

## PROBLEMÁTICA PROCESAL DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

### LA INCORPORACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Fernando MARTÍNEZ GARCÍA DE LEÓN

*Rebus Sic Stantibus*

(“...mientras las cosas permanezcan así...”)

... dando al juez el poder de revisar el contrato conforme a la buena fe, se despierta en los contratantes esta inmensa esperanza: no estar obligados, y esta buena fe del legislador engendra la mala fe del contratante.

RIPERT

Magno y al mismo tiempo peligroso instituto.

HEDEMANN

SUMARIO: I. Una ampliación de los derechos del justiciable. II. La atenuación del principio “Pacta Sunt Servanda”. III. Un renovado estándar en la ejecución de los contratos: la equidad. IV. Ámbito de aplicación de la cláusula “Rebus Sic Stantibus”. V. Procedimiento. VI. Resulta inconstitucional parte de la reforma. VII. Etapa procesal. Requisitos de procedencia de la acción. VIII. Efectos de la sentencia. IX. Rebeldía. X. Conclusiones.

## I. UNA AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS DEL JUSTICIABLE

El 22 de enero de 2010 se publicó en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal la reforma al artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, así como la adición de los artículos 1796 bis y 1796 Ter, vigentes a partir del día siguiente de su publicación en aquel órgano de difusión.

Su importancia radica en que por vez primera se incorpora a nuestro código civil la llamada *Teoría de la Imprevisión*, que reconoce un derecho al contratante afectado a fin de recuperar el equilibrio de las obligaciones asumidas en contratos bilaterales, onerosos y conmutativos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo, que se han vuelto desproporcionadamente onerosas como consecuencia de acontecimientos extraordinarios de carácter nacional imposibles de prever.

Hasta ahora, ante esos inevitables eventos, el afectado no podía solicitar la intervención judicial a fin de recuperar el equilibrio de sus obligaciones, por lo que su reciente regulación legal implica *reconocer el derecho* a la conservación de las prestaciones equitativas en este tipo de contratos, recuperando un modelo de *equidad* en la ejecución de los mismos. Sin embargo, esto no siempre ha sido así, dado que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha negado la incorporación de la imprevisión vía jurisprudencial:

1. En el amparo directo 1863/58 bajo la ponencia de Manuel Rivera Silva, la extinta Tercera Sala conoció del amparo promovido por el señor José de la Luz Valdez (*arrendador*), quien señalaba como acto reclamado la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Estado de Coahuila derivada de una controversia sobre prórroga de contrato de arrendamiento seguido por su inquilino Mauricio Rodríguez Pérez (*actor*).

La litis se centró en determinar si concluido el plazo de arrendamiento, el dueño del local *tenía derecho a un aumento equitativo de la renta por la depreciación que la moneda había experimentado en los últimos diez años a causa de devaluaciones, al punto de que actualmente la renta recibida ni siquiera alcanzaba para pagar las contribuciones del local*. Por tanto, dicho arrendamiento le era ruinoso.

En los antecedentes del acto reclamado se hizo referencia a que el inquilino, concluido aquel extenso plazo de una década, solicitó ante el juez de primera instancia su prórroga con la misma renta histórica, ante lo cual el arrendador opuso excepción alegando existir en su favor una causa de imprevisión, pues tenía derecho a un ajuste en la misma ya que del alquiler hasta ahora recibido no le cubría ni las contribuciones que generaba el inmueble según se expuso. Concluida la secuela procesal la Suprema Corte declaró improcedente el amparo promovido por el arrendador, negando la posibilidad de revisar el contrato con fundamento en el irrestricto *pacta sunt servanda*, mientras que el ministro Gabriel García Rojas, en su memorable voto minoritario, fundó su razonamiento a favor de la *restauración de la equidad* entre las prestaciones que habían sido alteradas en perjuicio del arrendador y en beneficio del arrendatario para que en un nuevo fallo se decidiera equitativamente la proporción en que debe aumentarse la renta estipulada en el contrato original, ya que:

Es indudable que nadie daría en arrendamiento un bien, para percibir menos de lo que debe gastar en su mantenimiento; *entre hombres de buena fe la equidad debe moderar las exageraciones producidas por las causas imprevistas*.

2. En un segundo amparo 1947/80, promovido por Hidrogenadora Nacional, S. A., nuestro Máximo Tribunal desestimó también el juicio constitucional promovido por la sociedad quejosa, aduciendo que no era aplicable la teoría de la imprevisión como consecuencia de la adopción del "...*sistema rígido*..." de los contratos en nuestra legislación civil.

## II. LA ATENUACIÓN DEL PRINCIPIO "PACTA SUNT SERVANDA"

En consecuencia, la incorporación de la *teoría de la imprevisión*, que otorga *acción* a fin de hacer cesar el desequilibrio económico sobrevenido en la relación funcional del contrato como consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles y que históricamente

se refiere a ella bajo la fórmula *rebus sic stantibus* ("mientras las cosas permanezcan así"), viene a ser una *atenuación* al principio de obligatoriedad de los contratos resumido en axioma *pacta sunt servanda*, que establece que tanto los contratos como *sus consecuencias* nacen para ser cumplidos.

Entonces, la *recepción* de esta teoría en el orden civil atempera el rigorismo formal del último apotegma, ordenando que en lo futuro dichos contratos habrán de cumplirse mientras las cosas permanezcan así, es decir, "*pacta sunt servanda* mientras *rebus sic stantibus*".

### III. UN RENOVADO ESTÁNDAR EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS: LA EQUIDAD

Asimismo ha cedido la *garantía de estabilidad y seguridad jurídica* que el contrato brindaba desde su celebración y hasta su ejecución diferida, siendo hasta ahora ajeno a cualquier cambio de circunstancias de imposible advertencia o previsibilidad por parte de los contratantes, quienes estaban impedidos de excluirse del cumplimiento de todas las consecuencias de un contrato, aun cuando éstas fueran ruinosas o desproporcionadas. Se crea así una *atenuación* a los principios de obligatoriedad e intangibilidad para dar paso a un nuevo estándar en la contratación: *restaurar la equidad en las prestaciones que se ha perdido por causas ajenas al contrato*.

En consecuencia, derivado de la reforma si sobreviene un acontecimiento extraordinario e imprevisible que altere la relación de equidad de las prestaciones en contratos conmutativos de ejecución diferida, sujetos a plazo o condición, que haga difícil, mas no imposible el cumplimiento de los mismos, la parte afectada tendrá *derecho* en primer término a solicitar a su contraparte la modificación del contrato, y ante su negativa nacerá el *derecho* de solicitar la *revisión judicial* del mismo con la finalidad de restablecer el equilibrio en las prestaciones con base en la *equidad*.

Se concede así la facultad judicial de *interferir* en las obligaciones contraídas por las partes con el fin de modificarlas o ajustarlas conforme a un *prudente arbitrio judicial*. El cambio de circunstancias que alteraren de manera grave la reciprocidad y equilibrio contractual *faculta a los jueces para revisar dicho contrato y ajustarlo* de nueva

cuenta a parámetros de justicia y equidad entre las prestaciones, aneponiendo la conservación del contrato a su rescisión.

### IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA "REBUS SIC STANTIBUS"

#### 1. Contratos bilaterales conmutativos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo

Serán "revisables", conforme al segundo párrafo del artículo 1796 del Código Civil, sólo los contratos bilaterales conmutativos: "... sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo...", y que por hechos imposibles de prever: "...generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones..." pues una alteración, dislocamiento o modificación sustancial entre la equivalencia de cargas económicas repartidas entre las partes es el presupuesto para el ejercicio del *derecho de acción por imprevisión* que faculta a los jueces a fin de ajustarlos a la equidad.

#### 2. Contratos aleatorios

Por disposición expresa quedan *excluidos* los contratos *aleatorios*, aun cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. Caracteriza a este tipo de contratos la incertidumbre, pues no se sabe para quién será la ganancia o la pérdida, lo que significa que cuando un contratante gana el otro pierde. Asimismo hay incertidumbre respecto de la cuantía de las obligaciones, ya que no se puede prever hasta qué monto podría resultar una obligación sujeta a la suerte; pero algo totalmente distinto es saber si llegará o no a presentarse un acontecimiento imprevisible y extraordinario que dispare una onerosidad sobrevenida y que haga desproporcionada aquella misma obligación sujeta a un *alea*. Entonces resulta desafortunada dicha exclusión, olvidando que *una cosa es que la existencia de la obligación de una de las partes dependa un alea y otra muy diferente es que esa misma obligación se torne excesivamente onerosa por hechos totalmente ajenos*.

Con mejor técnica lo ha resuelto el Código Civil argentino en su reforma al artículo 1.198 de 1968, que incluyó la aplicación de esta teoría a los contratos aleatorios sólo: "...cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato".

### 3. La donación onerosa

Pero, si bien podemos entender que la reciente reforma a nuestro Código Civil está dirigida a los *contratos bilaterales conmutativos de ejecución diferida o bajo condición o plazo*, y que indebidamente ha excluido los contratos aleatorios según se ha explicado, ¿qué podemos decir de la donación onerosa?, ¿la reforma la incluye? Ya en otra ocasión he afirmado que en este tipo de donaciones también se estipulan provechos y gravámenes recíprocos entre los contratantes, ya que:

El donatario recibirá la cosa y con ello estará obligado, frente al donante, a redimir algún gravamen que pesa sobre ella, o bien, a recibirla a condición de liberar, mediante pago, al donante de alguna responsabilidad personal, como pudiese ser la garantía solidaria que es propia del aval... No debemos olvidar que el donante obtiene un provecho consistente en la liberación de una carga, y el donatario, a la par de un beneficio que consiste en el saldo de la operación, asume un gravamen, por lo que dicha situación *podría adecuarse a la naturaleza de los contratos onerosos en los cuales se estipulan provechos y gravámenes recíprocos* (1837). (*La Acción Pauliana*, Fernando Martínez García de León, Porrúa, 2006, pp. 84 y ss.).

En el mismo sentido se expresa nuestro maestro, don Ramón Sánchez Medal, quien considera también a la donación onerosa, *sub modo* o con carga como: "...un contrato bilateral en sentido amplio..." ("De los contratos civiles", p. 214).

Por lo que entonces no habría obstáculo para considerar que sí son revisables dichos contratos y el donatario podría recurrir a este remedio si la obligación que asumió frente a su donante de redimir un gravamen mediante el pago de un crédito se torna excesivamente onerosa de forma intempestiva y provocar la revisión del *quantum* de su obligación, demandándose para ello al acreedor de dicho crédito en la forma establecida en los artículos 1796 bis y 1796 Ter.

### 4. Donación pura y simple

Por último, ¿debieron de haberse incluido en la reforma las *donaciones puras y simples*? ¿Qué no es posible que también una obligación de ejecución diferida a cargo de un donante se torne excesivamente onerosa por hechos imprevisibles y que el donatario exija, aun en dichas circunstancias, el cumplimiento de dicho contrato ya perjudicial para el donante?

Se recuerda que existe un mandato de equidad referido en nuestro artículo 20 del Código Civil que establece que cuando haya conflicto de derechos: "...la controversia se decidirá a favor del que trata de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener un lucro..."; entonces, si por un hecho imprevisible el donante ve incrementada sustancialmente su obligación al punto de serle ruinosa, ¿podría ampararse en la imprevisión y solicitar la reducción de sus obligaciones? Considero que sí. No hay razón justificada para excluir a los contratos gratuitos del beneficio de la cláusula *rebus sic stantibus*, máxime que el donante *jamás recibirá contraprestación alguna* de parte del donatario que hiciera menos gravosa su obligación. J. J. Llambías, en el derecho argentino, da un ejemplo ilustrador:

No se justifica que al deudor gratuito se le trate peor que al deudor oneroso: he aquí un deudor de una renta vitalicia onerosa...y otro donante de una pensión vitalicia gratuita...Si, imprevisiblemente, y por una deflación sobrevenida, la deuda se torna excesivamente gravosa, el primer deudor puede ampararse en la teoría de la imprevisión; el segundo, no, pese a que actuó desinteresadamente... En suma, no se justifica el carácter oneroso del contrato como condición *sine qua non* para hacerlo entrar en el dominio de la teoría de la imprevisión.

En este tipo de contratos se percibe aún más el efecto ruinoso de la onerosidad sobrevenida. El cumplimiento del contrato gratuito, una vez acaecido el evento extraordinario, *acelera la erosión* del patrimonio del donante, algo todavía más inequitativo de lo que sucede en los contratos conmutativos de ejecución diferida. A pesar de todo ello, la reforma pasó por alto dicha consideración.

## 5. Contratos mercantiles de ejecución diferida

Por materia, el Código Civil para el Distrito Federal no rige los contratos regulados por el Código de Comercio ni por la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito o cualquier otra ley de carácter mercantil lo que de entrada hace inaplicable la teoría de la imprevisión regulada en el primer código citado.

Sin embargo, el amparo de dicha teoría puede buscarse aun cuando no exista en el derecho comercial un dispositivo legal que la consagre expresamente. El principio de *buena fe y la prohibición del abuso del derecho* son apoyo para fundar la aplicabilidad de la revisión judicial a los contratos mercantiles de ejecución diferida cuando circunstancias imprevistas alteren el equilibrio contractual.

Ya en nuestro sistema judicial se han hecho intentos en ese sentido, discutiéndose en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a instancias del voto minoritario formulado por nuestro maestro en la Escuela Libre de Derecho durante muchos años, don Juventino V. Castro y Castro, quien expuso:

Habría de considerarse la cláusula *rebus sic stantibus* sobreentendida en todos los contratos. Consecuentemente, surge la imperiosa necesidad de llenar la laguna en nuestro derecho, y para lograrlo eficazmente se tiene que recurrir, forzosamente, a los principios generales del derecho.

Si se admite que el legislador no debe nunca perder de vista esos principios generales, habrá de aceptar, igualmente, que el orden jurídico es, en mayor o menor medida, realización de tales principios, y que volver a ellos cuando el legislador guarda silencio, equivale a completar, de manera armónica y coherente, la obra legislativa.

Debe considerarse, en principio, que en las normas de carácter mercantil no se encuentra prohibición alguna para que el juzgador, al resolver una controversia de esta naturaleza, invoque a la equidad, en último grado, en calidad de fuente del derecho necesaria y útil para la solución de un conflicto elevado a su potestad. (Contradicción de Tesis 31/98. Voto de Minoría formulado por los ministros Juan Díaz Romero, Juan N. Silva Meza y Juventino V. Castro y Castro, siendo ponente el último de ellos).

Por tanto, si *no hay prohibición expresa* en las leyes mercantiles que impida al juzgador invocar la *equidad*, ¿por qué no se aplica ésta?, ¿sólo porque existe una laguna legal? Precisamente tal silencio

normativo obliga a aplicar en suplencia *los principios generales del derecho y en particular la equidad que es precisamente uno de ellos*, tal y como establece el artículo 14 constitucional.

En realidad la existencia de una laguna legal conmina al juzgador a integrarla según lo establece el citado artículo y *con ello nace la obligación de colmarla con base en la equidad. Este debe ser el proceder del juzgador ante tal conflicto y no el negar la incorporación de la teoría de la imprevisión precisamente por no existir norma expresa que la establezca o regule en materia comercial.*

En otras palabras, no resulta necesaria la existencia de un artículo que establezca expresamente la cláusula *rebus sic stantibus* en materia mercantil si puede ser aplicada vía la equidad que también tiene cabida en esta materia como un principio general del derecho. Dicha laguna se colmaría. No debe, pues, asumirse una actitud exégeta por parte del juzgador y requerir de un dispositivo legal que expresamente la contemple.

Expuesta la parte sustantiva resulta oportuno el análisis adjetivo de la reforma en estudio.

## V. PROCEDIMIENTO

### 1. Actividad prejudicial (por noventa días)

El artículo 1796 bis reformado establece *tres* plazos consecutivos de treinta días cada uno de ellos, que deben agotarse de manera previa a incoar la acción por imprevisión, a saber: *i)* los primeros treinta días contados a partir de acontecido el hecho imprevisible para notificar *la solicitud* de reducción del contrato a la contraparte; *ii)* el segundo plazo de treinta días para esperar la respuesta, negativa o silencio del notificado, y *iii)* pasado dicho plazo ante la negativa o silencio de la contraparte, correrá el plazo final de treinta días para presentar la demanda. Se advierte así que el solicitante habrá de esperar, por lo menos, noventa días para poder someter a escrutinio judicial el contrato impactado por los acontecimientos imprevisibles.

Artículo 1796 bis. En el supuesto del segundo párrafo del artículo anterior, se tiene derecho a pedir la modificación del contrato. La solicitud debe hacerse dentro de los *treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios*

y debe indicar los motivos sobre los que está fundada. La solicitud de modificación no confiere, por sí misma, al solicitante el derecho de suspender el cumplimiento del contrato. En caso de falta de acuerdo *entre* las partes dentro del término de *treinta días* a partir de la recepción de la solicitud, el solicitante tiene derecho a dirigirse al juez para que dirima la controversia. Dicha acción deberá presentarse dentro de los *treinta días* siguientes.

Sin duda lo anterior acarrea inconvenientes prácticos *e impide al justiciable un rápido acceso a la justicia* como se expone a continuación.

## 2. Notificación del afectado a su contraparte (primeros treinta días)

Como se halla establecido en el segundo párrafo del artículo del artículo 1796 del Código Civil, cuando por hechos imprevisibles se genere que una de las obligaciones de las partes sea más onerosa que la correlativa de su contraparte, el afectado podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento establecido en el artículo 1796 bis que establece: "...La solicitud debe hacerse dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios y debe indicar los motivos sobre los que está fundada".

*Primera problemática. ¿Cómo se notifica la solicitud de modificación del contrato?*

- i) De principio *no podría intentarse mediante medios preparatorios en general* dado que en ninguna de las nueve fracciones del artículo 193 del código adjetivo civil se adecua a dicha situación (cuestiones de personalidad, exhibición de cosas muebles, exhibición de testamento, examen de testigos, etcétera).
- ii) *Menos aún mediante la solicitud de providencias precautorias*, pues las hipótesis contempladas en el artículo 235 del código adjetivo civil tampoco resultan aplicables al caso concreto (arraigo de personas y secuestro de bienes).
- iii) Y podría hacerse la notificación tendiente a solicitar la modificación del contrato mediante *jurisdicción voluntaria*. El artículo 893 del código procesal civil establece:

La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida *ni se promueva cuestión alguna* entre las partes.

Sin embargo, la solicitud que realiza el afectado en *sí misma implica una controversia*, ya que el solicitante reclama a su contraparte que *renuncie* al beneficio imprevisto o ganancia extraordinaria no contemplados al celebrar el contrato y que *reduzca* sus pretensiones a los parámetros de equidad que existían antes de los eventos que produjeron una repentina onerosidad sobrevenida, lo que implica *un conflicto de intereses*.

Es claro que podría aducirse de principio que la jurisdicción voluntaria tampoco resulta idónea para presentar la solicitud de reducción del contrato. Entonces, ¿qué camino seguir? Paradójicamente la *vía judicial* resulta por lo menos *cuestionable* conforme a lo expuesto, ya que genera razonables dudas, lo que hace pensar lo inconveniente del diseño legal de la reforma al imponerse la necesidad de dirigir una solicitud de modificación a la contraparte, *alejando al justiciable al acceso directo al órgano jurisdiccional*. ¿Qué queda entonces? Habría tres posibilidades: el código civil no exige en esta primera parte de la intervención judicial, por lo que entonces cabría la posibilidad de que la solicitud la dirigiera el interesado a su contraparte directamente. Bajo un principio de buena fe esto sería posible, sin embargo, no podríamos eliminar una duda respecto de la veracidad y certeza de la realización de dicho evento informal, por tanto sería más recomendable realizar la notificación mediante la intervención notarial o también ante *dos testigos* dado que el propio código civil reconoce y acepta dichos medios de notificación en su artículo 2080.

*Segunda problemática. ¿Días naturales o hábiles?*

Según lo transcrito, el afectado tendrá derecho a solicitar a su contraparte la modificación del contrato dentro de los siguientes treinta días siguientes a dichos eventos; pero nunca se aclara si los mismos son *naturales o hábiles*. Debe de entenderse que se trata de días naturales y no hábiles, atento a la regla establecida en el artículo 1178 del código civil sustantivo que refiere a días *naturales* como manera de contar el tiempo para el término de prescripción, no resultando aplicable así el

Capítulo VI del Título Segundo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que se refiere a los "Términos Judiciales" en sus artículos 129 y siguientes, ya que la solicitud de modificación del contrato está circunscrita a una actividad *pre-judicial* o antes de iniciar formalmente un juicio en donde se reclame judicialmente la reducción del contrato. En suma, *no podría aplicarse un término "judicial" en donde no existe un juicio todavía.*

Sólo podría considerarse que se trata de días hábiles si en forma expresa el Código Civil así lo estableciera, lo que su omisión conduce a considerar que se trata de días naturales según se ha expuesto.

#### *Tercera problemática.*

*¿En dónde se notifica a la contraparte?*

Desde luego en el domicilio *real* sí se tiene conocimiento del mismo, pero en caso contrario, si se ignora el mismo, es indudable que se genera una incertidumbre ya que el particular no tiene facultades para solicitar directamente esa información ante autoridades fiscales, electorales o de seguridad pública como sí lo tiene un juez. Tendría que recurrir en todo caso al Instituto Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental (IFAI) y previo el trámite esperar el resultado de la solicitud de información, que desde luego puede negarse, estar reservada, ser confidencial o ser errónea.

Y pensemos que a pesar de haber agotado dicha posibilidad no se obtenga un domicilio en donde notificar a la contraparte, ¿de qué medios puede valerse el afectado? La respuesta es incierta dado que le resulta *imposible* realizar la notificación vía *edictos*, pues dicha figura es una de las especies del emplazamiento *dentro* de juicio. Sin duda, la reforma al imponer dicho requisito de solicitud previa genera las condiciones necesarias que orillan al justiciable a un *estado de indefensión*.

*Cuarta Problemática. ¿Qué consecuencias se generan si no se logra notificar a la contraparte en un plazo de treinta días? ¿Implica la pérdida del derecho de revisar el contrato?*

El código es omiso a ese respecto. Es muy probable que el solicitante no logre notificar a su contraparte en esos primeros treinta días y ello

traería como consecuencia una pérdida del derecho a la reducción del contrato. Sería una afirmación de graves consecuencias. Mi opinión es en sentido contrario. Si la propia ley no prevé expresamente la pérdida del derecho sería un extremo hacérselo perder al solicitante cuando éste ha realizado todas las diligencias necesarias a fin de hacerle llegar la notificación a su contratante en dicho periodo. No debe olvidarse que el solicitante trata por todos los medios a su alcance de notificarle, pero por circunstancias *ajenas* a él no le resulta posible. En este caso es claro que *nadie puede perder un derecho cuando al mismo tiempo está en su ejercicio*; otra cosa es que no pueda notificar por hechos fuera de su voluntad. En consecuencia, mientras el solicitante esté realizando todas las gestiones necesarias para notificar a su contraparte su derecho prescribirá en un plazo máximo de diez años en atención a la regla establecida en el artículo 1159 del Código Civil. Y *a contrario sensu*, sólo se perdería el derecho para solicitar la reducción del contrato cuando el afectado haya mostrado desinterés o inactividad en los primeros treinta días posteriores a que haya acaecido el hecho extraordinario, o bien, deje completar el plazo de prescripción general.

#### *Quinta Problemática. La dificultad de seguir cumpliendo el contrato ruinoso*

Ni la presencia del hecho imprevisible, ni la presentación de la solicitud da derecho al afectado para suspender el cumplimiento del contrato. (1796 bis). De esta manera el perjudicado i) *al momento* de presentarse el hecho extraordinario, ii) al dirigir la solicitud a su contraparte, iii) al instante de solicitar la revisión judicial del contrato ante el órgano jurisdiccional y iv) al momento en que al demandado opta por adherirse a la reducción del contrato o por la rescisión del mismo, *debe* estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones y no haber recaído en el retraso aludido aun cuando le resulte mucho más difícil el cumplimiento de éste.

Pero, ¿qué pasaría si el afectado *no logra notificar a su contraparte en un lapso considerable de tiempo como ha sido expuesto*? Dicha situación es sumamente perjudicial para el afectado, dado que cada día le será más difícil mantenerse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones ahora más onerosas y el riesgo de incurrir en mora

es inminente. Es ahora cuando se percibe, aún más, que el modelo legislativo adoptado que exige la notificación previa a la contraparte con los inconvenientes mencionados *se vuelve en contra del justiciable*, quien *ha perdido* el derecho de acudir de manera *directa e inmediata* al órgano jurisdiccional, estando obligado a cumplir con la notificación a su contraparte y esperar los plazos establecidos para que, una vez agotados se pueda solicitar la intervención del órgano jurisdiccional, algo que denota *rasgos de inconstitucionalidad*, como veremos más adelante.

### 3. Notificación exitosa (treinta días de espera)

En caso de que el solicitante haya logrado realizar la notificación en cualquier tiempo pese a los inconvenientes mencionados, el notificado contará con un plazo de treinta días naturales para manifestar su opinión; a menos que haya recibido la comunicación vía jurisdicción voluntaria pues en dicho caso los días serán hábiles atento a lo establecido en el artículo 129 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que ordena:

Los términos empezarán a correr desde el día siguiente a aquél en que se hubiere hecho el emplazamiento o *notificación*".

### 4. Plazo para presentar la demanda

A falta de acuerdo del notificado en el plazo de treinta días, nacerá para el solicitante el *derecho de acción* para solicitar la *revisión judicial* del mismo ante el órgano jurisdiccional competente con la finalidad de restablecer el equilibrio en las prestaciones con base en la *equidad*. Dicha demanda deberá de presentarse dentro de los treinta días siguientes.

En conclusión, el Código Civil regula tres plazos de treinta días, para dar un total de noventa de actividad pre-judicial: a) Los primeros treinta días a partir de la presentación del hecho imprevisible para formular la solicitud de reducción del contrato a la contraparte; b) los segundos treinta días para esperar su respuesta o negativa contados a partir de la recepción de la solicitud de modificación, y c) los siguientes treinta días para presentar la demanda contados a partir de la negativa o silencio otorgado a la contraparte.

## VI. RESULTA INCONSTITUCIONAL

### PARTE DE LA REFORMA

Una norma podría resultar inconstitucional si limita, restringe, modifica o hace perder un derecho garantizado por la Constitución al gobernado. Para ello hay que preguntarse si ciertos aspectos de la reforma adolecen de dichos vicios. Es indudable que el modelo legislativo al exigir la solicitud previa a la contraparte con los inconvenientes mencionados, esperar su negativa o silencio y sobre todo ordenar que sólo: "... *en caso de falta de acuerdo* entre las partes..., *el solicitante tiene derecho* a dirigirse a un juez para que dirima la controversia", establece que el derecho de acudir ante el juzgador nace hasta que se presente el desacuerdo entre las partes respecto de la modificación del contrato, lo que hace *depende* el derecho del perjudicado al desacuerdo o silencio del otro; es como decir que el nacimiento de mi derecho depende de la voluntad de otro particular, algo que desde luego resulta inaceptable, pues hace aparecer al derecho del solicitante afectado con el carácter de *subsidiario*.

Con ello, el justiciable *ha perdido* el derecho de acudir de manera *directa e inmediata* al órgano jurisdiccional a incoar la acción por imprevisión, estando obligado a cumplir con la notificación a su contraparte y esperar los plazos establecidos para que, una vez agotados, se pueda solicitar la intervención del órgano jurisdiccional, algo que denota *rasgos de inconstitucionalidad* ya que al hacer depender un derecho de la voluntad de otro y negar el acceso directo a la justicia para solicitar la revisión judicial del contrato, se atenta contra el derecho de acción, mismo que *no es subsidiario ni sujeto a condición alguna* tal y como lo establece el artículo 17 constitucional, por lo que se advierte así lo inconveniente de la reforma que provoca un *alejamiento del justiciable al directo acceso a la justicia*.

Así las cosas, si bien la reforma establece un nuevo derecho al gobernado para incoar acción y solicitar la revisión judicial del contrato impactado por acontecimientos extraordinarios que provocan una intempestiva onerosidad sobrevenida, algo que puede ser loable, *paradójicamente limita y restringe* el ejercicio de dicho derecho. Lo hace subsidiario y lo condiciona al desacuerdo de la contraparte, lo que hace ver la imperiosa necesidad de *derogar* la etapa pre-judicial de noventa días y permitir el libre tránsito de la acción por imprevi-



sión de manera *directa* ante el órgano jurisdiccional. En realidad no existe ninguna justificación para la existencia de dicho periodo en opinión del suscrito, ya que no debemos olvidar que, según el término del artículo 272 A del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, las partes, una vez contestada la demanda, acudirán en los siguientes diez días a una audiencia previa y de conciliación en donde analizarán alternativas de solución y procurarán llegar a una negociación que termine con la controversia, lo que hace ver lo innecesaria e inútil que resulta ser la etapa pre-procesal de noventa días diseñada por el legislador local.

#### VII. ETAPA PROCESAL.

##### REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

A pesar de todo ello, si se logra incoar la acción ante el órgano jurisdiccional, la misma sólo será procedente si el actor ha acreditado los siguientes requisitos:

a) *La existencia de un contrato válido, conmutativo, de tracto sucesivo o sujeto a plazo o condición*, quedando excluidos los contratos gratuitos, los aleatorios, los de ejecución instantánea y los de carácter mercantil. En igual modo a tales contratos "revisables" les es aplicable la reforma, aun cuando se hayan celebrado *antes* de su entrada en vigor, ya que la imprevisión no afecta a las obligaciones cumplidas *antes* de la presencia del hecho extraordinario. Así, pues, la imprevisión regirá con *posterioridad* a tales eventos; es decir, la ejecución diferida y futura del contrato, siendo entonces intrascendente la fecha en que se celebró el contrato sujeto a escrutinio judicial. En el mismo sentido lo establece el artículo 1796 Ter:

Los efectos de la modificación equitativa o la rescisión del contrato no aplicarán a las prestaciones celebradas antes de que surgiera el acontecimiento extraordinario e imprevisible sino que estas modificaciones se aplicarán a las prestaciones por cumplir con posterioridad a éste.

b) *Que el accionante no se encuentre en mora, ni haya obrado dolosamente*, pues la solicitud de modificación del contrato, en sí

misma, no da derecho a suspender su cumplimiento, ya que no genera ningún tipo de espera ni posibilidad de modificar *unilateralmente* el contrato impactado, según es ordenado en el propio artículo 1976 bis, segundo párrafo, y finalmente apoyado en el *principio de intangibilidad* que prohíbe dejar al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento de los contratos (1797). En consecuencia, la acción por imprevisión es concedida sólo a aquél que ha permanecido *siempre* al corriente en el cumplimiento de todas sus obligaciones. El no haber recaído en mora debe subsistir en cuatro momentos: i) al presentarse el hecho extraordinario, ii) al dirigir la solicitud a su contraparte, iii) al incoar la acción ante el órgano jurisdiccional, y iv) al momento en que el demandado opta por adherirse a la reducción del contrato o por la rescisión del mismo, lo que implica que el afectado debe permanecer cumpliendo el contrato también *durante* la secuela procesal, so pena de no acreditar con un requisito ineludible de procedibilidad de la acción (legitimación en la causa).

En consecuencia, si al momento en que se presenta el hecho extraordinario el deudor había recaído en mora, deberá soportar los efectos del agravamiento de sus obligaciones por su falta de diligencia, no pudiendo evitar dichos efectos nocivos pagando lo debido a fin de solicitar posteriormente la revisión judicial del contrato, pues permitir esto sería sostener que es intrascendente haber estado en mora. No habría castigo para el incumplido, quien podría eludir los efectos nocivos del retardo consignando lo debido, algo que resulta inaceptable. Por tanto, quien se encontraba en mora debe soportar los efectos imprevistos que alteran la cuantía de sus obligaciones, no teniendo legitimación para solicitar la revisión judicial del contrato.

c) *La existencia de un acontecimiento extraordinario e imprevisible de carácter nacional*. La doctrina ha identificado y acepta acontecimientos de dicha índole porque escapan a la habitualidad y son inevitables las sequías intensas, granizos con acción destructora, inundaciones que superen las medidas previstas, la devaluación monetaria no entendida como deslizamiento habitual de la moneda sino "picos abruptos"; así como golpes inflacionarios para el hombre medio.

Sin embargo, muchos de ellos son geográficamente localizados y no alcanzan a ser calificados de carácter nacional como lo requiere la

reforma. En realidad, si así fuera el requisito entendido, muy pocos de los eventos anunciados serían factibles de ser considerados imprevisibles. Tal vez la referencia "*de carácter nacional*" deba interpretarse en el sentido de que se presente dentro de territorio nacional, pues de otra manera sólo podría atribuirse a una falta de técnica legislativa o error legislativo.

d) *La excesiva onerosidad sobrevenida*. Presupuesto básico de la acción es la alteración sustancial y agravamiento de las obligaciones pecuniarias a cargo del afectado, derivado del hecho extraordinario e intempestivo que erosiona su patrimonio a tal grado que implique un *perjuicio grave* y le provoque la ruina económica. El contrato se torna de difícil mas no de imposible cumplimiento. Éste, así, pierde su sentido de bilateralidad, ya que propiamente no hay ya equivalencia de las contraprestaciones entre las partes; se pierde el sentido económico del contrato. El contrato se torna económicamente disfuncional, lo que da causa para pedir su reducción o rescisión, en su caso, si así lo quiere el demandado y siempre y cuando el afectado no haya recaído en mora (1796 bis, cuarto y quinto párrafos).

Por otro lado, la reforma opta por dejar al *arbitrio judicial* la modificación del contrato, pues corresponde al juzgador la: "... modificación de las obligaciones con el fin de restablecer el equilibrio original del contrato..." (1796 bis, cuarto párrafo, inciso I); cuando otras opiniones van en el sentido de establecer un *quantum* y fijar parámetros objetivos del desequilibrio económico. Así lo hace el artículo 7.36 II del Código Civil para el Estado de México, el cual contempla: "...se entenderá por modificación sustancial, toda variación en los precios en un porcentaje no menor al treinta por ciento".

Si bien puede pensarse que una cuantificación precisa elimina criterios subjetivos, en realidad entorpece el mecanismo de la imprevisión, ya que si los precios variaron sólo una décima menos a dicho treinta por ciento (por ejemplo, veintinueve por ciento), ya no se tendría derecho a solicitar dicho beneficio aun cuando el perjuicio sería prácticamente igual. De ahí que la solución adoptada por nuestro código recurriendo a la revisión ponderada del resolutor de primera instancia se juzgue en este punto acertada.

## VIII. EFECTOS DE LA SENTENCIA

Conforme al texto del artículo 1796 bis, cuarto párrafo, si se determina la procedencia de la acción, en la sentencia que se llegue a dictar se establecerá una *opción* al demandado: 1) o se allana a la modificación realizada por el juez a fin de restablecer el equilibrio original, 2) o bien, opta por la rescisión del contrato.

Si el demandado opta por el restablecimiento de las condiciones que existían antes del acontecimiento extraordinario, "...según los determine un juez", pueden ocurrir a su vez dos hipótesis: 1) que sin más se reduzcan las obligaciones alteradas a las condiciones originales, como si el evento inevitable e imprevisible jamás hubiera ocurrido; o bien 2) que el juzgador reduzca parcialmente las obligaciones a cargo del perjudicado y con ello *divida* el beneficio y perjuicio entre ambas partes. Por ejemplo, una de las partes sufre una onerosidad repentina del sesenta por ciento en la cuantía de sus obligaciones pecuniarias; el juzgador en lugar de restaurar el *quantum* original, divide, reparte y equilibra el incremento sobrevenido otorgándole al solicitante una reducción del cincuenta por ciento de sus obligaciones y concediendo al demandado el derecho de aprovechar sólo el cincuenta por ciento del beneficio sobrevenido, pues con ello, a su juicio, queda equitativamente dividido tanto el perjuicio como el beneficio.

Sin embargo, la restauración al monto original de las obligaciones a cargo del perjudicado, estará sujeta a aceptar que dicha facultad judicial, ahora establecida en la reforma, puede alterar lo dispuesto por el artículo 8o. de la Ley Monetaria, que ordena que el tipo de cambio de obligaciones en moneda extranjera será el que rige al momento en que se realice el pago, mas no al que regía al momento de la contratación o cualquier otro como pudiera establecerse por el juzgador. Por tanto, la restauración del equilibrio original de las obligaciones en moneda extranjera que solicita el perjudicado pudiera entrar en conflicto con lo dispuesto por la ley especial antes mencionada, a menos que se considere que, en estos especiales casos, al tutelarse sólo derechos particulares, las disposiciones de la Ley Monetaria pueden ser renunciadas.

Finalmente, si el demandado, quien es el único facultado para esta opción, se decide por la resolución del contrato, esta consecuencia se producirá con la única limitante de que el solicitante no se encuentre

en mora, según se establece en el artículo 1796 Ter, último párrafo: "...tampoco procederá la rescisión si el perjudicado estuviere en mora o hubiere obrado dolosamente", por lo que éste *debe seguir cumpliendo el contrato en paralelo a la secuela procesal*.

#### IX. REBELDÍA

Situación no contemplada por el legislador local lo es el caso en el que el demandado incurra en rebeldía o contumacia y no opte *ni* por la rescisión del contrato *ni* por adherirse a la reducción equitativa de las obligaciones a cargo del solicitante ¿Cómo debe proceder el órgano jurisdiccional ante esta laguna legal? Desde mi punto de vista si el actor ha acreditado los requisitos de procedencia de la acción, no ha recaído en mora, ni obrado dolosamente, el juzgador debe optar únicamente por la reducción del contrato y no por su rescisión, en concreta aplicación del *principio de conservación de los contratos* contenido en el artículo 1853 del Código Civil que reza: "...si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse el más adecuado para *que produzca efecto*".

#### X. CONCLUSIONES

1. *Beneficios*. La reforma hace nacer un *nuevo* derecho: el evitar que el patrimonio se erosione como consecuencia de circunstancias no previstas que producen una onerosidad repentina y acrecentada, otorgando al justiciable una *acción por imprevisión*, que expande los derechos del que contrata en este tipo de pactos de derecho.
2. *Crítica*. A pesar del beneficio inicial, la reforma incurre en un diseño legal sofisticado que genera una problemática que perjudica más al justiciable de los beneficios que le otorga. La reforma, pues:
  - a) Debió ser acompañada también de una reforma al Código de Procedimientos Civiles que preparara la recepción y adecuación del procedimiento establecido.
  - b) *Incluir* como contratos "revisables" a los aleatorios, a los contratos gratuitos y a las donaciones onerosas, según lo expuesto.

- c) Establecer claramente la forma de computar los plazos de la solicitud de modificación del contrato, de espera y presentación de demanda, así como la forma de notificar la solicitud a la contraparte.
- d) Debió establecer el lugar convencional de notificación de la solicitud y prever que, en caso de imposibilidad de realizar dicha notificación, el afectado no pierde el derecho a someter a revisión judicial el contrato aun cuando haya transcurrido el plazo inicial de treinta días.
- e) Finalmente debió prever los efectos de la rebeldía del demandado.

Estas son algunas consideraciones que a nivel doctrinal se destacan, habrá que esperar la futura actividad de los órganos de impartición de justicia que definirán los perfiles finales de la *teoría de la imprevisión*.