

Sobre las demandas de los deudores hipotecarios contra bancos y notarios

PLÁCIDO NÚÑEZ BARROSO

SUMARIO: I. El planteamiento. II. Referencia al marco jurídico. III. Análisis de la litis. IV. La función del notario. V. Conclusiones.

I. EL PLANTEAMIENTO

El reciente y aún no contenido incremento de la cartera vencida, originada en el incumplimiento de los deudores de los bancos, a causa de los fuertes incrementos de las tasas de interés, luego de las bruscas devaluaciones a partir del fatídico diciembre de 1994 y la caída de los mercados bursátiles, provocó la proliferación de litigios entre los acreditados y los bancos, en los que los primeros impugnan los contratos de préstamo por considerarlos sumamente gravosos e impagables.

Los efectos causados por la cartera vencida en el sistema financiero mexicano son enormes, y sus repercusiones en la economía general del país están a la vista, con sólo considerar que el costo del rescate bancario asciende ya a más de cuarenta y tres mil millones de dólares.

En el plano jurídico, al cual nos limitamos para el análisis, las principales argumentaciones e impugnaciones hechas valer por los acreditados que han promovido juicios contra los bancos, sea por no poder pagar o por no querer hacerlo, son las siguientes:

Afirman:

a) Que el contrato llamado de apertura de crédito simple es en realidad de mutuo con interés, y que tanto el banco como el notario identificaron de manera indebida dicho contrato; y que, no obstante ser una operación de crédito celebrada con una institución bancaria, no es un acto de comercio sino un acto de naturaleza civil.

b) Que las convenciones contenidas en los contratos celebrados son ilícitas conforme al artículo 77 del Código de Comercio y que no producen obligación ni acción, por haber violado las disposiciones especiales que regulan las opera-

ciones bancarias, principalmente los artículos 4, 46, 49, 65, 76, 77 y 106 fracción V, de la Ley de Instituciones de Crédito.

c) Que el banco acreditante estableció por su cuenta términos y condiciones que se apartan de las sanas prácticas y usos bancarios

d) Que el supuesto crédito adicional es una simulación, ya que el dinero objeto del crédito nunca se entregó y, en consecuencia, es nulo por falsedad ideológica.

e) Que los bancos no tienen permitido otorgar créditos para pago de pasivos según el artículo 112, fracción V, de la Ley de Instituciones de Crédito.

f) Que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia y de la ignorancia del acreditado al estipularse intereses desproporcionados.

g) Que los intereses se calculan con procedimientos unilaterales y oscuros.

h) Que los intereses pactados están afectados de nulidad absoluta, en virtud de que no se pueden sujetar a acontecimientos futuros e inciertos tales como las variaciones que obedezcan a las condiciones del mercado financiero.

i) Que conforme a la Ley no se pueden causar intereses sobre intereses.

j) Que al causarse intereses sobre intereses se incurre en anatocismo en contra de lo dispuesto por el artículo 2397 del Código Civil.¹

k) Que los intereses son impagables y no se está obligado a lo imposible según los artículos 1943 y 2111 del Código Civil.

l) Que los contratos celebrados deben rescindirse o modificarse por haber variado radicalmente las condiciones generales del medio en que deben tener cumplimiento, ya que se ha hecho imposible satisfacer la intención de las partes, dada la notoria falta de equidad de llevar adelante los términos convenidos.

m) Que las escrituras de préstamos hipotecarios son nulas, porque el notario no está facultado para dar fe de actos contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

n) Que el notario no advirtió a las partes de las notorias injusticias que significaban las cláusulas en perjuicio del acreditado, al cual no se le explicaron las consecuencias legales, toda vez que era imposible saber cuáles iban a ser éstas.

ñ) Que el notario no cumplió con su deber legal de asesoramiento a los acreditados, por lo que los dejó en estado de indefensión.

Con estas o semejantes razones, que se reiteran en la mayor parte de las demandas planteadas por los deudores, se quiere negar la legalidad, validez y exigibilidad de los contratos de crédito bancarios.

Por lo anterior, el tema de la validez de los contratos de crédito bancarios y su exigibilidad es de la mayor importancia tanto para los deudores como para los bancos. Ambos invocan el mismo derecho para fundamentar sus pretensiones o defensas.

Para los notarios, la situación es excepcional, ya que en otros tiempos, una vez otorgada la escritura, los testimonios notariales se guardaban en los archivos de los bancos, pero hoy algunos están en los tribunales.

Los notarios, sin ser parte de los contratos de crédito celebrados, se ven con frecuencia involucrados en estas controversias.

¹ Las referencias al Código Civil corresponden al D. F.

En esta situación es clara la diferencia entre la presunción de validez de los instrumentos notariales que establece el artículo 102 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal y la firmeza incontrovertible de la cosa juzgada.

De manera que hoy estamos ante la eventualidad que señala el maestro José Luis de la Peza:

Si una de las partes no cumple o resulta una discrepancia en la interpretación o en el alcance de los deberes que a cada uno compete, entonces (los documentos) cobran toda su importancia y su buena o mala factura será determinante en la solución del problema y, eventualmente, en el éxito del litigio.² Las escrituras y para ser más precisos, el contenido de ellas, está sometido al examen judicial.

Por ello es necesario el análisis de estos cuestionamientos, restringiéndonos a los puntos de derecho, ya que en cuanto a los hechos, el problema es de prueba. *Nihil hoc ad ius, ad Ciceronem*. Si los hechos no se prueban, no falla el derecho, sino las pruebas. *Non deficit ius, sed probatio*.

Advierto que las circunstancias han favorecido más la difusión de sofismas que darle crédito a verdades evidentes, y no faltan quienes le sacan provecho a la situación.

II. REFERENCIA AL MARCO JURÍDICO

La resolución de las controversias compete a los jueces, pero ello no impide intentar hacer una reflexión profesional sobre la legalidad o ilegalidad de las operaciones bancarias, pues el cometido de la función notarial no es únicamente dar fe, sino documentar los contratos con apego al derecho y a la voluntad de las partes.

La ley no sólo le delega al notario la actividad certificadora, también le impone la responsabilidad de configurar los actos que han pasado ante su fe con apego al ordenamiento jurídico. Por eso estoy convencido de que cuando los notarios dieron fe de estos actos, estaban ciertos de su legalidad, la cual el transcurso del tiempo no la transforma en ilegalidad. No puede un acto ser válido y luego dejar de serlo. Si un acto es válido, lo es siempre.

Desde luego que las partes, en su legítima defensa, pueden hacer valer toda clase de argumentos, aportar las pruebas a su alcance, así como invocar hasta lo absurdo para convencer al juez. El sistema judicial dirá la última palabra en la plenitud de su jurisdicción.

Para que las opiniones sobre las cuestiones jurídicas en debate tengan el debido sustento, es preciso tomar en cuenta el marco jurídico aplicable, sin acotaciones caprichosas que limiten las disposiciones o el alcance de las mismas. Nos debemos atener a los hechos *ut sunt in actis* para poder precisar cuál es el derecho aplicable.

En esta materia, como en cualquiera otra que se preste a controversia, es fácil perder la objetividad si exclusivamente se invoca o mira el derecho que pueda

² PEZA MUÑOZ CANO, José Luis de la *De las obligaciones* (México McGraw Hill 1997) 111.

beneficiar a alguna de las partes en conflicto, pero torturando la interpretación de las mismas.

Por ello, rechazo el marco jurídico delimitado arbitrariamente, pues es contrario a los más elementales principios de hermenéutica jurídica pretender resolver una controversia sin aplicar el derecho en su conjunto y basarse únicamente en disposiciones aisladas. *Incivile est nisi tota lege perspecta, una alicua particula eius proposita, aliud judicare vel respondere.*³

Algunos opinan que a las operaciones de crédito bancarias les es aplicable la Ley de Instituciones de Crédito como un ordenamiento especial, y que sus disposiciones son de excepción, por lo que derogan las disposiciones generales en materia de contratos, contenidas en el Código de Comercio y el Código Civil.

La finalidad específica de este ordenamiento es regular la banca y sus actividades, pero se omite señalar que la ley especial impera sólo en lo que tenga de especial y que fuera de ello rigen las disposiciones generales.

La vigente Ley de Instituciones de Crédito constituye en sí, por su estructura y técnica jurídica, la prueba de que el derecho bancario no es una rama autónoma del derecho sino una parte del derecho mercantil, cada vez más extenso, como lo son el derecho cambiario, societario, concursal, bursátil, de seguros y fianzas, etcétera.

Es plenamente aplicable al derecho bancario mexicano la afirmación del ilustre mercantilista, don Joaquín Garrigues, para el cual el derecho bancario presenta un doble aspecto: normas que afectan a la institución bancaria y normas que afectan a la actividad misma que el banco desarrolla. Al primer aspecto, regido predominantemente por normas de derecho público administrativo, corresponde el estudio del concepto jurídico de banco y el ejercicio de la profesión de banquero. El segundo aspecto, regido por normas de derecho privado, se refiere a las operaciones bancarias traducidas en contratos entre el banco y sus clientes.⁴

Del contenido de la Ley de Instituciones de Crédito se desprende que la misma únicamente regula algunos aspectos de las operaciones de crédito, y por ello la propia ley en su artículo 6º señala que en lo no previsto por ella y la Ley Orgánica del Banco de México, se aplicará la legislación mercantil, los usos y prácticas bancarias y mercantiles y el Código Civil para el Distrito Federal.

Además de lo dispuesto en términos generales por el artículo 6o. ya citado, otros artículos de la misma ley, de manera particular, remiten a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que regulan las operaciones activas y pasivas de los bancos. Como ejemplos de ello baste citar los artículos 46, 66, 69 y 79 que remiten a la susodicha ley en materia de operaciones de reporto, depósito bancario de dinero y de títulos, de descuento de créditos en libros, de contrato de apertura de crédito y en cuenta corriente, de cartas de crédito, de crédito confirmado, de créditos de habilitación o avío y refaccionario, de prenda y fideicomiso.

³ Dig., L., 24, T. II.

⁴ GARRIGUES, Joaquín *Contratos bancarios* 2ª (Madrid 1965) 4.

La constante remisión a la LGTOC tiene su explicación auténtica en la misma exposición de motivos de esta Ley que data de 1932, la cual se expide porque

resultó imperiosa la necesidad, sentida desde mucho tiempo antes, de crear la estructura jurídica indispensable para la existencia de las operaciones y de los instrumentos exigidos en la nueva organización del crédito. Nuestra legislación mercantil, en tantos puntos deficiente, lo es de un modo especial en materia de títulos y operaciones de crédito. Tanto desde el punto de vista económico como desde el estrictamente jurídico, el Código de Comercio presenta graves lagunas y adolece de numerosos defectos a los cuales debe atribuirse, en buena parte, el raquítico desarrollo que el crédito y la circulación de títulos han tenido en nuestro país. La nueva ley precisa la distinción entre apertura de crédito, crédito en cuenta corriente y cuenta corriente, resolviendo con ello puntos que han dado lugar a largas controversias y abriendo un inmenso campo para operaciones que la falta de prescripciones legislativas y la obscuridad de conceptos existentes sobre el particular habían hecho imposible en México, no obstante las notorias ventajas que de su realización pueden derivarse.

Por consiguiente, las operaciones de crédito que, según el artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito, pueden celebrar los bancos están reguladas sustantiva y adjetivamente por el conjunto de normas a las que remite la disposición citada, es decir, por el derecho mercantil. Este punto es coincidente con el artículo 75, fracción XIV, del Código de Comercio que califica a las operaciones bancarias como actos de comercio y que reafirma luego el segundo párrafo del artículo 1º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.⁵

Por todo lo anterior, me parece insostenible la afirmación según la cual la Ley de Instituciones de Crédito deroga disposiciones generales aplicables en materia de contratos de crédito. Los ordenamientos se complementan en lugar de excluirse. Ya en su momento, Messineo hizo notar la necesidad de integrar las normas del contrato de que se trate para que se pueda tener su completa disciplina, su normativa jurídica.⁶ Es, además, contrario a una economía legislativa, que esta ley regulara exhaustivamente las operaciones bancarias, en lugar de utilizar un simple reenvío a normas establecidas y ocuparse de lo que estrictamente afecta a la actividad bancaria.

III. ANÁLISIS DE LA LITIS

En las controversias de deudores *versus* bancos, los primeros pretenden negar la obligatoriedad de los contratos celebrados con el argumento de que el principio según el cual “la voluntad de las partes, es la suprema ley de los contratos”, es un principio obsoleto, que no está por encima de la Ley. Se quiere desconocer una disposición fundamental del derecho de las obligaciones, expresado en el

⁵ Art. 1º. “Las operaciones de crédito que esta ley reglamenta son actos de comercio”. Nótese que los términos de este artículo son absolutos e incondicionados.

⁶ MESSINEO, Francesco *Doctrina general del contrato* 1 (Buenos Aires Ediciones Jurídicas Europa-América 1986) 2.

artículo 78 del Código de Comercio ⁷ y el artículo 1796 del Código Civil.⁸

El argumento es inadmisibile por disolvente, porque en el derecho privado los contratos fundamentan su validez y obligatoriedad en el consentimiento de ambas partes, en ejercicio de esa libertad para decidir contratar o no contratar y de convenir o aceptar los términos del contrato mismo, siempre y cuando no contravengan las leyes de orden público o las buenas costumbres.

La autonomía de la voluntad, con todo y las limitaciones que existen sobre ella, sean de carácter general o particular, es la regla y su límite es la excepción, y, por lo tanto, como límite que es para que tenga vigor debe ser declarado expresamente.⁹

Frente a la autonomía negocial y los riesgos que implica el ejercicio de la libertad jurídica, no hay más contrapartida que el sometimiento del individuo a las decisiones que le imponga cualquier régimen jurídico normativista y que no pueda tomar sus propias decisiones.

Por ello, pese a las fallas y excesos que puedan cometerse en su utilización, si alguna de las partes no contrata con la prudencia debida, la institución jurídica del contrato es el medio más idóneo para la libre autodeterminación de la persona. Los remedos del llamado contrato en una economía dirigida, sólo son eso: un vocablo vacío de contenido.

No amerita comentario especial la afirmación de que los bancos deciden términos y condiciones de manera unilateral, porque todos sabemos y nadie fundamentamente sostiene que las relaciones contractuales puedan constituirse mediante la imposición unilateral de una de las partes.

Para eludir la obligatoriedad de los contratos de crédito celebrados se invoca, sin embargo, que los bancos violaron las sanas prácticas bancarias provocando que hoy los deudores no puedan pagar. Son los responsables, se dice, por falta de previsión, a pesar de ser instituciones profesionales del crédito que por obligación legal deben celebrar sus operaciones en términos de seguridad y liquidez, como lo establecen los artículos 4, 46, 49, 65, 76 y 77 de la Ley de Instituciones de Crédito, porque los créditos se otorgaron a sabiendas que los deudores no podrían pagarlos.

Ninguno que conozca de los acontecimientos que originaron la crisis afirmaría que las circunstancias económicas sobrevenidas son responsabilidad de los bancos y que éstos pudieron preverlas. ¿Acaso los bancos podían conocer lo que todos los demás desconocíamos?

Ante posibles fluctuaciones de sus costos financieros, los bancos previeron y pactaron en los contratos de crédito un posible aumento o disminución de tasas si aquéllos variaban. Esta cláusula de ajuste es usual hace más de 20 años, desde que la economía del país entró en un proceso de constantes alzas y bajas inflacionarias. En economía se puede pronosticar, pero no se puede predecir.

⁷ Art. 78. En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y en términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

⁸ Art. 1796. "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquéllos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley".

⁹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón *De los contratos civiles* 12a. (México Porrúa) 5.

No es razonable pensar que los bancos otorgaran créditos si hubieran tenido la certeza de que los deudores no les pagarían, porque habrían actuado en contra de sus propios intereses.

Esta pretendida responsabilidad de los bancos de que un contrato de crédito no le cause perjuicios económicos a su cliente, me recuerda la antigua *actio in integrum restitutio* que el derecho romano concedía a los menores de 25 años. Como nadie quería contratar con ellos se les nombraba un *curator* para que los asistiera en sus negocios. Después los menores prefirieron pedir la *venia aetatis* y contratar bajo su propio riesgo.¹⁰

Esta vieja acción del derecho romano, que pronto desapareció debido a la inseguridad jurídica que causaba para los contratantes, no tiene hoy ninguna vigencia. Los códigos civiles modernos reconocen la autonomía dominical y la autonomía negocial. Sobre el articular baste recordar el alcance de lo dispuesto en los artículos 24 y 1798 del Código Civil.¹¹

Aún más, el artículo 639 del mismo Código nos señala que ni siquiera los menores de edad pueden alegar la nulidad en las obligaciones que hubieren contraído sobre materias propias de la profesión, arte u oficio en que sean peritos.

Un cierto resabio de aquella acción romana asoma en la acción por lesión que regula el artículo 19 del Código Civil bajo supuestos de tal manera extremos, que resulta muy difícil su aplicación práctica.

Conclúyese que en los contratos, toda persona capaz es responsable de sus propias decisiones y de las consecuencias legales de los mismos.

No obstante es imprescindible responder al siguiente planteamiento:

¿Si un banco no cumpliera con la disposición que según la Ley de Instituciones de Crédito le obliga a otorgar sus créditos a sujetos capaces económicamente de pagar, provocaría con ello la nulidad del contrato?

En términos de la Ley específica, la de Instituciones de Crédito, no se prevén para el supuesto de incumplimiento, mas que sanciones administrativas y hasta la intervención gerencial, si el banco sufre quebranto patrimonial por operaciones irregulares. Pero no establece la nulidad de los contratos de crédito celebrados y, además, disposiciones generales del Código de Comercio o del Código Civil no serían aplicables porque la supletoriedad es sólo a falta de disposición expresa. Es de recordar, también, que según el artículo 8º del Código Civil no es aplicable la nulidad por violación de la ley, cuando ésta ordena lo contrario.¹²

Hasta donde conozco, ninguna ley establece que la validez de un contrato de crédito dependa de la solvencia del deudor y, si la finalidad de la Ley de Instituciones de Crédito es proteger la estabilidad y solvencia de las instituciones bancarias, con la nulidad del contrato irregularmente celebrado, el perjuicio de éstas como intermediarias financieras sería mayor. Este es, precisamente, el

¹⁰ D'ORS, Álvaro *Derecho romano* (Pamplona 1989) 84.

¹¹ Art. 24. El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

Art. 1798. Son hábiles para contratar, todas las personas no exceptuadas por la ley.

¹² Art. 8º. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

perjuicio que la ley trata de evitar con las disposiciones cuya violación invocan los propios deudores.

Y como de lo verdadero no puede derivar lo falso (*ex vero non sequitur nisi verum*) no es válido sostener que habiéndose dispuesto de un crédito, no se tenga la obligación de devolverlo como se convino.

Se afirma, igualmente, que los contratos entre bancos y deudores no son contratos de apertura de crédito, y se sostiene que en realidad son contratos de mutuo de naturaleza esencialmente civil.

No obstante que los contratos de crédito en disputa se celebran con instituciones bancarias, se pretende desconocer la mercantilidad de los mismos y con ello la aplicación de la legislación mercantil, a la que de manera típica están sometidos y a la cual remite el artículo 6° de la Ley de Instituciones de Crédito. La pretensión de que los contratos celebrados son de mutuo de índole civil, por naturaleza gratuito, implica desconocer la mercantilidad de estos préstamos, olvidándose que las partes se someten voluntaria y deliberadamente a la figura legal de la apertura de crédito para el negocio crediticio que celebran.

La función de banca y crédito es esencialmente una actividad de intermediación del dinero y es esta intermediación mercantil la principal característica de los actos de comercio.

El préstamo bancario no es un crédito de complacencia, ya que el banco es un "intermediario entre las personas que le confían sus capitales disponibles y aquellas que lo necesitan y demandan".¹³

Distinta a la operación bancaria que las instituciones de crédito realizan con el público, es aquella en la que el banco presta sus propios recursos mediante contratos de mutuo a sus empleados, ya que por no existir intermediación financiera, sí son verdaderos contratos de mutuo de carácter civil.

Si bien es cierto que la apertura de crédito en teoría no es más que un contrato de mutuo evolucionado, en el que el acreditante pone a disposición del acreditado las cantidades de las que éste último puede disponer, no se tipifica como mutuo porque con esta modalidad la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito regula el contrato mercantil de apertura de crédito y la diferencia entre ambos contratos no la determina la entrega del dinero sino las modalidades legales con las que aparece revestida la apertura de crédito, mismas que no son posibles en el mutuo.

Por consiguiente, si las partes pactan que la institución bancaria se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado y que éste se obliga a restituir las cantidades de que disponga, se reúnen los elementos típicos del contrato de apertura de crédito, por lo que la intención común de ambas partes y la naturaleza del contrato deriva de los mismos términos pactados. En el caso, el notario no hace más que redactar el contrato conforme a lo que las partes quisieron convenir. Sin embargo, se debe precisar que, para saber si el contenido de lo pactado es mutuo o apertura de crédito, depende de la adecuación del hecho al supuesto normativo y no de la calificación que le den los contratantes.¹⁴

¹³ TENA, Felipe de J. *Derecho mercantil mexicano* (México Porrúa 1970) 76.

¹⁴ *Cfr.* arts. 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Sobre este punto, la Suprema Corte ha venido sosteniendo que no es la denominación sino los términos del contrato lo que determina su naturaleza.¹⁵

Para que el juez aprecie que la verdadera naturaleza del contrato celebrado es distinta, se precisa demostrar que la conducta de las partes no se apegó a los términos aparentemente convenidos y que ejecutaron un contrato distinto, como lo establece el artículo 1851, segundo párrafo, del Código Civil: “Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes prevalecerá ésta sobre aquellas”.

Se afirma, igualmente, que el refinanciamiento o crédito adicional otorgado por los bancos, no es más que una forma de disimular una oculta capitalización de intereses prohibida por el artículo dos mil trescientos noventa y siete del Código Civil.

La cláusula, conocida como pacto de anatocismo, consiste en el convenio de que los intereses, una vez causados, se sumen al capital; y los efectos jurídicos que se producen el maestro Ramón Sánchez Medal los explica como sigue:

En el pacto de anatocismo, ni el acreedor puede exigir el pago de los intereses ordinarios, constituyendo al deudor en *mora solvendi*, ni tampoco el deudor puede exigir que se le reciban esos intereses ordinarios, constituyendo a su acreedor en la *mora accipiendi* a medida que dichos intereses se vayan devengando, sino que éstos, por el convenio, deberán irse acumulando al capital para proliferar de nuevo y producir a su vez nuevos réditos.¹⁶

Estos efectos no se producen con el llamado refinanciamiento o crédito adicional, porque el acreditado no está obligado a disponer del crédito adicional y jurídicamente está facultado para pagar los intereses causados, por lo que si el acreditante se rehusa a recibirlos incurriría en la *mora accipiendi*. Por consiguiente, ni explícita ni ocultamente las partes convienen la capitalización de intereses.

El crédito adicional del que el acreditado dispone constituye un adeudo de capital, por lo que no se configura el supuesto pacto de capitalización de intereses. Sobre este punto el primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito resolvió en el mismo sentido.¹⁷

¹⁵ “La naturaleza de los contratos depende, no de la designación que les hayan dado las partes, que puede ser errónea, sino de los hechos y actos consentidos por las mismas, en relación con las disposiciones legales aplicables, atenta la regla de interpretación del Código Civil vigente: “Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas”. Segunda Sala, Seminario Judicial de la Federación, Séptima Época, 103-108, Tercera Parte, pág. 67

¹⁶ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón “El pacto de anatocismo y los daños y perjuicios moratorios en las deudas de dinero” *Jus XXI* 127 (1948) 73.

¹⁷ ANATOCISMO, PACTO DE, no lo constituye el Convenio celebrado entre los contratantes con el fin de que el acreditado disponga discrecionalmente, en su caso, de un crédito adicional para cubrir intereses devengados e insolutos. Tesis: XVII. 1o. 3 C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, Tomo 5. Conforme al artículo 363 del Código de Comercio “Los intereses vencidos y no pagados no devengan intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos”. De este precepto se desprende 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 hipótesis contiene el caso de anatocismo, que prohíbe expresamente el legislador, y la segunda permite el que, según la voluntad de los contratantes, aquellos intereses vencidos y no cubiertos lleguen a formar parte del capital. Ahora bien, si en un caso los contratantes convinieron en la apertura a favor del acreditado de un crédito adicional con el fin de cubrir

La resolución anterior distingue acertadamente el pacto de anatocismo de la cláusula de refinanciamiento, pero en mi opinión interpreta mal el artículo 363 del Código de Comercio, ya que dicho artículo no establece que las partes no puedan pactar previamente la capitalización de intereses, como sí lo hace el artículo 2397 del Código Civil. De manera que el pacto de anatocismo sólo está prohibido en materia civil.

En contradicción con esta tesis y otras más, el Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito interpreta en otros términos los discutidos contratos de apertura de crédito y recientemente ha establecido la siguiente tesis de jurisprudencia:

ANATOCISMO, PACTO DE, LO CONSTITUYE EL CONVENIO CELEBRADO ENTRE LOS CONTRATANTES A FIN DE QUE EL ACREDITADO DISPONGA DE UN CRÉDITO ADICIONAL PARA CUBRIR INTERESES NO DEVENGADOS. El artículo 363 del Código de Comercio prevé, "los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos". De este precepto se desprende, por una parte, la prohibición de que los intereses vencidos generen a su vez intereses, y, por otra parte, contempla la posibilidad, como caso de excepción y acto posterior o futuro, la capitalización de los intereses vencidos y no cubiertos, previo convenio de los contratantes. Ahora bien, si los interesados convinieron en la apertura, a favor del obligado, de un crédito adicional a fin de cubrir mediante disposiciones mensuales, los intereses generados que no lograra pagar con la erogación neta correspondiente y pactaron además que las disposiciones del crédito adicional se documentaran mediante asientos contables que haría el acreditante sin necesidad de que el acreditado suscribiera documento alguno, tal acuerdo de voluntades entraña el pacto de anatocismo prohibido por el numeral antes citado, ya que por una parte se conviene de antemano la disposición de un préstamo por una suma determinada destinada al pago de intereses ordinarios no vencidos, y, por otra se establece que esa cantidad en sí misma constituye capitalización de los réditos no cubiertos con los pagos o erogaciones netas mensuales, produzca a su vez nuevos intereses, sin que pueda considerarse que la disposición de ese crédito sea discrecional, pues para concluir en este sentido, resultaría necesario que se hubiera acordado que una vez generados los intereses el acreditado tuviera la opción de manifestar si quería o no utilizar el crédito adicional otorgado y no antes de su causación.

Esta tesis jurisprudencial significa un importante giro interpretativo del Poder Judicial que conviene analizar.

En primer término, afirma que el artículo 363 del Código de Comercio prohíbe el pacto de anatocismo, consistente en pactar de antemano la capitalización de intereses y que éstos a su vez produzcan nuevos intereses.

Si comparamos lo dispuesto por este artículo con el texto del artículo 2397 del Código Civil, notaremos de inmediato la diferencia entre uno y otro, porque en materia de mutuo el legislador civil fue determinante al establecer la nulidad

discrecionalmente, mediante disposiciones mensuales los intereses insolutos, tal convención en modo alguno entraña el pacto de anatocismo prohibido por el numeral antes citado, ya que es de la voluntad de dicho acreditado el que se dé o no la hipótesis pactada, puesto que bien puede impedir su actualización, cubriendo puntualmente los intereses generados, y por otra parte, con dicha convención tampoco se estipula el que los intereses vencidos y no pagados generen a su vez intereses, sino sólo el que el acreditado disponga discrecionalmente del mencionado crédito adicional para cubrir intereses insolutos. Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito.

del pacto de anatocismo, mientras que el legislador mercantil en el numeral citado se limita a establecer como regla general que “los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses”, para enseguida autorizar que “los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos”.

Interpretando rectamente este artículo, lo único que establece es que se requiere de pacto expreso de las partes contratantes para que los intereses del préstamo se capitalicen y, por lo tanto, dicho pacto constituiría una cláusula accidental del contrato de préstamo de acuerdo con la distinción de las cláusulas que establece el artículo 1839 del Código Civil o un convenio, si el acuerdo fuese posterior. No encuentro, pues, en el texto del artículo 363 del C. Com. la supuesta prohibición del pacto anticipado de capitalizar intereses. Por demás está decir que los intereses no se capitalizan sino hasta que se devengan, ya que la cláusula versa sobre cosas futuras.

El término “podrán” que emplea el artículo 363, lo interpreta la tesis jurisprudencial transcrita como una limitante de la autonomía de las partes al darle el sentido de autorización en futuro, en lugar de atribuirle su sentido gramatical permisivo que el propio término expresa. Es contrario a la más elemental hermenéutica jurídica del derecho privado, que parte del postulado de que todo lo que no está prohibido está permitido, el entender como prohibitiva una norma que, en sí misma es permisiva. El artículo describe una hipótesis normativa, no un hecho futuro. Si no fuera así, entonces los participios pasivos como “vencidos” o “no pagados” tendrían que entenderse absurdamente como referidos a sucesos anteriores a la ley, en lugar de ser elementos hipotéticos de una disposición.

Un segundo aspecto que me parece erróneo en la misma tesis jurisprudencial, producto del desconocimiento del *modus operandi* de la apertura de crédito, es la afirmación de que la disposición del crédito adicional por parte del acreditado no es discrecional, ya que desconoce la voluntad de las partes expresada en el contrato de apertura de crédito y el consentimiento mismo del acreditado, de disponer del crédito adicional para cubrir intereses devengados que manifiesta de manera tácita cada vez que paga una cantidad inferior a los intereses generados, y que hace innecesario un nuevo pacto como lo pretende la tesis que se impugna.

Aun en el supuesto de que el crédito adicional pudiera entenderse como una forma indirecta de capitalización de intereses, la situación no es idéntica al pacto de anatocismo, porque el acreditado sí tiene la opción de pagar con sus propios recursos los intereses que se vayan causando o utilizar el crédito adicional otorgado.

Ante la contradicción de tesis, en punto de tanta trascendencia para los bancos y los deudores, se ha planteado ya ante la Suprema Corte de Justicia que ésta resuelva cuál será la tesis prevaleciente.

Las aperturas de crédito con refinanciamiento no se pueden entender sino en el contexto de un nominalismo imperativo en las obligaciones pecuniarias y una moneda de pago en depreciación constante.

Para los seguidores del principio nominalista como Knapp, Nussbaum o Pothier, se debe “considerar como único valor del dinero a los efectos del tráfico

jurídico, al nominal que le es atribuido por el Estado y que expresa una relación de igualdad”.¹⁸

El principio de nominalismo lo incorporan a nuestra legislación vigente el Código Civil (art. 2389), el Código de Comercio (art. 359) y la Ley Monetaria (art. 7), con lo que se garantiza el curso forzoso de la moneda nacional como medio de pago. La consecuencia jurídica de este principio es que en las deudas de dinero el deudor cumple entregando el número de unidades monetarias estipulado o establecido, cualesquiera que sean las fluctuaciones o cambios de valor de la moneda o su poder adquisitivo posterior, por lo que la desvalorización es soportada por el acreedor.

Desafortunadamente, el nominalismo, con todo y la seguridad jurídica que implica, en épocas de inflación no funciona y su aplicación no sólo es económicamente desastrosa sino injusta.

Es muy raro que alguna persona está dispuesta a prestar una cantidad de dinero si no pudiera recuperar su valor real. A esta justa exigencia respondía el derecho romano estableciendo que el deudor debía devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Según la opinión de los romanistas, dicho derecho no acogió el principio nominalista.

De no existir el envilecimiento de la moneda por la inflación, un peso se pagaría con otro peso como lo establece el nominalismo monetario. No siendo esta la realidad, la forma de mantener el valor constante del dinero en los contratos de crédito en un régimen nominalista de carácter imperativo es incorporar a las tasas de interés la pérdida del poder adquisitivo del dinero, más la tasa real como costo de la utilización del mismo. El dinero se encarece con tasas más elevadas.

Para un prestamista particular, el procedimiento es potestativo, pero no lo es para las instituciones de crédito a quienes las sanas prácticas bancarias les obligan a no descapitalizarse. Repercuten a sus deudores los costos financieros de captación de sus recursos más su margen de utilidad, conviniendo tasas de interés flotantes.

Advirtamos, sin embargo, que no se trata de una “cláusula de estabilización”, como lo interpreta el distinguido mercantilista José María Abascal Zamora cuando dice: “También a la estipulación de intereses se recurre como cláusula de estabilización. Cuando esto es así la cláusula, de hecho, contiene el interés real por el uso del dinero y una tasa que se calcula para que la suma debida vaya creciendo al ritmo de la inflación”.¹⁹ Difiero de este modo de juzgar el fenómeno, porque la finalidad económica no necesariamente coincide con la naturaleza jurídica de la prestación, en virtud de que las partes no pactan la restitución de un valor actualizado del dinero, sino el pago de un interés flotante y, por consiguiente, lo debido es un interés.

Hasta antes del decreto que creó las UDIS, estaba permitido pactar intereses flotantes, pero no era posible convenir “cláusulas de estabilización” de la obligación principal en materia de préstamos.

¹⁸ HERNÁNDEZ GIL, Antonio *Derecho de obligaciones* (Madrid Espasa Calpe) 253.

¹⁹ ABASCAL ZAMORA, José María *Las unidades de inversión y el derecho mercantil mexicano* (México Themis) 38.

Al incrementarse la carga del deudor con tasas más elevadas provocadas por la inflación, la apertura de crédito le permite al acreditado disponer de capital adicional para liquidar los intereses causados y, entonces, los plazos de amortización se alargan.

Esta práctica, en épocas de inflación, conlleva un inconveniente económico que la teoría nominalista pretendía resolver: la inseguridad de cuánto es lo debido.

Ante las circunstancias de grave crisis económica, el 1° de abril de 1995 se expidió el decreto que creó las Unidades de Inversión (UDIS) para tratar de resolver el problema de la cartera vencida. La exposición de motivos de la iniciativa decía:

Es evidente que la utilización de las UDIS presentaría ventajas tanto para los ahorradores como para los deudores. Respecto de los primeros debe considerarse que el capital de las inversiones en instrumentos denominados en UDIS mantendría su valor real. Además, el interés que se pactara, al estar referido a UDIS, tampoco se vería expuesto a pérdida de valor real.

Los usuarios de crédito, por su parte, pagarían una tasa de interés probablemente menor en términos reales. Ello, en virtud de la supresión de la prima por riesgo a que se hizo referencia. Sin embargo, la mayor ventaja para los acreditados sería la eliminación del pago anticipado de los créditos a que se ha hecho mención. Así, por ejemplo, en un crédito denominado en UDIS en el que sólo se estuviere pagando los intereses, el valor real del principal se mantendría constante, si bien, desde luego, el monto nominal calculado en pesos ascendería.

El decreto que crea las UDIS transforma el nominalismo imperativo e irrenunciabile de las deudas de dinero en potestativo, e incorpora a la legislación mercantil la teoría valorista al permitir su indexación conforme al índice nacional de precios al consumidor mediante la aplicación del nuevo régimen que establece como optativo el artículo 1° de dicho Decreto.

Conforme a la teoría valorista, la deuda de valor es aquella en la que se debe la estimación de algo o es aquella en la que se debe una cantidad de dinero que sea superior al valor nominal.²⁰

Contra la opinión muy respetable del ya citado mercantilista, para el que el artículo 359 del Código de Comercio quedó derogado,²¹ con el citado Decreto hoy coexisten dos regímenes para las deudas de dinero en moneda nacional: uno, el aplicable a las deudas de suma que se seguirán pagando por su valor nominal, y otro aplicable a las deudas denominadas en UDIS que deberán pagarse en pesos entregando su equivalente conforme al valor de dicha unidad de cuenta al día del pago.

²⁰ HERNÁNDEZ GIL, Antonio *Derecho de obligaciones* (Madrid Espasa Calpe) 137 y ss.

²¹ “En cuanto al préstamo mercantil de dinero hasta la entrada en vigor del Decreto tuvimos un nominalismo rígido, ya el Cco decía ‘consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la ley monetaria vigente al tiempo de hacerse el pago, sin que esta prescripción sea renunciabile’ (art. 359). Esta disposición quedó derogada por el decreto”, ABASCAL ZAMORA, José María, *op. cit.*, p. 46.

Entre ambos regímenes existe una relación de supletoriedad, porque el régimen nominalista es aplicable a todas las deudas en pesos que no se denominen en UDIS.

La diferencia entre unas y otras no es sólo cuantitativa sino cualitativa. En las deudas de suma, la cantidad con la que se enuncian expresa invariablemente el contenido de la prestación, mientras que en las deudas en UDIS lo debido es la estimación de su valor, por lo que el acreedor tiene derecho a obtenerlo en su integridad, independientemente de la suma de dinero que se precise para satisfacerlo, y es que no es lo mismo deber un peso que el valor real de un peso.

No lo entiende así Díaz Bravo, para quien los contratos “udificados” son ilegales, así como el Decreto que creó las UDIS, y sobre el particular literalmente dice:

Como se ha podido apreciar, nuestro máximo estatuto monetario no prevé la asunción de obligaciones más que en pesos o en monedas extranjeras, luego su estipulación en una inexistente moneda de cuenta, como lo es la UDI, resulta contraria a los referidos textos legales; y por cuanto la LMEUM es ley suprema de toda la Unión (art. 133, CPEUM), pues emana directamente de los arts. 28 y 73-XVIII de la propia Constitución, las aludidas obligaciones están afectadas de nulidad absoluta, por ser contrarias al tenor de una ley de orden público, como lo es la tantas veces citada LMEUM (art. 80., C. Civ.).²²

Ante lo novedoso de este reciente régimen valorista de las obligaciones pecuniarias, el autor citado se sigue adhiriendo al antiguo régimen nominalista sin concederle valor legal al decreto expedido por el Congreso de la Unión y, desde luego, no toma en cuenta lo dispuesto por el artículo 2º transitorio del decreto, conforme al cual: “A las obligaciones contraídas conforme a las normas previstas en el artículo primero del presente decreto no les son aplicables las disposiciones que se opongan a dichas normas”.

Concretamente se opondrían a este nuevo régimen los artículos 7º y 9º de la Ley Monetaria, que consagran el principio nominalista de las obligaciones pecuniarias.

Ante lo coyuntural del decreto de UDIS, no se percibe aún la importancia del cambio jurídico en el régimen de las obligaciones pecuniarias con esta nueva unidad de cuenta que tiene la ventaja frente al valorismo antiguo de establecer un procedimiento transparente para determinar su valor y evitar litigios sobre este aspecto tan importante para su aplicación. El resultado de las reestructuras de los créditos bancarios a UDIS aún no se conoce, y su éxito depende de otros factores más económicos que jurídicos, pero ello no afecta a la reforma legal que jurídicamente es de una transcendencia mayor a la situación por la que se hizo.

Este régimen, aplicado al pago de préstamos en los que juega un papel tan importante el tiempo, no tiene los inconvenientes que le atribuye el jurista Díez Picazo a la teoría valorista cuando dice:

²² DÍAZ BRAVO, Arturo 6º *Contratos mercantiles* p. 41.

La primera solución, es decir, la solución valorista parece más justa, porque mantiene mejor el principio de conmutatividad del tráfico jurídico y de equivalencia de las prestaciones. Sin embargo, determina un evidente grado de inseguridad, por cuanto se obliga a una continuada reconversión de cantidades y en definitiva a una incertidumbre acerca del alcance de la obligación. En la práctica es además de muy difícil aplicación y constituye una fuente inagotable de litigios. La segunda solución es seguramente menos justa en términos absolutos, pero permite una mayor facilidad en el tráfico jurídico.²³

También se aduce como excepción al pago que las circunstancias sobrevenidas hacen imposible el cumplimiento de las obligaciones del acreditado, invocando el artículo 2111 del Código Civil.

Es cierto que cuando un evento posterior a la fecha de haber sido contraída una obligación, impide de manera absoluta su cumplimiento, por regla general extingue la obligación, pues *ad impossibile nemo tenetur*. Ejemplo: si quien tiene la obligación de entregar un caballo, no lo entrega porque éste muere antes por caso fortuito, no incumple la obligación a su cargo, porque ya no es posible su cumplimiento.

Lo anterior no acontece en las obligaciones pecuniarias, porque éstas recaen sobre bienes fungibles y como los géneros no perecen (*genera non pereunt*) su cumplimiento sí es posible siempre.

Por consiguiente, el artículo 2111 del Código Civil es inaplicable en materia de obligaciones pecuniarias.

Al respecto José Bonet Correa le atribuye al dinero las siguientes características:

Resulta claro y evidente que el dinero es un bien genérico, ya que tan sólo viene indicado de un modo cuantitativo, por su suma, sin que las referencias a las diversas monedas en que se materializa lo desposean de su cualidad como género. Por tanto, ante el caso de una imposibilidad de encontrar una determinada especie monetaria de las pactadas, el deudor no queda exonerado, por pérdida, perecimiento o desaparición de la cosa (arts. 1,122, 1,135 y 1,147), como sucedería en las demás obligaciones, sino que es exigible, ya que el dinero es un género que no perece, que se encuentra siempre en el tráfico, y de no ser posible pagar en la especie pactada, siempre lo es en la de curso legal en el lugar de pago.²⁴

Un argumento que insistentemente se ha hecho valer es que las circunstancias en las que se celebró el contrato de crédito eran distintas a las que se originaron con la devaluación, ya que la considerable alza de los intereses tornó en sumamente onerosas las obligaciones del deudor, y que con base en lo dispuesto por el artículo 1796 del Código Civil, el juez debe rescindir o reducir las prestaciones para mantener el equilibrio del contrato.

En su momento, una resolución dictada por la Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal causó gran revuelo, porque le daba validez a la argumentación anterior basada en la llamada teoría de la imprevisión o *res bus sic stantibus*.

²³ DÍEZ PICAZO, Luis *Fundamentos de derecho civil patrimonial* II (Madrid Civitas) 261.

²⁴ BONET CORREA, José *Las deudas de dinero* (Madrid Civitas) 237 y 238.

La singular sentencia no prevaleció, porque el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió en amparo que dicha teoría no tiene fundamento legal en la legislación mercantil, conforme a lo dispuesto por el artículo 78 del Código de Comercio y que fue mal interpretado el artículo 1796 del Código Civil.

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en el amparo directo DC-6923/96, dejó sin efectos la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, con base en el siguiente considerando:

En consecuencia, la Sala responsable al resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de primer grado en el juicio natural, a través de la sentencia que constituye el acto reclamado en este juicio constitucional, sobre la base de la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión, interpretando equívocamente el artículo 1796 del Código Civil, vulneró las garantías individuales de la sociedad quejosa, toda vez que como se ha visto, dicha teoría no ha encontrado aceptación general, ni en la doctrina ni en la Legislación Mexicana, porque al permitir la intervención judicial para modificar las cláusulas de un contrato, ello sería contrario a la seguridad jurídica, a la estabilidad contractual y vulneraría el principio en que descansa la autonomía de la voluntad. Contrariamente a lo sostenido por el Tribunal de apelación, en la especie es aplicable el artículo 78 del Código de Comercio, en el entendido de que en las convenciones mercantiles, cada uno se obliga en la manera y términos en que aparezca que quiso obligarse; y si se pactó en el contrato de apertura de crédito simple con garantía hipotecaria, un interés inicial, que se ajustaría a la baja o a la alta conforme a los incrementos previstos, para aplicarse a los saldos insolutos, determinándose la forma de su cálculo, las partes y particularmente el acreditado en el caso concreto, deben estarse a dicha convención, sin que le sea dable al juzgador modificar las condiciones establecidas en el propio contrato, por lo que dicha Sala dictó una sentencia contraria a derecho y por ende, violatoria de las garantías individuales de Bancomer, S.A., al considerar y resolver que el incremento en la tasa de interés inicial pactada, debe ser compartido entre las partes contratantes, mediante la reducción de la referida tasa incrementada al 50% (cincuenta por ciento) a partir del mes de enero de mil novecientos noventa y cinco; y asimismo, al determinar en su resolución, que las cantidades que resulten en favor del actor por la reducción respectiva de la tasa de interés, se aplique por la institución demandada como abono al saldo insoluto correspondiente a cada amortización.

No es de extrañar que se anulara una sentencia en la que el juez asume facultades que la Ley no le otorga al modificar lo pactado por las partes.

La opinión general de los civilistas mexicanos ha sido que el Código Civil del Distrito Federal, que es el supletorio en materia mercantil, no acepta la teoría de la imprevisión y para ello bastaría citar dos autores:

El maestro Manuel Borja Soriano sostenía lo siguiente:

Según el derecho ideal la fuerza obligatoria del contrato debe templarse por la consideración de lo justo. Pero no se llega a esta solución dando al juez el poder de revisar

los contratos. Esta facultad debe quedar reservada al legislador para que la ejerza en circunstancias excepcionales.²⁵

El maestro Ernesto Gutiérrez y González sobre el mismo punto sostiene lo siguiente:

Sistema del Código. Este Ordenamiento adoptó la tesis *pacta sunt servanda*, esto es, la opinión adversa a la teoría de la imprevisión en donde los que la postulan sostienen la cláusula *rebus sic stantibus*; por ello conforme al Código, el contrato debe cumplirse aunque las circunstancias cambien, pues ni en la buena fe, ni en la equidad, encuentra base para adoptar la anterior máxima. Rige en toda su fuerza, la máxima de que el contrato se debe mantener y cumplir sean las que sean, las nuevas circunstancias económicas que priven, y así se confirma con el artículo 2626.²⁶

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha confirmado la interpretación de los civilistas en la tesis siguiente:

CONTRATOS, INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. El artículo 1796 del Código Civil del Distrito Federal, supletoriamente aplicado, siguiendo el sistema rígido de los contratos, acorde con el principio relativo a los efectos de la declaración de voluntad, dispone que aquéllos obligan a las partes al exacto cumplimiento de las prestaciones expresamente pactadas, y además, a las consecuencias que de los mismos se deriven, según su naturaleza, conforme a la buena fe, al uso o a la ley, precepto que, en esas condiciones, no deja lugar a su interpretación a fin de aplicar la teoría de la imprevisión en razón de esa buena fe, que obviamente constituye un principio general de derecho, pues precisamente, con base en ella, el obligado debe conducirse como persona consciente de su responsabilidad en el cumplimiento cabal de sus obligaciones, cualquiera que resulte la magnitud de su contenido, aun cuando sobrevengan acontecimientos que no se previeron o no pudieron preverse y que la modifiquen, sin que ello impida, por otra parte, que de existir causas imprevisibles que alteren fundamentalmente la economía de un determinado grupo social, no apreciado por las partes, se modifiquen las condiciones de los contratos relativos, mediante disposiciones de carácter general.²⁷

Los demás códigos civiles de la República mexicana rechazan igualmente la teoría de la imprevisión con excepción de los códigos de Jalisco, de Aguascalientes y más recientemente el de San Luis Potosí.²⁸

El legislador civil rechaza la teoría de la imprevisión según la cual el juez estaría facultado para modificar en casos extraordinarios lo pactado por las partes, fundándose en la necesidad de seguridad jurídica en materia contractual. De tiempo en tiempo, en épocas de crisis surge la tentación de admitir esta teoría, sin tomar en cuenta que provocaría inacabables litigios y en materia de crédito constituiría una fuerte desmotivación para su otorgamiento por las instituciones bancarias, que requieren la seguridad de su recuperación para poder cumplir con sus operaciones pasivas.

²⁵ BORJA SORIANO, Manuel *Teoría general de las obligaciones* (México Porrúa) 329.

²⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto *Derecho de las obligaciones* 9a. (México Porrúa) 461.

²⁷ Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, VII 193-198, cuarta parte, p. 35.

²⁸ *Periódico Oficial del Estado*, 7 de agosto de 1997.

Considero que, sin atacar la obligatoriedad de los contratos, es posible arbitrar soluciones que les permitan a los deudores solventar sus deudas, dependiendo unas de lo que pacten las partes y otras de disposiciones emanadas de las autoridades, a quienes compete velar por el bien común y la paz social.

IV. LA FUNCIÓN DEL NOTARIO

Sin caer en el extremo contrario a los detractores con una vana literatura apologética, es debido a la objetividad aclarar cuál es la específica función del notario.

Si la función del notario no fuera garantizar la seguridad jurídica de las partes con apego al derecho, entonces el instrumento notarial que tiene plena fuerza probatoria no sería más que una trampa para incautos. Mas no es tal, porque si la actuación notarial no estuviera apegada a derecho no sería posible la seguridad jurídica ya que el instrumento notarial no resistiría su examen judicial. Por ello el artículo 102 de la Ley del Notariado del Distrito Federal, deja a salvo la posibilidad de impugnar la escritura por nulidad o falsedad de la misma.

Que la escritura notarial sea un documento con valor probatorio pleno, no es más que una resultante de la presunción de su legalidad y de la normatividad con la que aparece regulado su proceso de elaboración en la legislación notarial.

A partir del oficio del tabelión hasta la actual figura del notario se da una profunda evolución jurídica, que comienza con el reconocimiento de la autenticidad formal o externa, hasta el establecimiento de la autenticidad interna o de fondo.

El notario no desempeña el papel de un testigo pasivo. Como nos señala Joaquín Costa, el notario interviene activamente y de modo positivo en los instrumentos que autoriza.

Previamente a la formalización de una escritura, el notario asesora a las partes para la adecuación de sus voluntades y adecúa su común intención para que no se presente contraria a derecho, porque ejerce un verdadero control de su legalidad.

Con toda precisión, el Congreso celebrado por la Unión Internacional del Notariado Latino en la ciudad de Buenos Aires en 1948, define al notario como "el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad".

Es esta naturaleza del notariado la que fundamenta y justifica los efectos del instrumento público, porque es el fruto de las funciones que realiza el notario.

El notario es intérprete, documentador y fedatario.

Por consiguiente, los términos notario y fedatario no son equivalentes. No todo fedatario es notario, porque a este último compete autorizar los instrumentos públicos, es el autor de ellos.

En esencia, la función del notario no consiste en preconstituir un medio de prueba para un litigio, sino en evitar que se produzca. Esta misión anticonflictiva del notario es particular de una institución cuya razón de ser y justificación de su existencia no es más que garantizar la mejor seguridad jurídica posible.

Cuando nos referimos a la seguridad jurídica lo hacemos en sentido subjetivo para aludir a la certidumbre del individuo, de modo que pueda prever las consecuencias que el derecho hace derivar de su actuación, de modo que pueda conocer previamente y con claridad lo que le está mandado, lo que le está permitido o lo que le está vedado.

Consecuente con la necesidad de que los actos jurídicos los otorguen las partes consciente y libremente, la ley le impone al notario el deber de asesorar, redactar la escritura en términos claros y precisos, y explicar a los otorgantes sus consecuencias legales.

Pero estos deberes tienen un límite y no puede ser otro que el ámbito de lo jurídico. Las ventajas o inconvenientes económicos que pueden derivar de un negocio no son de la competencia del notario; y menos si estos efectos son consecuencia de acontecimientos futuros e inciertos.

En materia de contratos de crédito bancarios, el notario ha desempeñado su función de siempre; y su intervención ha garantizado que principalmente los deudores puedan saber con claridad y precisión cuáles son sus obligaciones, su asesoramiento imparcial y la legalidad del contenido.

V. CONCLUSIONES

Primera. Con los fundamentos y razonamientos anteriormente expuestos, concluyo que la crisis de los deudores de los bancos es de pago, más no de legalidad, porque en los contratos de apertura de crédito celebrados no se han violado disposiciones legales que afecten a su validez.

Segunda. Ante una crisis económica que ha originado una cartera vencida tan considerable, aunque a los bancos les asista el derecho como acreedores, las posibilidades reales de cobro les son adversas y por ello son necesarios y justificados los mecanismos de apoyo que el gobierno federal y los propios bancos han instrumentado en favor de los deudores.

Tercera. Es evidente que los desequilibrios económicos en los contratos seguirán presentándose mientras no se logre una economía estable, porque la incertidumbre que provoca la inflación y las devaluaciones monetarias no es jurídica sino económica.

Cuarta. Independientemente de la cautela con la que obren los bancos y los deudores, los notarios debemos poner mayor énfasis en que los deudores sean plenamente conscientes de las obligaciones que contraigan y que decidan con información veraz, oportuna y suficiente con el fin de que el instrumento notarial siga siendo el mejor medio para garantizar la seguridad jurídica contractual, así como la protección de los consumidores y usuarios de crédito.