

EL ANATOCISMO, CINCO AÑOS DESPUÉS (O LA RESACA DEL BANQUERO ANARQUISTA)

Luis GÓMEZ ROMERO*

RESUMEN: El autor expone el impacto que ha tenido el concepto de anatocismo en el derecho mexicano, al dar a conocer, primero, las distintas posturas adoptadas en torno del anatocismo, y al presentar, después, la exposición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El autor considera que la interpretación de la Suprema Corte de Justicia es equívoca, pues limita sobremanera la función de interpretación jurisdiccional de las cortes, y porque se adhiere a la tesis económica sobre el anatocismo, protegiendo intereses de clase, cuando debió de haber fallado en contra del anatocismo y a favor de un régimen de incumplimiento mediante indemnización.

ABSTRACT: The author presents the impact the concept of "anatocismo" has had in Mexican law, first he analyses the debate on the concept to subsequently present Supreme Court of Justice of Mexico's decision on the matter. The author considers that the interpretation of the Supreme Court is erroneous since it follows strictly on an economical doctrine of such concept and it should, rather, have failed against such concept and in favour of a regime whereby one could breach a contract, but offer compensation in turn.

* Becario del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Programa de Doctorado en Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco especialmente —con la debida aclaración de que cualquier posible error en las páginas subsecuentes es exclusiva responsabilidad del autor— a la doctora Liliana Maspón la asesoría que me prestó.

La burguesía ha desempeñado en la historia un papel altamente revolucionario... Ha sustituido las numerosas libertades escrituradas y bien adquiridas por la única y desalmada libertad de comercio.

Karl Marx y Friedrich Engels, *Manifiesto del partido comunista*

I. NOTA INTRODUCTORIA (EN DONDE SE APUNTA QUE, PARA ANALIZAR TEMAS FINANCIEROS, EN OCASIONES RESULTA ILUSTRATIVO TRATAR CUESTIONES QUE TRASCIENDEN LAS FINANZAS, Y EN DONDE SE CONFIESAN ALGUNAS OSADÍAS Y LIMITACIONES DEL AUTOR)

Corría mayo de 1922 cuando el inefable poeta portugués Fernando Pessoa publicó, en el número inaugural de la revista literaria *Contemporánea*, su desconcertante narración corta —un auténtico *conto de raciocinio* o, si se prefiere, ensayo dialogado— que lleva por título *El banquero anarquista*.¹ En ella, Pessoa persigue el discurrir de cierto banquero que afirma haber encontrado el “verdadero” método anarquista, más allá de la torpeza que imputa a los libertarios “de la bomba y los sindicatos”. La verdadera anarquía, en opinión del personaje pessoano, reside en sojuzgar —en lo individual, puesto que toda acción colectiva entraña una argucia de la tiranía— la más terrible de las “ficciones sociales”: el dinero. Así, el innominado banquero-anarquista de Pessoa concluye que el método más seguro para superar la esclavitud del dinero y, consecuentemente, alcanzar la verdadera libertad, consiste en poseer un abundante capital:

¿Cómo sojuzgar al dinero luchando con él? ¿Cómo hurtarme a su influencia y tiranía sin eludir el encuentro? Procedimiento no había más que uno: *adquirirlo*, adquirirlo en cantidad suficiente para no sentir su influencia; y cuanto en mayor cantidad lo adquiriese, tanto más libre me hallaría de sentirla. Fue al ver así las cosas, al verlas claramente con toda la intensidad de mi

¹ Cfr. Llardent, José Antonio, “Nota”, en Pessoa, Fernando, *El banquero anarquista*, trad. de José Antonio Llardent, Valencia, Pre-Textos, 1983, pp. 61 y ss.

convicción anarquista y toda la lógica de un hombre lúcido, cuando entré en la fase actual —la comercial y bancaria, amigo mío— de mi anarquismo.²

Bajo la lógica del combate que le impone su peculiar concepto del ideal libertario, el banquero-anarquista echa mano de cuanto recurso encuentra a su alcance para incrementar su cuota particular de libertad:

Cargué sobre mis espaldas la empresa de sojuzgar a la ficción dinero, y la llevé a cabo enriqueciendo... Lo he logrado... Sin reparar en los medios —confieso, amigo, que sin reparar en los medios— y sirviéndome de todo: el acaparamiento, el sofisma financiero, la competencia desleal. ¿Y por qué no?... Yo, que laboraba por la libertad, ¿iba a preocuparme por las armas con que luchaba contra la tiranía?³

Basado en tales razonamientos, el banquero de Pessoa reivindica su fidelidad a la causa anarquista. Sin embargo, el que la fantasía de un poeta fuera capaz de crear un personaje de este talante poco interés reviste, por regla general, para quienes se ocupan de circunspectas cuestiones financieras. Quizás algún lector se pregunte qué relación guarda las paradojas pessoanas con el asunto que se anuncia en el título de este ensayo. A quien me formulara semejante interrogante, le respondería en forma contundente: toda. Cinco años después del histórico debate de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN) en torno al llamado *pacto de anatocismo*,⁴ podemos afirmar, sin temor a

² Pessoa, *op. cit.*, nota anterior, pp. 51-52.

³ *Ibidem*, p. 54.

⁴ Por *anatocismo* se entiende, en la doctrina mercantil mexicana, la acumulación de intereses sobre intereses que puede presentarse, fundamentalmente, en los contratos de mutuo civil, préstamo mercantil o apertura de crédito. Sobre el particular, apunta Elvia Arcelia Quintana Adriano: “La palabra *anatocismo* proviene del latín *anatocismus*, significa la acumulación al capital de los intereses devengados y no pagados. Otra procedencia de la palabra es del griego *ανατοκισμός*, *ana* como reiteración, y *tokismós*, la acción de dar a interés, prestar a interés, usura”. Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Aspectos legales y económicos del rescate bancario en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, serie Estudios Jurídicos, núm. 35, p. 102. Cabe precisar, empero, que la SCJN ha establecido, en tesis aislada, que dicha expresión debe reservarse al ámbito de la dogmática, puesto que no puede hablarse propiamente de “anatocismo” a la luz del derecho positivo mexicano. Sin embargo, he preferido emplear el término *anatocismo* en vez de las expresiones sugeridas por la corte —“intereses sobre intereses” o “capitalización de intereses”— en virtud del arraigo que goza en el foro mexicano. La tesis referida es la siguiente: P. LXVI/98. ANATOCISMO. DICHO VOCABLO NO SE ENCUENTRA EN EL SISTEMA JURÍDICO

incurrir en exageraciones, que los banqueros mexicanos encontraron, en la decisión que nuestro máximo tribunal adoptó en dicha materia, una generosa veta de argumentos para realizar la aspiración del banquero-anarquista urdido por la exuberante imaginación de Pessoa: enriquecerse al máximo para, de esta forma, alcanzar la suprema “libertad” que el dinero es capaz de proveer.

Semejante hipótesis, en principio, seguramente parecerá muy aventurada a los ojos de cualquier prudente jurista (no en balde el *ars iuris* se ha designado, entre otras, con la expresión *iuris prudentia*). De aquí que, para discernir una cuestión tan compleja, esa misma prudencia tan cara al *ars iuris* me aconseje analizar —para mayor claridad metodológica— el problema del anatocismo desde los instrumentos críticos fundamentales del llamado *análisis económico del derecho*.⁵ En otras palabras, me propongo analizar someramente el fallo judicial sobre el anatocismo bajo la óptica de la *eficiencia*, entendida como la relación entre los beneficios totales de una situación y los costes totales de la misma.⁶ El atractivo de un análisis basado en la eficiencia reside en que, si se disciernen los diseños institucionales que permiten la organización

MEXICANO. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tomo VIII, octubre de 1998, p. 381.

⁵ El análisis económico del derecho pretende aplicar los conceptos de la teoría económica en el campo de las normas jurídicas. Específicamente, se ocupa de tres problemas: *a)* El examen de los efectos económicos de las reglas jurídicas; *b)* La búsqueda de las reglas jurídicas eficientes, desde el punto de vista económico, y *c)* La explicación económica de por qué las reglas jurídicas son como son. *Cfr* Fix-Fierro, Héctor, *La eficiencia de la justicia (una aproximación y una propuesta)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, Cuadernos para la reforma de la justicia, 1, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?I=84> (rubro Biblioteca Virtual, consulta de marzo de 2003).

⁶ *Cfr*. Polinsky, Mitchell, *Introducción al análisis económico del derecho*, trad. de J. M. Álvarez Flórez, Barcelona, Ariel, 1985, p. 19. Técnicamente, el concepto de eficiencia se identifica con la llamada *optimalidad de Pareto* (nombre acuñado en honor al economista italiano Vilfredo Pareto), por virtud de la cual se dice que una situación es eficiente u óptima cuando no es posible encontrar otra situación en que alguien pueda ver mejorada su posición, sin que para ello al menos otra persona vea empeorada la suya. Posteriormente, se propuso un concepto más amplio, atribuido a Kaldor y Hicks, que entiende por *eficiencia potencial* toda situación en la cual lo que puede mejorar alguien es más de lo que han de empeorar otras personas para ello; o, dicho de otra manera, la situación de eficiencia potencial se presenta cuando los beneficios totales (sociales) netos son máximos, o cuando sería posible “comprar” la aquiescencia de los perdedores con lo que obtienen los ganadores. Véase Pastor Prieto, Santos, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 34.

eficiente de una sociedad determinada, todos los integrantes de ésta resultarán beneficiados.⁷

La complejidad inherente al propósito que me fijado, empero, me condujo a buscar respuestas a algunos problemas vinculados con el aspecto económico de la decisión judicial sobre el anatocismo en doctrinas que, a primera vista, aparecen como violentamente opuestas a la metodología del análisis económico del derecho. Me refiero a la teoría crítica del derecho y, en concreto, a su radical vertiente anglosajona, los *Critical Legal Studies* (en adelante, CLS).⁸ Las referencias a trabajos de juristas identificados con los CLS en el presente ensayo, sin embargo, se encuentran suficientemente justificadas si consideramos que existe una perspectiva “crítica” del análisis económico del derecho. Los juristas del movimiento CLS, en efecto, tienen una manera “propia” de hacer análisis económico del derecho, consistente en enfatizar: a) las consecuencias distributivas de las cláusulas contractuales, así como de las normas jurídicas (incluidas las del derecho privado) y su aplicación

⁷ Polinsky, *op. cit.*, nota anterior, p. 19.

⁸ Entre las definiciones más precisas del movimiento CLS destaca la propuesta por la página Web del Legal Information Institute de la Cornell Law School: “Proponents of this theory believe that logic and structure attributed to the law grow out of the power relationships of the society... The wealthy and the powerful use the law as an instrument for oppression in order to maintain their place in hierarchy. The basic idea of CLS is that the law is politics and it is not neutral or value free”, <http://www.law.cornell.edu/topics/topic2.html=legal%20theory> (rubro Critical Legal Theory, consulta de 14 de marzo de 2003). La disputa entre los CLS y la llamada “Escuela de Chicago”, que en los Estados Unidos de América representa un poderoso centro de difusión del análisis económico del derecho, puede resumirse escuetamente en los siguientes términos: “CLS drew much of its inspiration and many of its adherents from the rise in the 1960s in the United States and Europe of an egalitarian, anti-statist New Left politics. Though partisans of both the Chicago school and CLS tended to share a jaundiced view of the liberal centrist, New Deal/Great Society, ‘welfare/warfare’ state, their diagnoses of what was wrong with that state and the social order in which it was embedded were profoundly different. Where Chicago school academics saw inattention to the price mechanism and upheld an idealized common law that harkened back to the visions of late nineteenth-century laissez-faire legal theorists, CLS academics saw a troubling adherence to routine, hierarchy, and rationalized violence in the liberal order”. Eastman, Wayne, “Critical Legal Studies”, en Bouckaert, Boude-wijn y Geest, Gerrit de (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. 1: *The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 754, <http://encvcllo.find-law.com/tablebib.html#TABLE%20OF%20CONTENTS> (rubro O. General Works, History and Methodology, consulta de 11 de marzo de 2003). En suma, el movimiento denominado “law and economics” defiende el análisis económico del derecho como una metodología que permite entender el fenómeno jurídico en términos económicos; mientras que el movimiento de los CLS sostiene que el derecho debe entenderse en clave de intereses políticos que se encuentran subrepticamente ocultos en el discurso jurídico. A partir de tal presupuesto, los CLS han denunciado al análisis económico del derecho como un proyecto político anti-igualitario que se presenta enmascarado como un saber técnico y apolítico.

estratégica,⁹ y b) el sustrato político-ideológico de determinadas argumentaciones que, fundadas en el criterio de eficiencia, pasan por alto los requerimientos del criterio de equidad.¹⁰

El presente ensayo, por consiguiente, se encuentra dividido en dos apartados. Primeramente, me propongo presentar al lector un apretado resumen del debate jurídico en torno al anatocismo. En el segundo argumentaré por qué, desde mi punto de vista, la decisión de la SCJN relativa al anatocismo puede inscribirse en el contexto principalmente ideológico de la autorrestricción judicial sobre la interpretación de normas jurídicas conforme a criterios de oportunidad política que a la postre resultaron, desde el punto de vista económico, en una estructuración altamente ineficiente del crédito.

Por último, me parece pertinente advertir al lector sobre las limitaciones de mi formación económica. El atrevimiento que manifiesto al acercarme a la cuestión del anatocismo desde la perspectiva del análisis económico del derecho, en realidad, debe atribuirse a un elemental afán de difusión y, en última instancia, a la esperanza de que mi esfuerzo servirá para instigar, a quienes se encuentran mejor capacitados que yo, para abordar este tema con la debida pasión. Y digo *pasión* con plena conciencia, puesto que las decisiones judiciales en torno al anatocismo, pese a que ya no son motivo de titulares en la prensa de todos los días, sin lugar a dudas han determinado cierto concepto del crédito mercantil que, amén de promover prácticas financieras ineficientes, ha reforzado la concentración de la riqueza en México. El lector comprenderá que en un país ávido de justicia, la única forma de abordar con inteligencia estos asuntos requiere una alta dosis de compromiso social.

Hechas las anteriores aclaraciones, que espero permitan al lector dilucidar lo que debe (y no debe) esperar de estas líneas, parece oportuno proceder al planteamiento del problema que me he propuesto analizar. Con este objeto, expondré brevemente las posiciones encontradas que constituyeron lo que podemos considerar el *clímax* en el drama del anatocismo: por una parte, el argumento principal de la

⁹ Cfr. Gabel, Peter y Feinman, Jay, "Contract law as ideology", en Kairys, David (ed.), *The politics ollaw. A progressive critique*, 3a. ed., Nueva York, Basic Books, 1998, pp. 497-510.

¹⁰ Cfr. Simon, William, "Contract versus politics in corporation doctrine", en *ibidem*, pp. 511-538.

mayoría de los ministros de la SCJN y, por la otra, las razones aducidas en el voto de la minoría.

II. MILAGROSA MULTIPLICACIÓN DE LAS DEUDAS. HISTORIA DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 31/98¹¹

El 7 de octubre de 1998, el Pleno de la SCJN resolvió, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 107, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con los artículos 192 y 197-A de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la contradicción de tesis 31/98 entre diversos criterios sustentados por nuestros tribunales federales respecto a la cuestión de la acumulación de intereses sobre intereses en los contratos bancarios de apertura de crédito. Para efectos del problema que nos ocupa, me limitaré a exponer las tesis defendidas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 6247/97; y el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 215/96. Ciertamente, la definición de los puntos medulares de la cuestión jurídica analizada requiere que, en primer lugar, apunte cuál fue el motivo del desacuerdo entre estos últimos tribunales federales.

1. *La madre de todos los débitos*

De modo sucinto, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sostuvo, al resolver el juicio de amparo directo ya antes referido,¹² que el comúnmente llamado *sistema de crédito adicional o refinanciamiento* que en ocasiones se acompaña a los contratos de apertura de crédito,¹³ constituye un acto simulado que

¹¹ El texto de la ejecutoria completa, las tesis de jurisprudencia sobre la materia y los votos minoritarios se encuentran recogidos en el disco óptico *Ius 2003. Jurisprudencia y tesis aisladas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003. Para un análisis del problema desde la perspectiva de uno de sus protagonistas, *cfr.* Castro, Juventino, *La Suprema Corte de Justicia ante la ley injusta. Un fallo histórico respecto al llamado anatocismo*, 33a. ed., México, Porrúa, 1999.

¹² Promovido por José Fermín Vázquez Legaria y Luz María Tejeda Domínguez.

¹³ En términos del artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la apertura de crédito es un contrato por virtud del cual el acreditante se obliga a poner una suma de dinero

encierra un pacto de anatocismo. Dicho *sistema de crédito adicional* se entiende, en términos generales, como una medida jurídico-económica por virtud de la cual el acreditado puede disponer de sumas adicionales al importe del crédito, mismas que se utilizarán para completar el pago de los intereses que no pueda cubrir sobre la suma de dinero que le fue originalmente entregada. Como cláusula complementaria de este sistema, usualmente se conviene que sobre ambas sumas el deudor pagará intereses, de tal forma que los contratos celebrados sobre tales presupuestos se caracterizan también por un *sistema de intereses compuestos*.

El Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió que, en consideración a lo ordenado por los artículos 363 del Código de Comercio¹⁴ (en adelante, Co. Co.) y 2397 del —en aquel entonces— Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal,¹⁵ hoy Código Civil Federal¹⁶ (en lo sucesivo, CCF), el sistema de crédito adicional es subsumible en las hipótesis normativas de los actos simulados,¹⁷ puesto que encubre el

a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma, y en los términos y condiciones convenidos, así como a quedar obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.

¹⁴ “Artículo 363. Los intereses vencidos y no pagados, no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos”.

¹⁵ “Artículo 2397. Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses”.

¹⁶ Por virtud de decreto publicado en *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 2000, el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, cambió su denominación a Código Civil Federal.

¹⁷ Artículos 2180 a 2184, inclusive, del CCF. Sobre el particular, es conveniente recordar que doctrinalmente la simulación se define como *la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo con las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo*. En toda simulación, consecuentemente, debemos distinguir entre un *acto ostensible* y un *acto secreto*. El *ostensible* es el acto falso que se ejecuta para que sea conocido por los terceros. El *secreto* es el acto verdadero cuyos efectos son perseguidos por las partes. *Cfr.* Ferrara, Francesco, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. de Rafael Atard y Juan de la Puente, Orlando Cárdenas Editor, Irapuato, 1997, p. 74. El tribunal se inclinó favorablemente por la pretensión de los quejosos, quienes solicitaron ante la justicia ordinaria la anulación del contrato, puesto que en México existen precedentes que establecen la inaplicabilidad del principio *nema auditur turpitudinem allegans* (“no se escuche a quien alega su propia torpeza”) en los casos de simulación, según se desprende de la tesis aislada que lleva por rubro NULIDAD POR SIMULACIÓN, PEDIDA POR LAS PARTES. 6a. época, 3a. sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 4a. parte, XIV, p. 212.

pacto de anatocismo prohibido en las disposiciones legales aludidas.¹⁸ En otras palabras, el tribunal determinó que el sistema de crédito adicional se diseñó exclusivamente para pagar intereses cuando los acreditados no tuvieran capacidad de cubrir el capital, de modo que el pago se aplicara primero a intereses y, si quedara algún remanente, a la deuda principal. Bajo este orden de ideas, en caso de que el pago de los acreditados no alcanzara a cubrir el monto de los intereses devengados, la institución acreditante, mediante un asiento contable de cargo y abono, podría recurrir al crédito adicional y tomar el importe necesario para pagar los intereses faltantes. El tribunal, sin embargo, hizo énfasis en que el importe del crédito adicional se *suma* al crédito inicial, en virtud de lo cual *ambos generan intereses*. Dicha circunstancia le llevó a concluir que el crédito adicional o refinanciamiento es un acto simulado para capitalizar los intereses devengados no pagados, ya que no es verdad que se trate de un nuevo crédito otorgado para pagar intereses debidos. Finalmente, el tribunal manifestó que dentro del universo de la simulación de los actos jurídicos, el refinanciamiento debe clasificarse en el grupo de los actos viciados por la *falsedad ideológica*, defecto propio de los contratos financieros que consiste en omitir la entrega del dinero que constituye el objeto del crédito, a la par que se asienta en registros contables con el propósito de que la cantidad dispuesta quede en favor del banco acreditante, el cual simula de esta manera el cobro por su cuenta de cantidades adeudadas.¹⁹

¹⁸ Cfr. “Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Contradicción de tesis 31/98” (en lo sucesivo, “Acuerdo...”), resultando cuarto. Dicho “Acuerdo...” fue publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, 9a. época, t. VIII, octubre de 1998, pp. 6 y ss.

¹⁹ El criterio en que se sustentó el tribunal para fundamentar este argumento es el siguiente: TÍTULOS DE CRÉDITO. EXCEPCIÓN DENOMINADA FALSEDAD IDEOLÓGICA O SUBJETIVA DE LOS. Si la cuentahabiente demandada no autorizó a la institución de crédito actora para que el importe del documento fundatorio de la acción se abonara a su cuenta de cheques ni dio su consentimiento para que de dicha cuenta fuera descontado el importe total de ese documento, en la especie no se acreditó que el banco hubiera entregado a los quejosos el importe del pagaré que motivó el juicio ejecutivo mercantil de origen. De manera que, conforme a lo antes relacionado, quedó justificada la excepción de falsedad ideológica o subjetiva, por dinero no entregado, en virtud de que si la demandada jamás recibió el importe del título de crédito base de la acción, es inconcuso que no se encontraba jurídicamente obligada a efectuar el pago de una cantidad que nunca se le entregó. Amparo directo 64/93. Rafael Gutiérrez Rico y otra. 22 de septiembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio Adolfo Solorio Campos. Secretaria: Araceli Delgado Holguín, 8a. época, Primer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XII, diciembre de 1993, p. 980. Cabe precisar que, hoy en día, es obligatoria la posición contraria a la asumida por el

El Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, por otra parte, argumentó, en la sentencia del juicio de amparo directo previamente señalado,²⁰ que el convenio celebrado entre los contratantes de un crédito con el fin de que el acreditado disponga discrecionalmente, en su caso, de un crédito adicional para cubrir intereses devengados e insolutos, no constituye un pacto de anatocismo. En opinión de este tribunal, el artículo 363 del Co. Co. establece dos hipótesis distintas: la prohibición de que los intereses vencidos generen a su vez intereses, y la posibilidad de que los intereses vencidos se capitalicen previo convenio de los contratantes. La primera alude al supuesto del anatocismo, expresamente prohibido; la segunda, en cambio, permite que, conforme la voluntad de los contratantes, aquellos intereses vencidos y no cubiertos lleguen a formar parte del capital. Así, el tribunal resolvió que, si en determinado caso los contratantes convienen un crédito adicional al contrato de apertura de crédito, cuyo fin sea cubrir discrecionalmente, mediante disposiciones mensuales, los intereses insolutos, tal convención no entraña en modo alguno un pacto de anatocismo, puesto que la ejecución de este segundo pacto se encuentra dentro del ámbito de la voluntad del acreditado. El tribunal manifestó que dicho acreditado puede impedir la actualización del crédito adicional por medio del pago puntual de los intereses generados, amén de que con dicha convención tampoco se estipula que los intereses vencidos y no pagados generen a su vez intereses, sino únicamente que el acreditado disponga discrecionalmente del mencionado crédito adicional para cubrir intereses insolutos.²¹

Pese a la aparente precisión técnica empeñada por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito en la elaboración de su razonamiento jurídico, debe subrayarse la omisión en éste de cierta perspectiva general sobre la situación económica del país que, por el contrario, consideró ampliamente el Séptimo Tribunal Colegiado en

tribunal, conforme a lo dispuesto por la tesis jurisprudencial P./J. 58/98, de rubro APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. SU APROVECHAMIENTO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DE FALSEDAD IDEOLÓGICA O SUBJETIVA, 9a. época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VIII, octubre de 1998, p. 366.

²⁰ Promovido por Bancomer, S. A.

²¹ “Acuerdo...”, que resultó cuarto.

Materia Civil del Primer Circuito para emitir su resolución. Este último tribunal explicó los vínculos entre dicha perspectiva general del entorno económico y los múltiples contratos celebrados bajo el sistema de crédito adicional de la siguiente manera:

Dicho esquema [el sistema de crédito adicional], que diseñaron y establecieron los bancos, lo sujetaron al comportamiento que fueran teniendo las variables económicas sin tener ningún control sobre ellas (mucho menos los acreditados), apostando seguramente, según sus consideraciones económicas, a que las tasas de interés se iban a disminuir; empero, terminaron aumentándose significativamente. Es decir, este esquema consideró que por un lado las tasas de interés se iban a disminuir y, por otro, que en la misma medida en que las tasas se disminuyeran los pagos se podían ir aumentando, de tal suerte que en una primera etapa los intereses iban a ser superiores a los pagos, y en una segunda etapa los pagos del capital iban a ser mayores a los intereses, compensándose así lo que se dejaba de pagar en un principio con lo que se pagaba posteriormente, y esperando llegar al final del plazo, a finiquitar el crédito con todo y sus accesorios. Con este propósito, las instituciones de crédito diseñaron y establecieron un concepto de refinanciamiento a efecto de que los intereses devengados que no alcanzaran a cubrir los acreditados, los fueran pagando con crédito adicional dentro del tiempo en que éstos fueran mayores a los pagos mensuales del acreditado, esperando que cuando las tasas de interés disminuyeran y los pagos fueran mayores se empezara a cubrir tanto el crédito original como el crédito adicional; sin embargo, el resultado ha sido diametralmente diferente a lo que esperaban los bancos, pretendiendo ahora el cobro a los acreditados por encima de su capacidad de pago y por encima de las disposiciones legales en vigor. Así, desde la suscripción de los contratos, los bancos otorgaron un crédito adicional sin que los acreditados lo solicitaran, a efecto de que se fuera disponiendo del mismo por los intereses devengados que no alcanzaran a cubrir los acreditados con el pago mínimo determinado por la misma banca, y es el caso que, desde un principio, el monto total del adeudo ha venido aumentando cada vez más hasta llegar al año de 1995, en que el aumento tan significativo en las tasas de interés propició un aumento exagerado de la deuda de los acreditados, ocasionando que unos ya no lo pudieran pagar y que otros con gran sacrificio hasta la fecha los sigan pagando, con el riesgo de que tarde o temprano caigan también en cartera vencida. El aumento tan incontrolable de la deuda de los acreditados se ha precipitado aún más al sumar los bancos los intereses devengados no pagados al saldo anterior sobre

el que calculan los intereses para el siguiente periodo... la banca se ha querido apegar a lo que dispone el artículo 363, del Código de Comercio, no obstante que de ser aplicable este artículo, se tendría que haber acordado en primer lugar, que los intereses vencidos y no pagados se capitalizaran y, en segundo lugar, que éstos fueran precisamente los vencidos y no pagados, los cuales todavía no se generaban cuando se suscribió el contrato.²²

En suma, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito cuestionó la pertinencia de reducir la cuestión debatida al *principio de autonomía de la voluntad*, estrategia asumida por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito. Aunque de manera embrionaria, en la argumentación del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito subyace el discernimiento económico conforme al cual se advierte que *las condiciones macroeconómicas del país no favorecían la colaboración de los deudores para el cumplimiento de los deberes pactados en los contratos de refinanciamiento* (cuestión de eficiencia), *cuyos términos, al propio tiempo, promovían la concentración de la riqueza en manos de las instituciones financieras, en la medida en que incrementaba injustamente la deuda de los acreditados* (cuestión de equidad). El Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, por el contrario, centró su decisión en un argumento de derecho privado “clásico” que se encuentra justificado bajo los presupuestos de cierta “metodología jurídica” falsamente revestida del prestigio de la neutralidad científica cuando, en realidad, se encuentra viciada por elementos ideológicos no cuestionados que, en última instancia, sirven a los intereses de determinados grupos de presión —según intentaré demostrar adelante—. Este punto de desacuerdo, como veremos, se reproduce posteriormente en el seno del Pleno de la SCJN.

2. *Más vale voluntad autónoma en mano, que deudores volando*

Los puntos resolutivos tercero y quinto²³ del acuerdo suscrito por nuestro máximo tribunal con motivo de la citada contradicción de tesis

²² *Ibidem.*

²³ Me limito a los resolutivos anotados en virtud de que fueron los que mayor polémica suscitaron. Ambos fueron aprobados contra el parecer de los ministros Juventino Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan Silva Meza, quienes formularon, respecto de cada uno, sendos votos minoritarios.

31/98, dispusieron los criterios jurisprudenciales obligatorios²⁴ respecto a: *a)* las normas supletorias correspondientes a las convenciones entre las partes en los casos de apertura de crédito; *b)* la aplicabilidad de las hipótesis normativas previstas en el artículo 363 del Co. Co. a los contratos de apertura de crédito; *c)* las relaciones normativas entre la citada disposición del Co. Co. y el numeral 2397 del CCF, y *d)* la obligatoriedad de los proyectos de inversión que supuestamente deberían constituir la base de cualquier financiamiento.

Sobre las normas supletorias aplicables a la voluntad de las partes en los contratos de apertura de crédito, la corte estableció que el artículo 2397 del CCF *no es aplicable al contrato de apertura de crédito*. En concepto de la mayoría de ministros, la detallada regulación del contrato de apertura de crédito prevista en los artículos 291 a 301, inclusive, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (en adelante, LGTOC), es suficiente para inferir que “el legislador no incurrió en olvido u omisión en cuanto a la potestad de las partes para pactar que los intereses vencidos y no pagados puedan, a su vez, generar nuevos intereses, o la capitalización de intereses en este tipo de contratos”. Así, la corte estableció que, por el contrario, la omisión legislativa sobre tales puntos se debe interpretar en el sentido de que tales cuestiones se dejaron a la libre voluntad de las partes, con la única salvedad de que, cuando en tales convenciones funja como acreditante una institución de banca múltiple, deberá cumplir con las regulaciones que sobre el particular expida el Banco de México.²⁵ De aquí que la corte concluyera que las normas legales especiales relativas al contrato de apertura de crédito “no adolecen de deficiencia alguna sobre el punto de que se trata, motivo por el cual el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, no resulta aplicable supletoriamente a dichas disposiciones”.²⁶

²⁴ En los casos de contradicción de tesis, las facultades de la SCJN se circunscriben al análisis jurídico de los criterios que se encuentran en contradicción, con objeto de decidir el que debe prevalecer como jurisprudencia obligatoria, pero sin afectar las situaciones jurídicas concretas de los casos que dieron lugar a la contradicción.

²⁵ *Cfr.* artículos 6o. y 48 de la Ley de Instituciones de Crédito, así como los artículos 24 y 26 de la Ley del Banco de México.

²⁶ La tesis jurisprudencial aludida es la siguiente: P. J. 48/98. CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO

Respecto a la subsunción normativa de los contratos de apertura de crédito dentro de las hipótesis establecidas en el artículo 363 del Co. Co., la SCJN ordenó que dicha norma *no es aplicable supletoriamente al contrato de apertura de crédito, pero sí puede serlo como norma contractual en orden a la voluntad de las partes*. Según la corte:

Quando en el propio contrato de apertura de crédito las partes convienen la capitalización de intereses e invocan para ello el referido precepto legal, entonces sí adquiere aplicabilidad, pero esto sucede en observancia del principio de que la libre voluntad de las partes es ley para ellas y no porque fuera necesario acudir a esa disposición, ni a ninguna otra, como norma supletoria.²⁷

Por lo que se refiere a las relaciones normativas existentes (o, mejor dicho, inexistentes) entre el artículo 363 del Co. Co. y el numeral 2397 del CCF, nuestro máximo tribunal decidió que *los pactos de capitalización de intereses se encuentran regulados exclusivamente por las reglas de interpretación de los contratos*. La corte determinó que:

Quando las partes celebrantes de una convención de tal naturaleza [el contrato de apertura de crédito] pactan la capitalización de intereses invocando el artículo 363 del Código de Comercio, esto tiene su origen en la libre voluntad de aquéllas y no en la aplicación supletoria de este último precepto, lo que implica que, materialmente, lo previsto en tal numeral se sustraiga de tal ordenamiento, incorporándose al específico marco jurídico contractual.

Por consiguiente, la corte concluyó que con el objetivo de conocer el alcance del pacto comentado, es preciso acudir a las reglas sobre

DE APERTURA DE CRÉDITO. 9a. época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VIII, octubre de 1998, p. 372.

²⁷ La tesis jurisprudencial de referencia es la siguiente: P./J. 49/98. CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, PERO SÍ PUEDE SERLO COMO NORMA CONTRACTUAL, POR VOLUNTAD DE LAS PARTES. 9a. época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VIII, octubre de 1998, p. 375.

interpretación de los contratos que se establecen en los artículos 78 del Co. Co. y del 1851 al 1859, inclusive, del CCF.²⁸

Finalmente, con relación a la obligatoriedad de los proyectos de inversión que, bajo una sana política financiera, constituyen la base de cualquier operación de financiamiento, la SCJN decidió que *la omisión, por parte de las instituciones de crédito, del estudio relativo, no invalida el contrato de apertura de crédito*. El artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, ciertamente, ordena que éstas tienen la obligación de, previamente a la concesión de un financiamiento, realizar el estudio de viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, así como “la calificación administrativa y moral” (*sic*) de estos últimos, sin perjuicio de considerar las garantías que, en su caso, fueren necesarias. No obstante, la corte estableció que, dada la índole administrativa de dicha obligación, la imposición de la sanción correspondiente por su incumplimiento compete a la Comisión Nacional Bancaria, de manera que su inobservancia “de ninguna manera incide en los elementos fundamentales del contrato de apertura de crédito, como son el objeto y el consentimiento”. Por ende, la mayoría de los ministros concluyó que es intrascendente, para la validez del acto jurídico comentado, la omisión del referido estudio.²⁹

Según se desprende de las tesis jurisprudenciales que en forma somera he expuesto en las páginas anteriores, prácticamente la totalidad de los argumentos aducidos por la corte para justificar su decisión respecto al anatocismo giraron en torno al *principio de autonomía de la voluntad* que, desde el punto de vista capitalista-liberal sobre el derecho privado, constituye la norma *sine qua non* de este ámbito del ordenamiento

²⁸ La tesis citada es la siguiente: P./J. 50/98. CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. CUANDO SE PACTA EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, PARA DETERMINAR SUS ALCANCES NO DEBE ACUDIRSE A LA SUPLETORIEDAD DEL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL APLICABLE EN MATERIA FEDERAL, SINO A LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. 9a. época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. VIII, octubre de 1998, p. 371.

²⁹ La tesis mencionada es la siguiente: P./J. 52/98. VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISIÓN POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE REALIZAR EL ESTUDIO RELATIVO, NO INVALIDA EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO. 9a. época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, t. VIII, octubre de 1998, p. 378.

jurídico.³⁰ Conforme a dicho principio básico del derecho de contratos, en efecto, la voluntad de las partes es “soberana”, es decir, se considera “ley” en la relación jurídica que entre ellas se establezca.³¹ La SCJN, en este sentido, centró su decisión en el marco de la perspectiva liberal “clásica” que considera que toda transacción privada que se realiza bajo

³⁰ De hecho, el liberalismo radical ha conferido al principio de autonomía de la voluntad la calidad de norma fundante no sólo en el ámbito del derecho privado, sino de la vida social entera. A modo de ejemplo, bástenos traer a colación las reflexiones de Peter Gabel y Jay Feinman sobre el caso estadounidense durante la administración Reagan: “The right of freedom of contract... conveys a sense of personal autonomy, projecting a free market in which laborer and capitalist, rich and poor can freely transact to get what they want, unfettered by the needs of others or the dictates of government... Social images like these are not restricted to contract law. The conservative movement that has transformed American politics over the last twenty years has presented a utopian image much like the traditional image of freedom of contract. For example, Ronald Reagan promised to ‘lift government of the back of the people’, suggesting that it had been in only ‘government’ that have been preventing us from realizing our personal desires, and that now we could once again stand as free and equal individuals, ready to take whatever action serves our respective self interests”. Gabel y Feinman, *op. cit.*, nota 9, pp. 497 y 498. A últimas fechas, la concepción garantista del derecho ha puesto en evidencia —desde un punto de vista kantiano y, por consiguiente, distinto al que postulan los CLS— que semejante concepción liberal se sostiene en la confusión entre los ámbitos de *libertad* y *poder salvaje* denunciada por Luigi Ferrajoli: “La expresión ‘poderes salvajes’ alude claramente a aquella ‘libertad salvaje y desenfrenada’ de la que Kant habla en la *Metafísica de las costumbres*, como concepto desregulada propia del estado de naturaleza, esto es, en ausencia del estado de derecho, y opuesta a aquella propia del ‘estado jurídico’ o de derecho. Es evidente que tal poder o libertad salvaje es inevitablemente el poder del más fuerte; mientras que el derecho representa su negación, volcado, siempre según el modelo kantiano, a asegurar la convivencia y, por consiguiente, la garantía de la libertad de todos”. Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. de Gerardo Pisarello *et al.*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 15, p. 120. Dicho en otros términos, bajo ciertos supuestos, las “fuerzas espontáneas de la sociedad” que exalta el liberalismo económico deben someterse al derecho en obsequio de la libertad común y las condiciones sociales que la sustentan. Así, por ejemplo, es preciso que intervenga la coerción del derecho con el fin de preservar el medio ambiente o la estabilidad en el empleo en cuanto elementos que favorecen el desarrollo de la libertad de cada uno de los ciudadanos, independientemente de las consideraciones de mercado que pudieran argumentarse en contrario, puesto que se trata de coerciones destinadas a *aumentar* las libertades de la persona en la sociedad. Así, podemos concluir que la democracia exige la imposición de un régimen disciplinario sobre la economía con el objeto de hacer posible un mayor enriquecimiento de la libertad de las personas.

³¹ *Cfr.* artículos 1796 del CCF y 78 del Co. Co. Cabe subrayar, no obstante, que nuestra tradición jurisprudencial había reconocido límites a la autonomía de la voluntad, de modo que, en la decisión sobre el anatocismo, la corte se apartó palmariamente de los precedentes que existían en este sentido, entre los cuales destaca el siguiente: “CONTRATOS, VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LOS. Si bien es verdad que la voluntad de las partes, es la suprema ley de los contratos, también lo es que dicho principio tiene dos limitaciones forzosas, ineludibles: la primera, que se deriva del interés público que está por encima de la voluntad individual, y la segunda de la técnica jurídica, sobre la que tampoco puede prevalecer el capricho de los contratantes”. Amparo civil directo 3781/30. Espinosa Manuela y coagraviados. 12 de julio de 1932. Mayoría de tres votos. Disidentes: Joaquín Ortega y Ricardo Couto. La publicación no menciona el nombre del ponente. *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, 3a. sala, t. XXXV, p. 1237.

el signo de la autonomía de la voluntad es libre y, consecuentemente, eficiente y justa. A partir de esta vetusta concepción sobre la autonomía de la voluntad, nuestro máximo tribunal sólo tuvo que enfatizar los signos formales de los acuerdos (forzadamente) “voluntarios” subyacentes al sistema de refinanciamiento para sancionar la validez de éste. De este modo, la corte asumió una auténtica “cosmovisión” sobre las relaciones de derecho privado que puede sintetizarse en las siguientes palabras de Robert W. Gordon, jurista identificado con el movimiento CLS:

Aún se sigue considerando que el mundo “normal” de las transacciones comerciales es ante todo el del derecho contractual clásico: imágenes neo-hobbesianas pesadillescas de una sociedad de individuos atomísticos, seres solitarios que sólo se preocupan por sí mismos, que se mueven a partir de sus proyectos personales y que ven a los demás como instrumentos para cumplir sus fines o como amenazas para su seguridad. En esta fantasía de predadores paranoicos, la contratación formal representa la única vía segura para que la gente se asocie entre sí. Los contratos son las interacciones cuidadosamente circunscritas en las que esos seres solitarios se unen brevemente durante un momento alienado de mutua explotación.³²

Cabe subrayar, empero, que la referida manera de acercarse al derecho de los contratos constituye un simple “punto de vista” o, en otras palabras, una determinada concepción del derecho privado. No es preciso subrayar que existen otras formas de concebir las convenciones privadas que, ante la actualización de un conflicto sobre éstas, hacen énfasis en otros elementos de la relación jurídica. Una de estas perspectivas alternativas, precisamente, fue la defendida por la minoría de los ministros de nuestro máximo tribunal.

3. El otro punto de vista: la teoría de la imprevisión

Los votos minoritarios de los ministros Juventino Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan Silva Meza versaron sobre dos

³² Gordon, Robert, “Cómo ‘descongelar’ la realidad legal: una aproximación crítica al derecho”, en Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, trad. de Ana María Martínez y Christian Courtis, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2001, p. 358.

cuestiones: *a)* la supletoriedad del Co. Co. y el CCF respecto a la LGTOC, y *b)* la aplicabilidad de la cláusula implícita *rebus sic stantibus* (teoría de la imprevisión)³³ al problema del anatocismo.

Sobre la supletoriedad de los artículos 2397 del CCF y 363 del Co. Co. a los contratos celebrados bajo el sistema de crédito adicional, los integrantes de la minoría manifestaron:

Siendo el préstamo mercantil, como la apertura de crédito, contratos mercantiles, ambos actos de comercio, de naturaleza prácticamente igual, donde su celebración establece una relación acreedor-deudor, no se justificaría lógicamente y racionalmente, que el legislador para uno hubiera establecido una norma protectora del deudor y para el otro no hubiese querido su aplicación, pues sería un contrasentido que la lógica no aceptaría. O sea, no se explica el no acudir a alguna restricción o prohibición, para la autonomía de la voluntad como ocurre en los demás actos de comercio, con el argumento de que no existe regulación porque el legislador lo suprimió y entonces “debe interpretarse” que tales cuestiones se dejaron a la libre voluntad de las partes. Lo anterior lleva a concluir en una interpretación racional y sistemática de los actos de comercio, que la omisión de regular específicamente la prohibición del cobro de interés sobre interés y las capitalizaciones de interés en el contrato de apertura de crédito, fue una situación que no suprimió el legislador pues solamente no reiteró el principio existente en la ley general dando por hecha su aplicación, al establecerse expresamente el sistema de la supletoriedad de la norma específica.³⁴

La posición asumida por la minoría sobre los vínculos lógico-formales entre la LGTOC y el Co. Co. no requiere, dada su claridad, comentario alguno. Mayor interés revisten, en cambio, sus reflexiones sobre la teoría

³³ La teoría de la imprevisión, en resumidas cuentas, sostiene que “las relaciones jurídicas surgidas en un ambiente y en un clima, no pueden vivir sin modificación, cuando hay cambios radicales de uno u otro”. Branca, Giuseppe, *Instituciones de derecho privado*, trad. de Pablo Macedo, México, Porrúa, 1978, p. 40 l. *Rebus sic stantibus* es una abreviación de la frase latina *contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligitur* (los contratos de tracto sucesivo o que dependan del futuro se entienden celebrados bajo la norma de permanencia en las condiciones). Cfr. Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, 14a. ed., Madrid, Reus, 1986, t. III, p. 621.

³⁴ “Voto minoritario de los Ministros Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Tema I. CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO. CAPITALIZACIÓN DE INTERESES ¿ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE EL CÓDIGO CIVIL, ARTÍCULO 2397, A DICHOS CONTRATOS MERCANTILES?”. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, 9a. época, t. VIII, octubre de 1998, pp. 335 y ss.

de la imprevisión. Inspirada principalmente en la doctrina contractual sobre “resolución por excesiva onerosidad” del jurista italiano Alberto Trabucchi,³⁵ la minoría estableció cuatro criterios para determinar los casos en que, debido al desmedido agravamiento de las obligaciones a cargo de una de las partes, procede la resolución del vínculo entre ellas.³⁶

a) Que se trate de obligaciones de tracto sucesivo o diferidas en su cumplimiento (con excepción de las obligaciones aleatorias); b) Que con posterioridad al momento de contraer la obligación ocurra un hecho extraordinario e imprevisible; c) Que ese acontecimiento extraordinario e imprevisible provenga de una alteración general, nacional o regional, mas no de circunstancias personales del deudor, y d) Que ese acontecimiento extraordinario e imprevisible convierta el cumplimiento de la obligación en excesivamente oneroso.

Respecto al segundo requisito enunciado, la minoría señaló:

Con posterioridad al compromiso contraído, ocurrió, en el mes de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, una devaluación notoria del peso mexicano que elevó de modo feroz las tasas de interés. Aquí es necesario observar que pese a la verdad, sabida por todos, de que nuestra moneda ha carecido de estabilidad y que frente a monedas fuertes como el dólar norteamericano siempre se espera una descompensación más o menos constante, la caída de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro rebasó todas las expectativas, tanto más que los estudios, declaraciones y documentos de las autoridades superiores del Ejecutivo, así como de los ámbitos bancario y financiero inspiraban confianza entre el gran público, que no dudó en contraer deudas con los bancos para invertir en empresas, comprar sus casas, automóviles y, en general, bienes de consumo. Ese acontecimiento, por lo tanto, reúne las características de extraordinario e imprevisible.³⁷

³⁵ Cfr. Trabucchi, Alberto, *Instituzioni di Diritto Civile*, Padova, Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1993, pp. 647 y 648.

³⁶ Cfr. “Voto minoritario de los Ministros Juventino V. Castro y Castro, Juan N. Silva Meza y Juan Díaz Romero, en relación con el tema relativo a sí LA OMISIÓN DEL ESTUDIO DE LA VIABILIDAD ECONÓMICA EN LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN Y EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL, PRODUCE O NO, LA NULIDAD DE ÉSTOS, cuyo estudio se encuentra en el considerando séptimo de la resolución aprobada por la mayoría, en la contradicción de tesis 31/98” (en lo sucesivo, “Voto minoritario relativo a la omisión del estudio”). *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Pleno, 9a. época, t. VIII, octubre de 1998, pp. 339 y ss.

³⁷ *Idem*.

Con relación a la cuarta condición anteriormente enumerada, los integrantes de la minoría manifestaron:

Por último, debe convenirse que la caída del peso mexicano a que se viene haciendo referencia, disparó desmesuradamente las tasas de interés y, consecuentemente, multiplicó y elevó el monto de los pagos parciales originando que las obligaciones que en el momento del contrato habían sido aceptadas como solventables por equitativas, se tomaran excesivamente onerosas, sobre todo si se tiene en cuenta que los sueldos, salarios e ingresos de las personas en general, lejos de aumentar en paridad con las tasas aplicables conforme a los contratos, sufrieron una disminución adquisitiva notable.³⁸

Sin embargo, los ministros que conformaron la minoría no pudieron dejar de advertir que, salvo por una regla de excepción en materia de arrendamiento,³⁹ la teoría de la imprevisión carece de sustento legal en nuestro país. Por consiguiente, propusieron que, conforme al principio jurídico de equidad, la corte integrara la laguna legislativa existente con una norma jurisprudencial que permitiera la recomposición de aquellas relaciones contractuales profundamente alteradas a raíz de la devaluación monetaria de diciembre de 1994:

Con fundamento en los principios generales del derecho, principalmente en la equidad, debe restaurarse el equilibrio contractual perdido. El restablecimiento de esta nivelación jurídica debe estar presidido por la mesura y la prudencia, lo cual requiere una determinación que, en primer lugar, limite el beneficio sólo al grupo de deudores que contrataron con los bancos antes de la devaluación de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro... En segundo lugar, la restauración de la equidad perdida debe consistir en una medida similar a la siguiente: que los deudores que integran el grupo mencionado deben pagar intereses conforme a la misma tasa mensual que el banco acreditante paga como intereses a los ahorradores,

³⁸ *Idem.*

³⁹ El CCF dispone: “Artículo 2455. El arrendatario no tendrá derecho a la rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí en caso de pérdida de más de la mitad de los frutos, por casos fortuitos extraordinarios. Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro acontecimiento igualmente desacostumbrado y que los contratantes no hayan podido razonablemente prever. En estos casos el precio del arrendamiento se rebajará proporcionalmente al monto de las pérdidas sufridas. Las disposiciones de este artículo no son renunciables”.

aumentados aquéllos en un punto porcentual; esta determinación a que conduce el principio de equidad, ahuyenta varios extremos nocivos, pues por una parte, desalienta entre los deudores la cultura del no pago, puesto que se pone más a su alcance el cumplimiento de sus obligaciones, favoreciéndose la liberación de la cartera vencida; y por la otra, se refrena el lucro bancario que, en algunos casos, es exagerado, sin que la medida propuesta represente un perjuicio abrumador para las instituciones de crédito, tanto porque se circunscribe a un número limitado de personas, como porque les permite una compensación que, si bien les representa un sacrificio, éste corresponde al que sufren los deudores.⁴⁰

La solución propuesta por la minoría coincide, en lo fundamental, con el planteamiento dogmático de Trabucchi: el contrato debe subsistir siempre que la parte beneficiada por la circunstancia imprevista convenga la modificación equitativa de las cláusulas que suponen una excesiva onerosidad para la parte afectada.⁴¹ Sin embargo, la mayoría de los ministros de la corte rechazó este criterio sobre la base del añejísimo argumento que restringe la potestad judicial al mero discernimiento de la voluntad del legislador. Aparentemente, nuestros ministros decidieron ignorar los últimos desarrollos de la teoría de la argumentación jurídica contemporánea para solucionar sin sobresaltos la contradicción de tesis 31/98. Semejante retroceso de un siglo en la teoría jurídica, probablemente, pueda explicarse en orden a una serie de razones muy poco jurídicas, pero asaz convenientes desde el punto de vista político que, como pretendo demostrar en el siguiente apartado, sirvieron para la instauración de un sistema de crédito sumamente ineficiente desde la perspectiva económica.

III. EL NEGOCIO DE UNOS POCOS, LEGITIMADO DESDE LA “BOCA DE LA LEY”. ANATOCISMO COMO EXPRESIÓN DE UNA DECISIÓN JUDICIAL INEFICIENTE

El 5 de octubre de 1998, el entonces presidente de la SCJN, José Vicente Aguinaco, declaró que en el caso del anatocismo nuestro

⁴⁰ “Voto minoritario relativo a la omisión del estudio...”.

⁴¹ “La risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive può essere evitata dalla controparte interessata con l’offerta di modificare equamente le clausole del contratto al fine di eliminare la sopravvenuta onerosità”. Trabucchi, *op. cit.*, nota 35, p. 648. Cursivas desde el original.

máximo tribunal actuaría “con estricto apego a derecho”, y aclaró que el Poder Judicial “no es la institución facultada para elaborar leyes, sino sólo para interpretarlas”.⁴² En otras palabras, dos días antes de emitir el fallo sobre el anatocismo, el presidente de la corte manifestó públicamente su adhesión a la tesis paleopositivista⁴³ que reduce la función jurisdiccional al pronunciamiento de la voluntad del legislador, restaurando de esta forma el célebre postulado de la Escuela de la Exégesis que concibe al juez como una “boca de la ley” (*bouche du loi*). Tal concepción de la potestad jurisdiccional resulta sorprendente en el entorno de una comunidad científica preponderante o paradigmática⁴⁴ que ha establecido que la antítesis entre legislación y jurisdicción no es absoluta, sino relativa,⁴⁵ de modo que la interpretación judicial se concibe como una decisión que dota de contenido normativo a los enunciados legales⁴⁶ bajo la norma orientadora de las reglas y principios

⁴² Aranda, Jesús, “La corte ‘solo interpreta leyes’, señala Aguinaco sobre el anatocismo”, *La Jorn@da Virtual*, 6 de octubre de 1998, <http://www.jomada.unam.mx/I1998/oct98/981006/corte.html> (consulta de 19 de marzo de 2003).

⁴³ El término “paleopositivismo” alude a los postulados del positivismo jurídico primitivo que, respecto al órgano jurisdiccional, defendían la sujeción del juez a la letra de la ley, cualquiera que fuera su contenido. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 1999, pp. 15 y ss.

⁴⁴ Empleo el término “paradigma” para designar un modelo de consenso preponderante en una comunidad científica determinada, en un periodo histórico dado. *Cfr.* Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contin, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

⁴⁵ “La sentencia, el acto en que se traduce exteriormente la función judicial, recibe el nombre de ‘jurisdicción’, que significa ‘declaración del derecho’, como si se limitase a hacer una declaración de lo que ya es derecho en la norma general. Pero esta terminología no sirve sino para oscurecer el verdadero significado de la función jurisdiccional y de la misión del juez... pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace... Siguiendo la terminología kelseniana, puede válidamente concluirse en que la legislación y la jurisdicción no son sino etapas diferentes del proceso de creación jurídica, sin que ello implique que son los dos únicos medios de esa creación, pues obviamente existen otros procedimientos de concreción como es el de la realización de actos jurídicos por los órganos de la administración pública o el de la celebración de actos jurídicos por los particulares”. Silva, Carlos de, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., México, Fontamara, 2002, p. 141.

⁴⁶ Sobre este particular, conviene tener presente la necesaria distinción entre el *texto normativo* o *disposición*, que es objeto de la actividad interpretativa; y la *norma* propiamente dicha, que es resultado de la interpretación y objeto de la aplicación. *Cfr.* Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 3a. ed., trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Porrúa, pp. 1 y ss.

constitucionales.⁴⁷ En consecuencia, la explicación a la resistencia de la mayoría de los ministros respecto a la adopción de la teoría de la imprevisión para solucionar el problema del anatocismo, probablemente se encuentre más allá del derecho que el ministro Aguinaco prometió defender celosamente.

1. *Los motivos (¿económicos?) del banquero anarquista*

“Yo sólo he creado libertad”, afirma el personaje pessoano. “He liberado a *uno*; me he liberado a *mí*. Porque mi procedimiento, que como he probado es el único verdaderamente anarquista, no permite liberar a nadie más.⁴⁸ Este espíritu “anarquista” —tan propio de los banqueros— sin duda se vio satisfecho a raíz de la resolución de la corte. Así, el 23 de octubre de aquel 1998, Carlos Gómez y Gómez, entonces presidente de la Asociación de Banqueros de México, declaraba a la prensa que la práctica del anatocismo había sido declarada legal en virtud de que resulta *necesaria* para realizar “esa función que tiene la banca de apoyar al sector productivo, al sector vivienda, a cualquier crédito”.⁴⁹

La pretendida *necesidad* del sentido en que la corte finalmente resolvió la cuestión del anatocismo descansa en cierto argumento no explícito, subyacente a los razonamientos que sustentan las tesis jurisprudenciales previamente citadas, que sostiene que, de haberse optado por la teoría de la imprevisión, la ruina financiera del país habría sido inevitable. Sobre el particular, señalan Miguel González y Peter Bauer:

⁴⁷ En palabras de Ferrajoli: “la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y los derechos fundamentales establecidos por las mismas... interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acríptico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad”. Véase Ferrajoli, “El derecho como sistema...”, *cit.*, nota 43, p. 26.

⁴⁸ Pessoa, *op. cit.*, nota 1, p. 56.

⁴⁹ “Rechazan bancos tregua judicial”, *La Jornada Virtual*, 24 de octubre de 1998, <http://www.jornada.unam.mx/1998/oct98/981024/rechazan.html> (consulta de 19 de marzo de 2003).

Esta decisión causó una polémica sin precedentes en el país, pues muchos de los deudores de los bancos no tenían posibilidad alguna de cumplir con las obligaciones que habían alcanzado cifras astronómicas. Es evidente que los ministros no pudieron dejar de tomar en cuenta los problemas económicos, políticos y sociales que acarrearía cualquier decisión que se tomara. Por un lado, fallar a favor de los banqueros significaba un gran perjuicio para los deudores; por el otro, fallar a favor de los deudores hubiera significado la quiebra del sistema financiero mexicano. La actitud consecuencialista que subyace al fallo de la Corte es evidente.⁵⁰

La decisión de la corte, desde este punto de vista, se sostiene en razones económicas antes que jurídicas o, dicho de otra forma, la argumentación jurídica de nuestro máximo tribunal, en el fondo, sirvió instrumentalmente a la justificación de una “indispensable” solución económica. Bajo este orden de ideas, colocada en la disyuntiva de elegir entre la gran quiebra “macroeconómica” del país, o múltiples, pequeñas quiebras “microeconómicas” de algunos deudores, la corte eligió el “mal menor”. Para salvaguardar la estabilidad financiera de México, los ministros que conformaron la mayoría supuestamente no tuvieron más remedio que “sacrificar” el patrimonio de los mexicanos que habían contraído deudas con la banca con anterioridad a diciembre de 1994.

El aludido argumento “económico”, empero, sólo es sostenible a partir de una concepción ingenua sobre los vínculos entre las dimensiones política y propiamente económica de un fenómeno social como lo es la sentencia dictada por un tribunal. Actualmente, es innegable que los grupos de presión recurren a sus medios económicos para influir en las decisiones políticas.⁵¹ Por mero sentido común, podemos establecer

⁵⁰ González Compeán, Miguel y Bauer, Peter, *Jurisdicción y democracia. Los nuevos rumbos del Poder Judicial en México*, México, Cal y Arena-Centro de Investigación para el Desarrollo, 2002, pp. 407 y 408. En el mismo sentido, Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *op. cit.*, nota 4, pp. 102 y 103: “En mi opinión, la resolución de la Suprema Corte obedeció a factores muy importantes para sectores económicos en los bancos con múltiples intereses [*sic*]. La realidad del sistema bancario hacía necesario un fortalecimiento de su capacidad de recuperación ante la oleada de juicios contrarios a sus expectativas de captación de dinero”.

⁵¹ Podemos señalar, cuando menos, tres mecanismos económicos para influir en las determinaciones políticas de una sociedad: a) Reducción en los costes de participación en las votaciones y de adquisición de información; b) Suministro directo de información, y c) Soborno directo o indirecto de los políticos. *Cfr.* Stiglitz, Joseph, *La economía del sector público*, trad. de María Esther Rabasco y Luis Tohaira, Barcelona, Antoni Bosch, 1992, pp. 180 y ss.

como hipótesis que la relación entre economía y política no es unívoca, sino recíproca. Así, admitiremos la influencia de lo económico en las determinaciones judiciales con incidencia política, pero también aceptaremos que las consideraciones de orden político pueden repercutir en las referidas decisiones que se caracterizan por cierto contenido económico.

En el desarrollo de esta última hipótesis, son particularmente relevantes las aportaciones de los CLS a la filosofía jurídica. A partir de los instrumentos teóricos del estructuralismo, algunos autores adscritos a los CLS sostienen que el derecho es simplemente uno de tantos “sistemas de significado” que las personas construyen con miras a sobrellevar la vida social.⁵² Según enseña Robert W. Gordon, para la convivencia humana parece esencial contar con un sistema que distinga las interacciones positivas (contratos, impuestos para solventar bienes públicos, etcétera) de las negativas (delitos, daños, confiscaciones ilegales de la propiedad, etcétera).⁵³ En Occidente, las estructuras de creencias jurídicas —lo mismo que las económicas y políticas— fueron diseñadas para realizar esta diferenciación. Tales sistemas, según aduce Gordon, fueron creados por elites que creían estar llamadas a racionalizar su posición dominante de poder, dado lo cual tendieron a definir los derechos no con la intención de autolimitarse, sino con la finalidad de fortalecer las jerarquías existentes de poder y privilegio y, lo que es más importante aún, para “congelar” el estatus social vigente como natural e inevitable (*reificación* de las relaciones sociales). Sobre el particular, apunta el propio Gordon:

Este proceso de permitir que las estructuras que nosotros mismos hemos construido medien nuestras relaciones de modo que nos veamos como si desempeñáramos papeles abstractos en un juego que parece no ser producido por la acción humana, es lo que se conoce (siguiendo a Marx y a autores

⁵² Es preciso destacar que el movimiento CLS no puede ser reducido a una sola metodología, sino que entraña diversas perspectivas de aproximación al fenómeno jurídico, así como un conjunto muy heterogéneo de autores. *Cfr.* Pérez Lledó, Juan Antonio, *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos-Fundación Cultural Enrique Luño Peña, 1996, p. 34, Y Carrino, Agostino, “Solidaridad y derecho. La sociología jurídica de los *Critical Legal Studies*”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 1992, p. 119.

⁵³ Gordon, “Nuevos desarrollos de la teoría jurídica”, en Courtis (comp.), *op. cit.*, nota 32, p. 334.

modernos como Sartre y Lukács) como reificación. Es una forma que tiene la gente de fabricar necesidades: se construyen estructuras, y luego se actúa como si (y se llega a creerlo verdaderamente) las estructuras que se han construido estuvieran determinadas por la historia, la naturaleza humana o el derecho económico.⁵⁴

Así, aquello que las decisiones políticas tienen de contingente, artificial y coyuntural se hace pasar, con objeto de dotarlas de legitimidad, por necesario, natural y permanente. Los CLS han destacado que el análisis jurídico no escapa a estas deformaciones estructurales, frecuentemente amparadas en el *formalismo* y *objetivismo* característicos del discurso jurídico capitalista-liberal. Por *formalismo*, los CLS entienden la creencia que los profesionales del derecho comparten respecto a la capacidad de un método jurídico deductivo o cuasi-deductivo, independiente de cualquier contenido ideológico, para dilucidar las soluciones jurídicas de los problemas concretos que plantea la realidad social. Dicha convicción, asimismo, llega al extremo de sostener que la neutralidad política del aludido método es la condición *sine qua non* del estatuto científico de la jurisprudencia.⁵⁵

El *objetivismo* es definido por los CLS como la certidumbre en que las especies jurídico-normativas relevantes para una comunidad determinada —las leyes, la jurisprudencia y la dogmática— encarnan, así sea imperfectamente, un esquema inteligible de moralidad social, mismo que se integra tanto por la voluntad humana como por restricciones “objetivas” que imponen límites a ésta (por ejemplo, la eficiencia económica). De este modo, la génesis de las normas jurídicas se concibe —artificialmente— como un fenómeno independiente de cualquier coyuntura política que pueda mermar la legitimidad del ordenamiento.⁵⁶

La decisión judicial relativa al anatocismo se encuentra firmemente afianzada en ambos extremos inherentes al discurso jurídico capitalista-liberal. En el nivel explícito de su determinación, la corte se negó a integrar una laguna en el ordenamiento mediante el argumento paleopositivista que sostiene que, en orden a la naturaleza meramente

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 335-336.

⁵⁵ Unger, Roberto Mangabeira, *The Critical Legal Studies Movement*, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, pp. 1 y 2.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 3.

técnica y apolítica de la jurisdicción, el órgano jurisdiccional debe limitarse a interpretar *mecánicamente* las normas jurídicas, puesto que la creación de éstas corresponde al Poder Legislativo (formalismo). Asimismo, en el ámbito implícito de la decisión, es altamente probable que la mayoría de los ministros de la corte estuviera —falsamente— convencida de la *necesidad* de legitimar el pacto de anatocismo con el fin de mantener la estabilidad financiera del país (objetivismo).

Sentadas las anteriores premisas, y una vez probado que las decisiones públicas relevantes desde el punto de vista económico pueden encontrarse políticamente motivadas, me permitiré adelantar una segunda hipótesis: la decisión judicial sobre el anatocismo, amén de *no ser necesaria* (en el sentido de *ser contingente*, puesto que las sentencias dictadas por un tribunal no son, *per se*, fatales y absolutas, sino que las hay adecuadas o inadecuadas, mejores o peores y, en este sentido, la corte pudo haber optado por una solución distinta a la que finalmente eligió), instauró un régimen crediticio sumamente ineficiente. Para decirlo en términos llanos, la solución judicial sobre el anatocismo pudo resultar conveniente en orden a la relación existente entre las fuerzas políticas que buscaban legitimar sus pretensiones jurídicas mediante el pronunciamiento de la corte —los banqueros, mejor organizados y respaldados por mayores medios que aquéllos con los que contaban los deudores, hicieron prevalecer su voluntad—,⁵⁷ pero fue una mala decisión económica. Con objeto de discernir esta conjetura, en las próximas páginas desarrollaré someramente algunas de las notas que, según el análisis económico del derecho, caracterizan el cumplimiento eficiente de los contratos.

⁵⁷ Desde el punto de vista del *acceso a la justicia*, ciertamente, la diferencia de poder entre los litigantes ha sido denunciada como uno de los factores que obstaculizan que, bajo criterios de igualdad y justicia, las personas puedan hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas bajo los auspicios del Estado de derecho. Ciertamente, las personas u organizaciones que poseen recursos financieros considerablemente altos que, además, son empleados para litigar, tienen obvias ventajas en la persecución judicial de sus pretensiones con relación a quienes carecen de tales recursos. Pueden, por ejemplo, soportar los retrasos del litigio. Por otra parte, una organización que mantiene una constante relación con el sistema judicial cuenta, entre otras, con las siguientes ventajas: a) La experiencia con el derecho le permite planear mejor el litigio; b) Tiene oportunidad de crear relaciones informales con funcionarios del Poder Judicial; c) Puede distribuir el riesgo del litigio entre más casos, y d) Puede utilizar estrategias con casos particulares para obtener una actitud favorable en casos futuros. Cfr. Cappelletti, Mauro y Garth, Bryan, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. de Mónica Miranda, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 15 y ss.

2. Consecuencias de la (ineficiente) “sumisión” de la corte a la ley. Crónica de una crisis crediticia anunciada

Uno de los instrumentos epistemológicos más importantes del análisis económico del derecho es la “teoría de la elección racional” (*rational choice theory*).⁵⁸ Dicha teoría pretende, básicamente, la elaboración de criterios normativos que nos indiquen qué hacer para alcanzar nuestras metas del mejor modo posible, pero sin indicarnos —en su visión estándar— cuáles deberían ser éstas. A partir del mencionado enfoque normativo se deriva una teoría explicativa que se fundamenta en el supuesto de que las personas son racionales en el sentido normativamente apropiado. Dicho de otra forma, una acción racional debe constituir el mejor modo de satisfacer los deseos del agente, dadas sus creencias. Así, un actor estratégicamente racional tomará en cuenta las intenciones de todos los demás actores que se encuentren en su medio, considerando el hecho de que las intenciones de éstos se basarán en las expectativas que se han formado respecto a las intenciones de aquél, para tomar la decisión más adecuada. En suma, los actores estratégicamente racionales no sólo toman sus mejores decisiones sobre la base de sus expectativas del futuro, sino *sobre la base de sus expectativas acerca de las expectativas de los demás*.⁵⁹

⁵⁸ Ulen, Thomas, “Rational choice theory in law and economics”, en Bouckaert y Geest (eds.), *op. cit.*, vol. 1, nota 8, pp. 797 y ss.

⁵⁹ Cfr. Elster, Jon, *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, trad. de Carlos Gardini, Barcelona, Gedisa, 1995, pp. 13 y ss. Para profundizar sobre el tema es recomendable la lectura, del mismo autor, de *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, trad. de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1997. Traducida a términos económicos, la teoría de la elección racional puede formularse en dos versiones. Una primera versión, informal, establece que la elección racional es aquella que reúne las características de deliberación y consistencia o, en otras palabras, aquella en que los medios elegidos son razonablemente adecuados para la realización de los fines del agente, y en que, con el paso del tiempo, no se presentan cambios bruscos e inexplicables en los objetos de la decisión de dicho agente. Esta definición informal, sin embargo, no nos permite distinguir las elecciones racionales de las irracionales, puesto que, por regla general, toda elección es deliberativa y consistente. La versión formal, en consecuencia, establece que los agentes tienen preferencias transitivas y buscan maximizar la utilidad que deriva de éstas. Las preferencias transitivas son aquellas por las cuales, si un bien o conjunto de bienes que convencionalmente podemos llamar A, se prefiere respecto a otro bien o conjunto de bienes designado como B, y B se prefiere frente a un tercer bien o conjunto de bienes denominado C, entonces A es preferible respecto a C. La maximización de la utilidad, asimismo, exige que el agente considere, para orientar su acción, las limitaciones que se imponen a sus mencionadas preferencias transitivas (ingreso, tiempo, información, etcétera). Cfr. Ulen, “Rational choice theory...”, *cit.*, nota 58, pp. 791 y 792.

La teoría de la acción racional, bajo la óptica del análisis económico del derecho, ha delimitado el problema fundamental del derecho de contratos en los siguientes términos: “¿Por qué necesitan los actores racionales de normas jurídicas que regulen sus acuerdos consensuales?”⁶⁰ Dicho en otras palabras, la cuestión reside en discernir porqué, para satisfacer los fines perseguidos por un agente cualquiera de la mejor forma posible, es preciso contar, en determinadas situaciones, con un conjunto de normas que reglamenten los acuerdos de voluntad que llamamos “contratos”. La respuesta a esta interrogante es más complicada de lo que en principio aparenta, puesto que, conforme al *Teorema de Coase*,⁶¹ en ausencia de costos de transacción, las partes podrían obviar el derecho de contratos. En su versión más sencilla, el mencionado teorema establece que, dados unos costes de transacción cero, se produciría el resultado eficiente con independencia de la norma atributiva de derechos elegida.⁶² Así, bajo el supuesto anotado —costos de transacción cero— los actores racionales podrían maximizar su utilidad *sin necesidad de las normas que conforman el derecho de los contratos*.

Este primer postulado de Coase puede resultar más claro mediante un ejemplo. Supongamos que el humo que produce una fábrica daña la ropa de cinco vecinos, quienes acostumbran secarla al sol en el exterior de sus viviendas.⁶³ Si no se introduce medida correctiva alguna, cada uno de estos individuos sufrirá daños por un valor de 75 dólares que, multiplicados por cinco, arrojarán un total de 375 dólares. Tales daños, empero, podrían eliminarse de dos formas posibles: ya sea instalando un filtro depurador en la chimenea de la fábrica, a un coste de 150 dólares, o bien proveyendo a cada uno de los perjudicados con una secadora eléctrica, a un coste de 50 dólares. La solución eficiente será, en este caso, instalar el filtro en la chimenea de la fábrica, puesto que de ese modo se eliminan los daños totales de 375 dólares, a cambio de un

⁶⁰ *Ibidem*, p. 798.

⁶¹ El aludido teorema constituye uno de los fundamentos del análisis económico del derecho. Su nombre lo debe a Ronald Coase, Premio Nobel de Economía 1991, quien lo planteó por vez primera en el artículo titulado “The problem of social cost”, en *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, núm. 1, octubre de 1960, pp. 1-44.

⁶² *Cfr.* Polinsky, *op. cit.*, nota 6, p. 24.

⁶³ *Ibidem*, pp. 23 y ss.

desembolso de 150, que también es menor al gasto de 250 que implicaría comprar las cinco secadoras.

Coase planteó que, para determinar un resultado eficiente, no debemos preguntarnos cómo debe la fábrica indemnizar a los vecinos, sino cuáles serían los resultados en las hipótesis distintas en que se atribuyese a los perjudicados el derecho al aire puro, o si se otorgase a la fábrica el derecho a contaminar. Se trata de un problema recíproco, puesto que el pago de la indemnización implica un “daño” (desde la perspectiva económica) a la fábrica. La cuestión a resolver consiste en determinar quién tiene derecho a “dañar” a quién, de modo que se evite el “daño” mayor.

Bajo estos presupuestos, si existiera un derecho a gozar de aire puro, la fábrica tendría tres soluciones: contaminar y pagar 375 dólares de indemnización, instalar un filtro depurador por 150 dólares, o comprar cinco secadoras a los perjudicados, cuyo coste total es de 250 dólares. La fábrica optaría por la solución eficiente, que es la instalación del filtro.

Si, por el contrario, hubiera derecho a contaminar, los perjudicados tendrían tres soluciones: sufrir esos daños colectivos de 375 dólares, comprar cinco secadoras por 250 o instalar el filtro por 150. Los perjudicados también comprarían el depurador. En consecuencia, la solución eficiente se adoptaría independientemente de la asignación de la titularidad del derecho, y tal es el postulado que sostiene la primera formulación del teorema de Coase. El ejemplo parece ilustrar la futilidad de una regulación jurídica sobre el acuerdo que podría formularse entre los vecinos y las fábricas.

Sin embargo, el propio Coase destaca que la solución apuntada únicamente funcionaría en los términos en que el ejemplo se encuentra planteado si suponemos que los perjudicados podrían reunirse y negociar con la fábrica sin coste alguno, es decir, bajo una *hipótesis de costes de transacción cero*. Tales costes de transacción, en general, incluyen los costes de identificación de las partes con las que uno ha de tratar, los costes de reunión con dichas partes, los costes del proceso de negociación y los costes de la puesta en práctica de cualquier acuerdo al que se llegue.

La hipótesis de los costes de transacción cero, evidentemente, es irreal en situaciones conflictivas. Como mínimo, las partes involucradas en un litigio se ven precisadas a invertir tiempo y/o dinero en reunirse y tratar

el asunto que suscitó el conflicto. Supongamos, entonces, que en el caso anterior, a cada perjudicado le cuesta 60 dólares reunirse con los otros (debido, por ejemplo, al dinero que invierten en transporte y al valor que asignan al tiempo). En este supuesto, nos encontraríamos ante lo que Coase denomina *costes de transacción positivos*. Si los perjudicados tuvieran derecho a gozar de aire puro, la situación de la fábrica sería idéntica a la del ejemplo anterior. En cambio, si la fábrica tuviera derecho a contaminar, cada uno de los perjudicados habría de decidir entre soportar la pérdida de 75 dólares, comprar una secadora por 50 o reunirse con los demás por 60, para comprar entre todos un filtro que vale 150. Los perjudicados, bajo esta hipótesis, elegirían comprar una secadora, lo cual constituye una solución ineficiente. Así, dados los costes de transacción descritos, el derecho a gozar aire puro es eficiente, pero el derecho a contaminar no.

La versión más compleja del teorema de Coase, precisamente, atiende la hipótesis de los costes de transacción positivos, en virtud de los cuales la solución eficiente no podría producirse con independencia de la norma jurídica elegida. En esta circunstancia, la norma preferible es aquella que reduce al mínimo los efectos de los costes de transacción positivos. Dichos efectos incluyen la producción real de costes de transacción, así como las elecciones ineficientes provocadas por el deseo de evitar los costes de transacción. De aquí que la inclusión de una variable relativa a los costes de transacción positivos derive en una solución distinta a la planteada en el caso de la hipótesis de costes de transacción cero: mientras que en este caso la asignación de derechos y obligaciones es irrelevante, en aquél determina las condiciones de eficiencia del intercambio.

Por consiguiente, a la luz del teorema de Coase podemos sostener que la “intervención” del sistema jurídico debería ser relativamente escasa en el ámbito contractual cuando los intercambios son simultáneos, o cuando las partes son capaces de valorar en el momento en que éstos tienen lugar todas las ventajas e inconvenientes del contrato, puesto que los costes de transacción tienden a cero.⁶⁴ Ciertamente, resulta relativamente sencillo concertar la compraventa de una golosina o de un saco de papas. En cambio, cuando no se dan las condiciones de simultaneidad, los costes de

⁶⁴ Pastor, *op. cit.*, nota 6, p. 148.

transacción positivos tienden a incrementarse y, consecuentemente, la referida “intervención” de las normas jurídicas en los acuerdos consensuales se vuelve indispensable.

Llegados a este punto de la argumentación, habremos de emplear el concepto de costes de transacción positivos aportado por el teorema de Coase para dilucidar, así sea de manera especulativa, cuál es el diseño institucional más eficiente que, en términos generales, podría adoptar el derecho de los contratos. Para ello, es imprescindible tener presente que la elevación de los costes de transacción positivos en el ámbito contractual puede explicarse, fundamentalmente, por dos conjuntos de razones:⁶⁵

i) aquéllas inherentes al contexto en que se realiza el intercambio, y *ii)* aquéllas atribuibles a las propias partes.

Por lo que atañe al primer conjunto de razones apuntado, pueden existir problemas que arrojen, en el entorno en que las partes plantean su acuerdo, resultados ineficientes. Así, por ejemplo, es posible que se presenten externalidades⁶⁶ que las partes no han previsto, o que exista una situación monopolística que afecte el consentimiento contractual. El derecho de los contratos corregiría unas y otra.

En segundo lugar, los costes de transacción positivos de los contratos pueden aumentar por problemas atribuibles a los propios contratantes. Por ejemplo, alguna de las partes puede tener preferencias inestables o intransitivas porque, digamos, padece la enfermedad de Alzheimer o es extremadamente joven e inexperta. También puede suceder que una de ellas obre en forma “oportunista” —según la terminología empleada por Richard Posner— respecto a su contraparte, de modo que ésta última requiera de costosas medidas de autoprotección que amparen sus intereses. El derecho de contratos, en el primer caso, no confiere fuerza jurídica al convenio, puesto que una de las partes se encontraría incapacitada para llegar a un acuerdo mutuamente beneficioso. En el

⁶⁵ Cfr. Ulen, “Rational choice theory...”, *cit.*, nota 58, pp. 798 y ss.

⁶⁶ Las *externalidades* son aquellas acciones de un actor social que producen efectos en otro agente, por los que este último no paga ni es pagado. Los economistas distinguen entre externalidades que tienen consecuencias beneficiosas (positivas) y externalidades que tienen consecuencias perjudiciales. Por ejemplo, una empresa que contamina el aire impone una externalidad negativa a todas las personas que lo respiran. En cambio, un apicultor genera una externalidad positiva respecto al manzanar contiguo, puesto que, debido a la polinización, cuanto mayor es el número de abejas, más manzanas produce el manzanar. Siempre que haya externalidades, la asignación de los recursos puede no ser eficiente. Cfr. Stiglitz, *op. cit.*, nota 51, pp. 229 y ss.

segundo, en cambio, se orienta a disuadir los comportamientos “oportunistas”. De aquí que el principio de buena fe —que sustancialmente significa el deber de abstenerse de aprovechar las vulnerabilidades que genera el carácter no simultáneo del cumplimiento contractual— se considere un término implícito en los contratos.⁶⁷

De este modo, bajo la óptica del análisis económico del derecho podemos afirmar que el derecho de contratos cumple, principalmente, dos funciones: reduce costes de transacción y asegura el cumplimiento en determinadas circunstancias (por ejemplo, en el mencionado caso del “oportunista”).⁶⁸ Dichas funciones las realiza, por un lado, mediante un grupo de normas jurídicas que obligan a las partes a someterse a determinadas formas en ciertos contratos (derecho necesario) y, por otro, mediante un conjunto de normas de uso opcional (derecho dispositivo), que son empleadas cuando las partes no previeron alguna contingencia que posteriormente se revela importante.⁶⁹

Ambas funciones del derecho de contratos se orientan a la producción de resultados eficientes que pueden consistir en el *cumplimiento de lo pactado* o, bien, en asegurar que sólo se produzcan *incumplimientos eficientes*, esto es, incumplimientos que aumenten el bienestar de las partes, lo cual implica *necesariamente* que quien incumple el contrato indemnice a su contraparte. Por obvias razones, el derecho de los contratos tiene como propósito cardinal obtener el cumplimiento de los acuerdos consensuales entre agentes sociales, pues de lo contrario se convertiría en un ordenamiento disuasorio de la celebración de las transacciones comerciales que, bajo la lógica de una economía de mercado, requiere la convivencia social. Sin embargo, cabe precisar que el cumplimiento que persigue el derecho de contratos es el *cumplimiento óptimo* o *eficiente*, según señalan Robert Cooter y Thomas Ulen:

⁶⁷ Cfr. Posner, Richard, *El análisis económico del derecho*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 92.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 90.

⁶⁹ Cfr. Pastor, *op. cit.*, nota 6, p. 148, y Craswell, Richard, “Contract law: general theories”, en Bouckaert, Boudewijn y Geest, Gerrit de (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III: *The Regulation of Contracts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 1 y ss., <http://encyclo.find-law.com/tablebib.html> (rubro IV. General Contract Law, consulta de 20 de marzo de 2003).

La eficiencia requiere que se maximice la suma de las ganancias del promitente y del receptor de la promesa. El cumplimiento de una promesa beneficia al receptor y le cuesta al promitente. Por lo tanto, la eficiencia requiere que el promitente cumpla cuando sus costos sean menores que los beneficios del receptor; y también requiere que el promitente incumpla cuando ocurra lo contrario.⁷⁰

Si traducimos los términos “promesa” por contrato;⁷¹ “promitente” por deudor, y “receptor de la promesa” por acreedor, conforme al vocabulario generalmente empleado en el foro mexicano, la tesis de Cooter y Ulen nos resultará más comprensible. Según estos autores, la misión del derecho contractual no reside necesariamente en asegurar el cumplimiento del contrato, puesto que en determinadas ocasiones el incumplimiento —indemnización mediante— puede ser lo más eficiente. De aquí que pueda decirse que el objetivo del derecho de contratos, bajo la óptica del análisis económico, consiste en asegurar el cumplimiento o el incumplimiento de éstos, dependiendo de cuál sea la opción más eficiente.⁷²

Cooter y Ulen explican las relaciones complejas que, desde la perspectiva económica, existen entre el cumplimiento y el incumplimiento de los contratos, mediante dos fórmulas. La primera de ellas la han designado con el nombre de *fórmula del cumplimiento efectivo e incumplimiento por un promitente egoísta y torpe*.⁷³ A la segunda le llaman *fórmula del cumplimiento e incumplimiento óptimos*. Ambas

⁷⁰ Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 244.

⁷¹ En el contexto en que emplean el término “promesa” Cooter y Ulen, éste connota un acuerdo de voluntades y no el contrato preparatorio que se encuentra regulado en los artículos 2243 a 2247, inclusive, del CCF.

⁷² *Cfr.* Pastor, *op. cit.*, nota 6, p. 150.

⁷³ Aplicable, por ejemplo, en el caso de una persona “astuta” que pretenda vender un automóvil, arruinado mecánicamente, pero que tenga buena apariencia exterior. El vendedor —deudor del automóvil— probablemente no se preocupará por la pérdida que los vicios ocultos puedan provocar al comprador, aunque estará pendiente de la responsabilidad en que pueda personalmente incurrir. Por consiguiente, cumplirá —entregando un automóvil en buen estado— en la medida en que ello le cueste menos que la responsabilidad por el incumplimiento; e incumplirá —haciendo entrega del automóvil arruinado— cuando el cumplimiento le cueste más que la responsabilidad por el incumplimiento.

pueden expresarse, según la terminología generalmente empleada en el foro mexicano, con los siguientes esquemas:⁷⁴

Fórmula del cumplimiento efectivo e incumplimiento por un deudor egoísta y torpe

[Costo del cumplimiento para el deudor
> la responsabilidad del deudor
por el incumplimiento] —————▶ incumplimiento

[Costo del cumplimiento para el deudor
< la responsabilidad del deudor
por el incumplimiento] —————▶ cumplimiento

Fórmula de cumplimiento e incumplimiento óptimos

[Costo del cumplimiento para el deudor —————▶ es eficiente incumplir
> beneficio del cumplimiento para el acreedor]

[Costo del cumplimiento para el deudor —————▶ es eficiente cumplir.
< beneficio del cumplimiento para el acreedor]

Una vez que hemos dejado asentado que desde la perspectiva económica es defendible la eficiencia en el incumplimiento de un contrato mediante la debida indemnización, es preciso que establezcamos cómo impacta esta situación en los contratos de financiamiento que fueron objeto de la polémica sobre el anatocismo. Sobre el particular, Morten Hviid apunta que la situación de eficiencia o ineficiencia en el cumplimiento del contrato puede modificarse a lo largo de la duración de éste. En los contratos de tracto sucesivo, en efecto, puede suceder que la eficiencia *ex ante* se convierta en ineficiencia *ex post*. Uno de los remedios que, por mero sentido común, son oponibles al incumplimiento eficiente mediante indemnización en estos casos, consiste en renegociar un contrato cuyo cumplimiento se ha vuelto ineficiente. Dicho en otras palabras, el cumplimiento del contrato exige la renegociación *ex post* del mismo, que le restituirá a la situación de eficiencia.⁷⁵

⁷⁴ Cooter y Ulen, *op. cit.*, nota 70, p. 244. He sustituido el término “promitente”, empleado por los autores, por nuestro familiar “deudor”; y “receptor de la promesa” por “acreedor”.

⁷⁵ *Cfr.* Hviid, Morten, “Long-term contracts and relational contracts”, en Bouckaert y Geest, *op. cit.*, vol. III, nota 69, p. 48.

En vista de los principios normativos sobre contratos que nos sugiere el análisis económico del derecho, podemos establecer que la situación en que a raíz de la devaluación monetaria de diciembre de 1994 se vieron envueltos los deudores de la banca, sujetos a contratos de refinanciamiento, supuso un agravamiento de la responsabilidad contractual de éstos⁷⁶ que, con miras al cumplimiento eficiente, pudo haberse superado mediante una renegociación de las deudas que habían asumido, análoga a la propuesta en los votos particulares de la minoría. En cierta medida, era previsible que las condiciones económicas del país favorecían que cualquier agente racional optara por la misma solución que eligieron miles de personas: negarse a cubrir las cantidades adeudadas. Semejante coyuntura —desfavorable en sí misma— se vio agravada porque, bajo el esquema de “autonomía de la voluntad” elegido por la mayoría de los ministros, se cerraron las vías para una negociación de la condición normativa *sine qua non* que, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, legitima el incumplimiento eficiente: el pago de una indemnización. Nuestro derecho de los contratos, ciertamente, prevé la imposición de sanciones a quienes incumplen con los contratos, pero la imposición de tal responsabilidad por incumplimiento contractual pasa necesariamente por los tribunales, con los correspondientes costes inherentes a todo litigio. La victoria de los banqueros, en este sentido, fue *pírrica* en toda la extensión de la palabra, puesto que la sentencia desincentivó el cumplimiento espontáneo de los contratos de refinanciamiento por parte de los deudores y confirió a los bancos el derecho a reclamar el importe íntegro del capital, los intereses y la responsabilidad por incumplimiento... tras la conclusión del proceso pertinente.

Así llegamos a la conclusión que se anunciaba desde el inicio de este ensayo: cuando una persona no tiene medios para cubrir sus deudas en el plazo en que se le exigen, simplemente no las paga porque *el dinero*, según refiere —con pleno acierto— la sabiduría popular, *no crece en macetas*. Bajo semejantes condiciones, la mejor opción para el acreedor

⁷⁶ Asimismo, entre las condiciones que agravaron la responsabilidad de los deudores, deben considerarse aquellas variables que justifican la intervención estatal para proteger a los inversionistas en los mercados financieros, tales como las asimetrías informativas que impiden al público discernir entre los niveles de riesgos que implica determinada inversión. *Cfr.* Heremans, Dick, “Regulation of banking and financial rates”, en *ibidem*, p. 952.

consiste en la renegociación de la deuda —como lo postula la teoría de la imprevisión que inspiró la propuesta de solución al conflicto en torno al anatocismo ofrecida en los votos de la minoría— de modo que se excluya la posibilidad del incumplimiento eficiente. Por mayoría de razón, en aquellos supuestos en que el pago de la indemnización por incumplimiento trae aparejados los costes de un litigio, es previsible que si el acreedor no acepta renegociar la deuda, tendrá que sufragar dichos costes o conformarse con el incumplimiento simple y llano. En suma, a la luz de los postulados del análisis económico del derecho en materia de contratos, resulta que lo *mejor* (y no “lo necesario”, como se argumentó en aquel entonces) para el sistema de crédito mexicano, era la adopción de la tesis de la imprevisión, en vez de aquella correspondiente al principio de autonomía de la voluntad por la que se inclinó la mayoría.

Los instrumentos críticos que nos provee el análisis económico del derecho, en efecto, nos permiten inferir que cuando aquellos infortunados deudores —herederos del “error de diciembre”— clamaban en enormes pancartas: “Debo, no niego; pago, no tengo”, existían muy buenas razones para pensar que hablaban en serio. Nuestros prudentes togados que, quien sabe si por buena fe o porque inspirados en las paradojas orwellianas vislumbraron que entre los iguales ante la ley siempre es mejor escuchar a los que son más iguales que los demás, decidieron legitimar el pacto de anatocismo, hubiesen ahorrado —a sí mismos, a los deudores y hasta a los banqueros— muchos dolores de cabeza si hubiesen caído en la cuenta de que todavía no ha sido creado el refinado argumento que convenza a alguien de entregar el dinero que no tiene y que, en estos casos, siempre vale más un mal arreglo que un buen pleito.

IV. EPÍLOGO. “EL QUE A HIERRO MATA...”

Hoy, los banqueros a quienes confiamos nuestros ahorros y deudas son otros. Quizás menos divertidos que aquellos otros, los auténticos banqueros anarquistas del México que prometía, vía Tratado de Libre Comercio (TLC), su ingreso al primer mundo, y que nos mantuvieron frente al televisor, en el filo de los asientos, entretenidos entre juicios de amparo y millones de dólares desaparecidos, reaparecidos y vueltos a desaparecer. Con tanto Instituto de Protección al Ahorro Bancario

(IPAB) entre la memoria y los —menos románticos y, por eso mismo, más duros— bolsillos, dudo que algún mexicano los extrañe, y espero que no tengan émulos en la flamante y *globalifilica* generación financiera que ha asumido las riendas de nuestras maltrechas instituciones de crédito. Sin embargo, dicen que ahorrador prevenido vale por dos, de modo que, haciendo gala de optimismo, supondré que este texto llegará a manos de algún miembro de esa conspicua casta financiera y que, mejor aún, se tomará la molestia de leerlo. De modo que, a los banqueros del futuro, dejo constancia de los extraños y bizarros acontecimientos de los que hemos sido testigos nosotros, los mexicanos que admiramos el ascenso y caída del clan de los banqueros anarquistas.

Antes de pasar a la narración de tales sucesos, empero, me parece necesario dejar asentado que, además de la eficiencia, el análisis económico del derecho cuenta con otro instrumento epistemológico fundamental para la crítica de las instituciones jurídicas: el criterio de *equidad* que alude a la distribución de la renta entre los individuos. En otras palabras, mientras que la eficiencia se relaciona con lo que coloquialmente llamaríamos “el tamaño del pastel”, la equidad depende de la forma en que se “reparten los trozos”.⁷⁷

Un análisis orientado a la propuesta de parámetros de equidad en la distribución del crédito excedería con mucho el propósito de este trabajo. Para realizar semejante ejercicio, por ejemplo, sería preciso formular consideraciones sobre cuál es el destino del crédito: no es lo mismo uno que tenga por objeto la adquisición de un yate, que aquel mediante el cual una familia pretende procurarse vivienda. Sin embargo, desde una perspectiva muy general, es posible afirmar que una decisión judicial tan groseramente favorable a los banqueros como lo fue aquella que nos ha ocupado a lo largo de estas páginas, vulnera la equidad en la medida en que promueve la concentración desmedida de la riqueza en el capital financiero. Paradójicamente, un sistema financiero que permita semejante

⁷⁷ Cfr. Polinsky, *op. cit.*, nota 6, p. 19. Pastor Prieto apunta que la noción de equidad empleada en economía se asocia con la noción de *justicia*, en el sentido de que ordena tratar igual a los iguales (igualdad horizontal) y desigual a los desiguales (igualdad vertical), y manda que quien se beneficie (o perjudique) de una acción debe correr, en principio, con los costes (o beneficios) de la misma. Cfr. Pastor, *op. cit.*, nota 6, pp. 34 y 35.

concentración de la riqueza atenta contra la propia economía de mercado. Al respecto, bástenos recordar las previsiones de Karl Marx:

El crédito brinda al capitalista individual o a quien pasa por capitalista un poder absoluto dentro de ciertos límites de disposición sobre capital ajeno y propiedad ajena, que es también, por tanto, poder de disposición sobre trabajo ajeno... Lo que arriesga el gran comerciante que especula es propiedad social, no su propiedad... Los triunfos y los fracasos conducen por igual a la centralización de los capitales y, por tanto, a la expropiación en la escala más gigantesca. La expropiación se extiende aquí desde el productor directo hasta el modesto y mediano capitalista. Esta expropiación constituye el punto de partida del régimen capitalista de producción; el llevarla a cabo es su meta; se trata, en última instancia, de expropiar a todos los individuos los medios de producción... dentro del sistema capitalista, esta expropiación se presenta bajo una forma antagónica, como la apropiación de la propiedad social por parte de unos pocos.

Si el sistema crediticio aparece como palanca principal de la sobreproducción y de la superespeculación en el comercio, ello sólo ocurre porque en este caso se fuerza hasta su límite extremo el proceso de la reproducción, elástico por su naturaleza, y porque se lo fuerza a causa de que una gran parte del capital social resulta empleado por los no propietarios del mismo, quienes en consecuencia ponen manos a la obra de una manera totalmente diferente a como lo hace el propietario que evalúa temerosamente los límites de su capital privado, en la medida en que actúa personalmente...

La doble característica inmanente al sistema de crédito [es]: de una parte, el desarrollar los resortes de la producción capitalista, el enriquecimiento mediante la explotación del trabajo ajeno, hasta convertirlos en el más puro y gigantesco sistema de juego y especulación, reduciendo cada vez más el número de los contados individuos que explotan la riqueza social y, de otra parte, el establecer la forma de transición hacia un régimen de producción nuevo.⁷⁸

Ya se ve la genialidad del personaje pessoano: ¿acaso existen entidades más aguerridas para detonar la economía de mercado que las propias instituciones de crédito? La decisión de la SCJN sobre el anatocismo puede contarse entre los tantos factores que han contribuido, en México, a reducir al mínimo el número de detentadores de la riqueza

⁷⁸ Marx, Karl, *El capital. Crítica de la economía política*, 11a. ed., trad. de León Mames, México, Siglo XXI Editores, 1999, t. III, vol. 7, pp. 566-569.

social (una raya más al tigre...). Ciertamente, el 8 de octubre de 1998 —probablemente exaltados por la victoria— los principales representantes de la cúpula empresarial del país llamaron a los deudores a olvidar protestas y enfrentar los pasivos.⁷⁹ El anatocismo era suyo, y suponían que la riqueza fluiría directamente hacia sus bóvedas. Por desgracia, la concentración salvaje de los recursos económicos de una sociedad siempre trae aparejados costes sociales muy altos: primero, el incumplimiento masivo de los deudores, y posteriormente...

En descargo de los ministros, justo es manifestar que, durante el tiempo que se prolongó el debate, los banqueros y su séquito de cortesanos supieron encontrar medios para “hacerse escuchar”. Entre los argumentos que aportaron a su causa, destaca la aseveración de que, dada la incertidumbre sobre el anatocismo, estaban *obligados* a restringir las líneas de crédito destinadas a las pequeñas y medianas empresas. Así, un día después del fallo comentado, Herminio Blanco, secretario del desaparecido ramo de Industria y Comercio, dijo que la resolución de la Suprema Corte de Justicia fue adecuada, “debido a las condiciones actuales que enfrentan pequeñas y medianas empresas”. “Ahora”, señaló, “se abre una nueva posibilidad para que haya disposición de crédito y en consecuencia tener un régimen financiero competitivo”. Aseguró, finalmente, que en las condiciones financieras entonces vigentes, lo fundamental para el crecimiento de las pequeñas y medianas empresas era la disponibilidad de créditos, que únicamente resultaba asequible “mediante el cobro de intereses y de capital por parte de los bancos”.⁸⁰

La disyuntiva que plantearon aquellos banqueros anarquistas al país fue clara: *la bolsa o la vida, todo o nada*. Me pagan como quiero que me paguen, o no hay dinero para nadie. Ganaron. El festejo les duró lo suficiente para arruinar el patrimonio de miles de mexicanos y hasta para arruinarse a sí mismos. Así de cruel es la vida: no existe borrachera sin resaca.

El 24 de mayo de 2002, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil resolvió el juicio de amparo directo 5224/2001, promovido por Banco del Atlántico contra actos de la Segunda Sala Civil del Tribunal

⁷⁹ Cfr. Varios autores, “IP: los deudores deben enfrentar pasivos y olvidarse de protestas”, *La Jornada Virtual*, 8 de octubre de 1998, <http://www.jornada.unam.mx/1998/oct98/981008/ip.html> (consulta de 19 de marzo de 2003).

⁸⁰ *Idem*.

Superior de Justicia del Distrito Federal y del juez Trigésimo Quinto de lo Civil del Distrito Federal.⁸¹ La institución crediticia había recurrido a la justicia federal con objeto de combatir la pretensión de la viuda Celia Reyes Lujano —amable anciana de ochenta y cinco años, oriunda de Zamora, Michoacán—, quien reclamó un pago equivalente a 45 mil millones de dólares por una inversión hecha en 1988. La resolución de la Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, favorable a la viuda, tuvo como fundamento la jurisprudencia por contradicción sentada por la corte, en la que se dio validez jurídica al pacto de anatocismo.⁸²

La potencial fortuna de la señora Reyes tuvo su origen cuando reclamó —precisamente en octubre de 1998— a Banco del Atlántico el importe y los intereses acumulados por dos inversiones realizadas a una tasa fija de 140 por ciento anual en 1988. Uno de los depósitos era por 5 millones de viejos pesos (5 mil pesos actuales) y el segundo por 54 millones 72 mil 400 viejos pesos (54 mil 724 pesos actuales). Al tipo de cambio de esa época, ambos montos equivalían aproximadamente a 25 mil dólares. Cuando la familia de la señora Reyes hizo los depósitos empleó el mecanismo de pagarés liquidables al vencimiento —que en ese caso era de un mes—, automáticamente renovables. Cabe apuntar que, en 1988, México vivía sometido a la hiperinflación y, por tanto, los bancos ofrecían instrumentos a tasa fija, que en el caso mencionado, fue contratado a 140 por ciento de interés anual.⁸³

La sentencia del Cuarto Tribunal Colegiado, empero, no fue tan generosa con la señora Reyes como lo fue la jurisprudencia de la corte con los banqueros. El tribunal federal señaló que la renovación automática del contrato no comprendía una tasa fija de intereses, sino que éstos serían variables y podían modificarse para ajustarlos, en todo caso, a las disposiciones del Banco de México vigentes en esa fecha

⁸¹ Cfr. Dirección General de Comunicación Social del Poder Judicial de la Federación, “El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió hoy el juicio de amparo directo 5224/2001”, comunicado de prensa del 24 de mayo de 2002, <http://www.scjn.gob.mx/Comunicados/Comunicado.asp?Pagina=buscar.asp&Numero=522> (consulta de 17 de marzo de 2003).

⁸² Cfr. González y Bauer, *op. cit.*, nota 50, p. 408.

⁸³ Cfr. González, Roberto y Arana, Jesús, “Debe pagar Banco del Atlántico a viuda michoacana”, *La Jornada Virtual*, 25 de mayo de 2002, <http://www.vjornada.unam.mx/2002/may02/020525/040nlsoc.php?origen=socius.html> (consulta de 17 de marzo de 2003).

sobre tasas de interés pagaderas por las instituciones de crédito.⁸⁴ Pese a esto, parece que doña Celia Reyes no tiene motivo de queja. Madre de dieciséis hijos, tranquilamente declaró que repartiría el dinero entre ellos.⁸⁵

Quede, entonces, la triste historia del anatocismo como lección para los banqueros de todos los tiempos que se sientan atraídos por *tentaciones anarquistas*. Las ofensas brutales a la equidad se pagan caro, puesto que siempre habrá una viuda Reyes dispuesta a cobrar la factura.

V. CONCLUSIONES

Primera. En el debate jurídico en torno al anatocismo, se distinguieron desde el principio dos posturas. La primera, defendió la legalidad del pacto de anatocismo sobre la base del principio de autonomía de la voluntad. La segunda, sostuvo la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión respecto a aquellos deudores que hubiesen contratado créditos bancarios antes de diciembre de 1994.

Segunda. La mayoría de los ministros integrantes de la SCJN suscribió la primera tesis sobre el apoyo del argumento paleopositivista que limita la función jurisdiccional a la interpretación mecánica de la ley.

Tercera. A las dos tesis jurídicas aducidas por la corte —la autonomía de la voluntad y el concepto restrictivo de interpretación judicial— subyace implícitamente otra de índole “económica”, por virtud de la cual se afirmó la necesidad financiera de legitimar el pacto de anatocismo.

Cuarta. La tesis “económica” implícitamente defendida por la corte, en realidad disfrazó los intereses políticos concretos de los representantes de las instituciones financieras.

Quinta. Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, la misión del derecho contractual no reside necesariamente en asegurar el cumplimiento del contrato, puesto que en determinadas ocasiones el incumplimiento —indemnización mediante— puede ser lo más eficiente. De aquí que pueda decirse que el objetivo del derecho de contratos, bajo

⁸⁴ *Cfr.* Dirección General de Comunicación Social del Poder Judicial de la Federación, *op. cit.*, nota 81.

⁸⁵ González y Arana, *op. cit.*, nota 83.

la óptica del análisis económico, consiste en asegurar el cumplimiento o el incumplimiento de éstos, dependiendo de cuál sea la opción más eficiente.

Sexta. Bajo un punto de vista estrictamente económico, la jurisprudencia sobre el anatocismo legitimó un régimen crediticio que incentiva el incumplimiento simple y llano, es decir, sin indemnización, puesto que desincentiva, dada su ineficiencia, el cumplimiento de los créditos contratados con las instituciones de crédito pero, al propio tiempo, no permite que se instauren las vías para la negociación ya de nuevos términos de cumplimiento, ya —en el peor de los casos— de incumplimientos eficientes.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. *Libros*

BRANCA, Giuseppe, *Instituciones de derecho privado*, trad. de Pablo Macedo, México, Porrúa, 1978.

CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryan, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. de Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, 14a. ed., Madrid, Reus, 1986, t. III.

CASTRO, Juventino, *La Suprema Corte de Justicia ante la ley injusta. Un fallo histórico respecto al llamado anatocismo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1999.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

COURTIS, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2001.

ELSTER, Jon, *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, trad. de Carlos Gardini, Barcelona, Gedisa, 1995.

———, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, trad. de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 1999.

- , *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. de Gerardo Pisarello et al., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000 (serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, núm. 15).
- FERRARA, Francesco, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. de Rafael Atard y Juan de la Puente, Irapuato, Orlando Cárdenas Editor, 1997.
- GONZÁLEZ COMPEÁN, Miguel y BAUER, Peter, *Jurisdicción y democracia. Los nuevos rumbos del Poder Judicial en México*, México, Cal y Arena-Centro de Investigación para el Desarrollo, 2002.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 3a. ed., trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Porrúa.
- HAYEK, Friedrich, *Camino de servidumbre*, 2a. ed. en español, trad. de José Vergara, Madrid, Alianza, 1985.
- KAIRYS, David (ed.), *The politics of law. A progressive critique*, 3a. ed., Nueva York, Basic Books, 1998.
- KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contin, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.
- MARX, Karl, *El capital. Crítica de la economía política*, 11a. ed. en español, trad. de León Mames, México, Siglo XXI Editores, 1999, t. III, vol. 7.
- PASTOR PRIETO, Santos, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1989.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio, *El movimiento* Critical Legal Studies, Madrid, Tecnos-Fundación Cultural Enrique Luño Peña, 1996.
- PESSOA, Fernando, *El banquero anarquista*, trad. de José Antonio Llardent, Valencia, Pre-Textos, 1983.
- POLINSKY, Mitchell, *Introducción al análisis económico del derecho*, trad. de J. M. Álvarez Flórez, Barcelona, Ariel, 1985.
- POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *Aspectos legales y económicos del rescate bancario en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002 (serie Estudios Jurídicos, núm. 35).
- STIGLITZ, Joseph, *La economía del sector público*, trad. de María Esther Rabasco y Luis Tohaira, Barcelona, Antoni Bosch, 1992.

TRABUCCHI, Alberto, *Instituzioni di Diritto Civile*, Padova, Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1993.

UNGER, Roberto Mangabeira, *The Critical Legal Studies Movement*, Massachusetts, Harvard University Press, 1986.

VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3a. ed., México, Fontamara, 2002.

2. Artículos

CARRINO, Agostino, “Solidaridad y derecho. La sociología jurídica de los ‘Critical Legal Studies’”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 1992.

COASE, Ronald, “The problem of social cost”, *The Journal of Law and Economics*, octubre de 1960.

3. Fuentes en línea

A. Artículos en línea

CRASWELL, Richard, “Contract law: general theories”, en BOUCKAERT, Boudewijn y GEEST, Gerrit de (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III: *The Regulation of Contracts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, <http://encvclo.findlaw.com/tablebib.html> (rubro IV. General Contract Law, consulta de 20 de marzo de 2003).

EASTMAN, Wayne, “Critical Legal Studies”, en BOUCKAERT, Boudewijn y GEEST, Gerrit de (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. I: *The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, <http://encvclo.findlaw.com/tablebib.html#TABLE%20F%20CONTENTS> (rubro 0. General Works, History and Methodology, consulta de 11 de marzo de 2003).

HEREMANS, Dick, “Regulation of banking and financial rates”, en BOUCKAERT, Boudewijn y GEEST, Gerrit de (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III: *The Regulation of Contracts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, <http://encvclo.findlaw.com/tablebib.html> (rubro V. Regulation of contracts).

HVIID, Morten, “Long-term contracts and relational contracts”, en BOUCKAERT, Boudewijn y GEEST, Gerrit de (eds.), *Encyclopedia of Law*

and Economics, vol. III: *The Regulation of Contracts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, <http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html>, (rubro IV. General Contract Law, consulta de 20 de marzo de 2003).

ULEN, Thomas, “Rational choice theory in law and economics”, en BOUCKAERT, Boudewijn y GEEST, Gerrit de (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol: I: *The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, <http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html#TABLE%20F%20CONTENTS> (rubro 0. General Works, History and Methodology, consulta de 11 de marzo de 2003).

Varios autores, “Critical legal theory”, Legal Information Institute, Cornell Law School, <http://www.law.cornell.edu/topics/topic2.html#legal%20theory> (consulta de 14 de marzo de 2003).

B. Libros en línea

FIX-FIERRO, Héctor, *La eficiencia de la justicia (una aproximación y una propuesta)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995 (Cuadernos para la Reforma de la Justicia, 1), <http://www.bibliouridica.org/libros/libro.htm?l=84> (rubro Biblioteca Virtual, consulta de 10 de marzo de 2003).

4. Prensa

ARANDA, Jesús, “La Corte ‘sólo interpreta leyes’, señala Aguinaco sobre el anatocismo”, *La Jornada Virtual*, 6 de octubre de 1998, <http://www.jornada.unam.mx/1998/oct98/981006/corte.html> (consulta de 19 de marzo de 2003).

Dirección General de Comunicación Social del Poder Judicial de la Federación, “El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió hoy el juicio de amparo directo 5224/2001”, comunicado de prensa del 24 de mayo de 2002, <http://www.scin.gob.mx/Comunicados/Comunicado.asp?Pagina=buscar.asp&Numero=522> (consulta de 17 de marzo de 2003).

GONZÁLEZ, Roberto y ARANA, Jesús, “Debe pagar Banco del Atlántico a viuda michoacana”, *La Jornada Virtual*, 25 de mayo de 2002, http://www.iornada.unam.mx/2002/mav02/0205_25/040n_1_soco_php?origen=soc-ius.html (consulta de 17 de marzo de 2003).

Varios autores, “IP: los deudores deben enfrentar pasivos y olvidarse de protestas”, *La Jorn@da Virtual*, 8 de octubre de 1998, <http://www.jornada.unammx/1998/oct98/981008/ip.html> (consulta de 19 de marzo de 2003).

Varios autores, “Rechazan bancos tregua judicial”, *La Jorn@da Virtual*, 24 de octubre de 1998, <http://www.jornada.unam.mx/1998/oct98/981024/rechazan.html> (consulta de 19 de marzo de 2003).