

MARCO JURÍDICO DE LA FUNCIÓN BANCARIA

Raúl CERVANTES AHUMADA

En la dinámica evolutiva del derecho mercantil mexicano, quizás las reformas más trascendentales sean las que se han operado como consecuencia de que en 1982 fue nacionalizada por expropiación la rama privada del sistema bancario nacional.

Existe en nuestra historia académico-jurídica un fenómeno que no ha sido estudiado por nuestros sociólogos.

La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México ha sido el centro matriz del que se han desprendido otras escuelas y facultades. Se produjo primero la Escuela Nacional (hoy Facultad) de Economía, después la Escuela (también hoy Facultad) de Ciencias Políticas y Sociales y por último la Escuela de Trabajo Social.

Y muy curiosamente, al estructurarse una entidad académica especializada, los juristas han abandonado los respectivos campos. Abandonaron primero el campo de la economía; luego, como en la Facultad de Ciencias Políticas se estudia elementalmente el derecho internacional en relación con la licenciatura en ciencias diplomáticas, se abandonó también el estudio de esta rama del derecho, a tal grado; que en los planes de estudios de la División de Estudios de Posgrado, el derecho internacional estaba ausente.

El abandono por los juristas de esas áreas, ha producido una consecuencia inconveniente en el campo de la legislación. Resulta que las leyes rara vez las proyectan los juristas; legislan economistas, contadores, administradores y otros profesionales, y como en las cámaras legislativas se sigue la costumbre de aprobar los proyectos del Ejecutivo, salen leyes mal estructuradas, muchas veces anticonstitucionales y carentes de técnica jurídica y legislativa.

Este fenómeno se ha producido al expropiarse la banca privada y al intentarse dar a la actividad bancaria un nuevo marco legislativo.

La situación actual del sistema bancario manifiesta tremendas cuarteaduras técnicas en la estructura de su edificio.

Cabe advertir que principalmente bajo la consideración de que la función bancaria es una función pública, que por su importancia social y por las características de la economía mexicana posrevolucionaria era conveniente que fuera asumida por el Estado, profesores de la Facultad de Derecho propugnaron durante más de 40 años por que la banca fuera nacionalizada.

Ante la presión de la opinión jurídico-académica, el gobierno, en el sexenio del presidente Ruiz Cortínez pretendió que la nacionalización de la Banca podía lograrse mexicanizando los capitales, o sea, exigiendo que las acciones de las sociedades anónimas, concesionarias de los servicios bancarios, pertenecieran sólo a mexicanos.

Se pretendió que así fuera; pero esto fue una falacia, ya que siendo las acciones al portador no se podía tener un control efectivo sobre la titularidad de ellas. Fue hasta el final del sexenio del presidente López Portillo, en que ante una grave situación financiera se llegó a la nacionalización de la llamada banca privada.

Ya en 1915, Venustiano Carranza había nacionalizado los bancos, pero las empresas bancarias fueron devueltas por el presidente Obregón a sus antiguos propietarios, principalmente bajo control de capital extranjero, y al reestructurarse el ejercicio de la banca bajo sistema de banca central, en el cuatrienio del general Calles, los bancos privados se redujeron a una función meramente mercantil y no contribuyeron a la reestructuración del país en las ramas fundamentales de la economía.

Por la reforma agraria los bancos consideraron que las tierras no ofrecían garantías mercantiles suficientes y abandonaron el campo de la producción agrícola.

Fue necesario que el Estado interviniera creando los bancos nacionales de crédito agrícola y de crédito ejidal, ante la abstención de la banca privada en el campo del pequeño comercio. Y así fueron apareciendo sucesivos bancos nacionales, como el Banco de Fomento Industrial que es Nacional Financiera; el Banco de Comercio Exterior, el Banco de Fomento Cooperativo y otros.

Las leyes bancarias de aquella época fueron correctas, como que se proyectaron por el ilustre rector de la UNAM, don Manuel Gómez Morín, cerebro organizador del Banco de México.

El sistema bancario se estructuró como sistema de banca mixta, o sea, de banco central, bancos de control estatal y bancos pertenecientes a la llamada iniciativa privada, que principalmente fueron bancos agiotistas que actuaban en el sector meramente comercial e hipotecario.

Poco a poco la banca privada fue adquiriendo el control del comercio y de la industria. Se estableció extralegalmente el principio de la solvencia esencial de los bancos o instituciones de crédito y con la idea de que el quebranto de una institución bancaria podía producir por repercusión un quebranto en el crédito general, se estableció un sistema de control y vigilancia estatales a cargo de la Comisión Nacional Bancaria (hoy Comisión Nacional Bancaria y de Seguros) y el Estado intervino a los bancos que cayeron en situaciones difíciles, para impedir su quiebra y la consiguiente desconfianza del público en el sistema bancario.

Como consecuencia de esa política estatal, varios bancos privados fueron liquidados y algunos como el Sistema Bancario SOMEX y el Banco Internacional se convirtieron en bancos nacionales o de control estatal.

Debe recordarse que todas las empresas bancarias, con excepción del Departamento Bancario del Nacional Monte de Piedad, quedaron bajo la titularidad de sociedades anónimas, concesionadas por el Estado para ejercer o desempeñar la función bancaria. Aún el banco central o Banco de México, quedó organizado como sociedad anónima. (En la nueva organización se ha reestructurado como organismo descentralizado del poder público.)

Se estableció constitucionalmente, en favor del Banco de México, el monopolio de la creación y emisión de la moneda, función que antes realizaban los bancos particulares que actuaban como bancos de emisión de billetes.

Desde el punto de vista técnico-jurídico, la estructura de la banca quedó en la siguiente forma:

a) Una sociedad anónima con todos los atributos de la personalidad jurídica, titular de una concesión otorgada por el Estado, prestaba el servicio público de banca;

b) La sociedad anónima concesionaria prestaba el servicio público bancario por medio de una empresa, o sea de una universalidad de hecho, compuesta por bienes tangibles e intangibles, coordinada para ofrecer al público el servicio bancario.

c) El Estado ejercía un control sobre la actuación de las empresas bancarias a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros.

Al resolver el Estado reasumir directamente la prestación de los servicios públicos bancarios, tuvo opcionalmente diversos caminos a escoger, entre los cuales destacaremos dos: 1. Cancelación de las concesiones con la

consecuencia de que al revertir al Estado el ejercicio de la función bancaria de acuerdo con las concesiones, el Estado adquiriera las empresas bancarias;

2. Expropiación de las empresas bancarias.

Creemos que atinadamente el Estado escogió la vía de la expropiación, ya que la cancelación de las concesiones hubiera requerido, en aplicación de los principios constitucionales, audiencia de las sociedades concesionarias y éstas habrían tenido mayores elementos para tratar de evitar la nacionalización. Evidentemente fue una acción política motivada por las circunstancias que en el ambiente político prevalecían.

Adoptando, como hemos dicho, el camino de la expropiación, se dictó el decreto el 1º de septiembre de 1982, en el cual el mandato de expropiación aparece expresamente consignado en el artículo 1º, cuyo texto íntegro es el siguiente:

Por causas de utilidad pública se expropián a favor de la Nación las instituciones, edificios, mobiliario, equipo, activos, cajas, bóvedas, sucursales, agencias, oficinas, inversiones, acciones o participaciones que tengan en otras empresas, valores de su propiedad, derechos y todos los demás muebles e inmuebles, en cuanto sean necesarios, a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, propiedad de las Instituciones de Crédito Privadas a las que se les haya otorgado concesión para la prestación del servicio público de banca y crédito.

Como se ve, se dio una lista pormenorizada de los bienes tangibles e intangibles que constituían el acervo patrimonial de las empresas, a través de las cuales las sociedades concesionarias prestaban el servicio público bancario.

Desde el punto de vista jurídico, no era necesario hacer la enumeración de los bienes patrimoniales de las empresas, hubiera sido suficiente con decir lisa y llanamente: "Se expropián las empresas bancarias a través de las cuales las sociedades concesionarias imparten al público los servicios de las funciones bancarias". O sea: lo expropiado a cada sociedad concesionaria fue la unidad económica empresarial, universalidad de hecho, a través de la cual se prestaban al público los servicios bancarios.

Debe tenerse presente que, según el artículo transcrito, es claro que todos los bienes expropiados eran "propiedad de las instituciones de crédito privadas a las que se les haya otorgado concesión para la prestación del servicio público de banca y crédito". (Llama la atención la pleonástica invocación al crédito, ya que el servicio público de banca consiste precisamente en la intermediación en el proceso circulatorio del dinero y del crédito.)

Revisando cuidadosamente el texto multicitado, encontramos que las acciones expropiadas fueron "acciones o participaciones que tengan en otras empresas las sociedades expropiadas".

Desde el punto de vista jurídico no puede haber expropiaciones implícitas y en el decreto expropiatorio se designan primero los objetos expropiados y luego las personas jurídicas titulares de los derechos dominicales sobre dichos objetos y a este respecto el decreto es claro: se expropiaron bienes de la propiedad de las sociedades concesionarias. Estas sociedades tenían en su patrimonio los bienes que les fueron expropiados, o sea, las empresas bancarias y en sus balances el lugar que ocupaban esos bienes fue ocupado por los derechos que las sociedades propietarias expropiadas tenían para cobrar las indemnizaciones correspondientes.

Debe advertirse que el adjetivo "expropiado" es multívoco: desde el punto de vista del objeto de la expropiación, designa a los bienes que se expropian, y desde el punto de vista del sujeto al que se desposee, designa a la persona titular de los bienes expropiados, que sufre la expropiación. En los dos sentidos se usa en los decretos y tal vez por eso, en los últimos se confunde a los sujetos que sufrieron la expropiación, sociedades bancarias, con los objetos expropiados (empresas bancarias).

Las acciones que integraban el capital de las sociedades anónimas concesionadas no eran propiedad de las sociedades, sino de los socios, por lo cual no fueron expropiadas y es un absurdo que el artículo 2º haya puesto como condición para el pago de la indemnización la entrega de las acciones y cupones pertenecientes a terceros no afectados por la expropiación; por lo que el mencionado artículo 2º es desde el punto de vista técnico, una monstruosidad jurídica.

Las sociedades expropiadas pudieron conformarse con la expropiación y ampararse contra la condición de que los socios entregaran sus acciones para que se realizara el pago de la indemnización correspondiente. Sociedades y socios son personas jurídicas distintas.

Jurídicamente se da el absurdo de que se expropian los bienes propiedad de Juan, y se paga la indemnización a Pedro.

Ya Jorge Barrera Garf, en magnífico estudio, ha esclarecido que las acciones de las sociedades concesionarias no fueron expropiadas. (*Revista Mexicana de Justicia*, N° 3, septiembre de 1983). En última instancia, esto no es motivo de opinión, sino de simple lectura del decreto expropiatorio.

Por otra parte, cabe advertir que según el ordenamiento legal que rige los títulos de crédito, la posesión de ellos es fundamental, por lo cual, para

expropiar un título de crédito sería necesario aprehenderlo y esto hubiera sido imposible en relación con las acciones al portador que integraban los capitales sociales de las sociedades concesionarias de la banca.

Tal vez el requisito absurdo de la entrega de las acciones no expropiadas se debió a que las autoridades tenían la certeza de que la mexicanización de los capitales de las sociedades bancarias no se había realizado y gran proporción de acciones seguía en manos de extranjeros y quiso el Estado saber a quién pagaba en última instancia la indemnización. Pero esto pudo hacerlo el Estado por vías jurídicas adecuadas y no torciendo el ordenamiento legal.

Además, el pago no a las sociedades sino a los accionistas da base a una situación extraña: al accionista se le ha pagado lo indebido, puesto que los bienes expropiados no eran suyos por lo que a la sociedad se le sigue debiendo.

Cuando desde la altura del poder se tuerce el orden jurídico se camina hacia abajo como por un desfiladero y se siguen cometiendo errores inconcebibles.

Hemos tenido a la vista el testimonio de una escritura notarial autorizada por el Notario Graciano Contreras, del Distrito Federal, en la cual se protocoliza el nombramiento que un funcionario de hacienda hace a favor de don Antonio Carrillo Flores, como director general y presidente del Consejo de Administración de Bancomer, S. A.

No existe constancia ni pudo existir, de la legitimación del funcionario hacendario para hacer un nombramiento que sólo pudo otorgar la asamblea general de accionistas de la sociedad correspondiente.

A renglón seguido el director general y presidente del Consejo de Administración (designación que quedó en el aire) ratifica los poderes que se habían otorgado a abogados por la sociedad. Y cabe preguntar: si la sociedad era la misma y el nuevo funcionario era realmente director general y presidente del Consejo de Administración, ¿para qué la innecesaria confirmación de los poderes?

Es oportuno advertir que desde el punto de vista jurídico, el problema era muy sencillo: el artículo 3º del decreto que hemos venido comentando, estableció que la Secretaría de Hacienda tomaría "posesión inmediata de las instituciones crediticias expropiadas y de los bienes que las integran". Debe aclararse que es error garrafal decir que se tomará posesión de las personas expropiadas ya que no es posible tomar posesión de una persona. Además, no puede ser expropiada una persona, ni lo pretende así el artículo 1º, por lo que debe interpretarse el absurdo artículo 3º en el sentido de

que el órgano estatal Secretaría de Hacienda tomaría posesión inmediata de las empresas expropiadas y siendo así, bastaba con que los funcionarios autorizados de dicha Secretaría, nombraran a los nuevos administradores de las empresas y ellos otorgaran nuevos poderes a los abogados.

El fenómeno que se produjo fue el siguiente: las empresas propiedad de las sociedades banqueras, como consecuencia de la expropiación, pasaron a ser propiedades del Estado y éste asumió (indirectamente) su administración.

Queriendo aclarar las cosas, el gobierno siguió precipitándose a la barranca del absurdo. En el decreto de 6 de febrero de 1982 se dice que:

Artículo primero. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público con auxilio del Comité Técnico Consultivo, proveerá las acciones conducentes a efecto de que las instituciones de crédito que se enumeran en seguida, que fueron expropiadas a favor de la Nación por Decreto de fecha 1º de Septiembre de 1982, operen con el carácter de Instituciones Nacionales de Crédito.

Y señala como expropiadas a Actibanco Guadalajara, S. A. . . . y 50 y tantas sociedades anónimas más.

Semejante aberración jurídica es inconcebible. La sociedad anónima es una persona y desde el derecho romano, por la famosa *Lex Poetelia* se prohibió la expropiación de las personas. Los esclavos no tenían estatuto jurídico de personas, sino que eran consideradas legalmente como cosas. Por tanto y toda vez que, repito, las sociedades como tales no pudieron ser expropiadas ni lo pretendió el decreto básico, el decreto de 6 de septiembre queda en el aire sin sustentación jurídica y nos causa casi espanto que aparezca firmado por un presidente y algunos secretarios de Estado formados en la Facultad de Derecho y profesores de ella.

Y sigue el desbarrancamiento: la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito publicada en el *Diario Oficial*, el 31 de diciembre de 1982, dice que el servicio de banca y crédito (ya hemos dicho que el servicio de banca comprende al crédito) "será prestado por instituciones de crédito constituidas como sociedades nacionales de crédito".

Parece que se pretendió crear un nuevo tipo de sociedad mercantil, pero la lectura detenida de la ley nos lleva al convencimiento de que se trata de una simple readaptación del instrumento jurídico de la sociedad anónima establecido por la Ley General de Sociedades Mercantiles. Por ejemplo, a las acciones se les llama certificados de aportación patrimonial, pero su estructura orgánica es, *mutatis mutandi*, la misma que las acciones de las sociedades anónimas.

La misma ley reglamentaria en su segundo artículo transitorio dice que:

El Gobierno Federal, en su carácter de titular de las acciones representativas del capital social de las instituciones de crédito motivo de los decretos expedidos por el Ejecutivo Federal publicados en el *Diario Oficial* de la Federación de 1º y 6 de septiembre de 1982, que establecieron la nacionalización de la Banca Privada y la operación de esas instituciones como nacionales de crédito, tomará las medidas conducentes a efecto de que esas sociedades se transformen en sociedades nacionales de crédito de las previstas en esta Ley, en un plazo no mayor de 180 días a partir de su entrada en vigor.

En primer lugar cabe observar que como ya ha quedado claramente expuesto, el gobierno federal no se convirtió en titular de las acciones por mandatos contenidos en los decretos de 1º y 6 de septiembre de 1982, por lo que el mencionado artículo segundo transitorio carece de sentido y de base jurídica. ¿Por qué arte de magia el Estado adquirió la titularidad de bienes que no fueron expropiados? ¿Cómo será posible arrogarse titularidad de títulos de crédito sin poseerlos?

Y seguimos hacia la barranca:

Si hubiera sido cierto que el gobierno federal actuaría como titular de las acciones representativas de capital social de las sociedades bancarias, tal titularidad no lanzaba a las sociedades fuera de los preceptos fundamentales que configuran su estructura orgánica conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles. Por tanto, para transformarse debió reunirse una asamblea general de accionistas, que conforme a la ley resolviese la transformación. Y es claro que no pudieron celebrarse las asambleas, puesto que el gobierno federal, ni era titular de las acciones ni las poseía. En materia de títulos de crédito se actualiza la expresión francesa que dice que la posesión vale título.

En nuestra organización jurídica no existe base legal para que una sociedad mercantil pueda ser transformada en otro tipo de sociedad por decreto presidencial.

Es increíble que se haya llegado a los extremos relacionados en este ensayo, que demuestran un apartamiento sistemático del orden jurídico en la actuación del poder público en cuanto a la estructura de nuestro sistema bancario.

Las consecuencias lógicas de tal apartamiento y consiguiente quebranto del orden jurídico son aterradoras: las actuales sociedades nacionales de crédito que desempeñen la función bancaria carecen de base jurídica y están actuando simplemente como sociedades de hecho, sin activo patrimonial y viciadas de nulidad absoluta.

La base para la organización de estas sociedades la encontramos en el párrafo 5º del artículo 28 Constitucional, que ordena que el servicio público de banca y crédito será

prestado exclusivamente por el Estado a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria, la que también determinará las garantías que protejan los intereses del público y el funcionamiento de aquellas en apoyo de las políticas de desarrollo nacional. El servicio público de banca y crédito no será objeto de concesión a particulares.

La Ley reglamentaria ha dado las bases para que se constituyan las instituciones previstas por el mandato constitucional y autoriza al Ejecutivo Federal para crear las instituciones, no para transformar sociedades preexistentes que conserven su misma personalidad jurídica y patrimonio.

Veamos la situación de las sociedades bancarias, dice el decreto respectivo:

Artículo 1º Se decreta en los términos del Artículo Segundo Transitorio de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, la transformación del Banco Regional del Norte, Sociedad Anónima, en Banco Regional del Norte, Sociedad Nacional de Crédito, el cual conserva su misma personalidad jurídica y patrimonio.

En primer lugar, la Ley reglamentaria del servicio público de banca y crédito autoriza la creación de la sociedad nacional de crédito, pero no la transformación de otra sociedad. Además la situación jurídica es la siguiente: El Banco Regional del Norte, S. A., era titular de una empresa bancaria que le fue expropiada por decreto de 1º de septiembre de 1982. Consecuentemente, la empresa bancaria de la que era titular el Banco Regional del Norte salió de su patrimonio y pasó a ser un bien patrimonial del Estado en lugar que en el patrimonio del Banco Regional del Norte ocupaba la empresa bancaria que le fue expropiada, quedó el derecho de la sociedad concesionaria a cobrar la indemnización correspondiente, de lo que resulta que conforme a la Ley, el Banco Regional del Norte, S. A., transformado en sociedad nacional de crédito (suponiendo que la transformación fuera legal) al transformarse en sociedad nacional de crédito, no era propietaria de una empresa bancaria, ya que su patrimonio activo en el momento de la transformación era sólo el hipotético derecho a cobrar indemnización y la empresa bancaria que le había pertenecido era, por la expropiación, propiedad del Estado.

Recordamos que el párrafo V del artículo 28 Constitucional que hemos citado determina expresamente que el servicio bancario “será prestado *exclusivamente* por el Estado a través de Instituciones, en los términos que establezca la correspondiente Ley Reglamentaria...”

Esta Ley es la ley de Banca y Crédito, que en su artículo 9 indica que

las Sociedades Nacionales de Crédito contarán con un capital representado por certificados de aportación y en el artículo 10 agrega: “los certificados de aportación patrimonial se dividirán en dos series: La serie “A”, que representará en todo tiempo el 66% del capital de la sociedad, y sólo podrá ser suscrita por el Gobierno Federal; y la serie “B”, por el 34% restante, que podrá ser suscrita por el propio Gobierno Federal; por entidades de la Administración Pública Federal Parastatal; por los Gobiernos de las Entidades Federativas y de los Municipios; por los usuarios del Servicio Público de Banca y Crédito y por los trabajadores de las propias sociedades nacionales de crédito.

La prestación de servicio supone necesariamente el alcance de los beneficios normales de la prestación o sea la consecución de utilidades.

Al indicar el citado artículo 10 que en los capitales de las sociedades nacionales de crédito podrán participar los particulares, usuarios del servicio bancario, se permite que éstos se le asocien en la prestación del servicio, por lo que se está violando claramente el texto expreso constitucional, que requiere la exclusividad del Estado en dicha prestación.

Por tanto, debe estimarse que la organización actual de las sociedades nacionales de crédito, conforme a la Ley reglamentaria, es nula por ser violatoria de la norma suprema.

En cuanto a la operación bancaria, es sabido que en parte se reglamenta por circulares de la Secretaría de Hacienda o de la Comisión Nacional Bancaria, que han legislado con notoria violación del orden jurídico constitucional.

Sabemos que existe un proyecto de nueva Ley Bancaria.

En este proyecto se incide en las faltas de la ley actual. Se proponen, desordenadamente, dos clases de entidades prestadoras del servicio público de banca: Sociedades Nacionales de Crédito e Instituciones Nacionales de Crédito. De lo antes indicado resulta que las primeras deben desaparecer por acatamiento al ordenamiento constitucional.

Esperemos que se vuelva por los fueros de la juricidad y respetando el orden jurídico fundamental se purguen los errores inconcebibles que quebrantan la base del sistema bancario mexicano, el que debe reestructurarse conforme a las normas jurídicas fundamentales y a los principios de la técnica bancaria.

No es correcto, ni conveniente, exhibir ante el pueblo y ante el mundo tan inconcebibles desacatos al ordenamiento jurídico.

El problema puede tener una lamentable consecuencia política. Nuestra posición en las lides internacionales se ha distinguido por la invocación al derecho. No tendremos autoridad moral para invocarlo, si no ajustamos al orden jurídico nuestras vitales instituciones.