

# Inconstitucionalidades en la Ley de Instituciones de Crédito

José Roldán Xopa\*

SUMARIO: Introducción. I.- Bases para el análisis. A.- La banca y el crédito: servicio público o servicio al público, B.- La banca de desarrollo, C.- La nueva banca múltiple. II. Las reglas generales administrativas. III.- La interpretación administrativa. IV.- La privación administrativa del derecho al trabajo. V.- La intervención administrativa. Consideraciones finales.

## INTRODUCCION

Cuando Einstein en el momento de formular una de las más geniales teorías señaló, que nada es absoluto, que todo es relativo, a la vez, recogía una larga herencia del escepticismo científico, no solamente aplicable al mundo del pensamiento, sino al de los hechos cotidianos y al de las transformaciones de la sociedad y de las estructuras políticas, de las que ahora somos testigos.

La nacionalización bancaria que en su tiempo se auguraba como una decisión irrevocable y propiciadora de una base para el desarrollo del país; ahora es vista como un rubro prescindible para la actividad del Estado y considerada como propia de la acción de los particulares.

Lo anterior no es solamente una constatación – quizás pesimista – de que en economía y en política no hay palabra de honor, sino de un hecho que es a la vez un reto a la racionalidad humana: la transformación al margen y, también, por la acción del hombre.

La privatización de la banca no es algo aislado, emerge en medio de un cambio más amplio, que es la existencia de una estrategia gubernamental cuyos ejes son la modernización de la economía y la reforma del Estado. Se está dando una nueva idea de la intervención del Estado en la economía, que no busca solamente una conformación distinta de las fuerzas y de los papeles económicos dentro del país, sino un nuevo tipo de relaciones de la economía internacional; una apertura arritmica en la que al intercambio de los bienes continúa la internacionalización de los servicios. Como todo cambio, éste no se presenta como un todo armónico. La modificación de los modelos económicos es acompañada por la de sus modelos jurídicos. En el recambio, la confrontación de los paradigmas es un hecho constatable; el modelo jurídico del Estado intervencionista se altera y se mezcla con el del Estado neoliberal, los traslapes originan

\* Profesor de Derecho Administrativo en la escuela de Derecho de la Universidad Autónoma de Puebla. Aspectos de este trabajo forman parte de la tesis de grado, de doctor en derecho, en la

problemas interpretativos al existir preceptos legales cuya raíz teórica es diversa.

En el examen de la nueva Ley de Instituciones de Crédito encontramos estas manifestaciones, la concepción histórica de la banca y del crédito, como servicio público, marca su adiós; con rostro renovado se presenta como una actividad propia de los particulares; se propicia que el capital financiero se conjunte orgánicamente en grupos; se abren las puertas al capital extranjero, en un área antes exclusiva de los nacionales; se mantienen y se crean nuevas formas de control administrativo no siempre coherentes con sus presupuestos teórico jurídicos, entre otros aspectos.

La mixtura surgida, origina temas que no solamente son objeto de un examen doctrinario, sino que también tienen manifestaciones técnico jurídicas en relaciones que en última instancia se traducen en derechos y obligaciones jurídicamente exigibles, y cuyo parámetro de legitimidad será medido por la Constitución de la República.

El presente es un examen de la nueva Ley de Instituciones de Crédito, teniendo como objeto principal las normas jurídicas en ella contenidas, cuya constitucionalidad es refutable, precisamente por ubicarse en esas zonas de traslape de modelos jurídicos. Además de que en el nacimiento de nuevos instrumentos jurídicos, surgidos al calor de la coyuntura económica por la necesidad práctica de hacerle frente, se da una administrativización del derecho caracterizada por un mayor margen de discrecionalidad al ejecutivo para crear y aplicar la norma, que riñe en el mayor de los casos con el principio de seguridad jurídica propia de todo régimen que se precie de considerarse como estado de derecho.

El análisis no es exhaustivo, ni trata todos los casos de inconstitucionalidad localizables en la ley, es producto de una primera lectura y se refiere principalmente al choque señalado con anterioridad y especialmente al régimen de las futuras instituciones de crédito constituidas como sociedades anónimas.

### *Inconstitucionalidades en la Ley de Instituciones de Crédito*

La Ley de Instituciones de Crédito publicada en el *Diario Oficial* del 18 de julio de 1990 tiene como antecedente la derogación del quinto párrafo del artículo 28 Constitucional, publicado en el D.O.F. del 27 de junio del mismo año.

La reforma por derogación tuvo como corolario la inexistencia de referencias constitucionales directrices de la nueva legislación en materia de instituciones de crédito, quedando subsistente la facultad general del Congreso de la Unión para legislar en materia bancaria, establecida en el artículo 73, fracción X del máximo ordenamiento.

En tales condiciones las atribuciones legislativas son genéricas, en tanto, posibilitan al órgano competente para regular la organización y la actividad de la banca y crédito, sin tener limitaciones especiales que la reforma haya señalado, pero sujetas al régimen de competencias y limitaciones surgidas del propio ordenamiento constitucional, en especial: el respeto a las garantías individuales y la subordinación de la facultad reglamentaria del ejecutivo a los principios de supremacía y de reserva de la ley.

La nueva ley modifica sustancialmente la naturaleza jurídica del servicio de banca

## DOCTRINA

y crédito, la naturaleza de las instituciones de banca múltiple así como su manejo; diseña por otra parte mecanismos y procedimientos de control sobre las sociedades y su actividad, cuya regulación legislativa es de dudosa constitucionalidad.

El examen de estos conflictos de constitucionalidad requiere del establecimiento de presupuestos que aclaren la variación en la naturaleza del servicio y de los sujetos, puesto que de tal análisis será posible la mejor explicación de estos conflictos.

### I. Bases para el análisis.

#### A.- *La Banca y el Crédito: Servicio Público o Servicio al Público*

La Ley de Instituciones de Crédito (en lo sucesivo LIC), regula el servicio de banca y crédito (artículo 1o.), tal es su objeto expreso. La terminología utilizada rompe con una larga tradición legislativa de considerarlo como un servicio público. El cambio es más que una mera cuestión terminológica, representa una transformación en la cualificación jurídica de la actividad y por lo tanto de sus efectos.

El concepto de servicio público ha sido suficientemente explorado por la teoría del derecho administrativo, existiendo opinión coincidente en considerarlo como una actividad técnica propia del Estado, cuya prestación puede ser desempeñada de manera directa o mediante concesiones a particulares y que satisface necesidades sociales<sup>1</sup>.

La determinación sobre la pertenencia o no de tal actividad al Estado, es propia de consideraciones y decisiones fundamentales extrajurídicas correspondientes a un conjunto de ideas estimadas como dominantes o bien, al proyecto de gobierno o a la política económica, que la dirección estatal determine y que generalmente presupone una ideología de como debe ser la sociedad y cual el papel del Estado. El derecho en este contexto resulta ser un medio para lograr los fines sociales perseguidos<sup>2</sup>.

En este terreno, al menos históricamente, se aprecia una contradicción constitucional al eliminar normativamente la calificación de la actividad bancaria y de crédito como servicio público, anteriormente establecida en el artículo 28 Constitucional, que, por otra parte, al no ser ya una actividad prioritaria de prestación exclusiva del estado, renuncia a regirla para los fines de la rectoría económica del estado por la vía de la planeación imperativa, para hacerlo por medio de la inducción y la concertación en aquellas instituciones de capital estatal minoritario o en las que éste se ausente.

Si bien con la nacionalización bancaria la calificación de ser un servicio público alcanzó su máxima expresión, su génesis va más allá, la anterior Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares establecía este régimen jurídico y es de concesión.

La concesión administrativa como medio, teórica y jurídicamente idóneo para posibilitar la prestación de un servicio público por particulares, tiene aspectos bien definidos, al constituir o crear los derechos de explotación de éste, sujetándolo a un

<sup>1</sup> Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*, 26a. Ed. México 1987, pp. 20 y ss; Jean Rivero. *Derecho Administrativo*. UCV. Caracas 1984. pp. 471 y ss. Para citar a dos autores representativos.

<sup>2</sup> Kelsen Hans. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. Porrúa. México 1987 pp. 139 y ss.

régimen de derecho público, con facultades de la autoridad administrativa para el control, vigilancia, fiscalización, reversión, y aún la intervención administrativa.

En cambio el servicio, no tiene una significación jurídica específica, pero que por ser considerada como propia de los particulares y por lo tanto sujeta a la obtención de autorizaciones administrativas que remueven obstáculos para su ejercicio, a pesar de su relevancia innegable para la economía del país, se entenderá como un servicio al público, realizado por particulares, y definida legalmente como la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados (artículo 2, párrafo segundo de la LIC).

El término particular que se empleó anteriormente no es inconcieniente, por el contrario tiene como fundamento la nueva concepción que la ley hace del servicio de banca y crédito: es una actividad que les corresponde y que para el ejercicio de este derecho constitucional (libertad de trabajo y de empresa), requieren de la remoción de obstáculos mediante la autorización administrativa en que ésta presupone la existencia de una actividad lícita no prohibida por la Constitución.<sup>3</sup>

#### *B.- Banca de Desarrollo*

Las anteriores consideraciones son válidas para la banca múltiple, más no para la banca de desarrollo, servicio que mantiene su carácter público por disposición de sus respectivas leyes orgánicas.

#### *C.- La nueva Banca Múltiple*

La desincorporación de la Banca Múltiple como integrante del sector público mediante la privatización de las instituciones de crédito es una de las más notables innovaciones legislativas. Se prevé la transformación de las actuales sociedades nacionales de crédito a sociedades anónimas (artículo 9o. LIC) propias del derecho societario mercantil. Luego, la privatización no se da solamente en la participación accionaria, sino también en la transpersonalización de sujetos de derecho público en sujetos de derecho privado.

Al convertirse las instituciones de crédito en personas jurídicas mercantiles, las relaciones sostenidas con el Estado se entenderán como las propias entre gobernantes y gobernados, por lo que, en tanto, particulares gozarán de las garantías que otorga la Constitución.

Como ya se dijo, el régimen de la planeación se altera radicalmente para estos sujetos. Pero a estas alturas del tema es necesario introducir un matiz: es posible que ciertas instituciones de Banca Múltiple mantengan la participación mayoritaria del capital estatal, por lo que continúan bajo el régimen de la administración paraestatal, al menos en los siguientes aspectos:

<sup>3</sup> Fraga. Op.cit., p. 236.

## DOCTRINA

a) En materia de elaboración y aprobación de sus presupuestos anuales de administración de sueldos y prestaciones a consejeros y en el régimen de contratistas, estarán sujetas a los lineamientos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) (artículo 20 de la LIC).

b) En el régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos. Artículo 110 Constitucional y Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (artículo 5o.).

c) Son considerados como empresas de participación estatal mayoritaria, artículo 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y artículos 26 y ss. de la Ley Federal de Entidades Paraestatales.

d) Sujeción a la vigilancia y a la obligatoriedad de comparecencia de sus directores ante la Cámara de Diputados. (Artículo 93 Constitucional).

e) Inclusión en el régimen de planeación obligatoria. (Artículo 26 Constitucional y Ley de Planeación).

Una vez establecidos los anteriores presupuestos, se entrará en el estudio de algunas cuestiones estimadas como inconstitucionales.

## II. Las Reglas Generales Administrativas

Bajo este rubro se comprenderá la profusa cantidad de reglas de carácter general, orientaciones, disposiciones de carácter general, reglas generales, lineamientos, condiciones, bases de carácter general y directrices, que se prevén en la LIC en algo más de tres decenas.

La competencia para dictarlas se otorga a la SHCP y a la CNB (Comisión Nacional Bancaria) como dependencias del Gobierno Federal y, el Banco de México como una de sus entidades.

La inclusión de este tipo de actos administrativos es relativamente reciente y su constitucionalidad ha sido impugnada, por carácter de base expresa, de la facultad de la administración para emitirlos.

Formalmente, se caracterizan por ser disposiciones dictadas por la Administración Pública con carácter abstracto y general, cuya modificabilidad es mayor a la del reglamento administrativo, pero sin llegar a la concreción del acto administrativo material y formalmente considerado.

Por su fuente, a diferencia de los reglamentos, son generalmente emitidos por las secretarías de Estado, comisiones intersecretariales y organismos descentralizados<sup>4</sup>.

En cuanto a sus efectos tiene carácter obligatorio para los organismos que los dictan, para sus subordinadas y generalmente con efectos vinculatorios hacia los particulares.

Su justificación, tiene como argumento principal la necesidad de la administración pública para hacer frente a las situaciones inmediatas y cambiantes de la sociedad, y particularmente de la economía; que no sería posible en caso de que la ley en sentido material y formal regulara estas situaciones, su propia rigidez la haría inoperante para

<sup>4</sup> Son usuales en materia fiscal, comercio, de inversiones extranjeras, seguros, y en general en derecho económico.

ser adaptada a la dinámica de estas relaciones sociales. Como es de notarse el argumento es similar al utilizado para justificar a otros instrumentos con los que se emparenta. En específico las llamadas leyes cuadro, o leyes marco, el acrecentamiento de la facultad reglamentaria del Ejecutivo y el otorgamiento de una mayor discrecionalidad a la administración pública.

De los razonamientos que fundan su inconstitucionalidad, podemos sintetizarlos de la siguiente forma:

a) No existe base constitucional expresa que otorgue competencia al Ejecutivo para expedir tales reglas generales, por lo que se altera el principio de que la autoridad sólo puede actuar según facultades expresas.

Esta afirmación obliga a reexaminar la fracción I del artículo 89 Constitucional y, en concreto, la parte que indica que el Ejecutivo ejecutará las leyes que expida el Congreso proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia. La tradición legislativa, jurisprudencial y doctrinaria ha aceptado que de este párrafo deriva la facultad reglamentaria del Ejecutivo<sup>5</sup>. Si tenemos en cuenta que el significado gramatical de la palabra proveer es el de poner los medios adecuados para un fin: en el caso, para facilitar la ejecución de las leyes<sup>6</sup> autoriza, si lo tomamos en sentido amplio, que el Ejecutivo puede "proveer" en la esfera administrativa a través de instrumentos o técnicas administrativas: reglamentos, reglas administrativas generales, interpretaciones, siempre y cuando proporcionen los medios adecuados para la aplicación de la Ley y cuya manifestación final se dé en el acto administrativo en estricto sentido.

El desarrollo de esta facultad constitucional que no indica el o los instrumentos jurídicamente definidos, sino la acción de allegarse los elementos necesarios para hacer observar una ley, podía apoyar la constitucionalidad de las reglas generales administrativas como instrumentos constitucionalmente válidos, a condición de que sean regulados por la ley y sean expedidos por el Ejecutivo, que en palabras del Constituyente se deposita en un solo individuo denominado Presidente de los Estados Unidos Mexicanos (Artículo 80).

b) Si las reglas generales administrativas provinieran del Presidente de la República los flancos de ataque se reducen considerablemente, pero este no es el caso, ya que la LIC faculta a la SHCP a la CNB y al Banco de México para expedirlas, y estos organismos no son sino dependencias y entidades de la Administración.

Dado que las reglas generales tienen efectos de carácter obligatorio no solamente para los organismos administrativos sino también para los particulares, su generalidad es la de una ley, pero con una jerarquía y redacción distinta a la de ésta.

Si las críticas enderezadas hacia las leyes-marco y a la ampliación de las facultades reglamentarias del Ejecutivo se basan en el hecho indebido de la delegación de facultades legislativas realizada por el Congreso de la Unión<sup>7</sup>, la cuestión aquí

<sup>5</sup> Véase al respecto la ejecutoria: *Reglamentos administrativos, facultad del Presidente de la República. Su naturaleza* Vol. 55, tercera parte, p. 39. Amparo en revisión 1346/72, Embotelladora Potosí, S.A. de C.V. 9 de julio de 1973. 5 votos, Ezequiel Guerrero Lara y Enrique Guadarrama L. (comp.) *La interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. UNAM, México 1985, p. 1916.

<sup>6</sup> Fraga, op. cit., p. 110.

<sup>7</sup> Acosta Romero Miguel, *Legislación Bancaria. Documentos, compilación legal y jurisprudencia*. Porrúa 1986 pp. 111 y ss.

## DOCTRINA

encontrada es que tal delegación de facultades no es ya al Presidente de la República, sino a sus dependencias e incluso al Banco de México que tiene el carácter de organismo descentralizado. Si aplicamos por analogía la inconstitucionalidad de los reglamentos expedidos por los Secretarios de estado al de las reglas generales administrativas, tenemos que éstas corren la misma suerte<sup>8</sup>.

La consecuencia de tal inconstitucionalidad es que la profusión de reglas generales con efectos hacia los particulares, en el caso de la LIC, no solamente repercuten en las instituciones de crédito, sino en los usuarios y demás particulares. La inseguridad jurídica se acrecienta ya que el afectado es regido cada vez más por la legislación administrativa dictada discrecionalmente por la administración, que ni siquiera tiene la obligación legal de publicarla en el Diario Oficial.

Al respecto, es pertinente señalar que bajo la vigencia de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito (LBRSPBC), gran parte de las disposiciones generales emitidas por las autoridades bancarias se dieron a conocer a las SNC, por medio de oficios-circulares o por télex-circulares.

### III. La interpretación administrativa

El artículo 5o. de la LIC, dispone que “el Ejecutivo Federal a través de la SHCP, podrá interpretar para efectos administrativos, los preceptos de esta ley”, recogiendo textualmente el octavo de la anterior LRSPBC<sup>9</sup>.

Resulta interesante el examen de este punto ya que el vocablo “interpretar”, indica una actividad racional por la cual se determina el sentido de cierta norma o precepto legal, eligiendo de entre diversas opciones según sea mayor o menor la laxitud de su texto. Si tenemos en cuenta que todo acto de aplicación de la ley, lógica y jurídicamente, requiere de una actividad intelectual del titular del órgano estatal para determinar el sentido de la afectación jurídica decidida, ya sea en la sentencia o en el acto administrativo; la interpretación es parte del acto y se expresa formalmente en la motivación del mismo. Razonando de esta manera, sería jurídicamente superflua la existencia de una norma que facultara a la autoridad para interpretar los preceptos de la ley.

Más esto parece no ser el motivo de la disposición aludida, la contextualización lleva a inferir que no se refiere a una actividad implícita en todo acto de ejecución, sino a la creación de un acto jurídico especial denominado “interpretación”. Al facultar a la SHCP para “interpretar”, para efectos administrativos, los preceptos de la ley, le otorga efectos jurídicos propios de naturaleza vinculatoria, dado que su valor no será la fuerza argumentativa, sino la de la autoridad. La interpretación se configura

<sup>8</sup> Es ilustrativa la ejecutoria: “Reglamentos, los secretarios de Estado no pueden expedirlos. Siendo la facultad reglamentaria exclusiva del Presidente de la República, conforme lo preceptuado por el artículo 89 Frac. I de la Constitución General a los secretarios de Estado, no les es lícito expedir reglamentos ni aun por delegación del propio titular del Ejecutivo Federal”. Vol. 9, sexta parte, p. 41 primer circuito, segundo administrativo. Amparo en revisión 72/69. Agencias Marítimas del Pacífico, S.A. y coags. 12 de septiembre de 1969, unanimidad de votos.

Disposiciones similares las encontramos en el artículo I de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito y en el artículo 8º de la Ley del Mercado de Valores.

como una disposición cuya violación es sancionada por la ley (artículo 108 de la LIC).

La Ley no especifica el procedimiento para efectuar estas interpretaciones, ni cuales son las vías para solicitarla; sin embargo; podemos deducir las siguientes alternativas:

- a) Que sea motu proprio.
- b) A solicitud de alguna dependencia o entidad pública.
- c) A petición de alguna institución de crédito.
- d) Por cualquier otro particular.

No resulta claro si las interpretaciones de la SHCP, son sinónimas de los criterios de aplicación general, ya que de ser así surgirá una quinta alternativa y que será la consulta obligatoria (i !) que ciertos sujetos deberán hacer en término perentorio a la SHCP (artículo 18 transitorio).

Salvo a), los restantes casos es razonable entenderlos como consultas.

La delimitación expresada en la frase “efectos administrativos”, aun cuando, *prima facie*, remita a las normas de derecho administrativo, la precisión no es tan sencilla, ya que puede tener diversos sentidos:

– Que la interpretación tenga como efecto obligar a los funcionarios de la propia administración encargados de aplicar la ley o a la CNB, sin tener efectos hacia el exterior. El calificativo “administrativos” se referiría al Organismo administración.

– Que se refiera a lo administrativo, en función de la materia, es decir a la competencia propia de la administración. Lo administrativo se referiría entonces a la actividad de la administración.

– Referirse a la normatividad considerada como derecho administrativo, distinta a otro tipo de normas: mercantiles, penales, etc., de ser así entraremos a las dificultades para hacer el deslinde de cada una de éstas.

Para dar una idea de los problemas, se plantearán a título de ejemplo, los siguientes:

a) En caso de pretender deslindar los efectos mercantiles de los efectos administrativos ¿Cómo hacerlo, si por una parte las operaciones bancarias son consideradas actos de comercio (artículo 75 fracción XIV, del Código de Comercio), y por otra parte, el hecho de que la definición de si la actividad de ciertas sociedades constituye o no intermediación bancaria tenga que depender de la decisión de la SHCP, a través de un acto administrativo (artículo 2o. párrafo cuarto)?

b) ¿Cómo deslindar los efectos penales de los efectos administrativos si por una parte se considera como delito la práctica no autorizada de la intermediación bancaria (artículo 111 de la LIC) y por la otra, es posible que la opinión consultiva de la SHCP declare que la actividad de una caja de ahorro (para poner un caso) constituye intermediación bancaria y no otorgue la autorización respectiva (artículo 17 transitorio LIC), convirtiéndola en delictiva en caso de persistir? En este caso el efecto administrativo también es un efecto penal.

Vistos los problemas de interpretación a que pueda llevar la facultad de interpretación, se pasará a los de constitucionalidad.

La redacción del texto del artículo 5o. de la LIC, indica una delegación de facultades del Presidente de la República al Secretario de Hacienda para que por su conducto se realice la interpretación. Esta figura – la delegación – presupone que el Presidente goza de una facultad otorgada por una norma superior (la Constitución); no obstante a lo largo de su articulado no encontramos ningún precepto que la

## DOCTRINA

establezca de manera expresa<sup>10</sup>. El único recurso disponible es la multicitada fracción I del artículo 89, que parece destinado a convertirse en el cajón de zapatero del escritorio presidencial. El riesgo de incluir cada vez más actos jurídicos dentro de una facultad originalmente referida a la competencia reglamentaria, es el de convertir en abuso la laxitud del término “proveer”, en detrimento del principio de facultades expresas. Lleva también como signo, la ampliación de las facultades discrecionales para dotar de contenido según la necesidad, el momento y la oportunidad a una serie de términos adaptables a las circunstancias políticas y económicas, pero reñidos con la seguridad jurídica. Así las cosas, la facultad del Ejecutivo para emitir interpretaciones a la ley, como actos jurídicos específicos, no tiene base expresa en la Constitución, y sólo puede inferirse de manera indirecta y dándole un contenido amplio al término proveer en la esfera administrativa para indicar una condición o presupuesto de aplicabilidad de la Ley.

Pero este razonamiento inicial, no quiere decir que la delegación que el Ejecutivo hace a la SHCP sea constitucional, para ello tendríamos que aceptar que nuestro sistema constitucional permite esta figura jurídica, lo que en nuestra opinión resulta inadmisibles no sólo por la inexistencia de precepto que la funde sino por exigencias de sistemática constitucional.

En efecto, la ley fundamental no solamente indica la unipersonalidad del Ejecutivo, sino que también sujeta la validez de sus actos al refrendo del Secretario de Estado, como forma de limitación, de corresponsabilidad, de formalidad constitucional; sin este elemento los reglamentos, decretos, acuerdos, y órdenes del Presidente no serán obedecidos. De admitir la delegación de facultades en algún Secretario de Estado, organismo desconcentrado, descentralizado, intersecretarial o cualquier otro, se llegaría al absurdo (al que en realidad se ha llegado), de considerar como constitucionales, actos de estas instancias emitidos sin observar las formalidades exigidas al propio Presidente de la República (artículo 92). En tanto la LIC permite que organismos o dependencias distintas del Presidente de la República (aun cuando auxiliares) emitan actos propios de éste, sin cumplir con las formalidades señaladas, nos encontramos ante un verdadero fraude a la Constitución.

Realizadas las anteriores anotaciones, resta examinar, cuáles pueden ser los tipos de interpretaciones y cuáles sus efectos jurídicos.

1) Interpretaciones de carácter general sobre alguna disposición de la ley, bien sea generada *motu proprio*, o previa petición, sin que la consulta o la decisión de realizarla se deba a un caso particular.

El efecto de esta interpretación, en opinión del autor, es vinculante para las dependencias de la propia SHCP, así como para la CNV, en atención al principio de jerarquía administrativa.

Tendrá efectos hacia los particulares si tiene un carácter autoaplicativo, o bien si es aplicada en un acto concreto de ejecución de la ley.

2) Interpretaciones de carácter general (criterios), generados por la consulta sobre un caso en particular, porque la SHCP lo estime conveniente. Hacia el particular, de cuyo caso se trata, los efectos podrán ser restrictivos o de ampliación de su

<sup>10</sup> La interpretación se presupone en los actos jurisdiccionales, e indirectamente la Constitución prevé que el Legislativo pueda interpretar la ley (artículo 72, inciso f).

esfera de derechos; hacia los demás podrán tener efectos autoaplicativos o bien heteroaplicativos.

3) Interpretación que se emita por consulta referente a un caso particular y sólo aplicable al mismo. En tanto la interpretación no sea limitativa o constitutiva de derechos del particular, su observación será potestativa para éste. Pero en caso de que lo fuere, será difícil – en cuanto a sus efectos – diferenciar tal interpretación de la motivación de un acto administrativo concreto; ambas consistirán en los razonamientos de la autoridad por los que se considera aplicable cierto precepto de la ley al acto de que se trata; podrán diferir en la forma de su redacción, pero no dejarán de ser un elemento exigido constitucionalmente.

La LIC., en su artículo 18 transitorio, prevé que los administradores de las cajas de ahorro, cooperativas de ahorro y préstamo, y demás sociedades que hayan iniciado con anterioridad a la vigencia de la Ley y que puedan estar sujetas a la prohibición del artículo 103 de la LIC. (realización de actividades de banca y crédito), formularán consulta a la SHCP dentro de noventa días (a partir de la vigencia de la ley) para que determine si su actividad se trata de captación de recursos no autorizada. De la obligación para estos sujetos se desprenden las siguientes consecuencias:

a) De no formularse la consulta, dentro de los noventa días, se harán acreedores a sanciones administrativas y penales.

b) De formularse la consulta esta puede acarrear:

1. Que sus actividades se consideren como de las no autorizadas, acarreado la aplicación de sanciones administrativas y penales en caso de seguir practicándolas.
2. Que se declaren como de las autorizadas y se extienda autorización temporal.
3. Que se declaren como de las autorizadas y se extienda autorización definitiva.
4. Que se consideren como no autorizadas y la sociedad tenga que modificarlas o cambiar de objeto.

En cualquier caso, la consulta tiene efectos jurídicos, ya sea restringiendo o conservando un status anterior<sup>11</sup>, y la resolución de la SHCP (artículo 2o., párrafo cuarto de la LIC) será un acto administrativo en el que la interpretación de la autoridad es la motivación del mismo.

En la hipótesis de esta consulta, la SHCP, en caso de estimarlo pertinente, además de resolver el caso particular, podrá establecer criterios de aplicación general conforme a los cuales se precise si hay o no intermediación bancaria.

Ante tal panorama, la interpretación se confunde con la resolución que afecta derechos de particulares, por lo que creo que estaremos ante una interpretación como acto especialmente distinguible cuando se emita con carácter general, ya sea con tal designación o con la de criterios generales, afecte o no derechos de particulares.

<sup>11</sup> Al respecto, considero que está ante un caso de aplicación retroactiva de la ley, ya que las cajas de ahorro, cooperativas de ahorro o sociedades similares, venían operando con autorización de la misma SHCP de manera lícita, por lo que al limitarlas, se afectan derechos adquiridos, quedando a merced de la discrecionalidad administrativa.

#### IV. La privación administrativa de los derechos de los particulares a la libertad de trabajo

Encontramos que la ley faculta a la autoridad administrativa para limitar el ejercicio del derecho al trabajo, contrariando la garantía del artículo 5o. Constitucional. Este hecho se manifiesta de dos maneras:

Primera.- La LIC, señala diversos casos en los que la autoridad administrativa limita el libre nombramiento de los administradores de las instituciones de crédito, siendo:

— Ser requerirá aprobación de la Junta de Gobierno de la CNB para el nombramiento de los consejeros, comisarios, del director general y de los funcionarios con la categoría inmediata inferior a la de él, con la justificación de evitar que se presenten fenómenos de concentración indebida o inconveniente para el sistema (artículo 24, párrafo último de la LIC). Además, deberán cumplir con los requisitos señalados en los artículos 23 y 24 de la LIC.

— La CNB, podrá promover o suspender — oyendo previamente al interesado y a la institución de crédito — a los miembros del Consejo de Administración: directores generales, comisarios, directores y gerentes, delegados fiduciarios y funcionarios que puedan obligar con su firma a la institución; cuando considere que tales personas no cuentan con la suficiente calidad técnica o moral para el desempeño de sus funciones; no reúnan los requisitos al efecto establecidos; o incurran de manera grave o reiterada a las disposiciones de carácter general que de ella deriven (Artículo 25 primer párrafo de la LIC).

La ley es incongruente con su propio espíritu. Por una parte liberaliza el servicio de banca y crédito concibiéndolo como una actividad propia de los particulares, y por otra parte en el ánimo de compensar, establece medios de control, la sujeta a un régimen de excepción, respecto de las demás personas de derecho privado, llegando a colocar a la institución de crédito en una especie de *capitis diminutio*, al prever la hipótesis de defenderla de sus propios elementos.

Resulta contradictorio que a la privatización del servicio de la banca, no siga una correlativa confianza en la responsabilidad de los agentes; por el contrario, excesiva desconfianza, y sin declarar a la ley como de orden público, se interviene en el nombramiento o permanencia de los miembros de la administración de un particular por causas que no se encuentran perfectamente definidas en la ley y que son materia de la discrecionalidad del órgano administrativo. Términos, tales como, “fenómenos de concentración indebida e inconveniente para el sistema, suficiencia técnica o moral para el desempeño de sus funciones, manera grave y reiterada”, quedarán sujetos a la discrecionalidad de la CNB, sin que la ley indique qué se entiende por tales, ni de que manera se probará o determinará si se incurren en esas hipótesis y aún más, se coloca por encima de los controles y filtros propios de toda empresa privada, fungiendo como contralor no solamente subsidiario sino autoritario. Cuando la ley faculta a la CNB para actuar oficiosamente, sin previa petición de la institución de crédito afectada, erige para sí una máxima: Cuidar a la institución de ella misma. (!!).

Más allá de las contradicciones anteriores, la autoridad administrativa inglesa en un terreno vedado por la Constitución: la afectación de la libertad de trabajo. La amplitud de las facultades discrecionales, además de ser una fuente de inseguridad

jurídica, conculcan la libertad de trabajo establecida en el artículo quinto constitucional; éste dice: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode siendo lícitos y sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen derechos de terceros, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley cuando se ofendan los derechos de la sociedad”.

El primer caso es suficientemente claro ya que es propio de las garantías de seguridad jurídica, contenidas en los artículos 14 a 16 constitucionales. El segundo no puede servir como fundamento, ya que si bien posibilita que el Ejecutivo como parte del gobierno del Estado (dado que constitucionalmente no puede constreñirse esa denominación a uno de sus órganos), esta potestad solamente será procedente cuando se ofendan los derechos de la sociedad y se refiere a aquellas actividades consideradas en sí mismas como inmorales, por ser contrarias a valores socialmente imperantes y por ello prohibidas. El concepto derechos de la sociedad, no pueden asimilarse al de intereses del público, puesto que el primero se refiere a una colectividad indiferenciable, una entidad sociológica; en cambio, el segundo se refiere a los usuarios, clientes, acreditados, acreedores, etcétera, que contratan, depositan, suscriben títulos de crédito o realizan cualquier operación bancaria, conveniente para sus intereses particulares y perfectamente ubicables. Tan es así que la propia ley consigna en su título sexto, los casos y procedimientos a los que pueden recurrir en caso de afectación a sus intereses, de naturaleza mercantil y privada, pero no social.

Segunda. — La LIC, no solamente limita de manera inconstitucional la libertad de trabajo, sino también prevé que la CNB inhabilite a las personas a que se ha hecho referencia para desempeñar un empleo, cargo o comisión dentro del sistema financiero mexicano, por un periodo de seis meses a 10 años, sin perjuicio de las sanciones que conforme a este u otros ordenamientos legales fueren aplicables (Artículo 25 primer párrafo *in fine*, de la LIC). Ha sido suficientemente examinado que la limitación para desempeñar un trabajo lícito sólo podrá ser por orden judicial; la inhabilitación, al implicar una privación de derechos, está sujeta al texto del segundo párrafo del artículo 14 Constitucional “Nadie podrá ser privado de (sus)... derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”, que se cita en su parte conducente como único argumento, suficiente, claro y contundente.

## V. La intervención administrativa

Anteriormente la LRSBPC establecía la figura de la intervención administrativa en la SNC, como procedimiento que la autoridad gubernamental podía utilizar para corregir la actividad estimada como indebida. No obstante la inconstitucionalidad de la ley al reenviar su regulación a los reglamentos administrativos<sup>12</sup>, habría que mencionar en su favor que la actividad se consideraba como un

<sup>12</sup> Cuestión criticada por Jorge Barrera Graf. *Nueva legislación bancaria. Breves comentarios sobre las dos leyes del 14 de enero de 1985*. Porrúa, México 1985. p. 49.

servicio público, y las SNC consideradas como parte de la administración paraestatal.

La LIC recoge este instituto administrativo en sus artículos 137 a 143, en los siguientes términos:

a) La junta de gobierno de la CNB podrá disponer que un inspector intervenga la institución de crédito a fin de normalizar sus operaciones, cuando ésta no las hubiere regularizado en el plazo que el presidente de dicha junta haya fijado después de observar que las operaciones no se ajusten a los términos de la ley y resultante de una inspección (primer párrafo, artículo 137).

La intervención se llevará a cabo directamente por el interventor quién realizará los actos necesarios para cumplir los objetivos que se señalan en el acuerdo correspondiente, en los términos del reglamento interior de la CNB (segundo párrafo).

b) Si las irregularidades afectan la estabilidad o la solvencia de las instituciones de crédito, y ponen en peligro los intereses del público o acreedores, el Presidente podrá de inmediato, con acuerdo de la Junta de Gobierno declarar la intervención con carácter de gerencia, de la institución de que se trate y designar, sin que para ello requiera acuerdo de la junta de gobierno, a la persona física que se haga cargo de la institución, con el carácter de interventor gerente (artículo 139). El interventor gerente tendrá todas las facultades, —estándole supeditadas—, que normalmente correspondan al consejo de administración de la institución y plenos poderes generales para actos de dominio, de administración, para pleitos y cobranzas, para suscribir títulos de crédito, para presentar denuncias y querrelas y desistir de estas últimas, previo acuerdo del presidente de la CNB, y para otorgar los poderes generales o especiales que juzgue convenientes, y revocar los que estuvieren otorgados por la institución intervenida y los que el mismo hubiere conferido. Tampoco quedará sujeto en su actuación a la asamblea de accionistas, ni al consejo de administración (Artículos 140 y 142). La asamblea y el Consejo de Administración, podrán seguir sesionando pero solamente para estar informados sobre el funcionamiento de la sociedad, y para opinar sobre los asuntos que el interventor-gerente, someta a su consideración (artículo 142). La intervención se entiende como temporal, pero la ley no señala plazo alguno para su terminación y la decisión de levantarla o continuarla depende de la CNB.

Si en la antigua LRSPBC, se tenían a la mano argumentos para justificar la actuación ejecutoria de la CNB para garantizar el adecuado funcionamiento del servicio público; la existencia de la intervención administrativa en la actual LIC resulta insólita, no solamente por la evidente contradicción con sus presupuestos teórico jurídicos, sino también por su carácter francamente confiscatorio.

La razón política de su existencia, probablemente la encontremos en la necesidad de preservar en manos de la autoridad, ciertos mecanismos de control para reconducir a la normalidad en caso extremo, una actividad importante para la economía del país. El problema es que tal y como se consigna este acto administrativo ejecutorio, más bien parece un acto propio de la llamada “razón de Estado”, colocado en los límites del Estado de derecho.

La intervención administrativa tiene, entonces dos formas: aquella en la que se da al interventor una función de contralor de las actividades de la institución, y la intervención con carácter de gerencia en la que sustituye con plenitud de poderes la

administración, representación y dominio de la sociedad; esto le da un significado distinto a la revocación de la autorización (artículo 28 de la LIC) y al procedimiento jurisdiccional de liquidación y quiebra.

La teoría del servicio público admite que la autoridad puede hacer valer distintos medios para preservar su prestación (rescisión unilateral del contrato de concesión, caducidad, secuestro, reversión, etc.<sup>13</sup>), cuando el servicio se encuentra concesionada a particulares; la ley generalmente los establece. Pero, los anteriores argumentos no resultan válidos para la actual regulación constitucional y legal del servicio de banca y crédito: no es un servicio público, ni es materia de concesión. La actividad de banca múltiple será prestada por los particulares, será materia de autorización administrativa y tanto las sociedades mercantiles que lo presten como sus propietarios, actuarán en ejercicio de su libertad de trabajo y de sus derechos de propiedad, consignados y tutelados por la Constitución y sujetos a las restricciones que ella misma señala. Así las cosas, la actual regulación y el eventual ejercicio de la intervención administrativa, configura al menos, las siguientes violaciones a la Ley Suprema:

1) Priva de sus derechos a las personas jurídicas, instituciones de crédito y sociedad anónima, sin existir resolución judicial ni juicio previo, necesarios para la limitación o privación de derechos (artículos 14 y 16 Constitucionales).

2) Priva a los accionistas del derecho a decidir sobre el manejo de su empresa y de la propiedad de sus derechos societarios, sin existir resolución judicial, ni el juicio previo, exigidos constitucionalmente (artículos 14 y 16 Constitucionales).

3) Imposibilita el ejercicio del derecho de defensa de la sociedad por conducto de los órganos o representantes que libremente se otorgue, ya que el Consejo de administración es sustituido a sus poderes y los representantes pueden ser revocados o bien estarán bajo el mando del interventor-gerente. Este es un caso de evidente anulación de la garantía de acceso a la justicia (artículo 17 Constitucional). La única defensa que deja la ley es la que se dé por los accionistas en lo individual.

4) Sujeta a las personas jurídicas, institución de crédito y sociedad anónima, a un régimen de excepción contrario a la igualdad jurídica de las personas (artículo 1o. Constitucional).

5) Es una auténtica confiscación, ya que se priva del derecho de propiedad tanto a la institución de crédito, como a los accionistas de manera inconstitucional y sin indemnización alguna (artículo 22 Constitucional).

6) No se otorga el derecho de la audiencia previa en el procedimiento administrativo de decisión de la intervención (artículo 14 Constitucional), y no se encuentra contenido dentro de las excepciones constitucionales a la garantía de previa audiencia.

7) Remite la regulación del procedimiento interventorio al Reglamento de Inspección y al Reglamento de la CNB, el último de los cuales es emitido por ella misma en contravención del artículo 81 fracción primera de la Constitución.

Paradójicamente, en otra hipótesis de intervención administrativa, la ley otorga mayores garantías: cuando la CNB presuma que una persona física o moral esté realizando actos no permitidos por la ley (artículo 104 de la LIC), la intervención se hará cumpliendo con las formalidades esenciales del procedimiento, se declara como de interés público y se prevé el recurso administrativo ante la CNB.

<sup>13</sup> Fraga. op. cit., pp. 253 y 254.

### **Consideraciones Finales.**

La LIC, como un ordenamiento más de lo que denominaremos el derecho de la reforma del Estado, es un espacio fructífero para la reflexión sobre los cambios que están sucediendo en el país, y también muestra que la nueva estrategia gubernamental no significa necesariamente que sus instrumentos legislativos se ajusten a la Constitución; para ello tendría que reconsiderar las formas y las técnicas empleadas. Pero además de los problemas de juridicidad está la exigencia de coherencia con su propio discurso. Por otra parte la nueva legalidad, permitirá apreciar, ante la eventualidad de su aplicación, la actuación del órgano controlador de la constitucionalidad, ante los retos del derecho — en palabras de Duverger — de la monarquía republicana.