

DE LA NECESIDAD DE REFORMAR LA LEGISLACIÓN FINANCIERA CONFORME A LOS REQUERIMIENTOS DE LOS MERCADOS ¹

Carlos M. Díez García

Primeramente quiero agradecer a Consultoría y Evaluación Corporativa, S.C. y especialmente a su Director General, el señor licenciado José Alberto López Valadez por la invitación a participar en éste tan interesante ciclo de conferencias que responde a la necesidad de replantear el papel de los juristas en aras de pugnar por un mejor Estado de Derecho. No debe quedar la menor duda de que foros como éste coadyuvan en gran medida a lograr tal fin.

Antes de desarrollar la conferencia que me corresponde, no quisiera dejar pasar la oportunidad de compartir con ustedes; estimados colegas, algunos puntos de vista acerca del título de nuestro ciclo de conferencias, dado que éste invita por sí mismo a la reflexión.

El papel del Estado es de extrema importancia en la tarea de definir, aplicar y dar vigencia al Derecho Positivo. De tal forma encontramos que corresponde al poder legislativo discutir y aprobar, en su caso, leyes que regulen lo mejor posible la conducta de los gobernados en

¹ Conferencia preparada por el licenciado Carlos M. Díez, socio del Despacho Martínez, Algaba, Estrella, De Haro y Galván-Duque, S.C., dentro del ciclo de conferencias «El Abogado Frente a la Recomposición Jurídica de México», organizado por Consultoría y Evaluación Corporativa, S.C., impartida el 18 de febrero de 1999 en la Ciudad de México.

sus diversos campos de actividad; al poder ejecutivo, que dichas leyes efectivamente se apliquen sin excepción alguna, y con ello hacer efectivo y vigente el orden jurídico; y al poder judicial, llevar a cabo una labor continua de interpretación, aplicación y sanción de las leyes, y con ello hacer reales y efectivas las notas de coercitividad de las normas jurídicas.

Lo expresado, aunque resulte obvio, no se actualiza en el diario devenir de la señalada actividad estatal básica. En efecto, encontramos que los poderes estatales al dejar de ejercer adecuada y puntualmente su función, o al subordinar la misma a la satisfacción de intereses particulares o de grupo, merman sensiblemente la finalidad última del Estado que es la satisfacción del bienestar general o común. De lo anteriormente dicho, es donde ubicamos la necesidad de replantear el papel del abogado en el México de hoy. Es a dicha problemática a la que como juristas tenemos que responder con mayor compromiso y coadyuvar a detener tan indeseable dinámica que a veces pareciere no tener arreglo.

Vale la pena citar al respecto al maestro Rudolph Ihering que en su obra *El Fin del Derecho* nos dice: «Sólo donde el poder del Estado acata el orden por él establecido, adquiere el último su verdadera seguridad; sólo donde el derecho domina, prospera el bienestar nacional, el comercio y la industria se vuelven florecientes; sólo ahí se desarrolla la fuerza moral y espiritual inherente al pueblo en su vigor pleno. El derecho es la política bien comprendida del poder, no la política miope del momento, el interés del instante, sino la política de larga visión, que mira al futuro y considera el fin».

Nos corresponde a nosotros ser garantes de que la función estatal regulada en todo momento por el Derecho, se actualice en favor de las necesidades más urgentes y prioritarias de sus gobernados. No puede concebirse a un jurista que se someta a un supuesto orden estatal y jurídico, que al alejarse de sus finalidades más elementales, pretenda imponerse a seres racionales y libres con el fin de ser acatado. Tampoco es dable a un jurista dejar de externar sus puntos de vista acerca de las fallas o vicios en

los procedimientos utilizados por los Poderes Estatales para implementar sus funciones. De nada sirve un Estado de Derecho comprometido en lo sustancial con las necesidades de sus nacionales sin una adecuada funcionalidad de los órganos que lo representan. Tan indeseable es un Estado apartado del bienestar general como uno disfuncional.

Habiendo externado las anteriores reflexiones, me corresponde tratar el tema de la necesidad de reformar la Legislación Financiera a las necesidades de los mercados, partiendo fundamentalmente de realidades conocidas empíricamente en el ejercicio de la profesión y de diversas reflexiones surgidas al impartir la cátedra de derecho financiero en la Dirección de Estudios de Post-Grado de la Universidad Panamericana.

No cabe duda que uno de los campos de la actividad estatal donde más se ha cuestionado la eficiencia de la legislación y de la aplicación de la misma es el financiero. A diario, los medios de comunicación nos dan a conocer noticias acerca de la problemática que existe en el aumento de la cartera vencida, en detrimento de los intermediarios financieros. También somos sabedores de que muchos de los apoyos financieros que fueron otorgados antes de la crisis económica de 1994, no tuvieron el debido soporte de naturaleza contractual y de garantías para tratar de cobrar los mismos.

Entrando de lleno al tema que nos ocupa, definamos como punto de partida de nuestra exposición a la legislación financiera, en sentido lato, como el conjunto de normas jurídicas que regulan básicamente la constitución, organización y, sobre todo, las operaciones de los diversos intermediarios financieros autorizados por el Estado. Las fuentes formales de la normatividad financiera las podemos encontrar fundamentalmente en la legislación, la jurisprudencia y en la normatividad de carácter general surgida de los órganos administrativos competentes del Estado en la materia en cuestión (Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Banco de México, Comisión Nacional Bancaria y de Valores y Comisión Nacional de Seguros y Fianzas) ².

² La razón primordial de dicha regulación obedece en gran medida, al tema de esta conferencia, es decir, adecuar la normatividad a los requerimientos de regulación de los mercados financieros.

La legislación financiera tiene su fundamento constitucional en la facultad que nuestra Norma Fundamental concede al Congreso de la Unión para legislar sobre aspectos comerciales y más específicamente en aspectos relacionados con la intermediación y servicios financieros. El artículo 73, fracción X señala: «El Congreso de la Unión tiene facultad: [...] X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros [...]».

La fracción antes transcrita en lo que al tema que nos ocupa concierne es producto de la reforma constitucional contenida en el «Decreto por el que se reforman los artículos 28, 73, y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos» publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, de fecha 20 de agosto de 1993 y en vigor al día siguiente de la citada publicación. Cabe señalar, asimismo, que en virtud de dicho decreto se derogaron las normas constitucionales derivadas de la expropiación bancaria de 1982 que consignaban la prestación del servicio público de banca y crédito como área estratégica a ejercerse exclusivamente por el Estado. Vale la pena señalar que el ordenamiento a comentario también establece el sustento constitucional respecto de la autonomía del Banco de México al dejar de ser ése un organismo descentralizado del Gobierno Federal y pasar a ser un órgano autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración.

Por otra parte, en cuanto a la legislación se refiere, encontramos que básicamente la mayor parte de las relaciones jurídicas de índole financiero, se encuentra regulada por leyes especiales en la materia, y en lo no establecido por ellas se estará a lo previsto en la legislación mercantil de carácter general. También resulta importante señalar que los usos y prácticas mercantiles tienen un rol preponderante en la contratación financiera sobre todo en el ámbito bursátil. En lo que concierne a la supletoriedad de la legislación civil y no obstante que la propia legislación financiera la autoriza expresamente, debe tenerse mucho cuidado en la aplicación de dicha supletoriedad, debido a los criterios que con carácter de jurisprudencia fueran dados a conocer

por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en ocasión del análisis de las contradicciones de tesis relacionadas con la capitalización de intereses en operaciones de apertura de crédito.

Nuestra doctrina aborda con especial detalle la circunstancia relacionada con la autonomía del Derecho Financiero respecto de la posición de considerar éste con el carácter de Derecho Mercantil Especial. Puede establecerse que a partir de los señalados criterios de nuestro Máximo Tribunal, si bien no puede hablarse de una completa autonomía respecto de la legislación común o mercantil, sí puede considerarse el Derecho Financiero como una especialidad paralela influida por el Derecho Civil y el Derecho Mercantil en cuanto al contenido y alcance de las operaciones financieras, así como la forma de constitución de los diversos intermediarios financieros; y por el Derecho Administrativo en cuanto a la constante elaboración de criterios de naturaleza general y particular por parte de los órganos estatales competentes, así como por las diversas normas que regulan la participación de las instituciones de banca múltiple en el mecanismo de protección al ahorro bancario previsto en la «Ley de Protección al Ahorro Bancario» publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 19 de enero de 1999 y en vigor al siguiente día de su publicación.

Partiendo de la dinámica de los mercados financieros, encontramos que la normatividad en la materia ha quedado en muchos aspectos rebasada por esa misma dinámica en perjuicio de un adecuado desarrollo del sistema financiero mexicano en lo general. Como ejemplo de dicha problemática, podemos citar que la «Ley de Instituciones de Crédito» publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del día 18 de julio de 1990, en vigor el 1 de agosto de dicho año, no estableció mecanismos de regulación propia de entidades privadas al establecer disposiciones que aplican propiamente a entidades de naturaleza paraestatal. Recuérdese que la ley a comentario fue publicada en una época en que el Estado mantenía la propiedad de prácticamente todos los bancos del país.

Otro aspecto que aunque de naturaleza formal se mantiene a la zaga de la dinámica de los mercados financieros es una inadecu-

cuada dispersión normativa. En efecto, la normatividad financiera aunque compuesta de diversas leyes, mantiene muchas notas en común al tener estructuras de los intermediarios similares, así como principios generales muy relacionados entre sí en cuanto al tenor y al alcance de las operaciones se refiere. Encontramos que la interpretación de las normas en la materia se complica al existir diversos ordenamientos que tratan respecto de una operación en lo particular. Como ejemplo, podemos citar la regulación aplicable al depósito bancario de dinero y de títulos a la «Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito» en su capítulo II, secciones I y II que trata acerca de los depósitos bancarios de dinero y de títulos, respectivamente. Por su parte, el Código de Comercio en su título cuarto, capítulo I, consigna diversas disposiciones que también le resultan aplicables a dicho tipo de depósitos al tener éstos la calidad de mercantiles. Por último, la ley especial de la materia que es precisamente la bancaria, consigna normatividad en dicho aspecto. Por todas estas similitudes debe existir, en mi opinión, un código de carácter financiero que agrupe las operaciones y sólo dejar en el Código de Comercio los enunciados generales para que se permita la contratación de depósitos, préstamos o cualquier tipo de operación mercantil en lo general.

Por otra parte, encontramos que la regulación aplicable a las operaciones activas de las instituciones de banca múltiple, debe ser sujeta a una permanente actualización, sobre todo en lo que concierne a los mecanismos de garantía previstos en la legislación positiva. En efecto, resulta increíble que nuestra normatividad en la materia todavía no pueda adecuarse a los estándares internacionales en lo que concierne a la creación y mantenimiento de garantías.

Para ejemplificar lo mencionado anteriormente, tenemos el caso de la constitución de garantía prendaria, donde encontramos que en términos de lo previsto en el artículo 344 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ésta se reduce a la entrega de la cosa pignorada al acreedor prendario, es decir, a la transferencia misma de la posesión o «desposesión» de la cosa. Esta circunstancia por sí sola

presenta serios problemas. Los más importantes derivan de la necesidad de permitir la constitución de la prenda sin tener que privar al deudor prendario de la «cosa pignorada».

Se ha notado la creciente necesidad de que disposiciones que excepcionalmente permiten la constitución de prenda sin desposesión, como es el caso del artículo 329 de la ley antes apuntada que señala: «En los casos de créditos refaccionarios o de habilitación o avío, la prenda podrá quedar en poder del deudor. Éste se considerará para los fines de la responsabilidad civil y penal correspondiente, como depositario judicial de los frutos, productos, ganados y aperos y demás muebles dados en prenda», así como la prenda prevista en el último párrafo del artículo 69 de la Ley de Instituciones de Crédito que establece:

Se exceptúa de lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo, la prenda que se otorgue con motivo de préstamos concedidos por las instituciones de crédito para la adquisición de bienes de consumo duradero, la cual podrá constituirse entregando la factura que acredite la propiedad sobre la cosa comprada, haciendo en ella la anotación respectiva. El bien quedará en poder del deudor con el carácter de depositario, que no podrá revocársele en tanto esté cumpliendo con los términos de los préstamos.

Ambas excepciones bien pudieran constituir ahora las reglas generales para la constitución de este tipo de garantía.

Efectivamente, se otorgarían elementos adicionales de garantía a los deudores que al encontrar que sus operaciones de crédito se están dentro de las normas de excepción que pasarían a ser generales, según lo que se propone, podrían ofrecer a las instituciones bancarias mayor posibilidad de constituir garantías respecto de bienes muebles como soporte a las mismas. En la actualidad, al no estarse a las mencionadas normas de excepción entratándose de bienes muebles y al existir la necesidad de la desposesión de los mismos, se tiene que acudir a la institución del fideicomiso, en su modalidad de ga-

rantía, para llevar a cabo la transmisión fiduciaria de la propiedad de los bienes muebles y nombrándose al fideicomitente —que es el propietario mismo— como el depositario de los bienes afectos al fideicomiso.

En línea con lo anterior, otra creciente necesidad que los abogados con especialidad en la materia hemos notado, es la de establecer en la Legislación Financiera la posibilidad de que las entidades financieras del exterior, puedan otorgar préstamos o créditos con el soporte de la garantía prendaria para préstamos de consumo duradero como lo señalado en el último párrafo del artículo 69 de la Ley de Instituciones de Crédito, anteriormente transcrito y con el soporte o apoyo en hipotecas industriales como lo apunta el artículo 67 de la citada ley bancaria.

En efecto, toda vez que se hacen cada vez más ineludible los requerimientos de créditos del exterior, en virtud de la falta de financiamientos en moneda nacional y en el caso de que los hubiere, lo oneroso que éstos resultan, las empresas tienden a solicitar apoyos de entidades extranjeras y dichos intentos se ven afectados por el muy reducido catálogo de garantías que éstas puedan otorgar a sus futuros acreedores. En mi opinión, la falta de legislación que permita la constitución de dichos gravámenes como los previstos en la Legislación Bancaria a favor de las referidas entidades extranjeras, atenta contra el principio de trato nacional establecido en el capítulo de Apertura a Servicios Financieros de los distintos Tratados de Libre Comercio de los que México es parte.

Por lo que se refiere a los instrumentos de emisión de deuda respecto de proyectos de infraestructura, encontramos que los certificados de participación ordinaria a los que alude el capítulo V bis de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, vienen considerándose como tales, no obstante que sólo dan derecho a una parte alícuota del derecho de propiedad o de la titularidad de los bienes constituidos o afectos al fideicomiso que emitió dichos títulos. En el sentido de efectivamente considerar a dichos certificados como instrumentos de deuda, a falta de otros instrumentos que permitan su colocación en los

mercados, es que consideramos que la legislación debe modificarse para los efectos ya señalados.

Quizá la reforma más solicitada y requerida por los mercados financieros es la correspondiente a una modificación integral de la normatividad que le resulta aplicable a nuestro sistema judicial es en verdad inverosímil que los procedimientos, así como los plazos que actualmente imperan, favorezcan indiscriminadamente la falta de recuperación o reposición de los bienes afectos a cualquier tipo de garantía. Debemos pugnar porque exista un adecuado equilibrio en el procedimiento, pero también porque justamente los acreedores puedan hacer efectivas sus garantías en forma pronta y expedita, una vez probadas ante los jueces competentes las acciones correspondientes.

Una vez señalados algunos ejemplos en lo particular, permítanme, estimados colegas, volver a ampliar más el tema de nuestra conferencia. Coincido con Alonso Cuevas del Villar, que en su artículo «Actualización del Marco Regulatorio del Sistema Financiero», publicado por el *Foro* en el segundo semestre de 1994, nos dice que la reforma a la legislación financiera en un sentido más amplio debe comprender una tendencia a tres principios básicos: la desregulación; la autorregulación; y aspectos sistemáticos.

Se entiende como desregulación a decir de Itzhac Swary y Barry Topf, en su obra *La Desregulación Financiera Global* a la tendencia en la que la supervisión y la regulación se centran en el nivel de riesgo general en el que operan los intermediarios, al mismo tiempo que se minimiza la interferencia operativa de las dependencias públicas en la actividad financiera.

La autorregulación consiste en la capacidad de las instituciones integrantes del Sistema Financiero de crear instituciones, mecanismos y normas que les permitan una coordinación adecuada para mejorar su participación en la actividad económica y para elevar los niveles de eficacia de las Operaciones, ello sin realizar acuerdos que alteren su competencia en perjuicio del público.

Finalmente, como tercer principio, tenemos los aspectos sistemáticos que se refieren a la necesidad de que las normas aplicables al sector financiero tengan la jerarquía necesaria para su validez, que estén exentas de contradicciones y de lagunas y que estén organizadas de manera que se facilite su consulta e interpretación.

En virtud de los principios expuestos, se presentan a continuación algunas propuestas para una normatividad futura de nuestro sistema financiero:

- Contar con un Código Financiero único, que regule congruentemente las instituciones y las operaciones de todos los intermediarios financieros.
- Establecer en el Código Financiero el alcance, el objetivo y las características formales de las normas generales que podrán expedir los órganos federales competentes. Asimismo, establecer en el Código Financiero la institución de la afirmativa ficta para los trámites o requerimientos de permiso previo establecidos en la Legislación Financiera y, por último, fijar en él criterios para racionalizar y reducir las demandas de información de las autoridades financieras, asegurando el respeto al secreto bancario (o financiero).
- Reducir, sistematizar y publicar las normas administrativas aplicables al sistema financiero.
- Establecer mecanismos obligatorios de coordinación y de consulta previa en la preparación de normas generales por parte de las autoridades financieras.
- Eliminar infracciones y tipos penales ambiguos que han dado lugar a la falta de aplicación de las normas tuteladas en los diferentes tipos penales, y simplificar los requisitos de procedencias de las acciones penales.
- Distribuir de manera eficiente las atribuciones de las distintas autoridades financieras, partiendo de criterios de política financiera de

largo plazo para que dicha distribución de atribuciones no responda a necesidades de la administración pública en turno.

- Reducir al mínimo justificado los actos sujetos al régimen de permiso previo.
- Modificar íntegramente el sistema judicial para hacer más expeditos y eficientes los procesos en los que se vean involucrados los intermediarios financieros.

Otro aspecto que debe tomarse en cuenta en la modernización o reforma de la Legislación Financiera es el relativo al contexto de la globalización internacional. En este sentido, se señala que debido a la creciente interdependencia de los mercados financieros existe un creciente consenso en que la supervisión y regulación financiera deben ser armonizadas más allá del ámbito nacional.

La globalización por sí misma significa retos a los cuales hay que enfrentarnos. En este sentido, como ya se señaló anteriormente, nuestra legislación debe ser compatible con la normatividad internacional que nos resulte aplicable en virtud de la celebración de tratados o convenios internacionales por parte de México.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que hay diversos aspectos de carácter general y particular que nos invitan a reflexionar sobre la necesidad de adecuar nuestra Legislación Financiera a los requerimientos de los mercados. Resulta imprescindible que dicha reforma se lleve a cabo sobre el eje fundamental de cualquier régimen jurídico: el Estado de Derecho. Por su atención, les quedo muy agradecido.