

Los decretos de transformación de los bancos en sociedades anónimas

RICARDO ARMAS ARROYO

SUMARIO: I. Introducción. II. La tesis de la Suprema Corte. III. Opinión personal. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En el sistema jurídico mexicano la jurisprudencia se puede establecer de distintas formas, y una de éstas es mediante la denuncia de tesis contradictorias sustentadas por Tribunales Colegiados de Circuito, a fin de que el pleno de la Suprema Corte de Justicia decida la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia,¹ así lo disponen los artículos 107 fracción XIII de la Constitución federal, 197-A de la Ley de Amparo y 10 fracción VIII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Con base en lo anterior, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió la contradicción de tesis referida a la extemporaneidad de la emisión de los decretos para transformar a la banca de sociedades nacionales de crédito en sociedades anónimas, sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito.

En el caso concreto, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió que la validez de los decretos emitidos extemporáneamente por el presidente de la República radica en las facultades que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dándole la razón al Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito.

En una primera lectura, esta tesis jurisprudencial da la impresión de ser correcta, a pesar de que la facultad reglamentaria del presidente de la República no

¹ Es necesario aclarar que la Suprema Corte de Justicia no afecta las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción.

es una facultad expresa (hoy en día nadie la niega), sin embargo, una lectura cuidadosa de su texto lleva a reflexiones que ponen en duda su veracidad.

En las reflexiones sobre su contenido hay que tener cuidado, ya que se corre el grave riesgo de perderse en el bosque, así por ejemplo, se asevera que el artículo séptimo transitorio de la Ley de Instituciones de Crédito,² es una norma de carácter secundario, imperfecta, que carece de sanción; esta afirmación crea ciertas interrogantes, las que se incrementan al ver que dicho precepto consta de trece fracciones en las cuales se regulan diversas materias.

Entre los problemas que se plantean, por la forma en que está redactada la tesis jurisprudencial, se encuentra el de establecer si la afirmación de que sea una norma imperfecta carente de sanción sólo se refiere a su primer párrafo, en donde se establece el plazo de trescientos sesenta días para que el Ejecutivo federal expida los decretos de transformación, o a todas y cada una de sus fracciones, en cuyo caso las consecuencias son terribles.

El asunto se vuelve más grave si se toma en cuenta que en la última parte de la tesis jurisprudencial se dice que “aun cuando el citado precepto transitorio no estuviera consignado expresamente en la ley mencionada, tal omisión de modo alguno implicaría la carencia de facultades del presidente de la República para expedir en cualquier momento los decretos...”, ya que nos llevaría a cuestionar si el Ejecutivo federal en uso de su facultad reglamentaria podría establecer, por ejemplo, que los acreedores de las sociedades nacionales de crédito pueden oponerse a la transformación; que los titulares de los certificados de la serie “B” tendrían derecho a separarse de la sociedad; o la fecha en que surtiría efecto la transformación, etcétera, sin darse una invasión de esferas de competencia entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

Así pues, con el fin de evitar caer en un entramado como el anterior, he decidido atacar el problema en su parte fundamental al recurrir a los principios básicos que deben regir en un verdadero Estado de derecho.

II. LA TESIS DE LA SUPREMA CORTE

Antes de ello es conveniente conocer cómo se dio la contradicción de tesis y la tesis jurisprudencial que nos ocupa, para lo cual a continuación transcribo las partes que considero más relevantes, resaltando con cursivas lo que considero de especial importancia.

El pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión privada celebrada el cuatro de agosto de 1997, con el número 56/1997, aprobó la siguiente jurisprudencia:³

BANCOS. DECRETOS EMITIDOS EXTEMPORÁNEAMENTE POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, EN CUANTO A SU TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDADES NACIONALES DE CRÉDITO EN SOCIEDADES ANÓNIMAS. SU VALIDEZ RADICA EN LAS FACULTADES QUE LE OTORGA LA CONSTITU-

² Vigente a partir del 19 de julio de 1990.

³ *Semanario Judicial de la Federación*, novena época VI (agosto 1997) 5-35.

CIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (ARTÍCULO SÉPTIMO TRANSITORIO DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO, VIGENTE A PARTIR DEL 19 DE JULIO DE 1990). *El artículo séptimo transitorio de la Ley de Instituciones de Crédito*, vigente a partir del diecinueve de julio de mil novecientos noventa, que dispone en lo conducente: "El Ejecutivo Federal, en un plazo de trescientos sesenta días contados a partir de la vigencia de esta ley, expedirá los decretos mediante los cuales se transformen las sociedades nacionales de crédito, instituciones de banca múltiple, en sociedades anónimas", *es una norma de carácter secundario, imperfecta, que carece de sanción y que se relaciona de manera necesaria con la Ley de Instituciones de Crédito en la que se contiene. En efecto, si el titular del Ejecutivo Federal expidió los decretos de transformación de bancos, de sociedades nacionales de crédito en sociedades anónimas, fuera del plazo establecido por aquel precepto, por ello no puede decretarse su invalidez, porque su existencia jurídica proviene de las facultades del presidente de la República, que derivan no de la ley en que se contiene el referido artículo séptimo transitorio, sino directamente del artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto consigna una atribución presidencial para ejecutar la Ley de Instituciones de Crédito de referencia, y proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia, pudiendo ejercerse esa facultad en cualquier tiempo, ya que emana de la propia Constitución Política. Por tanto, aun cuando el citado precepto transitorio no estuviera consignado expresamente en la ley mencionada, tal omisión de modo alguno implicaría la carencia de facultades del presidente de la República para expedir en cualquier momento los decretos de transformación bancaria respectivos, pues ello era indispensable para el debido acatamiento de la ley, en ejercicio de la atribución conferida constitucionalmente.*

Esta jurisprudencia es el resultado de la contradicción de tesis 33/96, entre la sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito.

... El Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito, en la parte relativa de su sentencia, sostiene, en lo conducente, que para el examen de la constitucionalidad del decreto expedido por el Presidente de la República, mediante el cual se transforma una institución bancaria, de sociedad nacional de crédito, en sociedad anónima, es irrelevante la circunstancia de que se haya incumplido el plazo de trescientos sesenta días para su expedición, establecido por el artículo séptimo transitorio de la Ley de Instituciones de Crédito, vigente a partir del diecinueve de julio de mil novecientos noventa, toda vez que el solo transcurso o vencimiento del aludido plazo no puede limitar el ejercicio de la facultad del Ejecutivo Federal, con base en la cual emitió el decreto, pues encuentra su origen en la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, se trata de una de las facultades del presidente de la República reconocidas por la Ley Suprema.

En tanto, el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, en su sentencia sostiene, acerca del tema anterior, que del examen del decreto presidencial reclamado, en virtud del cual se transformó una institución bancaria, de sociedad nacional de crédito, en sociedad anónima, se advierte que el Ejecutivo Federal lo emitió en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 89, fracción I, constitucional, y con fundamento en el artículo séptimo transitorio de la Ley de Instituciones de Crédito, vigente a partir del diecinueve de julio de mil novecientos noventa, el cual prescribe que el Ejecutivo Federal, en un plazo de trescientos sesenta días, contados a partir de que entró en vigor dicha ley, debería expedir los decretos mediante los cuales se transforman las sociedades nacionales de crédito, instituciones de banca múltiple, en

sociedades anónimas; y que, *si para la fecha en que se expidió el decreto presidencial de transformación reclamado en el amparo, el Ejecutivo Federal ya no se encontraba investido de la facultad legislativa que le otorgó el Congreso de la Unión, a través del referido artículo transitorio, cesaron tales facultades y el decreto resultaba violatorio de garantías.*

Para resolver esta contradicción, el pleno de la Suprema Corte centra su análisis en la facultad reglamentaria del presidente de la República; en el artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la naturaleza de un artículo transitorio.

Para el análisis de la facultad reglamentaria recurre a la tesis número 2ª. LXX/95 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice:

FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, PRINCIPIOS QUE LA RIGEN. Según ha sostenido este alto tribunal en numerosos precedentes, el artículo 89, fracción I, constitucional, faculta al presidente de la República para expedir normas reglamentarias de las leyes emanadas del Congreso de la Unión, y aunque desde el punto de vista material ambas normas son similares, aquéllas se distinguen de éstas básicamente, *en que provienen de un órgano que al emitir las no expresa la voluntad general, sino que está instituido para acatarla en cuanto dimana del Legislativo*, de donde, por definición, *son normas subordinadas*, de lo cual se sigue que la facultad reglamentaria se halla regida por dos principios: *El de reserva de ley y el de subordinación jerárquica a la misma*. El principio de reserva de ley, desde su aparición como reacción al poder ilimitado del monarca hasta su formulación en las constituciones modernas, ha encontrado su justificación en la necesidad de preservar los bienes jurídicos de mayor valía de los gobernados (tradicionalmente libertad personal y propiedad), prohíbe al reglamento abordar materias reservadas en exclusiva a las leyes del Congreso, como son las relativas a la definición de los tipos penales, las causas de expropiación y la determinación de los elementos de los tributos; mientras que *el principio de subordinación jerárquica exige que el reglamento esté precedido por una ley cuyas disposiciones desarrolle, completamente o pormenorice y en las que encuentre su justificación y medida*. 2ª. LXX/95. Amparo en revisión 1948/94. Proveedora de Señales y Dispositivos para Tránsito, S.A. de C.V. 16 de junio de 1995. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.

En cuanto a doctrina se refiere a los tratadistas Andrés Serra Rojas, Gabino Fraga, Felipe Tena Ramírez, Mariano Coronado y Miguel Acosta Romero, entre otros, para concluir que en la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

...también se contiene la atribución del Presidente de la República para expedir decretos, acuerdos y otros actos, necesarios para la exacta observancia de las leyes en materia administrativa, los que, a diferencia de los reglamentos mencionados, crean situaciones jurídicas concretas para el cumplimiento de tales leyes y, refiriéndonos en especial a los decretos administrativos, emitidos por el titular del Ejecutivo Federal, emanan, al igual que la facultad reglamentaria, directamente de la Ley Suprema (artículo 89, fracción I) y, *por ende, siendo su finalidad proveer a la exacta observancia de las leyes, constituyen una facultad que puede ejercerse en cualquier momento, cuando lo estime conveniente o necesario dicho Ejecutivo.*

Se puede concluir también, que los decretos de transformación de las instituciones bancarias, de sociedades nacionales de crédito, en sociedades anónimas, a que se refiere la presente contradicción de tesis, son verdaderos actos administrativos del Presidente de la República, no sólo porque según su texto, se expidieron en ejercicio de la facultad que establece el artículo 89, fracción I, de la Carta Fundamental, sino porque a través de ellos, que se refieren a la situación concreta antes mencionada, se provee acerca de la exacta observancia de la Ley de Instituciones de Crédito, vigente a partir del diecinueve de julio de mil novecientos noventa.

De la opinión de los tratadistas mencionados, cabe destacar los siguientes párrafos:

Felipe Tena Ramírez:

Tal como está redactada esta fracción, “ejecutar las leyes proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia” significa que se trata de una única facultad —ejecutar las leyes—, pues el resto de la expresión no consigna sino el modo como debe hacerse uso de dicha facultad proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia. La importancia de la facultad reglamentaria, la necesidad de contar con ella en un régimen constitucional, han inclinado a la jurisprudencia a justificarla, hasta el punto de que ya nadie la discute. De esta suerte ha crecido fuera de la Constitución, aunque sin contrariarla, una institución de derecho consuetudinario, que viene a llenar el vacío que inexplicablemente dejaron los constituyentes de 57 y 17. Hoy en día es el precedente y no el texto, el que justifica en nuestro derecho la facultad reglamentaria.

Mariano Coronado:

Para la ejecución de las leyes necesita el presidente expedir reglamentos y dictar disposiciones y órdenes. El reglamento difiere de la ley en que ésta establece principios, y aquél los desarrolla; ésta es perpetua, aquél varía según las circunstancias; ésta manda, aquél obedece, el reglamento por lo tanto, no puede usurpar el dominio de la ley, imponiendo penas, creando impuestos, organizando los Poderes públicos, etcétera. Se limita a desenvolver los principios de la ley, a fijar los pormenores que directamente se derivan de sus preceptos. En suma, el presidente, como jefe supremo de la Administración Federal, dispone y resuelve lo conveniente para el buen despacho de ella. *Por de contado se entiende que los reglamentos y demás disposiciones del Ejecutivo no han de contrariar la ley, puesto que tiene que proveer a su exacta observancia.*

Miguel Acosta Romero:

La facultad reglamentaria se ha considerado por la doctrina y la jurisprudencia, que corresponde al Presidente de la República, es decir, que no se puede delegar y además de que *se trata de una facultad discrecional, o sea, que puede ejercitarse en cualquier momento, según lo estime conveniente o necesario el Ejecutivo...*

Por lo que se refiere a la naturaleza de un artículo transitorio, después de hacer la aclaración de que el tema generalmente se ha abordado desde la perspectiva del ámbito temporal de validez de las normas jurídicas, comentan la opinión

de los tratadistas Miguel Villoro Toranzo y Eduardo García Máynez para concluir

...a juicio de este alto tribunal, que en lo referente al artículo séptimo transitorio de la Ley de Instituciones de Crédito, vigente a partir del diecinueve de julio de mil novecientos noventa, en cuanto a su determinación de que "El Ejecutivo Federal, en un plazo de trescientos sesenta días contados a partir de la vigencia de esta ley, expedirá los decretos mediante los cuales se transformen las sociedades nacionales de crédito, instituciones de banca múltiple, en sociedades anónimas...", es una norma de carácter secundario, imperfecta, que se relaciona de manera necesaria con la Ley de Instituciones de Crédito en la que se contiene, que no tiene nada que ver con el inicio de vigencia indeterminada de dicha ley, dispuesta en el artículo primero transitorio (a partir del día siguiente al de su publicación) y que, precisamente por la naturaleza imperfecta del artículo séptimo transitorio, carece de sanción si el titular del Ejecutivo Federal, como acontece en la especie con los decretos controvertidos, lo expidió fuera del plazo establecido por ese precepto, ya que no puede decretarse su invalidez porque su existencia jurídica proviene de las facultades del Presidente de la República en ese aspecto, que derivan no de la ley en que se contiene el aludido artículo séptimo transitorio, sino directamente del artículo 89, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto consigna una atribución presidencial para ejecutar la Ley de Instituciones de Crédito de referencia, emanada del Congreso de la Unión, y proveer en la esfera administrativa a su exacta observancia, *pudiendo ejercerse esa facultad en cualquier tiempo, por emanar de la propia Ley Suprema*.

Por tanto, aun cuando el citado precepto transitorio se hubiera omitido en la ley mencionada, ello no implicaría la carencia de facultades del Presidente de la República para expedir en cualquier momento los decretos de transformación bancaria respectivos, pues ello era indispensable para el debido acatamiento de la ley, en ejercicio de la atribución conferida constitucionalmente al titular del Ejecutivo Federal, de ahí que, por todas estas consideraciones, el criterio que debe prevalecer es el sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito.

III. OPINIÓN PERSONAL

Los razonamientos y conclusiones a que llega el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos llevan a hacer las siguientes consideraciones sobre algunos conceptos y principios básicos que rigen en nuestro Estado de derecho.

Nuestra forma de gobierno de acuerdo con el artículo 40 de la Constitución Política, es la de una República representativa, democrática y federal.

Dado que hoy en día, tanto la monarquía como la república son compatibles con la democracia y el régimen constitucional, es conveniente recordar que Maquiavelo opone la república a la monarquía y así se dice que un gobierno es republicano en la medida en que el jefe del Estado no es vitalicio y para su elección se consulta a la voluntad popular. En consecuencia, el carácter republicano única y exclusivamente se da en el jefe de Estado.

Hasta hace pocos años se identificaba la monarquía con el absolutismo, régimen en el que todos los poderes se hallan bajo la autoridad única del jefe del Estado. Hoy en día, el enemigo a vencer es el régimen totalitario, en donde lo

que prima es la subordinación de los derechos de la persona a la razón de Estado.

El totalitarismo se caracteriza por la concentración del poder, Ejecutivo, Judicial y Legislativo, en un pequeño grupo, que subordina los derechos de los habitantes a la razón de Estado.

Curiosamente el totalitarismo, por los disfraces tan seductores que porta en la mayoría de los casos representando distintas facetas de la justicia, cuenta con innumerables colaboradores en los distintos sectores de la población, de tal forma que a base del engaño y de repetir las grandes o pequeñas mentiras, se llega a la “verdad oficial” y si alguien se atreve a despojarla de su disfraz, se le condena y anatemiza. Es tal el hambre y sed de justicia en la población que su reacción es más emocional que racional.

Como consecuencia de ello, el totalitarismo cuenta con colaboradores de buena fe, muchos de ellos con gran estrechez de mira, que actúan en la creencia de que hacen un bien a la nación, o simplemente por el afán de quedar bien, de servir, de hacer méritos, en su actuar se vuelven laxos, sin darse cuenta del daño que causan. Las mejores armas con que cuenta el totalitarismo son la dialéctica, la retórica, en suma, la demagogia.

La división de poderes es uno de los grandes antidotos contra el totalitarismo, pero por sí sola no basta, se requiere integridad en sus titulares, en sus integrantes, e independencia para que cada uno juegue el papel que le corresponde, limitándose unos a los otros y, desde luego, cooperando entre ellos en el legítimo ejercicio de sus competencias, facultades. Se requiere de la hombría que tuvo en Inglaterra el Justicia Mayor del Reino, lord Eduardo Coke, para enfrentarse al rey Jacobo I y hacerle entender que el poder público está sometido a un conjunto de normas.

En nuestra Constitución Política, el artículo 49 consagra la división de poderes, señalando que el Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Como indicamos, la división de poderes tiene entre sus funciones el limitar al poder, ya que como dice Locke,

para la fragilidad humana la tentación de abusar del poder será muy grande, si las mismas personas que tienen el poder de hacer las leyes tuvieran también el poder de ejecutarlas; porque podrían dispensarse entonces de obedecer las leyes que formulan y acomodar la ley a su interés privado, haciéndola y ejecutándola a la vez, y, en consecuencia, llegar a tener un interés distinto del resto de la comunidad, contrario al fin de la sociedad y del Estado.⁴

El Poder Judicial, en la división de poderes, tiene un papel de suma importancia ya que es un garante de que efectivamente se dé en la vida diaria la división de poderes. Esta función se ve aún más clara en el juicio de amparo, ya que como dice Tena Ramírez “...el Poder Judicial desempeña en el juicio de amparo funciones especiales [...] mediante ellas, el Poder Judicial se coloca al mismo nivel de la Constitución, es decir, por encima de los otros poderes, a los cuales juzga y limita en nombre de la Ley Suprema”.⁵

⁴ *Ensayo sobre el gobierno civil*, capítulo XII.

⁵ *Derecho constitucional mexicano*, capítulo XIII.

Hablar de Constitución, de forma de gobierno, de división de poderes, es hablar del Estado de derecho en donde todo poder pretende ser legítimo, poder que en última instancia no es más que un poder jurídico limitado.

A partir de la Revolución Francesa se da una reacción directa contra las técnicas del gobierno del absolutismo, donde la persona subjetiva del rey es fuente de todo derecho como representante de Dios en la Tierra. Ahora la fuente del derecho está en la comunidad, en su voluntad y su única forma de expresión es la ley general, la cual ha de determinar todos y cada uno de los actos singulares del poder, asegurando así la libertad de los ciudadanos, los cuales dejan de ser súbditos pasivos respecto de un poder ajeno y trascendente.

En lo sucesivo, la legitimidad del poder procede de la voluntad comunitaria cuya expresión típica es la ley, de tal forma que todo poder es de la ley y la autoridad que puede ejercitarse es la propia de la ley; a esto es a lo que se llama el principio de legalidad, el cual consiste, al decir de Genaro Góngora Pimentel "...en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada; dicho en otras palabras, los órganos de la administración pública, sólo pueden hacer aquello que la ley les permita".⁶

Ballbe, citado por Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, en su curso de *Derecho administrativo*, nos dice:

La conexión necesaria entre administración y derecho y la máxima que lo cifra —*quae non sunt permissae prohibita intelligentur* [lo que no está permitido ha de entenderse prohibido, por diferencia, dice el mismo autor en otro lugar, del principio que rige la vida privada: *permissum videtur in omne quod non prohibetur*: ha de entenderse permitido todo lo que no está prohibido]— implica [...] que toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que se trata de una válida acción administrativa, ha de ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico; y sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico, o partiendo del principio jurídico se puede derivar de él, puede tenerse como tal acción administrativa válida [...]. Para contrastar la validez de un acto no hay, por tanto, que preguntarse por la existencia de algún precepto que lo prohíba, bajo el supuesto de que ante su falta ha de entenderse lícito; por el contrario, hay que inquirir si algún precepto jurídico lo admite como acto administrativo para concluir por su invalidez en ausencia de tal disposición.

En consecuencia, la ley, en sentido formal, como producto del poder legislativo, enmarca la actuación del Poder Ejecutivo, la condiciona, limita, determina o excluye. De tal forma que la administración no puede actuar por propia autoridad, actúa al amparo de la autoridad de la ley.

Se puede concluir que la legalidad atribuye potestades a la administración, al Ejecutivo, definiendo cuidadosamente sus límites y en consecuencia, lo habilita para su actuación confiriéndole poderes jurídicos.

Dentro de esas potestades que la legalidad atribuye al Ejecutivo se encuentra la facultad reglamentaria, por ello haremos algunas consideraciones sobre lo que es la potestad, ya que ésta, a diferencia del derecho subjetivo, no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singu-

⁶ *Introducción al estudio del juicio de amparo.*

lares, sino que procede directamente de la ley y tiene como consecuencia el sometimiento de otros sujetos, quienes han de soportar sobre su esfera jurídica, los efectos que ocasiona su ejercicio.

La potestad, por el origen que tiene es inalienable, intransmisible e irrenunciable. Su titular puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla, a lo sumo la propia ley puede autorizar que su ejercicio se delegue.

Además, la potestad no está sujeta a prescripción, aunque su ejercicio pueda estar sometido a caducidad o decadencia.

Su titular no la puede modificar, ya que es la ley en quien tiene su origen, quien puede alterarla o extinguirla.

Al tener su origen en la ley, su atribución ha de ser expresa, situación que hay que atemperar con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos, como sucede en nuestro derecho con la facultad reglamentaria del Ejecutivo, la cual se infiere más por interpretación que por lo explícito del texto directo de la norma, y así lo afirma Tena Ramírez:

Desde luego hay que convenir en que la Constitución no rechaza, sino que al contrario admite implícitamente la existencia de los reglamentos; en efecto, el artículo 92 supone que los reglamentos existen, por más que no consigne la facultad de expedirlos, cuando dice que todos los reglamentos, decretos y órdenes del Presidente deberán estar firmados por el secretario del Despacho.

La mensurabilidad de las competencias públicas es uno de los principios fundamentales del Estado de derecho contemporáneo, ya que en él es inconcebible un poder jurídico indeterminado, sin límites.

Así lo reconoce la tesis número 2ª. LXX/95 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en que se apoya el pleno de la Suprema Corte para analizar la facultad reglamentaria del presidente de la República al decir que las normas reglamentarias se distinguen de las leyes emanadas del Congreso de la Unión. "...en que provienen de un órgano que al emitirlas no expresa la voluntad general, sino que está instituido para acatarla en cuanto dimana del legislativo..." y en la doctrina de los autores a que hace referencia el pleno de la Suprema Corte se encuentra la opinión de Mariano Coronado: "Por de contado se entiende que los reglamentos y demás disposiciones del Ejecutivo no han de contrariar la ley, puesto que tiene que proveer a su exacta observancia."

Abundando en la doctrina, Tena Ramírez señala los siguientes límites:

...los reglamentos expedidos por el Ejecutivo tienen que referirse únicamente a leyes del Congreso de la Unión [...] Tampoco puede ejercitarse la facultad reglamentaria independientemente de toda ley, ya que lo característico del reglamento es su subordinación a la ley [...] Esta subordinación del reglamento a la ley, se debe a que el primero persigue la ejecución de la segunda, desarrollando y complementando en detalle las normas contenidas en la ley. No puede, pues, el reglamento ni exceder el alcance de la ley ni tampoco contrariarla, sino que debe respetarla en su letra y en su espíritu.

Por su parte Elisur Arteaga sostiene:

Los reglamentos son de naturaleza secundaria por virtud de que, en el esquema de jerarquía de las leyes, se ubican en un rango inferior tanto a la Constitución como a las leyes que emiten los órganos legislativos [...] Para la autoridad administrativa, la posibilidad de ejercer la facultad reglamentaria surge en el momento en que se da y entra en vigor una ley; aunque en potencia exista la facultad, es la vigencia de la ley la que marca el inicio real de aquélla.

Tal parece que el pleno de la Corte pretende identificar la discrecionalidad de una potestad con el que ella se pueda ejercitar en cualquier época; como hemos visto, la facultad reglamentaria tiene como condición *sine qua non*, en el tiempo, la existencia de una ley a la cual ha de reglamentar, pero ésta no es su única limitación.

La ley que ha de reglamentarse constituye la medida y amplitud del ejercicio de dicha facultad, dependiendo de si en ella se determinan de forma agotadora, todas y cada una de las condiciones de su ejercicio o bien, sólo definiendo algunas de esas condiciones y las demás dejándolas a la estimación subjetiva del Ejecutivo, de tal forma que no hay discrecionalidad al margen de la ley, sino sólo en virtud de la ley y en la medida en que la ley lo haya dispuesto.

En consecuencia la facultad discrecional en cuanto que es atribuida con tal carácter por la ley, es en dicha ley donde necesariamente se han tenido que configurar algunos de sus elementos, ya que en un Estado de derecho no puede haber potestades absolutas.

En suma, la discrecionalidad en esencia es una libertad de elección, dentro del marco jurídico, que se fundamenta en criterios extrajurídicos, como lo es la oportunidad de su ejercicio en el tiempo, pero no es el único ni el más importante ya que el tiempo u ocasión de su ejercicio puede estar reglado.

Al decir de Hans Huber, la discrecionalidad “es el caballo de Troya dentro del Estado de derecho” y esto se hará realidad en la medida que la identifiquemos con la arbitrariedad.

Para concluir, sin perder de vista que la facultad reglamentaria se encuentra subordinada a la ley, únicamente resta el que nos preguntemos si el artículo séptimo transitorio de la Ley de Instituciones de Crédito tiene el carácter de ley para efecto de la facultad reglamentaria, ya que supongo que el hecho de que esta disposición se ubique entre los transitorios no hará dudar a alguien de su carácter de ley.

Para los efectos anteriores es suficiente decir que por ley entendemos toda norma de derecho emanada del Poder Legislativo del Estado, requisito que cumple el precepto en estudio y se confirma al analizar el contenido de las distintas fracciones que contiene el artículo séptimo transitorio ya que más de una de ellas, como lo hemos indicado al principio, regula materias que están reservadas a la ley.

IV. CONCLUSIONES

Así podemos concluir que:

- a) Los decretos de transformación se debieron expedir como reglamentarios del artículo séptimo transitorio de la Ley de Instituciones de Crédito, vigente a partir del 19 de julio de 1990.
- b) El artículo séptimo transitorio —que formal y materialmente es una ley— regula de manera exhaustiva las condiciones en que ha de ejercer el Ejecutivo su facultad reglamentaria, incluida la oportunidad de su ejercicio y por ello es indispensable su existencia.
- c) La sanción por no emitir los decretos de transformación en el plazo señalado de 360 días es la caducidad del ejercicio de la facultad reglamentaria y en consecuencia los bancos deberían permanecer como sociedades nacionales de crédito, rigiéndose su funcionamiento por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito como lo dispone el artículo séptimo transitorio en su fracción VI.
- d) Al sostener el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que los decretos de transformación se expidieron única y exclusivamente con base en la facultad reglamentaria del Ejecutivo federal, se están violando los principios fundamentales que rigen dicha facultad, el de reserva de ley, al abordar materias reservadas en exclusiva a las leyes del Congreso, como lo es la propia materia de la transformación de los bancos, al regular su procedimiento y efectos así como los derechos que frente a ella corresponden a terceros; y el de subordinación jerárquica a la ley al hacer a un lado el artículo séptimo transitorio, ya que a falta de él, no hay ley a la cual desarrolle en sus disposiciones y en la cual encuentre su justificación y medida.
- e) Si en alguna facultad de los poderes de la Unión adquiere su máxima expresión la fracción XXX del artículo 73 Constitucional, aunque suene a verdad de perogrullo, es en la facultad reglamentaria del Ejecutivo federal. Sin una ley que reglamentar, dicha facultad se queda en pura potencia.