obligaciones. Ed. McGraw-Hill, México, 1999, pág. 8.
67. Sepúlveda Sandoval, Carlos, "Contratos civiles", Ed. Porrúa, México 2006, p. 811.
68. Soberanes Fernández, José Luis, Historia Del Derecho Mexicano, 14ª ed. Ed. Porrúa, México, 2009, p.17, 57.

69. Soberanes Fernández, José Luis, Principios Generales del Derecho en México un ensayo histórico, 1ª ed., Ed. Porrúa, México, 2003, pp. 37-53.
70. Tardif Chalifour, Eric, Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Derecho Comparado, Ed. Limusa, México, 2011, p.19.
71. Terraza Martonell, Juan, Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución, Ed. Bosch, Barcelona, 1951, p. 100.
72. Terraza Martorell, Juan, Modificación y Resolución de los Contratos por Excesiva Onerosidad o Imposibilidad en su Ejecución, Ed, Bosch, Barcelona, 1951, p. 94, 107.
73. Triboniano, Teófilo Doroteo, Calvo y Madroño Ismael, Instituciones del Emperador Justiniano, Ed. Ediciones Coyoacán, México 2011, p.21.
74. Vázquez Alonso, Nicolás, Por una Puebla sin corrupción, Ed. Gobierno del estado de Puebla, México, 2011, p. 75.
75. Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Contratos Civiles, 13ª ed., Ed. Porrúa, México, 2012, pp. 132-138.
76. Zarco, Francisco, Historia del Congreso Extraordinario Constituyente, Ed. Colegio de México, México 1857, p. 917.

MESOGRAFÍA

1. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4732953&fecha=28/04/1988
consulta realizada, 4 de febrero de 2013.
2. http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_fra_es.htm
3. http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_order/legal_order_hun_es.htm
4. <http://portal.infonavit.org.mx/wps/wcm/connect/infonavit/inicio>
5. <http://pri.org.mx/>
6. <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/DERECHO%20DE%20LOS%20TRATADOS%201969.pdf>
7. <http://www.admin.ch/org/polit/00083/index.html?lang=en>
8. <http://www.banxico.org.mx/>
9. <http://www.banxico.org.mx/ayuda/temas-mas-consultados/udis--unidades-inversion-.html>
10. <http://www.banxico.org.mx/billetes-y-monedas/index.html>
11. <http://www.carlosslim.com/>
12. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/viewFile/1045/936>
13. <http://www.cnbv.gob.mx/bursatil/Paginas/Descripcion-del-Sector.aspx>
14. <http://www.cnbv.gob.mx/Paginas/Index.aspx>
15. <http://www.condusef.gob.mx/>
16. <http://www.congresoags.gob.mx/lxilegislatura/legislacionestatal/003.%20CODIGO%20CIVIL%20DEL%20ESTADO%20DE%20AGUASCALIENTE%20S/CODIGO%20CIVIL.pdf>
17. http://www.congresopuebla.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=23&Itemid=111
18. http://www.congresopuebla.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=23&Itemid=111
19. <http://www.corteconstitucional.gov.co/>
20. <http://www.dgepj.cjf.gob.mx/organosjurisdiccionales/competenciatcc/competenciatc.asp>
21. <http://www.diputados.gob.mx/bibliot/publica/otras/pnd/21aspir.htm>
22. <http://www.diputados.gob.mx/inicio.htm>
23. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>
24. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125.pdf>

25. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145.pdf>
26. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2.pdf>
27. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2.pdf>
28. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3.pdf>
29. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/62.pdf>
30. <http://www.gatt.org/>
31. <http://www.gobernacion.gob.mx/>
32. <http://www.gouvernement.fr/gouvernement>
33. <http://www.imss.gob.mx/Pages/default.aspx>
34. <http://www.ipab.org.mx/>
35. <http://www.jornada.unam.mx/2012/04/09/politica/010n2pol>
36. <http://www.josemariamorelos.gob.mx/descargas/transparencia/codigos/CodigoCivilQROO.pdf>
37. <http://www.laeconomia.com.mx/fobaproa/>
38. <http://www.morelos.gob.mx/10consejeria/files/Codigos/CodigoCivilSep2000.pdf>
39. <http://www.oas.org/dil/esp/1-32%20Barboza%20Julio%20def.pdf>
40. <http://www.pan.org.mx/>
41. <http://www.prd.org.mx/portal/>
42. <http://www.preciodolar.com/dolar-hoy>
43. <http://www.sat.gob.mx/>
44. http://www.sat.gob.mx/sitio_internet/asistencia_contribuyente/informacion_frecuente/inpc/
45. <http://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/Paginas/ConoceLaCorte.aspx>
46. <http://www.scjn.gob.mx/libreria/Paginas/semanarioauto.aspx>
47. <http://www.scjn.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx>
48. http://www.scjn.gob.mx/Presidencia/Paginas/pres_discursos_12.aspx
49. http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/indice1.asp
50. http://www.umanizales.edu.co/publicaciones/campos/juridicas/ambiente_juridico/html/Ambiente%20Juridico/edicion11.pdf
51. <http://www.un.org/es/aboutun/structure/ilc.shtml>
52. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>

APENDICE

I. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA ANTE LA LEY INJUSTA UN FALLO HISTORICO RESPECTO AL LLAMADO “ANATOCISMO”

Palabras Previas

Palabras iniciales en la sesión pública de octubre de 1998, pronunciadas por el Ponente en la Contradicción 31/98, Ministro V. Castro Castro:

“Señor Ministro Presidente, José Vicente Aguinaco Alemán. En vista de las particularidades de este caso, hago la propuesta a los señores Ministros de que el Señor Secretario comience a leer tema por tema de los encogitados en el curso de la elaboración del proyecto, con su respectivo considerando, y que se tome la votación de cada uno de ellos al finalizar la discusión; y después, cuando se concluya todo examen y la discusión de los diferentes temas, haré yo la correspondiente declaratoria, tomando en cuenta la votación de cada tema. En estas condiciones, les ruego que me indiquen, en votación económica si aceptan este procedimiento”.

(Aprobado)

Adelante, Señor Secretario, con la primera tesis, pero antes va a hacer uso de la palabra el Señor Ministro Ponente, Don Juventino V. Castro Castro.

Señor Ministro Castro Castro. Gracias, Señor Presidente. Más que una consideración técnica de la ponencia, en realidad prácticamente debo hacer el papel, de cronista, porque dadas las particularidades de esta contradicción se han roto prácticas usuales y costumbre tradicionales, y vale la pena, frente a un asunto que ha causado tanta expectación, que narre cómo llegamos a este momento en el estudio y resolución de la contradicción de tesis precisadas por el Señor Secretario.

Ante todo habrá que recordar que frente a una denuncia de Tribunales Colegiados de Circuito que tuvieron criterio contrapuestos al examinar los

contratos de apertura de crédito base de la acción en revisiones instauradas ante ellos, el señor Presidente de la Primera Sala a donde correspondió originalmente este asunto, en consulta con los señores Ministros, hizo saber que las cuestiones planteadas en la contradicción contenían tal número de temas implícitos que le parecía prudente- y así lo autorizó la primera Sala- dirigirse todos los Tribunales Colegiados del Circuito haciéndoles saber nuestro deseo de pedir el envío de las sentencias que respecto de estas cuestiones hubieran dictado en su sede.

Eso fue probado, y doscientos y pico de sentencias consecuentes se obtuvieron, haciéndose una primera clasificación de temas a este respecto. Al propio tiempo, y cumpliendo con los turnos, se me precisó como ponente de este asunto.

Se localizaron nueve temas diversos que en principio podrían contener las contraindicaciones, finalmente denunciadas oficialmente por el Presidente de la Sala. Cuando esto se llevó a cabo, consideré que este asunto debería puesto a la consideración de este pleno dado su especial importancia. Constan en la ponencia todos los pormenores de este inusitado procedimiento.

Finalmente el pleno de la Suprema Corte decidió atraer el asunto, para su conocimiento.

En este procedimiento ya hubo una primera resolución de mucha importancia cuando se discutió si el pleno de la corte conocería de este asunto por ser de su competencia original, o si tendría que usar la *facultad de atracción*. Esto último fue lo que se decretó, no unánimemente, y también consta en el proyecto en qué sentido se resolvió, y por qué razones.

Finalmente, resuelto que sí es componente este pleno de la Suprema Corte para conocer de este asunto, se acordó que continuara bajo mi ponencia el estudio y la proposición ante ustedes.

En su momento, y ustedes son testigos participes de ello, me permití presentarles lo que yo llamé y le sigo llamando un *modesto documento de trabajo*, en el cual sugerí el orden en que consideraba lógico se desarrollara el estudio, y me permití hacer una exposición de cada uno de los temas fijando mi

posición personal respecto a cada uno de ellos. Con ese documento de trabajo empezaron las labores.

Vista la importancia de las cuestiones a discutir, insisto, los señores Ministros tomaron una determinación que yo quiero subrayar aquí y que consiste en que así como fue inusitado en mi ponencia que todos mis secretarios nada más se dedican a estudiar ese asunto para producir el primer documento de trabajo, así en este mismo pleno se resolvió que cada uno de los Ministros tomara para sí uno de los nueve temas propuestos y con sus secretarios se formulara lo que se llamó: un engrose provisional, es decir una proposición que significaría la posibilidad de una discusión más amplia de cada uno de los temas.

La trascendencia de esto es que quizá por primera vez en la historia de la Suprema Corte, un asunto se presenta mediante un esfuerzo colectivo de Ministros y de sus Secretarios, y esto sí es muy trascendente.

Recuerdo para los que están presentes y no están familiarizados con el procedimiento, que siempre los asuntos se turnan reglamentariamente a un ministro, y este a su vez, tienen un turno para remitirlo a uno de sus Secretarios, éste formula el proyecto, que acepta o rechaza su Ministro, y realmente así es como se presenta a las salas, cuando sea el caso, o al pleno como en la presente.

De manera que el tratamiento ha sido inusitado, el procedimiento y el mérito lo son de los Ministros y de sus Secretarios, que es lo que me importa subrayar.

Finalmente hemos discutido la forma de poder no sólo exponer nuestras ideas públicamente sino ir consolidando cada una de las conclusiones de cada uno de los puntos.

He pedido autorización de ustedes, señores Ministros, para hacer públicamente unas consideraciones finales, a las cuales con todo respeto me voy a permitir dar lectura: "Es de general conocimiento, que cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, examina los criterios jurídicos encontrados que se han manifestado en algunas sentencias de amparo de los Tribunales

Colegiados de Circuito, lleva a cabo una alta misión constitucional al fijar – dentro de una contradicción planteada--, cuál de los criterios diferentes o equidistante de lo que estén en conflicto.

Por disposición legal, lo que se resuelva no afectará jamás a las sentencias ya dictadas en los juicios de amparo en donde se expresaron los criterios, sino únicamente fijará un criterio jurisprudencial que debe acatarse en los asuntos futuros”.

“Por lo tanto, la Suprema Corte se encuentra limitada, por mandato constitucional expreso, a varios lineamientos sustanciales, de derecho positivo, que no puede ni debe sobrepasar”.

“Entre los lineamientos que no puede ignorar está el que debe existir realmente—y ponerse de manifiesto---, una contraposición en los fallos de los Tribunales Colegiados de Circuito--- y en su caso de las distintas salas de la propia Suprema Corte_, y además que lo sujetos ilegítimados para hacerlo produzcan, ante este Tribunal, la denuncia correspondiente”.

“Pero existe otra grave y trascendente limitación de los jueces constitucionales, no solo en materia de contradicciones, incluyendo las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad: ésta consiste en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se entiende que tan sólo juzga de la aplicación-correcta o incorrecta de las leyes soberanamente dictadas por el Congreso de la Unión o por las legislaturas de los Estados federados, y no se pronuncia -ni debe pronunciarse--,sobre la conveniencia o la justicia de las mismas normas generales o la justicia de las mismas normas generales, responsabilidad que compete totalmente a los órganos legislativos ya mencionados, y que no pertenece ni debe avalar nuestro máximo tribunal. Ni siquiera tiene la propia Suprema Corte---o El Poder Judicial en lo general--, derecho de presentar iniciativas de leyes para una decisión final del Congreso de la Unión”

“Es verdad que tanto el amparo como en las acciones constitucionales que prevé el artículo 105 constitucional, sí se puede plantear el ajuste o desajuste de una ley a lo constitucionalmente dispuesto, y en tales casos

puede la Suprema Corte declarar inconstitucional a una ley puesta en entredicho, resolviendo así que la ley abusivamente promulgada no debe aplicarse a un quejoso concreto-tratándose de un juicio de amparo-y hasta invalidarla, así se dan los requisitos para declararlo así dentro de una controversia constitucional o de una acción de inconstitucionalidad.”

“Pero debe quedar bien claro que sólo en estos casos excepcionales de la Suprema Corte sí puede declarar, si es el caso, que no existe ajuste de la ley impugnada al marco constitucional.

Aun en esos casos sigue limitándose estrictamente a su obligación de nunca declarar si una ley es justa o injusta, conveniente o inconveniente, parcial o imparcial

Este es un circuito que hasta ahora no pueden desbordar en sus funciones los jueces que legitima nuestra Constitución Política. Esta misión por el contrario, la encomienda expresamente nuestra Ley Fundamental a los Poderes Legislativos Federal y de los Estados Soberanos.”

“Me ha resultado necesario- y hasta conveniente-, recordar estas cuestiones fundamentales de nuestro sistema constitucional en la presentación de este asunto, porque la trascendencia y el clima social de las cuestiones que dieron a la contradicción de tesis se examina así lo amerita: porque ha estado precedida de algunos planteamientos ajenos a la misión jurisdiccional de esta tribuna, y que igualmente están distantes de sus posibilidades de resolver según expectativas imposibles de satisfacer”

“Lo que sí se puede comprometer ese alto tribunal a los justiciables – y no dudo se comprobará en este caso-, es la imparcialidad y la buena fe con la cual procede-como lo hace en todas sus decisiones-, para resolver cuestiones que sí puede analizar de acuerdo con los ya precisados mandatos, constitucionales y reglamentarios, y fuera de lo que quizás esperan personas involucradas en intereses que ya fueron planteados y resueltos en las sentencias aquí precisadas de los Tribunales Colegiados de Circuito”

“Las cuestiones jurídicas analizadas, en este proyecto colectivo, se reitera, se ajustan totalmente a leyes dictadas para este caso por el Poder

Legislativo Federal para nuestro sistema bancario, en el marco de sus atribuciones constitucionales, en las cuales esta Suprema Corte no puede valorar sino solamente-y cuando fuere el momento.-respecto de su constitucionalidad o inconstitucionalidad, que por cierto no es materia de esta contradicción de tesis en ninguno de sus temas.

“He solicitado a mis compañero Ministros su anuencia para introducir en esta forma los temas a discusión con las palabras que ahora termino y que insisto una vez más son de mi exclusiva y total responsabilidad, así como anunciar, aclaratoriamente, que al momento de la votación expresaré las conclusiones que no comparto y que se formularon en mi ponencia creyéndose entender que se ajustan a una mayoría que finalmente no podrá determinarse, sino hasta que los señores Ministros formulen libre y soberanamente su voto. Justificaré así mis razones para el voto disidente.

“Al culminar los trabajos colectivos de los señores Ministros en este asunto, en el que inusitadamente han intervenido todos ellos en forma valiosa, todo se concentra en ese proyecto de resolución que si bien puede no provocar un voto unánime, sí es ampliamente suficiente para establecer criterios ciertos que está requiriendo el foro y la judicatura, así como la población en los general.

Muchas gracias señor Presidente.

TITULO SEGUNDO

Acta de la sesión del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del 7 de octubre de 1998, y tesis que se aprobaron.

SESIÓN PÚBLICA N°.40

SESIÓN PRIVADA N°.37

ORDINARIAS.

MIÉRCOLES 7 DE OCTUBRE DE 1998.

En la Ciudad de México, Distrito Federal, siendo las diez horas con treinta minutos del miércoles siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho, se reunieron en el salón de plenos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para celebrar sesión pública ordinaria los señores Ministros: Presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Guitron, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María del Carmen Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza.

Por unanimidad de once votos se aprobó el proyecto del acta de la sesión pública número treinta y nueve, ordinaria, celebrada el miércoles veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.

El secretario General de Acuerdos dio cuenta, de la lista extraordinaria quince ter de mil novecientos noventa y ocho, del siguiente asunto:

31./98 contradicción de tesis número 31/98, de entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Séptimo en materia civil del primer circuito y primero del décimo séptimo circuito, con residencia, respectivamente, en esta capital y en Chihuahua, Chihuahua. En los puntos resolutivos del proyecto formulado por el señor Ministro Juventino V. Castro y Castro se propuso declarar que, primero V. Castro y Castro se propuso a declarar que, primero, no existe contradicción de tesis entre los criterios sustentados por los Tribunales Colegiados de Circuito cuyos datos precisan en el considerado cuarto, por los motivos en él expuestos; segundo; si existe contradicción de tesis entre los criterios sustentados por los Tribunales Colegiados de Circuito en la República, en los términos que se aprecian en los considerados del quinto, al duodécimo por las razones en ellos expuestos; tercero, en términos del considerado quinto, deben prevalecer, con carácter de jurisprudencia, los criterios sustentados en la tesis cuyos rubros son: CAPITALIZACION DE INTERESES, EL ARTICULO 2397 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES

APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO”.

“CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EL ARTICULO 363 DEL CODIGO DE COMERCIO NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO, PERO SI PUEDE SERLO COMO NORMA CONTRACTUAL, POR VOLUNTAD DE LAS PARTES”; Y CAPITALIZACION DE INTERESES, CUANDO SE PACTA EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO, EN TERMINO DEL ARTICULO 363 DEL CODIGO DE COMERCIO, PARA DETERMINAR SUS ALCANCEZ NO DEBE ACUDIRSE A LA SUPLETORIEDAD DEL ARTICULO 2397 DEL CODIGO CIVIL APLICABLE EN MATERIA FEDERAL, SINO A LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS”; cuarto, en términos del considerado sexto, debe prevalecer, con carácter de jurisprudencia, el criterio sustentado en la tesis cuyo rubro es; “APERTURA DE CREDITO PARA EL PAGO DE PASIVOS. EL CONTRATO RELATIVO PACTADO CON INSTITUCIONES DE BANCA MULTIPLE PARA TAL FIN, NO ESTA REGIDO POR EL REGLAMENTO SOBRE INSTITUCIONES NACIONALES Y ORGANIZACIONES AUXILIARES NACIONALES DE CREDITO A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO”; quinto, en término del considerado séptimo, debe prevalecer, con carácter de jurisprudencia, el criterio sustentado en la tesis cuyo rubro es “VIABILIDAD ECONOMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSION PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISION POR PARTE DE LS INSTITUCIONES DE CREDITO DE REALIZAR EL ESTUDIO RELATIVO, NO INVALIDA EL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO: sexto, en término del considerado octavo, deben prevalecer, con carácter de jurisprudencia, los criterios sustentados en las tesis cuyos rubros son: APERTURA DE CREDITO Y PRESTAMO MERCANTIL.LEGISLACION APLICABLE A ESOS CONTRATOS EN MATERIA DE INTERESES; E INTERESES. LAS TASAS VARIABLES EN LOS CONTRATOS DE INTERESES, E INTERESES. LAS TASAS VARIABLES EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CREDITO SON DETERMINANTES, NO IMPRECISAS”; séptimo, en términos del considerado noveno, debe prevalecer, con carácter de jurisprudencia, el criterio sustentado en la tesis cuyo rubro es; “APERTURA DE CREDITO. NO SON

NULAS LAS CLAUSULAS QUE ESTABLECEN LA OBLIGACIÓN DEL ACREDITADO, DE AVISAR CON ANTICIPACION SI RECHAZA LA DISPOSICION DEL CREDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES; octavo, en términos del considerando décimo deben prevalecer, con carácter de jurisprudencia, los criterios sustentados en las tesis cuyos rubros son: APERTURA DE CREDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS; PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. POR SI SOLA, NO COSTITUYE SIMULACION:”APERTURA DE CREDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. NO ENCUBRE EL ESTABLECIMIENTO ILICITO DE INTERESES SOBRE INTERESES , Y APERTURA DE CREDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA CON EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO ”

SU APROVECHAMIENTO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DE FALSEDAD IDEOLOGICA O SUBJETIVA”; noveno, en términos del considerado undécimo, deben prevalecer, con carácter de jurisprudencia, los criterios sustentados en las tesis cuyos rubros son: “CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. NO LA CONSTITUYE EL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO PARA COBERTURA DE INTERESES (REFINANCIAMIENTO)” Y “CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. El artículo 363 del CODIGO DE COMERCIO LE PERMITE EN FORMA PREVIA O POSTERIOR A LA CAUSACIÓN DE LOS REDITOS, A CONDICION DE QUE EXISTA ACUERDO EXPRESO”; décimo, en términos del considerado duodécimo, debe prevalecer, con carácter de jurisprudencia, el criterio sustentado en la tesis cuyo rubro ed “APERTURA DE CREDITO. LAS AMORTIZACIONES REALIZADS POR EL DEUDOR CONVALIDAN LA NULIDAD RELATIVA DE QUE PUDIERA ADOLECER LA CLAUSULA EN QUE SE PACTA UN CREDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES”; Y undécimo, ordenar la remisión inmediata d las tesis jurisprudenciales a la Coordinación General de Compilación y sistematización de Tesis para el efecto de su publicación en el Semanario

Judicial de la Federación y su Gaceta; así como a los tribunales colegiados de Circuito y juzgados de Distrito

El señor Ministro Presidente Aguinaco Alemán propuso que la discusión y votación se llevara a cabo punto por punto, con base en los resolutiveos y en los respectivos considerando.

Por unanimidad de once votos se aprobó la propuesta.

Sin discusión y por unanimidad de once votos se aprobaron los puntos resolutiveos primero y segundo.

En relación con el resolutivo tercero hicieron uso de la palabra señores Ministros Silva Meza y Ortíz Mayagoitia, en los términos consignados en la versión taquigráfica.

Por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Guitrón, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Sánchez Cordero y Presidente Aguinaco Alemán se aprobó el resolutivo tercero; los señores Ministros Castro y Castro, Román Palacios y Silva Meza votaron en contra, y manifestaron que formularán voto de minoría. El señor Ministro Díaz Romero formuló salvedades respecto del considerado correspondiente; y los señores Ministros Castro y Castro y Román Palacios y la señora Ministra Sánchez Cordero razonaron el sentido de su voto.

En virtud de que varias personas del público, levantando pancartas e incorporarse de sus asientos dieron la espalda al estrado que ocupan los Ministros, no guardando la compostura y el respeto debidos, el señor Ministro Presidente, después de sus exhortaciones que no fueron atendidas, suspendió las sesión, siendo las once horas con treinta y cinco minutos.

SESIÓN PRIVADA Nº. 37

ORDINARIA

El señor Ministro Aguinaco Alemán, siendo las trece horas, convocó a los demás señores Ministros a trasladarse a las oficinas de la Presidencia y reunidos en estas, con fundamento en los artículos 94, párrafo tercero, constitucional y 60, párrafo primero, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, toda vez que es de interés público resolver los asuntos listados sin atender a presiones y que se mantenía la situación que dio origen a la suspensión de la sesión pública, ya que las personas mencionadas permanecían en el salón de Plenos, por unanimidad de once votos el tribunal pleno acordó continuar en sesión privada la discusión y resolución de dichos asuntos.

Sometido a la consideración de los señores ministros el cuarto punto resolutivo quinto los señores Ministros Díaz Romero, Góngora Pimentel, Silva Meza y Castro Castro, hicieron uso de la palabra en términos de los documentados A, B, C y D, que obran como anexos de esta acta.

Por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Guitron, Gongora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitía, Román Palacios, Sánchez Cordero, Silva Meza y Presidente Anguinaco Alemán se aprobó el resolutivo sexto; el señor Ministro Castro y Castro votó en contra; y el señor Ministro Díaz Romero formuló salvedades respecto del considerando correspondiente.

Sin discusión, por unanimidad de once votos se aprobó el resolutivo séptimo; y los señores Ministros Díaz Romero y Silva Meza formularon salvedades respecto del considerando correspondiente.

Sin discusión, por unanimidad de once votos se aprobó el resolutivo octavo; y los señores Ministros Díaz Romero y Silva Meza formularon salvedades respecto del considerando correspondiente.

En relación con el resolutivo noveno de los señores Ministros Roman Palacios y Silva Meza hicieron uso de la palabra en los términos de los documentos E y F, que obran como anexos de esta acta.

Por mayoría de nueve votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Guitrón, Castro y Castro, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz, Mayagoitia, Sánchez Cordero y Presidente Anguinaco Alemán se aprobó el resolutivo noveno; los señores Ministros Román Palacios y Silva Meza votaron en contra y manifestaron que formularán voto de minoría y el señor Ministro Díaz Romero formuló salvedades respecto del considerado correspondiente.

Sin discusión, por mayoría de diez votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Guitrón, Castro y Castro, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Román Palacios, Sánchez Cordero y Presidente Anguinaco Alemán se aprobó el resolutivo décimo: el señor Ministro Silva Meza votó en contra manifestó que formulará voto particular; y el señor Ministro Díaz Romero formuló salvedades del considerando correspondiente.

Por unanimidad de once votos se aprobó el resolutivo undécimo.

Por unanimidad de once votos el Tribunal Pleno acordó la remisión de las tesis de jurisprudencia también a los tribunales superiores de justicia de los estados.

Por unanimidad de once votos se acordó que la tesis a que se refieren los resolutivos del tercero al décimo, correspondan respectivamente, los números 48/1998, 49/1998, 50/1998, 51/1998, 52/1998, 53/1998,54/1998,55/1998,56/1998,57/1998,58/1998,59/1998,60/1998, y 61/1998.

Por unanimidad de once votos se aprobaron las tesis aisladas cuyos rubros son: 1. "VIABILIDAD ECONOMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSION PÑARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISION POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CREDITO DE BANCA MULTIPLE DE REALIZAR EL CITADO ESTUDIO, NO PUEDE SER

RECLAMADA POR EL ACREDITADO EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO POR CARECER DE LEGITIMACION ACTIVA” 2. “INTERESES. TASAS DE REFERENCIA ALTERNATIVAS EN CONTRATOS DE APERTURA DE CREDITO (DISPOSICIONES APLICABLES)” 3. “INTERESES EN CONTRATOS DE APERTURA DE CREDITO. LA INCLUSION, ENTRE OTROS,, DE UN INDICE REFERENTE ALTERNATIVO, CUYA CUANTIFICACIÓN DEPENDE PROMORDIALMENTE DE LA VOLUNTAD UNILATERAL DEL ,BANCO ACREEDOR, ES CONTRARIO DEL ARTICULO 1797 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.” 4.”ANATOCISMO. DICHO VOCABLO NO SE ENCUENTRA EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO. 5.”APERTURA DE CREDITO ADICIONAL PARA PAGOS DE INTERESES DEVENGADOS. NO OCULTA CAPITALIZACION DE INTERESES.6.” APERTURA DE CREDITO ES VALIDA LA CAPITALIZACION DE INTERESES EXPRESAMENTE, PACTADA EN DICHO CONTRATO” y que los números que le corresponden, respectivamente, son LXIII/98, LXV/98, LXVI/98, LXVII/98, LXVIII/98.

II.32/98 Contradicción de tesis números 32/98, de entre las sustentadas por los tribunales colegiados primero del décimo séptimo circuito y del vigésimo tercer circuito, con residencia, respectivamente en Chihuahua, Chihuahua y Zacatecas. En el único punto resolutive del proyecto formulado por el señor Ministro Juventino V. Castro y Castro se propuso declarar sin materia dicha contradicción.

Sin discusión, el proyecto se aprobó por unanimidad de once votos.

El señor Ministro Presidente Aguinaco Alemán hizo las declaratorias de la ley correspondientes.

Se levantó la sesión siendo las dieciocho horas.

Firman estas actas el Ministro Presidente José Vicente Aguinaco Alemán y el licenciado José Javier Aguilar Domínguez, Secretario General de Acuerdos, que da fe.

GLOSARIO DE TERMINOS

ACREEDOR.- Persona física o moral que tiene derecho a pedir el cumplimiento de una obligación, especialmente de pago.

ACTIVOS.- Importe total de los valores, efectos, créditos y derechos que posee una persona o sociedad comercial.

AMORTIZACION.- Recuperar o compensar los fondos invertidos en alguna empresa, especialmente las obligaciones emitidas por una sociedad anónima o los títulos de valores públicos.

BANCA DE DESARROLLO.- Los bancos del gobierno destinados a subsidiar, promover o financiar actividades consideradas como públicas o de interés público.

BOLSA DE VALORES.- Lugar e institución en la que se compran y venden las acciones de las empresas, además de las acciones de las empresas, también se venden instrumentos financieros.

BURSATIL.- Relativo a la bolsa, a las operaciones que en ellas se hacen y a los valores cotizables.

CAPITALIZACION DE LA BANCA.- Término usado por las autoridades gubernamentales para definir la manera en que le han entregado dinero fresco a los bancos.

CARTERA DE CREDITO.- Los créditos otorgados por un banco o por toda la banca.

CARTERA VENCIDA.- El total de deudas que han caído en mora, es decir, que no han sido pagadas.

COSTO FISCAL.- Con este término las autoridades definen el dinero del gobierno federal que se usara en algún programa o ramo.

COSTO PORCENTUAL PROMEDIO DE CAPTACION BANCARIA.- Porcentaje que le cuesta a la banca obtener recursos económicos.

CRECIMIENTO CREDITICIO.- El crecimiento del número de créditos otorgados por la banca.

CREDITOS QUIROGRAFICOS.- Los que se realizan sin ofrecer garantía hipotecaria y sola se empeña la firma del deudor.

CRISIS ECONOMICA.- Periodo durante el cual un país industrializado presenta una producción y unas ventas reducidas, y al mismo tiempo altas tasas de desempleo y de quiebras empresariales.

Una depresión es el punto más bajo de un ciclo económico. Casi todas las teorías económicas modernas consideran que las depresiones son el

resultado de una caída de la demanda, junto a una disminución de la inversión y de los salarios, que reducen el nivel de consumo.

CRISIS FINANCIERA. La que se deriva de las alzas y bajas de los valores y afectan al total de instrumentos financieros e influyen en el tipo de cambio con lo que acarrearán las devaluaciones o sobrevaluaciones de las monedas.

DÉFICIT EXTERNO.- Cantidad de dinero que salió, con relación a la que entro al país. También se puede referir a la cantidad de mercancías que salen con relación a las que entran.

DEFLACION.- Implica una caída continuada del nivel general de precios, suele venir acompañada por una prolongada disminución del nivel general de precios, suele venir acompañada por una prolongada disminución del nivel de actividad económica y elevadas tasas de desempleo. Sin embargo, las caídas generalizadas de los precios no son fenómenos corrientes, siendo la inflación la principal variable macroeconómica afecta, actualmente, tanto a la planificación privada como a la planificación pública de la economía.

DESREGULACION.- Término usado por los financieros, empresarios y gobernantes para definir a la serie de reglas legales que existen para limitar una actividad y evitar que, en la mayoría de los casos, se propicie la concentración económica.

DEUDA INTERBANCARIA.- La pactada entre instituciones

DEUDA INTERNA.- Se entiende la del gobierno federal con distintos organismos, incluidos los bancos, o la que resulta de poner a la venta en la Bolsa de Valores o en el mercado libre, instrumentos financieros como los tesobonos, cetes, pagares, etc. Al ponerlos a la venta, el gobierno se compromete a pagar intereses por encima de los que esos capitales ganarían depósitos en los bancos.

DEUDA PRIVADA.- La perteneciente a los organismos, e individuos en lo particular

DEUDA PÚBLICA.- El endeudamiento del gobierno, en cualquier nivel.

ERARIO.- Todos los recursos económicos del gobierno a cualquier nivel.

ESPECULACIÓN.- Compra o venta con el objetivo de obtener beneficios. En general, el termino se utiliza para describir la actividad de aquellos agentes económicos que operan en los mercados de materias primas o monetarios con el único objetivo de obtener plusvalías, a diferencia de aquellos que operan en estos mercados debido a su actividad empresarial --- un productor de café instantáneo o un importador que tiene que pagar en moneda extranjera ---. Los especuladores viven de las fluctuaciones de precios de las meterías primas o de las unidades monetarias de cada país. Intenta obtener beneficios comprando a precios de mercado cuando existen expectativas de aumentos de precios. También operan en los mercados de futuros, con la esperanza de vender en el mercado continuo a mayores precios antes de la fecha de vencimiento del activo.

ESTABILIDAD MONETARIO- CAMBIARA.- Que el tipo de cambio se mantenga fijo o que fluctué frente a monedas extranjeras.

EXPROPIACION.- Medida interventora de la Administración Pública (Federal, Estatal o Municipal) por la que se priva al administrador de la propiedad privada de determinados bienes, derechos o intereses de naturaleza patrimonial, a cambio de una indemnización, llamada justiprecio. El fin de la expropiación no es la mera privación de la cosa o derecho en que ésta consiste, sino el destino posterior a que tras la privación de la cosa o derecho en que ésta consiste, sino el destino posterior a que tras la privación expropiatoria ha de afectarse el bien que se expropia. En este sentido, la expropiación es un instrumento y no un fin en sí misma, pues está siempre en función de una transformación, ya sea física (por ejemplo se expropia un inmueble para hacer una autopista) o judicatura (se nacionaliza una empresa privada) del bien expropiado. La expropiación se realiza a través de un procedimiento que se encuentra regulado en detalle en todas las legislaciones y que tiende en esencia a garantizar los derechos del sujeto expropiado.

FIDEICOMISO.- Disposición por la cual el testador deja su herencia o parte de ella encomendada a la buena fe de uno para que, en caso y término determinado, la transmita a otro o la invierta del modo que se le señalaba.

GARANTÍA.- En Derecho civil y comercial, es un mecanismo jurídico para proteger o asegurar el cumplimiento de que una determinada obligación será cumplida en tiempo y forma. Por encima de cualquier otra garantía, el Derecho conoce la llamada garantía patrimonial universal: todo acreedor, sea el que sea el origen de la deuda, sabe que el obligado al pago responde del cumplimiento de su obligación con todos sus bienes presentes y hasta con los que pueda llegar a tener si mejora de fortuna (bienes futuros del deudor).

INDICE INFLACIONARIO O DE INFLACIÓN. Número que representa el porcentaje en el que aumentó o disminuyó la inflación.

INFLACION.- Término utilizado para descubrir un aumento o una disminución del valor del dinero, en relación a la cantidad de bienes y servicios que se pueden comprar con ese dinero. La inflamación es la continua y persistente subida del nivel general de precios y se mediante un índice del coste de diversos bienes y servicios. Los aumentos reiterados de los precios erosionan el poder adquisitivo del dinero y de los demás activos financieros que tienen valores fijos, creando así serias distorsiones económicas e incertidumbre. La inflación es un fenómeno que se produce cuando las presiones económicas actuales y la anticipación de los acontecimientos futuros hacen que la demanda de bienes y servicios sea superior a la oferta disponible de dichos bienes y servicios a los precios actuales, o cuando la oferta disponible está limitada por una escasa productividad o por restricciones del mercado. Estos aumentos persistentes de los precios estaban, históricamente, vinculados a las guerras, hambrunas, inestabilidades políticas y a otros hechos concretos.

INTRUMENTO FINANCIERO.- Papeles que respaldan una cierta cantidad de dinero. Se pueden comprar o vender generalmente se usan en la Bolsa de Valores.

INTERMEDIACIÓN FINANCIERA.- Operaciones que se realizan a través de la compra o venta de instrumentos financieros.

LIBRES FUERZAS DEL MUNDO DEL MERCADO.- Instrumentos esenciales para la determinación de los precios. Según la teoría (o ley) de la oferta y la demanda, los precios de mercado de los bienes y servicios se determinan por la intersección de la oferta y la demanda. En teoría, cuando la oferta supera la demanda, los productores deben reducir los precios para estimular las ventas; de forma análoga, cuando la demanda es superior a la oferta, los compradores presionan al alza el precio de los bienes. Cuando se utilizan los términos oferta y demanda, no se está hablando de la cantidad total

de bienes vendidos o comprados, puesto que en cualquier transacción la cantidad total de bienes y servicios que los productores desean vender a un precio concreto, y la cantidad total de bienes y servicios que los consumidores compraría en función de los distintos precios, lo que a veces se denomina demanda efectiva.

MERCADO INTERNO.- El total de compradores, empresas, instituciones e individuos dentro del país.

OBLIGACIONES.- Vinculo que sujeta a hacer o abstraerse de hacer una cosa,; en materia *civil*, es aquella cuyo cumplimiento es exigible legalmente aunque no sea valedera en conciencia; la que por provenir de contrato no admitido en el derecho civil, sólo en el fuero interno; aquella cuyo cumplimiento es exigible a dos o más deudores, a cada uno en su parte correspondiente; a aquella cuyo cumplimiento es exigible a dos o más deudores, a cada uno en su parte correspondiente; aquella cuyo cumplimiento se puede exigir por eterno a cualquier de los deudores, a reserva de que el cumplidor de ella pida a los demás el escote.

PASIVOS.- Importe total de los débitos y gravemente que tiene contra si una persona o entidad, y también el coste o riesgo que contrapesa los provechos de un negocio.

PLANTA PRODUCTIVA.- El total de instalaciones industriales comerciales y agropecuarias del país.

POLITICA CONTRACCIONISTA.- Grupo de medidas gubernamentales orientadas a disminuir la actividad económica del país con el objetivo, según los gobernantes, de disminuir la inflación.

PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACION.- El total de dinero y la manera en que lo gastara el gobierno federal en un año. Lo aprueba la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

PRODUCTO INTERNO BRUTO (PIB).- El valor de toda la producción de un país, de un estado o de una región.

PROGRAMAS DE SANEAMIENTO.- Término con el que se define las acciones gubernamentales para resolver las crisis de los bancos.

REFINANCIAMIENTO.- Dinero que se entrega para resolver a echar a andar un proyecto o préstamo entregado anteriormente.

RENTABILIDAD.- Grado en que una empresa o negocio deja ganancias a sus propietarios.

SOBRE ENDEUDAMIENTO.- Cuando una empresa, institución o individuo se endeuda por encima de su capacidad de pago.

SUPERAVIT COMERCIAL.- Cuando el país vendió más mercancías que las que compró al extranjero.

TASAS DE INTERÉS VARIABLES.- Las diferentes tasas que se fijan en los contratos de crédito.

TÍTULOS.- Documentos que se establece un derecho o que da fe de un crédito contra el estado sociedad comercial: de propiedad; ~ de deuda pública.

HEMEROGRAFIA

1. Diario Oficial de la Federación.
2. Periódico El Sol de México.
3. Periódico El Universal.
4. Periódico El Excelsior.
5. Periódico La Jornada.
6. Periódico Reforma.
7. Revista de la Maestría en Derecho, Secretaria de Investigaciones y Estudios de Posgrado, B.U.A.P.
8. Revista Macroeconomía.
9. Revista Proceso.
10. Semanario Judicial de la Federación.

LEGISLACIÓN

1. Código Civil para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México 1998.
2. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Aguascalientes, Edit. Porrúa, México 1998.
3. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Jalisco, Edit. Porrúa, México 1998.
4. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, Edit. Porrúa, México 1998.
5. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, México 1998.
6. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edit. Porrúa, México 1999.
7. Ley Federal del Trabajo, comentada, Edit. Porrúa, México 1998.