

PRESENTACIÓN

Como un producto del proceso de planeación estratégica realizado por Bancoldex, la Secretaría General y el Departamento Jurídico del Banco se han propuesto adelantar estudios que permitan revisar el régimen legal de los principales países con los cuales Colombia y especialmente el Banco mantienen relaciones comerciales.

Es así como nos complace presentar el primero de tales estudios, denominado "Estados Unidos Mexicanos - Estudio de los principales aspectos legales de su régimen de sociedades, títulos valores, garantías y sistema financiero", en el cual se sintetizarán, en forma comparada con el régimen jurídico colombiano, los temas más sobresalientes en materia de derecho comercial y financiero.

Este documento se encuentra distribuido en los siguientes capítulos:

- Régimen de sociedades en México
- Régimen de los títulos valores
- Sistema de garantías en México
- Aspectos jurídicos del sector financiero mexicano

Sin duda alguna, esta serie de estudios contribuirá a la comunicación del conocimiento económico y legal y permitirá el desarrollo de nuevos productos.

En este orden de ideas, nos complace presentar esta investigación y esperamos que su contenido sea del mayor interés en el trabajo cotidiano.

María Ximena Lombana Villalba
Secretaria General

José Alberto Garzón Gaitán
Director Departamento Jurídico

Capítulo I

RÉGIMEN DE SOCIEDADES EN MÉXICO

Preparado por Santiago Schlesinger Gómez con la colaboración de María Victoria Reyes Mesa

Introducción

En México la Ley General de Sociedades Mercantiles, en adelante La Ley, trata el tema de las sociedades en su totalidad. Abarca desde las generalidades aplicables a toda sociedad hasta las precisiones particulares de cada tipo de forma societaria. Para conocer entonces de forma muy general el marco jurídico de las sociedades se requiere hacer un breve repaso del contenido de dicha ley.

Vale destacar que para el caso de las sociedades cooperativas existe un régimen especial, el cual está contenido en la Ley General de Sociedades Cooperativas.

El tema de los concursos mercantiles y la quiebra está reglamentado por la Ley de Concursos Mercantiles.

I. GENERALIDADES

La Ley reconoce seis (6) tipos de sociedades mercantiles:¹

- Sociedad en nombre colectivo
- Sociedad en comandita simple
- Sociedad de responsabilidad limitada
- Sociedad anónima
- Sociedad en comandita por acciones
- Sociedad cooperativa.

Dichas sociedades podrán constituirse como sociedad de capital variable,² es decir, además de constituirse como una sociedad de las recién enumeradas, se puede ser una sociedad de capital variable. La diferencia radica en que el capital social será susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios o por la admisión de nuevos socios. Similarmente será susceptibles de disminución por retiro parcial o total de los aportes.

A. Constitución de sociedades

Si se constituye como una sociedad de capital variable hay tres precisiones que merecen mención, a saber:

Se regirán por el régimen de sociedad anónima en cuanto a balances y responsabilidades de los administradores;

¹ Ley General de Sociedades Mercantiles de México, artículo 1°.

² Ibidem.

- La razón social o denominación propia del tipo de sociedad se añadirán las palabras "de capital variable", y
- No podrá ejercerse el derecho de separación cuando tenga como consecuencia reducir a menos del mínimo del capital social.

Las sociedades se constituyen por escritura ante notario y ésta se inscribe en el registro público de comercio dentro de los 15 días siguientes a la escritura. En el caso de las sociedades extranjeras, éstas podrán ejercer el comercio desde su inscripción en el registro, previa autorización de la secretaría de comercio y fomento industrial.

No obstante lo anterior, las sociedades no inscritas que se hayan exteriorizado como tales, frente a terceros consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica.³

No sobra añadir que se reputan mercantiles todas las sociedades cuya constitución esté bajo cualquiera de las seis formas mencionadas al inicio de éste capítulo.⁴

Es muy importante resaltar el hecho de que a pesar de cumplir con los requisitos de inscripción y de gozar de una presunción de mercantilidad, toda sociedad cuyo objeto social sea ilícito o que habitualmente ejecute actos ilícitos será nula y será inmediatamente liquidada. Esto no excluye la posible responsabilidad penal que pueda derivarse de tales actos ilícitos.

La petición para que se declare la nulidad puede ser interpuesta por cualquier persona.⁵

B. Representación legal

En cuanto a la representación de toda sociedad mercantil, corresponderá ejercerla a su administrador o administradores. Estos podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto social salvo las excepciones que la Ley señale o el mismo contrato social.⁶

Tratándose de sociedades irregulares, las personas que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios, responderán frente a terceros de manera subsidiaria, solidaria e ilimitadamente.

C. Fusión, transformación y escisión de sociedades

1. Fusión

Las fusiones deberán ser decididas por cada una de las sociedades y el acuerdo sobre la fusión deberá inscribirse en el registro público de comercio.

³ Ibidem, artículo 2°.

⁴ Ibidem, artículo 4°.

⁵ Ibidem, artículo 3°.

⁶ Ibidem, artículo 10°.

La fusión no podrá tener efecto alguno sino tres meses después de haberse efectuado su inscripción.

El artículo 226 de la Ley establece que, " cuando de la fusión de varias sociedades haya de resultar una distinta, su constitución se sujetará a los principios que rijan la constitución de la sociedad a cuyo género haya de pertenecer."

2. Transformación

En el caso de la transformación se aplicarán los artículos relativos a la fusión.

3. Escisión

"Se da la escisión cuando una sociedad denominada escidente decide extinguirse y divide la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social en dos o más partes, que son aportadas en bloque a otras sociedades de nueva creación denominadas escindidas; o cuando la escidente, sin extinguirse, aporta en bloque parte de su activo, pasivo y capital social a otra u otras sociedades de nueva creación."⁷

Existen por tanto varios parámetros o reglas que rigen la escisión. Vale la pena destacar tres de ellos.

En primer lugar, solo podrá acordarse la escisión por resolución de la asamblea de accionistas o socios u órgano equivalente, por la mayoría exigida para modificar el contrato social.

En segundo lugar, para realizar la escisión deberán estar totalmente pagadas las acciones o partes sociales de la escidente.

Por último, cada uno de los socios de la escidente tendrá una proporción del capital social de las escindidas igual al que tenía en la escidente.⁸

D. Reparto de utilidades

Existen unos parámetros generales para el reparto de las ganancias o pérdidas que generen la sociedad. Dichos parámetros o reglas se aplicarán salvo pacto en contrario y son los siguientes:⁹

- La distribución de las ganancias o pérdidas entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportes
- Al socio industrial corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueren varios, esa mitad se dividirá entre ellos por igual.
- El socio o socios industriales no reportarán las pérdidas

⁷ Ibidem, artículo 228 bis.

⁸ Ibidem (*importante ver en este mismo artículo los requisitos de la resolución que apruebe la escisión.*)

⁹ Ibidem, artículo 16.

Existe entonces lo que se conoce como el fondo de reserva. Este fondo se compone de la quinta parte del capital social, suma que se constituye a través de la acumulación del cinco por ciento anual de las utilidades netas. Es decir, que anualmente se debe utilizar cinco por ciento de las utilidades netas hasta acumular el equivalente a la quinta parte del capital social. Ello constituye el denominado fondo de reserva.¹⁰

E. Asociación en participación

La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio. Se trata entonces de un caso de asociación diferente al de una sociedad. Las diferencias básicas se resumen así:

- No tiene personalidad jurídica
- Debe constar por escrito
- El asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados

F. Disolución de sociedades

Las siguientes son la causas que generan la disolución de una sociedad:¹¹

- Expiración del término fijado
- Imposibilidad de seguir realizando el objeto principal o quedar éste consumado
- Acuerdo de socios
- El número de accionistas es inferior al mínimo legal, o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona
- Pérdida de dos terceras partes del capital social
- La sociedad en nombre colectivo, en comandita simple y en comandita por acciones en lo que concierne a los comanditados, se disuelve por muerte, incapacidad, exclusión o retiro de uno de los socios¹²

G. Liquidación de sociedades

La liquidación se iniciará una vez la sociedad haya sido disuelta. Estará a cargo de uno o varios liquidadores quienes harán las veces de representantes legales de la sociedad y responderán por todo aquello que ejecuten excediéndose de sus cargos. Cuando sean varios liquidadores deberán operar conjuntamente.

Los liquidadores deberán, salvo acuerdo de los socios, realizar las siguientes funciones:

- Concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la disolución
- Cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba

¹⁰ Ibidem, artículo 20.

¹¹ Ibidem, artículo 229.

¹² Ibidem, artículos 230 y 231.

- Vender los bienes de la sociedad
- Liquidar a cada socio su haber social
- Practicar el balance final de la liquidación, para luego ser depositado en el registro Público de comercio
- Obtener del registro público de comercio la cancelación de la inscripción del contrato social, una vez concluida la liquidación
- Mantener en depósito por 10 años después de concluida la liquidación, los libros y papeles de la sociedad

No sobra aclarar que las sociedades aun después de disueltas conservan su personalidad jurídica para efectos de la liquidación.

Es importante también tener en cuenta que existen reglas específicas sobre la distribución del remanente entre los socios. Estas reglas difieren en los casos en que se trate de sociedades en nombre colectivo, en comandita simple y de responsabilidad limitada de los casos en que sean sociedades anónimas y en comandita por acciones.¹³

Las sumas que pertenezcan a los accionistas y no fueren cobradas en los dos meses siguientes a la aprobación del balance final, se depositarán en una institución de crédito con la indicación del accionista.

II. TIPOS SOCIALES

A. Sociedad en nombre colectivo

Se define como “aquella que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden, de modo subsidiario, ilimitado y solidariamente, de las obligaciones sociales.”¹⁴

Es importante destacar que existe la posibilidad de que los mismos socios limiten la responsabilidad de alguno o algunos de los socios en relación a una porción o cuota determinada.

La razón social incluirá los nombres de los socios; si no están todos se agregará “y compañías”, o “sucesores” si es el caso.

La limitación general para la actuación de los socios consiste en que no pueden hacer operaciones del mismo género de la sociedad, ni hacer parte de sociedades que las realicen, salvo consentimiento de los demás socios.¹⁵

En cuanto a la administración de la sociedad, puede ser ejercida bien por uno o por varios administradores. Este o estos podrán a su vez ser socios o personas extrañas a la sociedad. En el caso en que no se designe administrador, todos los socios concurrirán en la administración.¹⁶

¹³ Ver artículos 246 y 247.

¹⁴ *Ibidem*, artículo 25.

¹⁵ *Ibidem*, artículo 35.

¹⁶ *Ibidem*, artículos 36 y 40.

Las decisiones de los administradores se tomarán por el voto favorable de la mayoría de ellos. Sin embargo, en caso de empate serán los socios quienes decidan. En el evento de que un caso urgente se presente cuya omisión implique un daño grave para la sociedad, la decisión requerida la podrá tomar uno solo de los administradores dada la ausencia de los demás.¹⁷

Finalmente el artículo 50 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, señala cuales son las cinco causales de rescisión del contrato de sociedad. Las causas son:

- Uso de la firma o del capital social para negocios propios
- Infracción al pacto social
- Infracción a las disposiciones legales que rijan el contrato social
- Comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía
- Quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio

B. Sociedad en comandita simple

"Sociedad en comandita simple es la que existe bajo una razón social y se compone de uno o varios socios comanditados que responden, de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones."¹⁸

La razón social debe incluir los nombres de los socios, seguido de la expresión "y compañía". Se deben agregar las palabras "sociedad en comandita" o "S. en C."

Los socios comanditarios no pueden ejercer ningún acto de administración, ni ser apoderados de los administradores.

Se aplicarán a este tipo de sociedad, además de lo dispuesto en el Capítulo III de la Ley, los artículos 30 al 39, 41 al 44 y 46 al 50 de misma Ley.

C. Sociedad de responsabilidad limitada

Es la sociedad "que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportes, sin que las partes sociales puedan estar representadas por títulos negociables, a la orden o al portador, pues solo serán cedibles en los casos y con los requisitos que establece la presente ley."¹⁹

La responsabilidad de los socios es de acuerdo al pago de sus aportes, sin que las partes sociales puedan estar representadas por títulos negociables, a la orden o al portador.

¹⁷ Ibidem, artículo 45.

¹⁸ Ibidem, artículo 51.

¹⁹ Ibidem, artículo 58.

La razón social se formará con uno o varios nombres de los socios añadiendo al final las palabras "sociedad de responsabilidad limitada" o "S. de R.L." Si se omite tal denominación los socios quedarán sujetos a la responsabilidad que señala el artículo 25 de la Ley.²⁰

En cuanto a los límites de la constitución de este tipo societario se tiene que el número máximo de socios que puede llegar a tener es de 50. Adicionalmente el capital social no puede ser inferior a 3 millones de pesos mexicanos. La constitución misma o el aumento de su capital social no podrá llevarse a cabo mediante suscripción pública.

La administración por su parte, estará a cargo de uno o más gerentes quienes pueden ser socios o personas extrañas y cuyo cargo lo pueden ejercer temporalmente o por un término indeterminado.

Los administradores que no hayan tenido conocimiento de las resoluciones de los gerentes, la cual se tomarán por mayoría de votos, o que hayan votado en contra, quedarán libres de responsabilidad.²¹

D. Sociedad anónima

La sociedad anónima es "la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones."²²

La denominación, a diferencia de los demás tipos, se hará libremente. Debe ser distinta a la de cualquier otra sociedad e ira siempre seguida de las palabras "sociedad anónima" o de su abreviatura "S.A."

1. Constitución

Los siguientes son los requisitos para poder constituir una sociedad anónima:

- Mínimo dos socios y cada uno de ellos deberá suscribir una acción, por lo menos
- El capital social no podrá ser inferior a cincuenta millones de pesos mexicanos; deberá estar íntegramente suscrito
- Cuando menos el veinte por ciento del valor de cada acción deberá ser exhibida en dinero en efectivo
- Se debe exhibir íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte

La constitución de una sociedad anónima se puede realizar de dos formas, por comparecencia ante notarios de las personas que otorguen la escritura social o por suscripción pública.²³

²⁰ Ibidem, artículo 59. (*artículo 25: "sociedad en nombre colectivo es aquella que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden, de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales."*)

²¹ Ibidem, artículo 76.

²² Ibidem, artículo 87.

²³ Ver artículos 92 y s.s.

Existe la denominada asamblea general constitutiva la cual se ocupará de los siguientes temas:

- Comprobar la existencia de la primera exhibición que consta en el proyecto de estatutos
- Examinar aprobar el avalúo de los bienes distintos del numerario que uno o más socios se hubiesen obligado a aportar
- Deliberar sobre la participación en las utilidades de los fundadores
- Nombrar a administradores y comisarios.

Los fundadores por su parte son:

- Quienes redactan y depositan en el registro público de comercio un programa que contiene el proyecto de los estatutos²⁴
- Los otorgantes del contrato constitutivo social

Los fundadores gozan de una participación en la utilidades anuales que no podrá exceder del diez por ciento ni abarcar un período mayor a diez años, contados a partir de la constitución de la sociedad.

2. Sobre las acciones

Las acciones estarán representadas en títulos nominativos los cuales acreditan y transmiten la calidad y los derechos del socio. El valor de las acciones será igual para todas y conferirán los mismos derechos.

No obstante lo anterior, se podrá pactar en el contrato social, que el capital se divida en varias clases de acciones con derechos especiales para cada una de ellas. Cada acción da derecho a un solo voto.

Está prohibido que las sociedades emitan acciones por una suma menor a la de su valor nominal. Está igualmente prohibido que las sociedades adquieran sus propias acciones a excepción del caso de adjudicación judicial en pago de créditos de la sociedad.

La distribución de las utilidades y del capital social se hará en proporción al importe exhibido de las acciones.

La venta de las acciones se realizará a través de corredor titulado y se extenderán nuevos títulos o nuevos certificados provisionales para sustituir a los anteriores. Los títulos y certificados provisionales podrán amparar una o varias acciones.

Cada una de las acciones es indivisible, motivo por el cual se requiere de un representante común en el evento en que haya varios copropietarios. Dicho representante será nombrado por éstos últimos o por la autoridad judicial en caso de que no exista acuerdo sobre el tema.

²⁴ Ver artículo 92.

El registro de acciones que tienen las sociedades anónimas se compone de lo siguiente:

- Nombre, nacionalidad y domicilio del accionista, y la indagación de las acciones que le pertenezcan, expresándose los números, series, clases y demás particularidades
- Indicación de las exhibiciones que se efectúan
- Las transmisiones que se realizan

El dueño de las acciones es quien aparece inscrito en el registro de acciones.

Los accionistas gozan de derecho preferente para suscribir las acciones que se emitan en el caso de aumento de capital social. Tal derecho preferencial es en proporción al número de sus acciones.

Las acciones pueden ser pagadas en todo o en parte por aportes en especie. En este caso, dichas acciones deben quedar depositadas en la sociedad por un término de dos años. Adicionalmente, si durante estos dos años se encuentra que el valor de los bienes es inferior a un 25 por ciento del valor por el cual fueron aportados, el accionista que los aportó está en la obligación de cubrir la diferencia a la sociedad.

3. Administración

La administración está a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables quienes además puede ser socios o personas extrañas a la sociedad.

Puede haber también uno o varios gerentes que pueden ser generales o especiales. Dichos gerentes son nombrados por la asamblea de accionistas, el administrador o el consejo de administración (cuando son dos o más administradores).

Los administradores pueden estar obligados a prestar una garantía con el fin de asegurar las responsabilidades inherentes al desarrollo de su cargo. La decisión de imponer tal obligación es tomada por la asamblea general de accionistas.

Además los administradores son solidariamente responsables por:

- La realidad de los aportes hechas por los socios
- El cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios establecidos con respecto a los dividendos que se paguen a los accionistas
- La existencia y mantenimiento de los sistemas de contabilidad, control, registro, archivo o información que previene la ley
- El exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas de accionistas
- Las irregularidades en que hubieren incurrido quienes los precedieron, si conociéndolas no las denuncian por escrito.

4. Vigilancia de la sociedad

De la vigilancia de la sociedad se encargan uno o varios comisarios. Son temporales y revocables y pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.

Las facultades y obligaciones de los comisarios son:²⁵

- Verificar la constitución y subsistencia de la garantía que deben prestar los administradores
- Exigir a los administradores información mensual que mínimo incluya un estado financiero y uno de resultados
- Examinar las operaciones, documentación, registros y demás evidencias comprobatorias
- Rendir anualmente a la asamblea general ordinaria de accionistas un informe sobre la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el consejo de administración
- Hacer que se incluya en la orden del día de las sesiones del consejo de administración y de las asambleas de accionistas, aquello que considere pertinente
- Convocar asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas
- Asistir con voz, pero sin voto, a todas las sesiones del consejo de administración
- Asistir con voz, pero sin voto, a las asambleas de accionistas
- En general vigilar todo el tiempo las operaciones de la sociedad

Los comisarios son responsables por el cumplimiento de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen. Sin embargo pueden apoyarse y auxiliarse en el trabajo de personal que esté bajo su dirección y dependencia o en técnicos o profesionales independientes cuya contratación dependa de los mismos comisarios.

5. Información financiera

La sociedad, bajo la responsabilidad de los administradores debe presentar a la asamblea de accionistas un informe financiero anual.²⁶ Dicho informe debe quedar a disposición de los accionistas por lo menos quince días antes de la fecha de la asamblea donde será discutido.

Si el informe no se presenta oportunamente habrá motivo para que la asamblea de accionistas acuerde la remoción del administrador o consejo de administración o de los comisarios.

Los estados financieros se publican en el diario oficial de la entidad a más tardar quince días después de la fecha en que la asamblea de accionistas haya aprobado el informe. Adicionalmente se deposita una copia autorizada en el registro público de comercio.

²⁵ Ibidem, artículo 166.

²⁶ Ver artículo 172 para los detalles del informe.

6. Asamblea de accionistas

Esta asamblea es el órgano supremo de la sociedad. Ratifica y acuerda todos los actos y operaciones. Sus resoluciones las lleva a cabo quien ella designe o a falta de designación, el administrador o el consejo de administración.

Las asambleas de los accionistas pueden ser ordinaria o extraordinarias. La ordinaria se reúne por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses siguientes a la clausura del ejercicio social.

La convocatoria de la asamblea la hace normalmente el administrador o el consejo de administración. Sin embargo, podrá ser solicitada una asamblea al administrador o consejo de administración por los accionistas siempre y cuando éstos representen por lo menos el treinta y tres por ciento del capital social.

En el caso de asambleas ordinarias, se requiere que esté representado por lo menos la mitad del capital social para que se considere legalmente reunida. Así, es necesaria la mayoría de los votos presentes para adoptar una resolución válida.

En el caso de las asambleas extraordinarias deben estar representadas como mínimo las tres cuartas partes del capital social, salvo que el contrato social estipule una mayoría más elevada. Las resoluciones se toman con el voto favorable de las acciones que representan la mitad del capital social.

Todo convenio que limite la libertad de voto de los accionistas es nulo.

Los accionistas pueden ser representados en las asambleas por mandatarios los cuales pueden o no pertenecer a la sociedad. Sin embargo ni los administradores ni los comisarios pueden ser mandatarios.

Las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas son de carácter obligatorio aun para los ausentes o disidentes, a menos que se haya ejercido el derecho de oposición.

El derecho de oposición puede ser ejercido por los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital y llenando algunos requisitos.²⁷

E. Sociedad en comandita por acciones

Este tipo societario es el que “se compone de uno o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente está obligados al pago de sus acciones.”²⁸

²⁷ Ver artículo 201 sobre los requisitos.

²⁸ Ibidem artículo 207.

La razón social estará compuesta por uno o varios nombres de los comanditados seguidos de las palabras “y compañía”, agregándole “sociedad en comandita por acciones” o “S. en C. por A”.

El capital social se dividirá en acciones que no se podrán ceder sin el consentimiento de la totalidad de los comanditados y de las dos terceras partes de los comanditarios.

En lo demás la sociedad en comandita por acciones se regirá por las reglas relativas a la sociedad anónima.²⁹

F. Sociedad cooperativa

1. Generalidades

“La sociedad cooperativa es una forma de organización social integrada por personas física con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas, a través de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.”³⁰

Este tipo de sociedades puede dedicarse a cualquier actividad económica lícita.

Existen unos principios que deben ser de estricta observación por parte de las sociedades cooperativas en su funcionamiento. Los principios son:

- Libertad de asociación y retiro voluntario de los socios
- Administración democrática
- Limitación de intereses a algunas aportaciones de los socios si así se pactara
- Distribución de los rendimientos en proporción a la participación de los socios
- Fomento de la educación cooperativa y de la educación en la economía solidaria
- Participación en la integración cooperativa
- Respeto al derecho individual de los socios de pertenecer a cualquier partido político o asociación religiosa
- Promoción de la cultura ecológica

2. Constitución y registro

Las siguientes son las características básicas relativas a la constitución de las sociedades cooperativas.³¹

²⁹ *Es aplicable también lo dispuesto en los artículos 28, 29, 30, 53, 54 y 55; y los artículos 26, 32, 35, 39 y 50 en lo que se refiere únicamente a los socios comanditados.)*

³⁰ Ley General de Sociedades Cooperativas, artículo 2º.

³¹ *Ibidem*, artículo 11.

- Se reconoce un voto por socio independientemente de sus aportes
- Este tipo de sociedades son de capital variable
- Hay igualdad de derechos y obligaciones de sus socios al tiempo que se reconoce la igualdad de condiciones para las mujeres
- La duración de la sociedad es indefinida
- El número mínimo de socios es cinco

Las sociedades cooperativas gozan de personalidad jurídica desde el momento de la firma de su acta constitutiva. Tienen patrimonio propio y pueden celebrar contratos, actos y asociarse libremente con otras para ejecutar su objeto social.

Estas sociedades pueden adoptar o bien el régimen de responsabilidad limitada o bien el de la suplementada.

Es limitada cuando los socios se obligan únicamente al pago de los certificados de aportación que suscriban. Es suplementada cuando los socios responden a prorrata por las operaciones sociales, hasta la cantidad fijada en el acta constitutiva.

La vigilancia de las sociedades estará a cargo de las dependencias locales o federales que según sus atribuciones deban intervenir.

3. Clases y categorías de sociedades cooperativas

Existen tres clases de sociedades cooperativas, a saber:³²

- Sociedades de consumidores de bienes y/o servicios
- Sociedades de productores de bienes y/o servicios
- Sociedades de ahorro y préstamo

En cuanto a las categorías, existen las siguientes dos:³³

- Sociedades ordinarias
- Sociedades de participación estatal. En este evento, el Estado puede dar en concesión o administración bienes o servicios a las sociedades cooperativas, en los términos que señalen las leyes respectivas.

Son ordinarias las que para funcionar requieren únicamente de su constitución legal. En cambio son de participación estatal las que se asocian con autoridades federales, estatales o municipales.

4. Funcionamiento y administración

La dirección, administración y vigilancia interna de las sociedades cooperativas estará a cargo, en su respectivo orden, de:³⁴

³² Ibidem, artículo 21.

³³ Ibidem, artículo 30.

³⁴ Ibidem, artículo 34.

- La Asamblea General
- El Consejo de Administración
- El Consejo de Vigilancia
- Las comisiones que la Ley General de Sociedades Cooperativas establece y las demás que designe la Asamblea General

La Asamblea General es la autoridad suprema. Por tanto sus acuerdos obligan a todos los socios, sean estos ausentes, disidentes o presentes. No sobra aclarar que dichos acuerdos, para que surtan estos efectos, han de haber sido adoptados conforme a la Ley General de Sociedades Cooperativas.

El Consejo Administrativo es el órgano ejecutivo de la Asamblea General. Tiene por tanto la representación de la sociedad cooperativa y la firma social. Para llevar a cabo su labor, puede designar de entre los socios a personas no asociadas, uno o más gerentes con la facultad de representación que se les asigne y también uno o más comisionados que se encarguen de administrar las secciones especiales. Los miembros de este Consejo que son responsables del manejo financiero, requieren de un aval solidario o fianza durante el período de su gestión.³⁵

El Consejo de Vigilancia se encarga de la supervisión de todas las actividades de la sociedad cooperativa. Goza también del derecho de voto pero solo para el caso de que el Consejo de Administración reconsidere las resoluciones vetadas.

Este Consejo está integrado por un número impar de miembros no mayor de cinco y con igual número de suplentes.

En el caso de las comisiones establecidas por la Ley General de Sociedades Cooperativas y las demás que designe el Consejo de Administración, la duración de sus miembros es el mismo tiempo que la de los miembros de Consejos de Administración y Vigilancia.

5. Régimen económico

El capital de este tipo de sociedades está compuesto por los aportes de los socios y con los rendimientos que la Asamblea General acuerda se destine para incrementarlo.

Dichas aportaciones pueden ser en efectivo, bienes, derechos o trabajo, siendo representados por certificados nominativos.

Cada socio tiene que aportar como mínimo el valor de un certificado. Al momento de constituir la sociedad o de ingresar un nuevo socio a ella, se debe exhibir como mínimo el equivalente al diez por ciento del valor de los certificados de aportación.

³⁵ Ibidem, artículos 41 y 43.

Las sociedades cooperativas pueden constituir fondos sociales. Tales fondos pueden ser:³⁶

- De reserva
- De previsión social
- De educación cooperativa

Por último, las sociedades cooperativas pueden emitir certificados de aportación para capital de riesgo por un lapso de tiempo determinado.

6. Socios

Existen varias disposiciones que han de ser observadas tratándose de los socios.³⁷ Sin embargo es importante destacar que solo en algunos casos puede las sociedades cooperativas de productores contar con personal asalariado. Se trata de los siguientes casos:³⁸

- Cuando las circunstancias extraordinarias o imprevistas de la producción o los servicios lo exijan
- Para la ejecución de obras determinadas
- Para trabajos eventuales o por tiempo determinado o indeterminado, distintos a los requeridos por el objeto social
- Para la sustitución temporal de un socio hasta por seis meses en un año
- Por la necesidad de incorporar personal especializado altamente calificado

7. Disolución y liquidación

Las causas para la disolución de las sociedades cooperativas son:³⁹

- Por la voluntad de las dos terceras partes de los socios
- Por la disminución de socios a menos de cinco
- Por consumación del objeto
- Porque el estado económico de la sociedad no permite continuar con las operaciones
- Por la resolución ejecutoriada dictada por los órganos jurisdiccionales señalados en el artículo 9º de la Ley General de Sociedades Cooperativas

Si las sociedades cooperativas quieren constituirse en otro tipo de sociedad, se requiere que primero se disuelvan y luego se liquiden.

En el caso de fusión entre dos sociedades cooperativas se sigue el mismo procedimiento que para su constitución.

8. Organismos cooperativos

³⁶ Ibidem, artículo 53. *Para especificaciones de cada fondo, ver artículos 54 y s.s.*

³⁷ Ibidem, artículo 64.

³⁸ Ibidem, artículo 65.

³⁹ Ibidem, artículo 66.

Las sociedades cooperativas se pueden agrupar en federaciones, uniones o en cualquier otra figura asociativa con reconocimiento legal.

Son confederaciones nacionales las que están constituidas por varias uniones o federaciones de por lo menos diez entidades federativas.

El Consejo Superior del Cooperativismo es el órgano integrador del Movimiento Cooperativo Nacional. Se constituye con las confederaciones nacionales y con las instituciones u organismos de asistencia técnica al cooperativismo.⁴⁰

Las sociedades cooperativas determinan las funciones de las federaciones y de las uniones las cuales a su vez, las de las confederaciones nacionales.

Los gobiernos Federal, Estatal y Municipal apoyarán a las escuelas, institutos y organismos especializados en educación cooperativa que establezca el Movimiento Cooperativo Nacional.

G. Sociedades extranjeras

Las sociedades extranjeras gozan de personalidad jurídica siempre y cuando estén legalmente constituidas.

Dichas sociedades solo pueden ejercer el comercio una vez se encuentren inscritas en el registro de comercio.⁴¹

Este tipo de sociedades están obligadas a publicar anualmente un balance general de la negociación visado por un contador público titulado.

III. CONCURSOS MERCANTILES

El concurso mercantil consta de dos etapas, la conciliación y la quiebra.

A. Conciliación

El objeto de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del comerciante a través del convenio o acuerdo que este suscriba con sus acreedores reconocidos. La quiebra por el contrario, busca la venta de la empresa del comerciante para el pago a los acreedores reconocidos.

El comerciante que incumpla con el pago de sus obligaciones será declarado en concurso mercantil. Se entiende que ha habido dicho incumplimiento cuando:⁴²

⁴⁰ Ver artículos 79 y s.s.

⁴¹ *La inscripción se efectuará previa autorización de la secretaría de comercio y fomento industrial, en los términos de los artículos 17 y 17 A de la Ley de Inversión Extranjera.*

⁴² Ley De Concursos Mercantiles, artículo 9º.

- El comerciante solicita su declaración en concurso mercantil y se ubica en alguno de los supuestos consignados en el artículo 10º de la Ley de Concursos Mercantiles
- Cualquier acreedor o el Ministerio Público han demandado la declaración de concurso mercantil del comerciantes y éste se ubica en los supuestos consignados en el artículo 10º de la misma ley

El Juez de Distrito con jurisdicción en el lugar del domicilio del comerciante es quien tiene la competencia para conocer del concurso mercantil.⁴³

En el proceso de concurso mercantil existen los denominados, visitador, conciliador y síndico. Estos tienen las obligaciones y facultades que la Ley de Concursos Generales les otorga.

El visitador debe básicamente presentar un informe al juez donde:

- Dictamine si el comerciante incurrió en los supuestos previsto en el artículo 10º de la Ley de Concursos Mercantiles
- Sugiera al juez las providencias precautorias necesarias para proteger la masa

El conciliador procura que el comerciante y sus acreedores reconocidos lleguen a un convenio en los términos de la Ley de Concursos Mercantiles.⁴⁴

Existen también los interventores. Estos representan los intereses de los acreedores y tienen a su cargo la vigilancia de la actuación del conciliador y del síndico así como los actos realizados por el comerciante en la administración de su empresa.⁴⁵

El concurso mercantil se estima concluido cuando sucede alguna de las siguientes situaciones:⁴⁶

- Cuando se aprueba un convenio en términos del Título Quinto de la Ley de Concursos Mercantiles⁴⁷
- Si se ha efectuado el pago íntegro a los acreedores reconocidos
- Si se ha efectuado pago a los acreedores reconocidos mediante cuota concursal de las obligaciones del comerciante, y no quedan más bienes por realizarse
- Si se demuestra que la masa es insuficiente, aun para cubrir los créditos a que se refiere el artículo 224 de la Ley de Concursos Mercantiles
- En cualquier momento en que lo soliciten el comerciante y la totalidad de los acreedores reconocidos

Por último hay que mencionar que existe también responsabilidad penal del comerciante declarado en concurso mercantil mediante sentencia en firme. Así, el comerciante será sancionado con una pena de uno a nueve años de prisión

⁴³ Para el procedimiento ver artículos 17 – 53.

⁴⁴ Ibidem, artículo 148.

⁴⁵ Ibidem, artículo 62.

⁴⁶ Ibidem, artículo 262.

⁴⁷ *El Título Quinto es sobre la conciliación.*

por cualquier acto o conducta dolosa que cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones. Se presume que ha incurrido en esta conducta cuando lleve su contabilidad de forma tal que no permita conocer su verdadera situación financiera, o la altere, falsifique o destruya.⁴⁸

B. Quiebra

El comerciante que esté en concurso mercantil será declarado en quiebra cuando:⁴⁹

- El propio comerciante así lo solicite
- Transcurra el término para la conciliación y sus prórrogas si se hubieren concedido, sin que se someta al juez, para su aprobación, un convenio en términos de los previsto en la Ley de Concursos Mercantiles
- El conciliador solicita la declaración de quiebra y el juez lo concede en los términos del artículo 150 de la misma ley.

Los efectos que produce la sentencia de quiebra son los mismos que para el caso de la sentencia de concursos mercantil.⁵⁰

Hay que aclarar que la sentencia que declara la quiebra implica la remoción de plano, es decir sin necesidad de mandamiento judicial, del comerciante como administrador de su empresa, siendo sustituido por el síndico.

En cuanto a la graduación de créditos, existen las siguientes clases:⁵¹

- Acreedores singularmente privilegiados
- Acreedores con garantía real
- Acreedores con privilegio especial
- Acreedores comunes

⁴⁸ Ibidem, artículo 271.

⁴⁹ Ibidem, artículo 167.

⁵⁰ Ver artículos 65 – 84.

⁵¹ Ibidem, artículo 217. *Ver artículos 218 y s.s. para la especificación de cada clase.*

Capítulo II

RÉGIMEN DE LOS TÍTULOS VALORES EN MÉXICO

Preparado por Diana Alejandra Porras Luna

I. DEFINICIÓN DE TÍTULO DE CRÉDITO Y NORMAS GENERALES

De conformidad con lo establecido en artículo 5° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se define títulos de crédito como: “Los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna”¹.

Esta definición es similar a la definición de título valor que se encuentra en el Artículo 619 del Código de Comercio Colombiano, se diferencian la una y otra por su denominación, se trata de una diferencia formal más que sustancial, toda vez que las palabras “título valor” y “título de crédito” son sinónimas.

En todas las operaciones de crédito que reglamenta la Ley de Títulos y Operaciones de crédito, se presume que los codeudores se obligan solidariamente; se trata de la denominada solidaridad legal, es decir, impuesta por ley y otorga la facultad al acreedor de exigir de cualquier de los deudores el pago de la totalidad de la obligación.

Se establecen en forma taxativa las excepciones y defensas que se pueden oponer de las acciones derivadas de un título de crédito.² Estas excepciones son similares a las reguladas por el Artículo 789 del Código de Comercio Colombiano, salvo la derivada del negocio jurídico que dio origen al creación o transferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio o contra cualquier otro demandante que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa, toda vez que se trata de las denominadas excepción causales no contempladas por la Legislación Mexicana.

A. Representación para otorgar títulos de crédito

Se establece que cualquier persona puede autorizar para que en su nombre y por su cuenta se suscriba un título de crédito, la representación puede ser conferida

¹ Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 5.

² *Ibidem*, artículo 7: Contra las acciones derivadas de un título de crédito, sólo pueden oponerse las siguientes excepciones y defensas: I. Las de competencia y falta de personalidad en el actor; II. Las que se funden en el hecho de haber sido demandado quien firmo el documento; III. Las de falta de representación de poder bastante o de facultades legales en quien suscribió el título a nombre del demandado, salvo lo dispuesto en el artículo 11; IV. La de haber sido incapaz el demandado al suscribir el título; V. Las fundadas en la omisión de los requisitos y menciones que el título o el acto en el consignado deben llenar o contener y la ley no presuma expresamente, o que no se hayan satisfecho dentro del término que señala el artículo 15; VI. La de alteración del texto del documento o de los demás actos que en el consten, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13 ;VII. Las que se funden en que el título no es negociable; VIII. Las que se basen en la quita o pago parcial que consten en el texto mismo del documento, o en el depósito del importe de la letra en el caso del artículo 132; IX. Las que se funden en la cancelación del título, o en la suspensión de su pago ordenada judicialmente, en el caso de la fracción ii del artículo 45; X. Las de prescripción y caducidad y las que se basen en la falta de las demás condiciones necesarias para el ejercicio de la acción; XI. Las personales que tenga el demandado contra el actor.

mediante poder inscrito en el registro de comercio y por simple declaración escrita dirigida al tercero con quien contrate el representante.³

Igualmente, se establece que quien suscribe un título de crédito a nombre de otro sin poder para hacerlo se obliga personalmente como si hubiera obrado en nombre propio. No obstante lo anterior, se consagra la figura de la “Ratificación”, la cual puede ser expresa o tácita, y consiste en que la persona a quien se obligó sin su autorización ratifique la actuación cumplidas en su nombre, con efectos retroactivos.⁴

B. Clases de títulos de crédito

En cuanto a la ley de circulación de los títulos valores, la Ley General de Títulos de México, establece que pueden ser nominativos⁵ o al portador.

La clasificación de los títulos valores o títulos de crédito contenida en la Ley General de Títulos de México es aparentemente diferente de la que trae el Código de Comercio Colombiano, el cual habla de títulos nominativos, a la orden y al portador.

No obstante que la Ley Mexicana no clasifica de manera expresa los denominados “títulos a la orden”, el artículo 25 establece que los títulos nominativos se entenderán siempre extendidos a la orden.

1. Títulos nominativos

Los títulos nominativos son definidos como aquellos expedidos favor de una persona cuyo nombre se consigna en el texto del documento y establece que, en caso de que los títulos lleven adheridos cupones éstos se consideran nominativos siempre que los mismos estén identificados y vinculados por su número, serie y demás datos al título.

El artículo 24⁶ establece que cuando sea necesario el registro del tenedor por parte del emisor, ya sea porque así se expresa en el título o porque la ley lo

³ La representación para otorgar o suscribir títulos de crédito se confiere: I. Mediante poder inscrito debidamente en el registro de comercio; y II. Por simple declaración escrita dirigida al tercero con quien habrá de contratar el representante. En el caso de la fracción I, la representación se entenderá conferida respecto de cualquier persona y en el de la fracción II sólo respecto de aquella a quien la declaración escrita haya sido dirigida. En ambos casos, la representación no tendrá mas límites que los que expresamente le haya fijado el representado en el instrumento o declaración respectivos.

⁴ El que acepte, certifique, otorgue, gire, emita, endose o por cualquier otro concepto suscriba un título de crédito en nombre de otro sin poder bastante o sin facultades legales para hacerlo, se obliga personalmente como si hubiera obrado en nombre propio y, si paga, adquiere los mismos derechos que corresponderían al representado aparente.

La ratificación expresa o tácita de los actos a que se refiere el párrafo anterior, por quien puede legalmente autorizarlos, transfiere al representado aparente, desde la fecha del acto, las obligaciones que de él nazcan. Es tácita la ratificación que resulte de actos que necesariamente impliquen la aceptación del acto mismo por ratificar o de alguna de sus consecuencias. La ratificación expresa puede hacerse en el mismo título de crédito o en documento diverso.

⁵ Los títulos de crédito podrán ser, según la forma de su circulación, nominativos o al portador. El tenedor del título no puede cambiar la forma de su circulación sin consentimiento del emisor, salvo disposición legal expresa en contrario.

exige, sólo se reconocerá como tenedor legítimo del título quien figure como tal en el documento y en el registro.

Por regla general, los títulos nominativos se transfieren mediante endoso, no obstante la existencia de esta regla general, se establece que los títulos nominativos podrán transferirse por cesión ordinaria o por cualquier otro medio legal diferente al endoso, sin perjuicio de que al adquirente se le puedan oponer las excepciones personales que el obligado habría podido oponerle al autor de la transmisión.⁷

El endoso que se realice con posterioridad al vencimiento del título tendrá los efectos de una cesión ordinaria.

Señala la norma que el endoso deberá constar en el título o en hoja adherida al mismo y deberá llenar los siguientes requisitos:

- El nombre del endosatario.
- La firma del endosante o de la persona que suscriba el endoso a su riesgo o nombre.
- La clase de endoso.
- El lugar y la fecha.

En el evento de que en el endoso se omita el nombre del endosatario se entenderá que se trata de un endoso en blanco para lo cual deberá tenerse en cuenta lo establecido en artículo 32⁸ de la Ley General de Títulos.

El endoso en blanco, al igual que en la legislación colombiana, es aquel que sólo cumple con la firma del endosante y que requiere para ejercitar el derecho que el se incorpora que el tenedor llene el endoso en blanco con su nombre o el de un tercero.

En el caso en que se omita el segundo requisito, es decir, la firma del endosante o de la persona que suscriba el endoso, el endoso se hace nulo. Si se omite establecer la clase de endoso de que se trata, se presumirá que el endoso se hizo en propiedad, sin que valga prueba en contrario respecto al tercero de buena fe.

⁶ Ibidem, artículo 24. Cuando por expresarlo el título mismo, o prevenirlo la ley que lo rige, el título deba ser inscrito en un registro del emisor, éste no estará obligado a reconocer como tenedor legítimo sino a quien figure como tal, a la vez en el documento y en el registro.

Cuando sea necesario el registro, ningún acto u operación referente al crédito surtirá efectos contra el emisor, o contra los terceros, si no se inscribe en el registro y en el título.

⁷ La transmisión del título nominativo por cesión ordinaria o por cualquier otro medio legal diverso del endoso, subroga al adquirente en todos los derechos que el título confiere; pero lo sujeta a todas las excepciones personales que el obligado habría podido oponer al autor de la transmisión antes de ésta. El adquirente tiene derecho a exigir la entrega del título.

⁸ El endoso puede hacerse en blanco, con la sola firma del endosante. En este caso, cualquier tenedor puede llenar con su nombre o el de un tercero, el endoso en blanco o transmitir el título sin llenar el endoso. El endoso al portador produce los efectos del endoso en blanco.

Tratándose de acciones, bonos de fundador, obligaciones, certificados de depósito certificados de participación y cheques, el endoso siempre será a favor de persona determinada; el endoso en blanco o al portador no producirá efecto alguno. Lo previsto en este párrafo no será aplicable a los cheques expedidos por cantidades hasta de cinco millones de pesos.

En caso de omitir el lugar y la fecha en que se realice el endoso, se entenderá que se hizo en el domicilio del endosante y en el día en que el endosante adquirió el título.

a. Modalidades de endosos:

Por medio del endoso se pueden transferir los títulos en propiedad, en procuración y en garantía.

Si el endoso es en propiedad, se transfiere la propiedad del título y todos los derechos inherentes a él. El endoso en propiedad no obliga solidariamente al endosante, salvo que la ley establezca la solidaridad.⁹

Cuando se trata del endoso en "procuración" o "al cobro", se entenderá que el mismo no transfiere la propiedad sino que otorga la facultad al endosatario para presentar el documento a la aceptación para cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para endosarlo en procuración o para protestarlo.¹⁰

Por último, el endoso "en garantía" o "en prenda" otorga al endosatario todos los derechos y obligaciones de un acreedor prendario respecto del título endosado y de los derechos inherentes a él.¹¹

b. Transmisión por recibo del importe:

El Artículo 40¹² de la Ley de General de Títulos consagra la figura de la transmisión del título por recibo del importe que supone la transferencia de un título ya vencido cuando el poseedor recibe el pago por parte de algún endosante.

⁹ Ibidem, artículo 34: El endoso en propiedad, transfiere la propiedad del título y todos los derechos a él inherentes. El endoso en propiedad no obligara solidariamente al endosante, sino en los casos en que la ley establezca la solidaridad. Cuando la ley establezca la responsabilidad solidaria de los endosantes, éstos pueden librarse de ella mediante la cláusula sin mi responsabilidad o alguna equivalente.

¹⁰ Ibidem, artículo 35: El endoso que contenga las cláusulas en procuración, al cobro, u otra equivalente, no transfiere la propiedad; pero da facultad al endosatario para presentar el documento a la aceptación, para cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para endosarlo en procuración y para protestarlo en su caso. El endosatario tendrá todos los derechos y obligaciones de un mandatario. El mandato contenido en el endoso no termina con la muerte o incapacidad del endosante, y su revocación no surte efectos respecto de tercero, sino desde que el endoso se cancela conforme al Artículo 41. En el caso de este artículo, los obligados sólo podrán oponer al tenedor del título las excepciones que tendrían contra el endosante.

¹¹ Ibidem, artículo 36: El endoso con las cláusulas en garantía, en prenda, u otra equivalente, atribuye al endosatario todos los derechos y obligaciones de un acreedor prendario respecto del título endosado y los derechos a él inherentes, comprendiendo las facultades que confiere el endoso en procuración. En el caso de este artículo, los obligados no podrán oponer al endosatario las excepciones personales que tengan contra el endosante.

Cuando la prenda se realice en los términos de la sección 6a. del Capítulo IV, Título II de esta Ley, lo certificarán así en el documento, el corredor o los comerciantes que intervengan en la venta, y llenado ese requisito, el acreedor endosará en propiedad el título, pudiendo insertar la cláusula sin responsabilidad.

¹² Ibidem, artículo 40: Los títulos de crédito pueden transmitirse por recibo de su valor extendido en el mismo documento, o en hoja adherida a él, a favor de algún responsable de los mismos, cuyo nombre debe hacerse constar en el recibo. La transmisión por recibo produce los efectos de un endoso sin responsabilidad.

c. Forma de testar los endosos:

En relación con la forma de testar o borrar los endosos, se establece que no tienen valor los endosos y anotaciones de recibo de título cuando se testen o cancelen legítimamente, el propietario de un título podrá testar los endosos y recibos posteriores a la adquisición del título pero no los anteriores a ésta.

Se regula en los artículos 41 al 66, el procedimiento para la reposición de los títulos de crédito en caso de extravío, hurto, destrucción o deterioro grave.

2. Títulos al portador

El artículo 69 establece que los títulos al portador “son los que no están expedidos a favor de determinada persona, contenga o no la cláusula al portador”, los cuales se transfieren por la simple tradición, es decir, por la entrega.¹³

Se establece una limitación en la circulación de títulos al portador que contengan la obligación de pagar sumas de dinero, sólo podrán circular cuando sea autorizado por la ley.¹⁴

Los artículos 73, 74 y 75 de la Ley General de Títulos regulan lo relativo al procedimiento para la reposición de títulos al portador en caso de extravío o robo.

II. MODALIDADES DE TÍTULOS DE CRÉDITO

A. La letra de cambio

De conformidad con lo establecido en el artículo 76 de la Ley General de Títulos, la letra de cambio deberá contener los siguientes requisitos:

- La mención de ser letra de cambio, inserta en el texto del documento;
- La expresión del lugar y del día, mes y año en que se suscribe;
- La orden incondicional al girado de pagar una suma determinada de dinero;
- El nombre del girado;
- El lugar y la época del pago;
- El nombre de la persona a quien ha de hacerse el pago; y
- La firma del girador o de la persona que suscriba a su ruego o en su nombre.

¹³ Ibídem, artículo 70: Los títulos al portador se transmiten por simple tradición.

¹⁴ Los títulos al portador que contengan la obligación de pagar alguna suma de dinero, no podrán ser puestos en circulación sino en los casos establecidos en la ley expresamente, y conforme a las reglas en ella prescritas. Los títulos que se emitan en contravención a lo dispuesto en este artículo, no producirán acción como títulos de crédito. El emisor será castigado por los tribunales federales, con multa de un tanto igual al importe de los títulos emitidos.

Se establece que en la letra de cambio se tendrá por no escrita cualquier estipulación de intereses o cláusula penal.¹⁵, es decir, no se podrán estipular intereses remuneratorios, ni moratorios, lo cual hace que la letra de cambio no sea un instrumento adecuado para instrumentar una obligación a plazo en la intervenga un comerciante.

1. Formas de vencimiento y expresiones para fijar los vencimientos

En relación con las formas de vencimiento, el artículo 79 de la Ley General de Títulos establece que la letra de cambio puede ser girada:

- A la vista;
- A cierto tiempo vista;
- A cierto tiempo fecha; y
- A día fijo.

Las letras de cambio con otra clase de vencimientos, o con vencimientos sucesivos, se entenderán siempre pagaderas a la vista por la totalidad de la suma que expresen. Igualmente, se considera pagadera a la vista, la letra de cambio cuyo vencimiento no esté indicado en el documento.

Respecto de los vencimientos de la letra de cambio, se establece que una letra de cambio girada a uno o varios meses fecha o a la vista, vence el día correspondiente al de su otorgamiento o presentación del mes en que debe efectuarse el pago. Si este no tuviere día correspondiente al del otorgamiento o presentación, la letra vencerá el último del mes.

Si el vencimiento se fija para principios, mediados, o fines de mes, se entenderá por estos términos los días primero, quince y último del mes que corresponda.

En cuanto a las expresiones ocho días o una semana, quince días, dos semanas, una quincena o medio mes, se deberán entender las mismas, no como una o dos semanas enteras, sino como plazos de ocho o de quince días efectivos, respectivamente.

2. Girador como girado o beneficiario

El artículo 82 de la mencionada norma establece que la letra de cambio puede ser girada a la orden del mismo girador, siempre que sea pagadera en un lugar distinto al que se emitió, caso en el cual el girador quedará obligado como aceptante. Si la letra se gira a cierto tiempo vista, su presentación sólo tendrá el efecto de fijar la fecha de su vencimiento.¹⁶

¹⁵ Ibidem, artículo 78: En la letra de cambio se tendrá por no escrita cualquiera estipulación de intereses o cláusula penal.

¹⁶ La letra de cambio puede ser girada a la orden del mismo girador. Puede ser igualmente girada a cargo del mismo girador, cuando sea pagadera en lugar diverso de aquel en que se emita. En este último caso, el girador quedará obligado como aceptante, y si la letra fuere girada a cierto tiempo vista, su presentación sólo tendrá el efecto de fijar la fecha de su vencimiento, observándose respecto de la fecha de presentación, en su caso, lo que dispone la parte final del artículo 98. La presentación se comprobará por visa suscrita por el girador en la letra misma o, en su defecto, por acta ante notario o corredor.

Establece el artículo 84 de la Ley General de Títulos, que el girador y cualquier otro obligado, pueden indicar en la letra el nombre de una o varias personas a quienes deberá exigirse la aceptación y pago de la misma, o solamente el pago, en defecto del girado, siempre que tengan su domicilio o su residencia en el lugar señalado en la letra para el pago, o a falta de designación del lugar, en la misma plaza del domicilio del girado. Se establece la posibilidad al girador de firmar al ruego en caso no se sepa o no pueda escribir.¹⁷

3. Letras de cambio al portador

En caso de que expidan letras de cambio al portador éstas no producirán los efectos de una letra de cambio.¹⁸

4. Indicaciones sobre documentos que acompañan la letra

Cuando en el texto letra de cambio, con las que se acompañen documentos representativos de mercancías, se inserte la cláusula documento contra aceptación o documento contra pago, o la denominada D/a o D/p, el tenedor de la letra se obliga a no entregar los documentos sino mediante la aceptación o el pago de la letra.

5. Aceptación de letra de cambio

Respecto de la aceptación de la letra de cambio, el artículo 96 de la Ley General de Títulos establece que, la letra debe ser presentada para su aceptación en el lugar y dirección designados en ella al efecto. A falta de indicación de dirección o lugar, la presentación se hará en el domicilio o en la residencia del girado. Cuando en la letra se señalen varios lugares para la aceptación, se entenderá que el tenedor puede presentarla en cualquiera de ellos.^{19 20 21}

¹⁷ Ibidem, artículo 86: Si el girador no sabe o no puede escribir, firmará a su ruego otra persona, en fe de lo cual firmará también un corredor público titulado, un notario o cualquier otro funcionario que tenga fe pública.

¹⁸ Ibidem, artículo 88: La letra de cambio expedida al portador no producirá efectos de letra de cambio, estándose a la regla del artículo 14. Si se emitiere alternativamente al portador o a favor de persona determinada, la expresión al portador se tendrá por no puesta.

¹⁹ Ibidem, artículo 92: Si, conforme al artículo 84, la letra contuviere indicación de otras personas a quienes deba exigirse la aceptación en defecto del girado, deberá el tenedor, previos protestos con respecto a los que se negaren, reclamar la aceptación de las demás personas indicadas. El tenedor que no cumpla la obligación anterior, perderá la acción cambiaria por falta de aceptación.

²⁰ Ibidem, artículo 93: Las letras pagaderas a cierto tiempo vista, deberán ser presentadas para su aceptación dentro de los seis meses que sigan a su fecha. Cualquiera de los obligados podrá reducir ese plazo, consignándolo así en la letra. En la misma forma, el girador podrá, además, ampliarlo, y prohibir la presentación de la letra antes de determinada época. El tenedor que no presente la letra en el plazo legal o en el señalado por cualquiera de los obligados, perderá la acción cambiaria, respectivamente, contra todos los obligados, o contra el obligado que haya hecho la indicación del plazo y contra los posteriores a él.

²¹ Ibidem, artículo 94: La presentación de las letras giradas a día fijo o a cierto plazo de su fecha será potestativa, a menos que el girador la hubiere hecho obligatoria con señalamiento de un plazo determinado para la presentación, consignando expresamente en la letra esa circunstancia. Puede asimismo el girador prohibir la presentación antes de una época determinada, consignándolo así en la letra. Cuando sea potestativa la presentación de la letra, el tenedor podrá hacerla a más tardar el último día hábil anterior al del vencimiento.

6. Término para la presentación para el pago

Para efectos de la presentación para el pago de la letra de cambio, el artículo 95 establece que si el girador ha indicado en la letra un lugar de pago distinto de aquel en que el girado tiene su domicilio, el aceptante deberá expresar en la aceptación el nombre de la persona que debe pagarla. A falta de tal indicación, el aceptante mismo queda obligado a cubrir aquella en el lugar designado para el pago.

Ahora bien, si la letra es pagadera en el domicilio del girado, puede éste, al aceptarla, indicar dentro de la misma plaza, una dirección donde la letra deba serle presentada para su pago, a menos que el girador haya señalado alguna.

En relación con la aceptación de la letra de cambio esta debe ser incondicional²² y deberá constar en la letra misma, lo cual deberá expresarse mediante la palabra acepto u otra equivalente y la firma del girado.²³

No obstante lo anterior, si la letra es pagadera a cierto plazo de la vista o cuando debe ser presentada para su aceptación dentro de un plazo determinado en virtud de indicación especial, es requisito indispensable para la validez de la aceptación, la expresión de su fecha; pero si el aceptante la omitiere, podrá consignarla el tenedor.

Se regula el tema de la aceptación tachada de la letra de cambio, siempre que sea rehusada la aceptación de letra de cambio por parte del girado antes de devolver la letra.

El artículo 101²⁴ establece la obligación para el aceptante de pagar la letra de cambio aunque el girador hubiere quebrado antes de la aceptación.

7. Aceptación por intervención

La Ley General de Títulos de Crédito en el artículo 102²⁵ establece la posibilidad de aceptar la letra de cambio por intervención, cuando no es aceptada por el girado. Al respecto, es pertinente precisar que esta figura no está contemplada en el Código de Comercio Colombiano, pero cumple con las mismas funciones del aval, si se tiene en cuenta que se trata de la

²² Ibidem, artículo 99: La aceptación debe ser incondicional; pero puede limitarse a menor cantidad del monto de la letra. Cualquiera otra modalidad introducida por el aceptante, equivale a una negativa de aceptación; pero el girado quedará obligado en los términos de su aceptación.

²³ Ibidem, artículo 97: La aceptación debe constar en la letra misma y expresarse por la palabra acepto, u otra equivalente, y la firma del girado. Sin embargo, la sola firma de éste, puesta en la letra, es bastante para que se tenga por hecha la aceptación.

²⁴ Ibidem, artículo 101: La aceptación de una letra de cambio obliga al aceptante a pagarla a su vencimiento, aun cuando el girador hubiere quebrado antes de la aceptación. El aceptante queda obligado cambiariamente también con el girador; pero carece de acción cambiaria contra él y contra los demás signatarios de la letra.

²⁵ Ibidem, artículo 102: La letra de cambio no aceptada por el girado, puede serlo por intervención, después del protesto respectivo.

intervención de un tercero para salvar el crédito de girado que se niega a aceptar la letra de cambio.

Sobre la aceptación por intervención establece la norma que cuando el que acepta por intervención²⁶ no designa la persona en cuyo favor lo hace, se entenderá que interviene por el girador, aun cuando la recomendación haya sido hecha por un endosante.

La acción cambiaria por falta de aceptación se extingue contra la persona en cuyo favor se hace, y contra los endosantes posteriores y sus avalistas cuando existe intervención por aceptación.

8. Ejemplares de la letra de cambio

Se podrán expedir uno o más ejemplares de las letras de cambio cuando éstas no contengan la cláusula única²⁷. El pago hecho sobre cualquier de los ejemplares de una letra, libera a los otros del pago, pero el girado quedará obligado por cada ejemplar que acepte.

9. Presentación para el pago

Para efectos del pago, de acuerdo con lo establecido en el artículo 126 del Ley General de Títulos, la letra de cambio debe ser presentada en el lugar y dirección señalados en la misma, si la letra no contiene la dirección deberá ser presentada para su pago en el domicilio o residencia del girado del aceptante o domiciliario o en el domicilio o residencia de los recomentatorios.

La letra para su pago²⁸ deberá ser presentada el día de su vencimiento. Si se trata de la letra a la vista, ésta deberá ser presentada dentro de los seis meses que sigan a su fecha.²⁹

En caso de que exista pago parcial éste no podrá ser rechazado por el tenedor pero deberá conservar la letra en su poder mientras se le cubra

²⁶ Ibidem, artículo 106: El aceptante por intervención queda obligado en favor del tenedor, y de los signatarios posteriores a aquél por quien interviene.

Ibidem, Artículo 107: El aceptante por intervención deberá dar inmediato aviso de su intervención a la persona por quien la hubiere efectuado. Dicha persona, los endosantes que la precedan, el girador y los avalistas de cualquiera de ellos, pueden en todo caso exigir al tenedor que, no obstante la intervención, les reciba el pago de la letra y les haga entrega de la misma.

²⁷ Ibidem, artículo 117: Cuando la letra no contenga la cláusula única, el tomador tendrá derecho a que el girador le expida uno o más ejemplares idénticos, pagando todos los gastos que se causen. Esos ejemplares deberán contener en su texto la indicación primera, segunda, y así sucesivamente, según el orden de su expedición. A falta de esta indicación, cada ejemplar se considerará como una letra de cambio distinta. Cualquier otro tenedor podrá ejercitar ese mismo derecho, por medio del endosante inmediato, quien a su vez habrá de dirigirse al que le antecede, y así sucesivamente, hasta llegar al girador. Los endosantes y avalistas, están obligados a reproducir sus respectivas suscripciones en los duplicados de la letra.

²⁸ Ibidem, artículo 129: El pago de la letra debe hacerse precisamente contra su entrega.

²⁹ Ibidem, artículo 128: La letra a la vista debe ser presentada para su pago dentro de los seis meses que sigan a su fecha. Cualquiera de los obligados podrá reducir ese plazo, consignándolo así en la letra. En la misma forma el girador podrá, además, ampliarlo, y prohibir la presentación de la letra antes de determinada época.

íntegramente la suma debida.³⁰ No obstante lo anterior, el tenedor no puede ser obligado a recibir el pago antes del vencimiento.

El artículo 132 señala que en caso de que no se exija el pago de la letra de cambio, el girado o cualquiera de los obligados en ella, después de transcurrido el plazo del protesto, tiene el derecho de depositar en el Banco de México el importe de la letra a expensas y riesgo del tenedor, y sin obligación de dar aviso a éste.

El pago por intervención se hace en defecto del pago del girado o del aceptante, y tiene por finalidad evitar a los obligados en regreso, los gastos que puedan ocasionar la falta de pago de la letra y es una figura prácticamente en desuso.

El que paga por intervención deberá indicar la persona por quien lo hace en defecto de tal indicación se entenderá a quien interviene a favor del aceptante y si no lo hubieren en favor del girador. El tenedor esta obligado a entregar al interventor la letra de cambio con la constancia del pago y dicho interventor tendrá acción cambiaria contra la persona por quien pago, y contra los obligados anteriores a esta si se presentaren varias personas ofreciendo su intervención como terceros, será preferida la que con la suya libere a mayor número de los obligados en la letra, mientras el tenedor conserve la letra en su poder no puede rehusar el pago por intervención. Si lo rehusare, perderá su derecho contra la persona por quien el interventor ofrezca el pago y contra los obligados posteriores a ella.

10. El aval y el protesto en la letra de cambio

El aval³¹ garantiza en todo o en parte el pago de la letra de cambio y deberá constar en la letra de cambio u hoja adherida³², y se expresará con la formula "aval" u otra equivalente y deberá llevar la firma de quien lo presta.

Si no se menciona la cantidad, se entenderá que el aval garantiza la totalidad del importe de la letra de cambio.

El aval debe indicar la persona por quien se presta. A falta de tal indicación, se entiende que garantiza las obligaciones del aceptante y, si no lo hubiere, las del girador.

³⁰ Ibidem, artículo 130: El tenedor no puede rechazar un pago parcial; pero debe conservar la letra en su poder mientras no se le cubra íntegramente, anotando en ella la cantidad cobrada y dando por separado el recibo correspondiente.

³¹ Ibidem, artículo 110: Puede prestar el aval quien no ha intervenido en la letra y cualquiera de los signatarios de ella.

³² Ibidem, artículo 148: El protesto debe hacerse constar en la misma letra o en hoja adherida a ella. Además, el notario, corredor o autoridad que lo practiquen, levantarán acta del mismo en la que aparezcan: I.- La reproducción literal de la letra, con su aceptación, endosos, avales o cuanto en ella conste; II.- El requerimiento al obligado para aceptar o pagar la letra, haciendo constar si estuvo o no presente quien debió aceptarla o pagarla; III.- Los motivos de la negativa para aceptarla o pagarla; IV.- La firma de la persona con quien se entienda la diligencia, o la expresión de su imposibilidad o resistencia a firmar, si la hubiere; V.- La expresión del lugar, fecha y hora en que se practica el protesto y la firma de quien autoriza la diligencia.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 114, el avalista quedará obligado solidariamente con aquel cuya firma ha garantizado, y su obligación es válida, aun cuando la obligación garantizada sea nula por cualquier causa.

En relación con el protesto de la letra de cambio, se establece que la misma deberá ser protestada por falta total o parcial de aceptación o pago. El protesto establece que una letra fue presentada en tiempo para el pago o para su aceptación³³. El girador puede dispensar al tenedor de protestar la letra, inscribiendo en ella la cláusula "sin protesto", "sin gastos" u otra equivalente. Esta cláusula no dispensa al tenedor de la presentación de una letra para su aceptación o para su pago ni, en su caso, de dar aviso de la falta de aceptación o de pago a los obligados en vía de regreso.

El protesto puede ser realizado por medio de notario o de corredor público titulado. A falta de ellos, puede levantar el protesto la primera autoridad política del lugar.

En relación con el tiempo para levantar el protesto, el artículo 144 establece que el protesto por falta de aceptación debe levantarse dentro de los dos días hábiles siguientes al de la presentación; pero siempre antes de la fecha del vencimiento. El protesto por falta de pago debe levantarse dentro de los dos días hábiles que sigan al del vencimiento. El protesto por falta de pago de las letras a la vista debe levantarse el día de su presentación, o dentro de los dos días hábiles siguientes.

En el caso de las letras a la vista, sólo se podrán protestar por falta de pago.

B. El pagaré

De acuerdo con lo establecido en el artículo 170, el pagaré deberá contener los siguientes requisitos:

- La mención de ser pagaré, inserta en el texto del documento;
- La promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero;
- El nombre de la persona a quien ha de hacerse el pago;
- La época y el lugar del pago;
- La fecha y el lugar en que se suscriba el documento; y
- La firma del suscriptor o de la persona que firme a su ruego o en su nombre.

Si el pagaré no menciona la fecha de su vencimiento, se considerará pagadero a la vista; si no indica el lugar de su pago, se tendrá como tal el del domicilio del que lo suscribe.

Los pagarés exigibles a cierto plazo de la vista deben ser presentados dentro de los seis meses que sigan a su fecha. La presentación sólo tendrá el efecto de fijar la fecha del vencimiento.

³³ Ibidem, artículo 140: El protesto establece en forma auténtica que una letra fue presentada en tiempo y que el obligado dejó total o parcialmente de aceptarla o pagarla. Salvo disposición legal expresa, ningún otro acto puede suplir al protesto.

El importe del pagaré comprenderá los réditos caídos, es decir, los intereses adeudados, el descuento del pagaré no vencido se calculará al tipo de interés pactado en éste, o en su defecto al tipo legal, y los intereses moratorios se computarán al tipo estipulado para ellos; a falta de esa estipulación, al tipo de rédito fijado en el documento, y en defecto de ambos, al tipo legal.

C. El cheque

De acuerdo con lo establecido en el artículo 175 de la Ley General de Títulos, el cheque³⁴ deberá contener los siguientes requisitos:

- La mención de ser cheque, inserta en el texto del documento;
- El lugar y la fecha en que se expide;
- La orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero;
- El nombre del librado;
- El lugar del pago; y
- La firma del librador.

Estos requisitos son similares a los requisitos exigidos por el artículo 713 de Código de Comercio Colombiano para que el cheque pueda ser considerado como un título valor.

Al igual que en la legislación colombiana, el cheque será siempre pagadero a la vista, cualquier inserción en contrario se tendrá por no puesta. El cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de expedición, es pagadero el día de la presentación.

El artículo 179 establece que el cheque puede ser nominativo y al portador, si el cheque es expedido por una cantidad superior a cinco millones de pesos mexicanos deberá ser siempre nominativo.

En relación con los términos de presentación del cheque, el artículo 181³⁵ establece que los cheques deberán presentarse para su pago dentro de los siguientes términos:

- Dentro de los quince días calendario que sigan al de su fecha, si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición;
- Dentro de un mes, si fueren expedidos y pagaderos en diversos lugares del territorio nacional;

³⁴ Ibidem, artículo 175: El cheque sólo puede ser expedido a cargo de una institución de crédito. El documento que en forma de cheque se libre a cargo de otras personas, no producirá efectos de título de crédito. El cheque sólo puede ser expedido por quien, teniendo fondos disponibles en una institución de crédito, sea autorizado por ésta para librar cheques a su cargo. La autorización se entenderá concedida por el hecho de que la institución de crédito proporcione al librador esbozos especiales para la expedición de cheques, o le acredite la suma disponible en cuenta de depósito a la vista.

³⁵ Ibidem, artículo 185: Mientras no hayan transcurrido los plazos que establece el artículo 181, el librador no puede revocar el cheque ni oponerse a su pago. La oposición o revocación que hiciera en contra de lo dispuesto en este artículo, no producirá efectos respecto del librado, sino después de que transcurra el plazo de presentación.

- Dentro de tres meses, si fueren expedidos en el extranjero y pagaderos en el territorio nacional; y
- Dentro de tres meses, si fueren expedidos dentro del territorio nacional para ser pagaderos en el extranjero, siempre que no fijen otro plazo las leyes del lugar de presentación.

Se establecen como principios generales aplicables a los cheques los siguientes:

- Aun cuando el cheque no haya sido presentado o protestado en tiempo, el librado debe pagarlo mientras tenga fondos del librador suficientes para ello.
- La muerte o la incapacidad sobreviniente del librador, no autorizan al librado para dejar de pagar el cheque.
- La declaración de que el librador se encuentra en estado de suspensión de pagos, de quiebra o de concurso, obliga al librado, desde que tenga noticia de ella, a rehusar el pago.
- El tenedor puede rechazar un pago parcial; pero si lo admite, deberá anotarlo con su firma en el cheque y dar recibo al librado por la cantidad que éste le entregue.

Cuando el cheque ha sido presentado al banco para su pago y este niega el pago del mismo, el tenedor del mismo podrá dirigirse contra el librador para exigir su cobro y la respectiva indemnización la cual no podrá ser inferior al 20% del importe del título.

Formas especiales del cheque:

- Cheque cruzado, aquel en cual librador o el tenedor lo cruzan con dos líneas paralelas trazadas en el anverso y que sólo puede ser cobrado en una institución bancaria.
- Cheque para abono en cuenta, aquel en el que se prohíbe que el cheque sea pagado en efectivo.
- Cheque certificado, aquel mediante el cual se certifica que existen suficientes fondos para pagarlo.
- Cheque de gerencia, aquel que expide el banco con cargo a su propia caja.³⁶
- Cheque de viajero.

D. Bonos

La Ley de Títulos de Crédito establece que las sociedades anónimas podrán emitir obligaciones que representen la participación de sus tenedores en crédito colectivo. Estos bonos podrán ser convertibles en acciones.

Regula el tema de la emisión de certificados de participación que son títulos de crédito que representan:

³⁶ Ibidem, artículo 200: Sólo las instituciones de crédito pueden expedir cheques de caja a cargo de sus propias dependencias. Para su validez éstos cheques deberán ser nominativos y no negociables.

- El derecho a una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase que tenga en fideicomiso irrevocable para ese propósito la sociedad fiduciaria que los emita;
- El derecho a una parte alícuota del derecho de propiedad o de la titularidad de esos bienes, derechos o valores;
- El derecho a una parte alícuota del producto neto que resulte de la venta de dichos bienes, derechos o valores.

Los certificados de participación podrán ser ordinarios o inmobiliarios, según que los bienes fideicomitados, materia de la emisión, sean muebles o inmuebles. Los certificados pueden ser nominativos o al portador o nominativos con cupones al portador, y serán emitidos por series, en denominaciones de cien pesos o de sus múltiplos.

Los términos y condiciones de las emisiones de certificados de participación deberán ser aprobados por la Comisión Nacional Bancaria, así como los textos de las actas de emisión y de los certificados y cualquiera modificación de ellos.

E. El certificado de depósito y del bono de prenda

De conformidad con lo establecido en el artículo 229³⁷ de la Ley General de Títulos, el certificado de depósito acredita la propiedad de las mercancías o bienes depositados en los Almacenes Generales de Depósito.

Por su parte, el bono de prenda incorpora un crédito prendario sobre las mercancías o bienes indicados en el certificado de depósito.

El tenedor legítimo del certificado de depósito y del bono o de los bonos de prenda respectivos, tiene pleno dominio sobre las mercancías o bienes depositados y puede en cualquier tiempo recogerlos, mediante la entrega del certificado y de los bonos de prenda correspondientes y el pago de sus obligaciones respectivas a favor del fisco y de los almacenes.

Los Almacenes Generales de Depósito son los únicos autorizados para expedir certificados de depósitos y/o bonos de prenda. Aclara la norma que sólo podrá expedirse un bono por cada certificado de depósito, si se trata de bienes o mercancías designadas genéricamente se podrá expedir a solicitud del depositante, bonos de prenda múltiples³⁸.

De conformidad con lo establecido en el artículo 231, el certificado de depósito deberá contener los siguientes requisitos:

³⁷ Ibidem, artículo 229: El certificado de depósito acredita la propiedad de mercancías o bienes depositados en el Almacén que lo emite: el bono de prenda, la constitución de un crédito prendario sobre las mercancías o bienes indicados en el certificado de depósito correspondiente. Sólo los Almacenes Generales de Depósito, autorizados conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito, podrán expedir estos títulos. Las constancias, recibos o certificados que otras personas o instituciones expidan para acreditar el depósito de bienes o mercancías, no producirán efectos como títulos de crédito.

³⁸ Ibidem, artículo 237: Los bonos de prenda múltiples a que el artículo 230 se refiere, serán expedidos amparando una cantidad global dividida entre tantas partes iguales como bonos se expidan respecto a cada certificado y haciéndose constar en cada bono que el crédito de su tenedor legítimo tendrá, en su cobro, el orden de prelación indicado con el número de orden propio del bono.

- La mención de ser certificado de depósito y bono de prenda, respectivamente;
- La designación y la firma del almacén;
- El lugar del depósito;
- La fecha de expedición del título;
- El número de orden, que deberá ser igual para el certificado de depósito y para el bono o los bonos de prenda relativos, y el número progresivo de éstos, cuando se expidan varios en relación con un sólo certificado;
- La mención de haber sido constituido el depósito con designación individual o genérica de las mercancías o efectos respectivos;
- La especificación de las mercancías o bienes depositados, con mención de su naturaleza, calidad y cantidad y de las demás circunstancias que sirvan para su identificación;
- El plazo señalado para el depósito;
- El nombre del depositante;
- La mención de estar o no sujetos los bienes o mercancías materia del depósito al pago de derechos, impuestos o responsabilidades fiscales, y cuando para la constitución del depósito sea requisito previo el formar la liquidación de tales derechos, nota de esa liquidación;
- La mención de estar o no asegurados los bienes o mercancías depositados y del importe del seguro, en su caso;
- La mención de los adeudos o de las tarifas en favor del Almacén o, en su caso, la mención de no existir tales adeudos.

De otra parte, el bono de prenda deberá contener, además:

- El Nombre del tomador del bono;
- El importe del crédito que el bono representa;
- El Tipo de interés pactado;
- La fecha del vencimiento, que no podrá ser posterior a la fecha en que concluya el depósito;
- La firma del tenedor del certificado que negocie el bono por primera vez;
- La mención, suscrita por el Almacén o por la institución de crédito que intervengan en la primera negociación del bono, de haberse hecho la anotación respectiva en el certificado de depósito.

El tenedor del certificado de depósito tiene dominio sobre las mercancías depositadas y no podrá retirarlas sino mediante el pago de las obligaciones que tenga contraídas para con el fisco y los almacenes, y el depósito en dichos almacenes de la cantidad amparada por el o los bonos de prenda respectivos.

Si se trata de bienes susceptibles de división y bajo la responsabilidad de los Almacenes podrán retirar parte de los bienes depositados, entregando en cambio a los Almacenes una suma de dinero proporcional al monto del adeudo que representen el bono o los bonos de prenda relativos, y a la cantidad de mercancías extraídas, y pagando la parte proporcional de las obligaciones contraídas en favor del Fisco y de los Almacenes.

El artículo 248 establece la posibilidad de iniciar una acción cambiaria³⁹ contra la persona que haya negociado por primera vez el bono de prenda separado del certificado de depósito, si el producto de la venta de los bienes depositados, o el monto de las cantidades que los Almacenes entreguen al tenedor del bono de prenda, no son suficientes para cubrir totalmente la cantidad consignado en el bono, o sí, por cualquier motivo, los Almacenes no efectúan el remate o no entregan al tenedor las cantidades correspondientes que hubiere recibido por la venta de los bienes.

III. APLICACIÓN DE LEYES EXTRANJERAS

Sobre el particular, el artículo 252 de la Ley General de Títulos, establece lo siguiente:

“La capacidad para emitir en el extranjero títulos de crédito o para celebrar cualquiera de los actos que en ellos se consignen, será determinada conforme a la ley del país en que se emite el título o se celebre el acto. La ley mexicana regirá la capacidad de los extranjeros para emitir títulos o para celebrar cualquiera de los actos que en ellos se consignen, dentro del territorio de la República.”

Respecto de las condiciones esenciales para la validez del título emitido en el extranjero⁴⁰, se establece que se regirán por la ley de lugar donde se emitió el título o se celebró el acto, sin embargo, si los mismos, deben pagarse en México para su validez deberán contener todos los requisitos exigidos por la Ley Mexicana.

Al respecto, es pertinente aclarar que el Código de Comercio Colombiano en su artículo 646 prevé la misma solución que la Ley Mexicana, es decir, los títulos valores o los denominados “títulos de crédito” tendrán tal calidad siempre que cumplan con los requisitos mínimos de la ley de su creación, denominada por la doctrina como la teoría “locus regit actum”.

Cuando los títulos estén garantizados con algún derecho real sobre los inmuebles ubicados en territorio mexicano, se regirán por la ley mexicana en todo lo que se refiere a la garantía.

Los plazos y formalidades para la presentación, el pago y el protesto del título se regirán por la ley del lugar en que tales actos deban practicarse.

³⁹ Ibídem, artículo 249: Las acciones del tenedor del bono de prenda, contra los endosantes y sus avalistas, caducan: .- Por no haber sido protestado el bono en los términos del artículo 242; I.- Por no haber pedido el tenedor, conforme al artículo 243, la venta de los bienes depositados; II.- Por no haberse ejercitado la acción dentro de los tres meses que sigan, a la fecha de la venta de los bienes depositados, al día en que los Almacenes notifiquen al tenedor del bono que esa venta no puede efectuarse, o al día en que los almacenes se nieguen a entregar las cantidades a que se refiere el artículo 246 o entreguen solamente una suma inferior al importe del adeudo consignado en el bono. No obstante la caducidad de las acciones contra los endosantes y sus avalistas, el tenedor del bono de prenda conserva su acción contra quien haya negociado el bono por primera vez separadamente del certificado y contra sus avalistas.

⁴⁰ Ibídem, artículo 254: Si no se ha pactado de modo expreso que el acto se rija por la ley mexicana, las obligaciones y los derechos que se deriven de la emisión de un título en el extranjero o de un acto consignado en él, si el título debe ser pagado total o parcialmente en la República, se regirán por la ley del lugar del otorgamiento, siempre que no sea contraria a las leyes mexicanas de orden público.

Se aplicarán las Leyes mexicanas sobre prescripción y caducidad de las acciones derivadas de un título de crédito, aun cuando haya sido emitido en el extranjero, si la acción respectiva se somete al conocimiento de los tribunales mexicanos.

Capítulo III

SISTEMA DE GARANTÍAS EN MEXICO

Preparado por Oscar Roberto Mesa Uribe

I. GARANTÍAS CAMBIARIAS

Aval

Esta garantía está definida en la Ley General de Títulos de Crédito y Operaciones (Artículos 109 - 116) y se refiere, al igual que en Colombia, a títulos valores a los cuales accede y garantiza su pago.

De acuerdo con el texto de la ley, mediante el aval se garantiza en todo o en parte el pago de una letra de cambio (cuando no se haga otra mención, se entenderá que la garantía se extiende por todo el importe del título). La calidad de avalista se asume por cualquier persona que no haya intervenido en la letra o cualquiera de los signatarios de ella.

Al igual que en Colombia, el aval puede constar en el mismo título o en hoja que se le adhiera. Se utiliza para ese efecto la fórmula “por aval”, teniéndose que también tendrá esa connotación cualquier firma que conste en el título y a la cual no se le pueda dar una connotación diferente.

Dentro del aval debe establecerse la persona por quien se presta (a quien se garantiza). En su defecto, se entenderá que garantiza al aceptante y/o girador a falta del anterior.

Sobre un esquema similar al existente en nuestro país, el avalista se obliga solidariamente con aquel cuya firma se ha garantizado y su obligación es válida aun cuando la garantizada resulte nula por cualquier causa.¹

En materia de acción cambiaria, el avalado que se vea obligado a pagar como consecuencia de la garantía otorgada, puede ejercerla en vía de regreso contra el avalado y contra los que estén obligados con éste en virtud de la letra (se haría extensible a los demás títulos valores de contenido crediticio). En Colombia se establece una previsión de similar naturaleza.²

Por último, salvo lo expuesto atrás en materia de validez de la obligación del avalista en caso de nulidad de la obligación garantizada, la acción contra el avalista está sujeta a los mismos términos y condiciones de la obligación del avalado.

¹ Artículo 636 Código de Comercio colombiano. “El avalista quedará obligado en los términos que correspondería al avalado y su obligación será válida aun cuando la de este último no lo sea”.

² Artículo 638 Código de Comercio colombiano. “El avalista que pague adquiere los derechos derivados del título valor contra la persona garantizada y contra los que sean responsables respecto de esta última por virtud del título”.

II. GARANTÍAS REALES

A. Prenda ordinaria

Esta garantía está desarrollada, como mecanismo genérico, en el Código Civil mexicano (artículos 2856 - 2892).

Consiste en un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

También pueden darse en prenda los frutos pendientes de los bienes raíces que deben ser recogidos en tiempo determinado. Para que esta prenda surta sus efectos contra terceros, necesitará inscribirse en el Registro Público a que corresponda la finca respectiva. El que de los frutos en prenda se considerará como depositario de ellos, salvo convenio contrario.

Tratándose de un gravamen con tenencia, se establece en la ley que, para que se tenga por constituida la prenda, deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente. Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor porque así lo haya estipulado con el acreedor, o expresamente lo autorice la ley.

El deudor puede usar de la prenda que quede en su poder en los términos que convengan las partes.

El contrato de prenda debe constar por escrito. No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta la certeza de la fecha por el registro, escritura pública o de alguna otra manera fehaciente. Es de anotar que en la legislación colombiana no se consagra esta exigencia de que el contrato conste por escrito

Cuando la cosa dada en prenda sea un título de crédito que legalmente deba constar en el Registro Público, no surtirá efecto contra tercero el derecho de prenda, sino desde que se inscriba en el Registro. A voluntad de los interesados podrá suplirse la entrega del título al acreedor, con el depósito de aquél en una institución de crédito.

Si llega el caso de que los títulos dados en prenda sean amortizados por quien los haya emitido, podrá el deudor, salvo pacto en contrario, sustituirlos con otros de igual valor.

El acreedor a quien se haya dado en prenda un título de crédito, no tiene derecho, aun cuando se venza el plazo del crédito empeñado, para cobrarlo ni para recibir su importe, aun cuando voluntariamente se le ofrezca por el que lo debe; pero podrá en ambos casos exigir que el importe del crédito se deposite.

Si el objeto dado en prenda fuese un crédito o acciones que no sean al portador o negociables por endoso, para que la prenda quede legalmente constituida, debe ser notificado el deudor del crédito dado en prenda.

Siempre que la prenda fuere un crédito, el acreedor que tuviere en su poder el título, estará obligado a hacer todo lo que sea necesario para que no se altere o menoscabe el derecho que aquel representa.

Se puede constituir prenda para garantizar una deuda, aun sin consentimiento del deudor.

Nadie puede dar en prenda las cosas ajenas sin estar autorizado por su dueño. Ahora bien, si se prueba debidamente que el dueño prestó su cosa a otro con el objeto de que éste la empeñara, valdrá la prenda como si la hubiere constituido el mismo dueño. En Colombia, si bien es cierto que se exige que quien constituya el gravamen tenga la previa capacidad de enajenar el bien, se da validez a la prenda de cosa ajena, por lo menos en forma temporal.³

Puede darse prenda para garantizar obligaciones futuras, pero en este caso no puede venderse ni adjudicarse la cosa empeñada, sin que se pruebe que la obligación principal fue legalmente exigible.

Si alguno hubiere prometido dar cierta cosa en prenda y no la hubiere entregado, sea con culpa suya o sin ella, el acreedor puede pedir que se le entregue la cosa, que se de por vencido el plazo de la obligación o que ésta se rescinda. En este caso, el acreedor no podrá pedir que se le entregue la cosa, si ha pasado a poder de un tercero en virtud de cualquier título legal.

El acreedor adquiere por virtud de empeño el derecho de ser pagado de su deuda con el precio de la cosa empeñada, según la preferencia establecida en la ley el derecho de recobrar la prenda de cualquier detentador sin exceptuar al mismo deudor, el derecho de ser indemnizado de los gastos necesarios y útiles que hiciere para conservar la cosa empeñada, a no ser que use de ella por convenio y, el derecho de exigir del deudor otra prenda o el pago de la deuda aún antes del plazo convenido, si la cosa empeñada se pierde o se deteriora sin su culpa.

Si el acreedor es turbado en la posesión de la prenda, debe avisarlo al dueño para que la defienda; si el deudor no cumpliere con esta obligación, será responsable de todos los daños y perjuicios. Si perdida la prenda el deudor ofreciere otra o alguna caución, queda al arbitrio del acreedor aceptarlas o rescindir el contrato.

En cuanto a obligaciones del acreedor, se encuentran las de conservar la cosa empeñada como si fuera propia, respondiendo de los deterioros y perjuicios que sufra por su culpa o negligencia, y de restituir la prenda luego que estén pagados íntegramente la deuda, sus intereses y los gastos de conservación de la cosa, si se han estipulado los primeros y hecho los segundos.

Si el acreedor abusa de la cosa empeñada, el deudor puede exigir que ésta se deposite o que aquél de fianza de restituirla en el estado en que la recibió. Se

³ Artículo 2415 Código Civil colombiano. "Si la prenda no pertenece a que constituye, sino a un tercero que no ha consentido en el empeño, subsiste sin embargo el contrato, mientras no la reclama su dueño; a menos que el acreedor sepa haber sido hurtada, o tomada por la fuerza o perdida, en cuyo caso se aplicará a la prenda en el artículo 2208".

considera que el acreedor abusa de la cosa empeñada, cuando usa de ella sin estar autorizado por convenio, o cuando estándolo, la deteriora o aplica a objeto diverso de aquél a que está destinada.

Si el deudor enajenare la cosa empeñada o concediere su uso o posesión, el adquirente no podrá exigir su entrega sino pagando el importe de la obligación garantizada, con los intereses y gastos en sus respectivos casos. Esta norma resulta bastante similar a la contenida en la legislación civil colombiana.

Los frutos de la cosa empeñada pertenecen al deudor; mas si por convenio los recibe el acreedor, su importe se imputará primero a los gastos, después a los intereses y el sobrante al capital.

Si el deudor no paga en el plazo estipulado y no habiéndolo, cuando tenga obligación de hacerlo conforme a la ley, el acreedor podrá pedir y el juez decretará la venta en pública almoneda de la cosa empeñada, previa citación del deudor o del que hubiere constituido la prenda.

La cosa se adjudicará al acreedor en las dos terceras partes de la postura legal, si no pudiere venderse en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles. La legislación colombiana se orienta en sentido parecido, sin establecerse una proporción específica frente a la postura.⁴

El deudor, sin embargo, puede convenir con el acreedor en que éste se quede con la prenda en el precio que se le fije al vencimiento de la deuda, pero no al tiempo de celebrarse el contrato. Este convenio no se puede establecer o hacer efectivo en perjuicio de los derechos de tercero.

Resulta posible acordar la posibilidad de vender el bien gravado con prenda, extrajudicialmente.

En cualquiera de los tres casos anteriores, podrá el deudor hacer suspender la enajenación de la prenda, pagando dentro de las veinticuatro horas, contadas desde la suspensión.

Si el producto de la venta excede a la deuda, se entregará el exceso al deudor; pero si el precio no cubre todo el crédito, tiene derecho el acreedor de demandar al deudor por lo que falte.

Al igual que en el caso colombiano es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse la prenda, aunque ésta sea de menor valor que la deuda, así como a disponer de ella fuera de la manera señalada con anterioridad. También resulta nula la cláusula que prohíba al acreedor solicitar la venta de la cosa dada en prenda.

⁴ Artículo 2422 Código Civil colombiano. “El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que con el producto se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito, sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios. [...]”

El derecho que da la prenda al acreedor se extiende a todos los accesorios de la cosa, y a todos los aumentos de ella.

El acreedor no responde por la evicción de la prenda vendida, a no ser que intervenga dolo de su parte o que se hubiere sujetado a aquella responsabilidad expresamente.

El derecho y la obligación que resultan de la prenda son indivisibles, salvo el caso en que haya estipulación en contrario; sin embargo, cuando el deudor esté facultado para hacer pagos parciales y se hayan dado en prenda varios objetos, o uno que sea cómodamente divisible, ésta se ira reduciendo proporcionalmente a los pagos hechos, con tal que los derechos del acreedor siempre queden eficazmente garantizados.

Extinguida la obligación principal, sea por el pago, sea por cualquiera otra causa legal, queda extinguido el derecho de prenda. En Colombia, si bien es cierto que este principio sería aplicable de modo genérico, también lo es el hecho de que se consagran excepciones cuando existen otras obligaciones a cargo del deudor.⁵

B. Prenda comercial de bienes y títulos de crédito

Esta garantía está definida en la Ley General de Títulos de Crédito y Operaciones (Artículos 334 - 345), es de naturaleza real y se constituye, principalmente, mediante los siguientes mecanismos:

Entrega al acreedor de bienes o títulos de crédito, si estos últimos son al portador.

Por el endoso de los títulos de crédito a favor del acreedor, si se trata de títulos nominativos, y por este mismo endoso y la correspondiente anotación en el registro, si los títulos son los mencionados en el artículo 24.

Por la entrega, al acreedor, del título o del documento en que el crédito conste. Cuando el título o crédito materia de la prenda no sea negociable, con inscripción del gravamen en el registro de emisión del título o con notificación hecha al deudor según se trate de títulos o créditos respecto de los cuales se exija o no tal registro.

Por el depósito de los bienes o títulos, si estos son al portador, en poder de un tercero que las partes hayan designado y a disposición del acreedor.

De conformidad con lo previsto en la legislación mexicana, se permite la constitución de prenda sobre bienes o títulos fungibles, estableciéndose que la prenda subsistirá cuando los títulos o bienes sean sustituidos por otros de la misma especie.

⁵ Artículo 2426 Código Civil colombiano. "Satisfecho el crédito en todas sus partes deberá restituirse la prenda. Pero podrá el acreedor retenerla si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los siguientes requisitos: 1. Que sean ciertos y líquidos; 2. Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda; 3. Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior".

Ahora bien, cuando la prenda se constituya sobre bienes o títulos fungibles, puede pactarse, por escrito, que la propiedad de estos se transfiera al acreedor, el cual quedará obligado, en su caso, a restituir al deudor otros tantos bienes o títulos de la misma especie. Cuando la prenda se constituya sobre dinero, se entenderá transferida la propiedad, salvo convenio en contrario.

El acreedor prendario está obligado a la guarda y conservación de los bienes o títulos dados en prenda, debe ejercitar todos los derechos inherentes a ellos, siendo los gastos por cuenta del deudor, y debiendo aplicarse, en su oportunidad, al pago del crédito, todas las sumas que sean percibidas, salvo pacto en contrario.

Es establecido que el acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda. Cuando se venza la obligación garantizada, el juez correrá traslado de inmediato al deudor de dicha petición, notificándole que contará con un plazo de quince días, contados a partir de la petición del acreedor, para oponer las defensas y excepciones que le asistan a efecto de demostrar la improcedencia de la misma, en cuyo caso el juez resolverá en un plazo no mayor de diez días.

En caso de urgencia, y bajo la responsabilidad del acreedor que determine el juez, éste podrá autorizar la venta aún antes de hacer la notificación al deudor. En este caso, el producto de la venta será conservado en prenda por el acreedor, en substitución de los bienes o títulos vendidos.

Finalmente, se indica que el acreedor prendario no podrá hacerse dueño de los bienes o títulos dados en prenda, sin el expreso consentimiento del deudor, manifestado por escrito y con posterioridad a la constitución de la prenda. La ley colombiana se pronuncia en sentido parecido a este dentro de su Código de Comercio.⁶

C. Prenda sin transmisión de la posesión

Esta figura constituye la versión de la legislación mexicana de lo que en Colombia se conoce como prenda sin tenencia del acreedor. (Artículos 346 – 366 Ley General de Títulos de Crédito y Operaciones)

Constituye un derecho real sobre bienes muebles que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión material de tales bienes. Por vía de excepción, podrá pactarse que el acreedor o un tercero tenga la posesión material de los bienes pignorados.

Aunque se trata de un contrato de naturaleza mercantil, la ley permite por vía de excepción, no sujetarlo a dichas reglas cuando las partes no tengan la calidad de comerciantes ni el mismo esté accediendo a contratos que no tengan calidad

⁶ Artículo 1203 Código de Comercio colombiano. "Toda estipulación que, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos de los previstos en la ley, no producirá efecto alguno".

mercantil. Por contraste, en la legislación colombiana se trata de una figura típicamente mercantil, regulada en el Código de Comercio.⁷

Es establecido que el importe de la garantía podrá ser una cantidad determinada al momento de la constitución de la garantía o determinable al momento de su ejecución. Salvo pacto en contrario, la garantía incluirá los intereses ordinarios y moratorios estipulados en el contrato respectivo y los gastos incurridos en el proceso de ejecución.

Como característica especial, distintiva frente al régimen de la prenda sin tenencia del régimen colombiano, se encuentra que en caso de concurso o quiebra del deudor, los bienes objeto de prenda sin transmisión de posesión que existan en la masa, podrán ser ejecutados por el acreedor prendario, mediante la acción que corresponda conforme a la ley de la materia, ante el juez concursal, el cual deberá decretar, sin más trámite, la ejecución solicitada. Por lo anterior, el acreedor que cuente con este tipo de garantía tendría un amparo más efectivo que la simple calificación de crédito privilegiado, como ocurriría en el caso colombiano.

El régimen mexicano indica que podrá garantizarse con prenda sin transmisión de posesión cualquier obligación, independientemente de la actividad preponderante a la que se dedique el deudor.. Podrán ser objeto de esta garantía, toda clase de derechos y bienes muebles. No podrá constituirse prenda ordinaria u otra garantía, sobre los bienes que ya se encuentren pignorados. En contraposición a esta disposición, el régimen colombiano permitiría la figura de la prenda múltiple.⁸

El contrato de prenda deberá constar por escrito y los bienes serán plenamente identificados, salvo que el deudor de en prenda todo los bienes que utilice para la realización de su actividad preponderante, en cuyo caso podrán identificarse en forma genérica. Este contrato surtirá efectos contra terceros, a partir de la fecha de inscripción en el registro respectivo.

Por otro lado, y al igual que en el caso colombiano deberán indicarse los lugares en los que deberá encontrarse los bienes pignorados.⁹

Por último, pueden garantizarse con prenda sin transmisión de posesión, obligaciones futuras, pero en este caso no puede ejecutarse la garantía, ni adjudicarse al acreedor, sin que la obligación principal llegue a ser exigible.

⁷ Artículo 1207 Código de Comercio colombiano. “Salvo las excepciones legales, podrá gravarse con prenda, conservando el deudor la tenencia de la cosa, toda clase de muebles necesarios para una explotación económica y destinados a ella o que sean resultado de la misma explotación. Toda prenda sin tenencia del acreedor se registrará por la ley mercantil.

⁸ Artículo 1211 Código de Comercio colombiano. “Cuando sobre una misma cosa se constituyan varias prendas, se determinará su orden de prelación por la fecha de registro”.

⁹ Artículo 1213 Código de Comercio colombiano.

D. Bono de prenda

Como instrumento de garantía, debe precisarse que su regulación está íntimamente relacionada con la correspondiente a la de los certificados de depósitos (Artículos 229 – 249 Ley General de Títulos de Crédito y Operaciones).

En ese orden de ideas, y dadas su condición de título valor, contenida en este documento dentro del aparte respectivo a los documentos que tiene esa connotación, se realizan las siguientes menciones sobre los principales características del mismo como instrumento de garantía, a saber:

Sólo podrán ser expedidos por Almacenes Generales de Depósito, autorizados conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito.

Cuando se trate de mercancías o bienes individualmente designados, los almacenes sólo podrán expedir un bono de prenda en relación con cada certificado de depósito. Si se trata de mercancías o bienes designados genéricamente, los almacenes podrán expedir, a voluntad del depositante, bonos de prenda múltiples. Cuando el certificado de depósito se emita con la mención expresa de no ser negociable, no se expedirá bono de prenda alguno en relación con él.

Cuando el bono de prenda no indique el monto del crédito que el bono representa, se entenderá que éste afecta todo el valor de los bienes depositados a favor del tenedor de buena fe, salvo el derecho del tenedor del certificado de depósito, para repetir por el exceso que reciba el tenedor del bono sobre el importe real de su crédito.

Tanto los certificados de depósito como los bonos de prenda deberán ser emitidos a favor del depositante o de un tercero.

El que sólo sea tenedor del certificado de depósito tiene dominio sobre la mercancías o efectos depositados; pero no podrá retirarlos sino mediante el pago de las obligaciones que tenga contraídas para con el fisco y los almacenes, y el depósito en dichos almacenes de la cantidad amparada por el o los bonos de prenda respectivos.

El bono de prenda no pagado en tiempo, total o parcialmente, debe protestarse a más tardar el segundo día hábil que siga al del vencimiento, en la misma forma que la letra de cambio. El protesto deberá practicarse precisamente en el almacén que haya expedido el certificado de depósito correspondiente, y en contra del tenedor eventual de éste, aun cuando no se conozca su nombre o dirección, ni esté presente en el acto de protesto. La anotación que el almacén ponga en el bono de prenda o en hoja anexa, de que fue presentado a su vencimiento y no pagado totalmente, surtirá los efectos de protesto. En este caso, el tenedor del bono deberá dar aviso de la falta de pago, a todos los signatarios del documento.

El tenedor del bono de prenda debidamente protestado conforme a lo expuesto atrás, deberá pedir, dentro de los ocho días siguientes a la fecha del protesto, que

el almacén proceda a la venta de las mercancías o bienes depositados, en remate público.

El producto de la venta de las mercancías o bienes depositados, se aplicará directamente por los almacén en el orden siguiente:

- Pago de impuestos.
- Pago del valor consignado en los bonos de prenda, aplicándose, cuando existan varios bonos de prenda en relación con un certificado, el orden de prelación indicado, entre los distintos tenedores de dichos bonos de prenda, por la numeración de orden correspondiente a tales bonos. El sobrante será conservado por los almacenes a disposición del tenedor del certificado de depósito.
- Otros pagos.

E. Hipoteca

La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley. Es de anotar que los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de un tercero.

La definición que contiene el Código Civil colombiano es más específica al aludir expresamente que recae sobre bienes inmuebles.¹⁰

Se establece que esta garantía sólo puede recaer sobre bienes específicamente determinados y se extiende, aunque no se manifieste expresamente, a las accesiones naturales del bien hipotecado, a las mejoras hechas por el propietario en los bienes gravados, a los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de esta o deterioro de esos objetos, a los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado, y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados.

A contrario sensu y salvo que se estipule lo contrario, la hipoteca no comprenderá los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que esos frutos se hayan producido antes de que el acreedor exija el pago de su crédito. Tampoco las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada.

No son susceptibles de ser hipotecados, los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca, los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno o comodidad, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios. Tampoco podrán ser hipotecadas las servidumbres, a no ser que se hipotequen juntamente con el predio dominante, el derecho a percibir los frutos en el usufructo concedido según el Código civil a los ascendientes sobre los bienes

¹⁰ Artículo 2432 Código Civil colombiano. "La hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.

de sus descendientes, el uso y la habitación, los bienes litigiosos, a no ser que la demanda origen del pleito se haya registrado preventivamente, o si se hace constar en el título constitutivo de la hipoteca que el acreedor tiene conocimiento del litigio; pero en cualquiera de los casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito.

La hipoteca de una construcción levantada en terreno ajeno no comprende el área. Puede hipotecarse la nuda propiedad, en cuyo caso si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, la hipoteca se extenderá al mismo usufructo si así se hubiere pactado.

También pueden ser hipotecados los bienes que ya lo estén anteriormente, aún cuando exista pacto de no volverlos a hipotecar. En ese orden de ideas, sin perjuicio de las prelación a que pueda haber lugar con las distintas y sucesivas hipotecas, el pacto de no volver a hipotecar es nulo según la legislación mexicana.

El predio que se posea en común y pro indiviso no puede ser hipotecado sino con consentimiento de todos los propietarios. Por lo tanto, el copropietario puede hipotecar su porción indivisa, de modo tal que al dividirse la cosa común la hipoteca gravará la parte que le corresponde en la división. El acreedor tiene derecho a intervenir en la división para impedir que a su deudor se le aplique una parte de la finca con valor inferior al que le corresponda.

La legislación colombiana presenta una variación en este aspecto, como quiera que en forma más llana permite que el comunero pueda, antes de la división de la cosa común, hipotecar su cuota. Ahora bien, verificada la división, la hipoteca afectará solamente los bienes que en razón de dicha cuota se adjudiquen, si fueren hipotecables.¹¹

La hipoteca constituida sobre derechos reales, sólo durará mientras estos subsistan; pero si los derechos en que aquella se hubiere constituido se han extinguido por culpa del que los disfrutaba, éste tiene obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor y, en caso contrario, a pagarle todos los daños y perjuicios. Si el derecho hipotecado fuere el de usufructo y este concluyere por voluntad del usufructuario, la hipoteca subsistirá hasta que venza el tiempo en el que el usufructo hubiera concluido, al no haber mediado el hecho voluntario que le puso fin.

La hipoteca puede ser constituida tanto por el deudor como por un tercero en su favor.

De otro lado, el propietario cuyo derecho sea condicional o de cualquiera otra manera limitado, deberá declarar en el contrato la naturaleza de su propiedad, si la conoce.

Sólo puede hipotecar el que puede enajenar, y solamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados.

¹¹ Artículo 2442 Código Civil colombiano.

Si el inmueble hipotecado se hiciere, con o sin culpa del deudor, insuficiente para la seguridad de la deuda, podrá el acreedor exigir que se mejore la hipoteca hasta que a juicio de peritos garantice debidamente la obligación principal. En este evento, se sujetará a juicio de peritos la circunstancia de haber disminuido el valor de la finca hipotecada, hasta hacerla insuficiente para responder de la obligación principal.

Si quedare comprobada la insuficiencia de la finca y el deudor no mejorare la hipoteca en los términos del artículo 2907 del Código Civil mexicano, dentro de los ocho (8) días siguientes a la declaración judicial correspondiente, procederá el cobro del crédito hipotecario, dándose por vencida la hipoteca para todos los efectos legales.

Si la finca estuviere asegurada y se destruyere por incendio u otro caso fortuito, subsistirá la hipoteca en los restos de la finca y, además, el valor del seguro quedará afecto al pago. Si el crédito fuere de plazo cumplido, podrá el acreedor pedir la retención del seguro, y si no lo fuere podrá pedir que dicho valor se imponga a su satisfacción, para que se verifique el pago al vencimiento del plazo. Lo mismo se observará con el precio que se obtuviere en el caso de ocupación por causa de utilidad pública o de venta judicial.

La hipoteca subsistirá íntegra aunque se reduzca la obligación garantizada, y gravará cualquier parte de los bienes hipotecados que se conserven, aunque la restante hubiere desaparecido, pero sin perjuicio de lo que menciona a continuación:

Cuando se hipotequen varias fincas para la seguridad de un crédito, es forzoso determinar por qué porción del crédito responde cada finca, y puede cada una de ellas ser redimida del gravamen, pagándose la parte de crédito que garantiza.

Cuando una finca hipotecada susceptible de ser fraccionada convenientemente se divida, se repartirá equitativamente el gravamen hipotecario entre las fracciones. Al efecto, se pondrán de acuerdo el dueño de la finca y el acreedor hipotecario; si no consiguieren ese acuerdo, la distribución del gravamen se hará por decisión judicial, previa audiencia de peritos.

Sin consentimiento del acreedor, el propietario del predio hipotecado no puede darlo en arrendamiento, ni pactar pago anticipado de rentas, por un término que exceda a la duración de la hipoteca; bajo la pena de nulidad del contrato en la parte que exceda de la expresada duración. Si la hipoteca no tiene plazo cierto, no podrá estipularse anticipo de rentas, ni arrendamiento, por más de un año si se trata de finca rústica, ni por más de dos meses si se trata de finca urbana.

En contraste con lo anterior, la legislación colombiana parece permitir el arrendamiento del bien hipotecado sin más restricciones, al establecer que “[t]ambién se extiende la hipoteca a las pensiones devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados, y a la indemnización debida por los aseguradores de los mismos bienes”.¹²

¹² Artículo 2446 Código Civil colombiano.

Como nota característica frente a este tipo de gravamen, se observa que la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue intereses, no garantiza en perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de tres años, a menos que se haya pactado expresamente que garantizará los intereses por mas tiempo, con tal que no exceda del término para la prescripción de los intereses, y de que se haya tomado razón de esta estipulación en el Registro Público.

El acreedor hipotecario puede adquirir la cosa hipotecada, en remate judicial, o por adjudicación, en los casos en que no se presente otro postor, de acuerdo con lo que establezca el Código de Procedimientos Civiles. Puede también convenir con el deudor en que se le adjudique en el precio que se fije al exigirse la deuda, pero no al constituirse la hipoteca.

La acción hipotecaria prescribirá a los diez años, contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito.

La hipoteca nunca es tácita, ni general. Para producir efectos contra terceros necesita siempre de registro, y se contrae por voluntad, en los convenios, y por necesidad, cuando la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados. En el primer caso se llama voluntaria y en el segundo, necesaria.

La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto contra terceros desde su inscripción, si la obligación llega a realizarse o la condición a cumplirse. Si la obligación asegurada estuviese sujeta a condición resolutoria inscrita, la hipoteca no dejará de surtir su efecto respecto de terceros, sino desde que se haga constar en el registro el cumplimiento de la condición.

Cuando se contraiga la obligación futura o se cumplan las condiciones precitadas, deberán los interesados pedir que se haga constar así, por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria, sin cuyo requisito no podrá aprovechar ni perjudicar a terceros la hipoteca constituida.

Para hacer constar en el registro el cumplimiento de las aludidas condiciones, o la existencia de las obligaciones futuras, presentará cualquiera de los interesados al registrador la copia del documento público que así lo acredite y, en su defecto, una solicitud formulada por ambas partes, pidiendo que se extienda la nota marginal y expresando claramente los hechos que deben dar lugar a ella. Si alguno de los interesados se niega a firmar dicha solicitud, acudirá el otro a la autoridad judicial para que, previo el procedimiento correspondiente, dicte la resolución que proceda.

Todo hecho o convenio entre las partes, que puede modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, no surtirá efecto contra tercero si no se hace constar en el registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos. Esta novedosa y en alguna medida ambigua norma, no se encuentra contemplada en el régimen civil colombiano.

El crédito puede cederse, en todo o en parte, siempre que la cesión se haga en la forma que para la constitución de la hipoteca previene el artículo 2917 del Código Civil, se de conocimiento al deudor y sea inscrita en el Registro. Como novedad o variante frente al sistema colombiano, se establece que si la hipoteca se ha constituido para garantizar obligaciones a la orden, puede transmitirse por endoso del título, sin necesidad de notificación al deudor, ni de registro. La hipoteca constituida para garantizar obligaciones al portador, se transmitirá por la simple entrega del título sin ningún otro requisito.

Las instituciones del sistema bancario mexicano, actuando en nombre propio o como fiduciarias, las demás entidades financieras, y los institutos de seguridad social, podrán ceder sus créditos con garantía hipotecaria, sin necesidad de notificación al deudor, de escritura pública, ni de inscripción en el registro, siempre que el cedente lleve la administración de los créditos. En caso de que el cedente deje de llevar la administración de los créditos, el cesionario deberá únicamente notificar por escrito la cesión al deudor.

En los supuestos previstos atrás, la inscripción de la hipoteca a favor del acreedor original se considerará hecha a favor de el o los cesionarios referidos en tales párrafos, quienes tendrán todos los derechos y acciones derivados de ésta.

La hipoteca generalmente durará por todo el tiempo que subsista la obligación que garantice y cuando ésta no tuviere término para su vencimiento, la hipoteca no podrá durar más de diez años. Sin perjuicio de lo anterior, los contratantes pueden señalar a la hipoteca una duración menor que la de la obligación principal. En Colombia también resulta posible la existencia de hipoteca con duración determinada.¹³

Cuando se prorogue el plazo de la obligación garantizada con la hipoteca, ésta se entenderá prorrogada por el mismo término, a no ser que expresamente se asigne menor tiempo a la prórroga de la hipoteca.

Si antes de que expire el plazo se prorrogare por primera vez, durante la prórroga y el término señalado para la prescripción, la hipoteca conservará la prelación que le corresponda desde su origen.

La hipoteca prorrogada por segunda o más veces, solo conservará la preferencia derivada del registro de su constitución por el tiempo a que se refiere el párrafo anterior. Por el tiempo ulterior, sólo tendrá la prelación que le corresponda por la fecha del último registro. Lo mismo se observará en el caso de que el acreedor conceda un nuevo plazo para que se le pague su crédito.

En relación con la hipoteca conocida como necesaria, según se expresó previamente, ella tiene las siguientes características:

La constitución de la hipoteca necesaria podrá exigirse en cualquier tiempo, aunque haya cesado la causa que le diere fundamento, siempre que esté pendiente de cumplimiento la obligación que se debiera haber asegurado.

¹³ Artículo 2438 Código Civil colombiano.

Si para la constitución de alguna hipoteca necesaria se ofrecieren diferentes bienes y no convinieren los interesados en la parte de responsabilidad que haya de pesar sobre cada uno, conforme a lo dispuesto en el artículo 2912 del Código Civil mexicano, decidirá la autoridad judicial, previo dictamen de peritos.

Del mismo modo decidirá el juez las cuestiones que se susciten entre los interesados, sobre la calificación de suficiencia de los bienes ofrecidos para la constitución de cualquiera hipoteca necesaria.

La hipoteca necesaria durará el mismo tiempo que la obligación que con ella se garantiza. Tienen derecho a pedir la hipoteca necesaria para seguridad de sus créditos, el coheredero o partícipe, sobre los inmuebles repartidos, en cuanto importen los respectivos saneamientos o el exceso de los bienes que hayan recibido.

También tienen derecho a pedir hipoteca necesaria, los descendientes de cuyos bienes fueren meros administradores los ascendientes, sobre los bienes de estos, para garantizar la conservación y devolución de aquellos, los menores y demás incapacitados sobre los bienes de sus tutores, por los que estos administren, los legatarios, por el importe de sus legados, si no hubiere hipoteca especial designada por el mismo testador;

Por último, tendrán este derecho el Estado, los pueblos y los establecimientos públicos, sobre los bienes de sus administradores o recaudadores, para asegurar las rentas de sus respectivos cargos.

Los que tienen derecho de exigir la constitución de hipoteca necesaria, tienen también el de objetar la suficiencia de la que se ofrezca, y el de pedir su ampliación cuando los bienes hipotecados se hagan por cualquier motivo insuficientes para garantizar el crédito; en ambos casos resolverá el juez.

En cuanto a extinción de efectos de la hipoteca, se observa lo siguiente:

La hipoteca produce todos sus efectos jurídicos contra terceros mientras no sea cancelada su inscripción. Podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso la extinción de la hipoteca, cuando se extinga el bien hipotecado, cuando se extinga la obligación a que sirvió de garantía, cuando se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecado, cuando se expropie por causa de utilidad pública el bien hipotecado, cuando se remate judicialmente la finca hipotecada, por la remisión expresa del acreedor y, por la declaración de estar prescrita la acción hipotecaria.

La hipoteca extinguida por dación en pago, revivirá si el pago queda sin efecto, ya sea porque la cosa dada en pago se pierda por culpa del deudor y estando todavía en su poder, ya sea porque el acreedor la pierda en virtud de la evicción. En este caso, si el registro hubiere sido ya cancelado, revivirá solamente desde la fecha de la nueva inscripción; quedando siempre a salvo al acreedor el derecho para ser indemnizado por el deudor, de los daños y perjuicios que se le hayan seguido.

F. Hipoteca industrial

Esta figura está consagrada en la Ley de Instituciones de Crédito (artículo 67), básicamente como un mecanismo en favor de instituciones de crédito, sobre varios bienes considerados en conjunto.

Están contemplada dentro de la ley, así:

Las hipotecas constituidas en favor de instituciones de crédito sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola, ganadera o de servicios, deberán comprender la concesión o autorización respectiva, en su caso; todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación, considerados en su unidad. Podrán comprender, además, el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, originados por sus operaciones, sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad del consentimiento del acreedor, salvo pacto en contrario.

las instituciones de crédito acreedoras que cuenten con las hipotecas a que se ha hecho referencia, permitirán la explotación de los bienes afectos a las mismas conforme al destino que les corresponda, y tratándose de bienes afectos a una concesión de servicio público, las alteraciones o modificaciones que sean necesarias para la mejor prestación del servicio público correspondiente. Sin embargo, las instituciones acreedoras podrán oponerse a la venta o enajenación de parte de los bienes y a la fusión con otras empresas, en caso de que se origine con ello un peligro para la seguridad de los créditos hipotecarios.

Estas hipotecas deberán ser inscritas en el Registro Público de la propiedad del lugar o lugares en que estén ubicados los bienes.

III. GARANTÍAS FINANCIERAS

Fideicomiso de garantía

Esta garantía se encuentra regulada en la Ley de Títulos de Crédito y Operaciones (Artículos 395 - 413). En virtud de la misma, el fideicomitente transmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de la obligación y su preferencia en el pago. Desde el momento de la constitución del fideicomiso de garantía, se deberá designar a la institución que fungirá como fiduciaria.

A diferencia del caso colombiano, varias entidades pueden tener la calidad de fiduciarias, a saber:

- Instituciones de crédito
- Instituciones de seguros
- Instituciones de fianzas
- Sociedades financieras de objeto limitado
- Almacenes generales de depósito

Frente a las entidades descritas atrás, se les permite que reúnan las calidades de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor.

En cuanto a la persona de los fideicomitentes y fideicomisarios, se establece que puede ser cualquier persona física o moral, con independencia de la actividad preponderante a la que se dedique. En cuanto al fideicomitente como tal, se le exige tener la capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes y derechos que el fideicomiso implica.

En cuanto al fideicomisario, éste podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en su acto posterior. Se permite la designación de uno o varios fideicomisarios, en cuyo caso deberá estipularse el orden de prelación entre ellos o, el porcentaje que de los bienes afectos al fideicomiso corresponda a cada uno de ellos.

Como otra variante frente al esquema que se maneja en Colombia, se encuentra un procedimiento diferente para ejercer los derechos que se derivan del fideicomiso, según se expone a continuación:

Un fideicomiso de garantía podrá ser utilizado para garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga con distintos acreedores a cuyo efecto el fideicomisario estará obligado a notificar a la institución fiduciaria que la obligación a su favor ha quedado extinguida, dentro de los diez (10) días siguientes a que esto ocurra, quedando sin efectos los derechos que respecto de él se derivan del fideicomiso. La notificación deberá entregarse mediante fedatario público, a más tardar a los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se reciba el pago. A partir del momento en que el fiduciario reciba la mencionada notificación, el fideicomitente podrá designar un nuevo fideicomisario o manifestar a la institución fiduciaria que se ha realizado el fin para el cual fue constituido el fideicomiso. Se estipula que si el fideicomisario no entrega oportunamente al fiduciario la notificación a que aquí se alude, resarcirá al fideicomitente los daños y perjuicios que con ello le ocasione.

En lo relativo a los bienes que pueden ser objeto de este tipo de fideicomiso, se encuentran toda clase de derechos y bienes muebles e inmuebles. Los bienes y derechos que se den en fideicomisos serán de propiedad de la institución fiduciaria, se considerarán afectos al fin de garantizar obligaciones contraídas por el fideicomitente y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y las acciones referidos al mencionado fin, salvo los que se deriven para el fideicomitente del fideicomiso mismo o los adquiridos legalmente por terceros, con anterioridad a la constitución del fideicomiso.

Para el caso específico de fideicomisos sobre bienes muebles, se establecen como derechos del fideicomitente, salvo pacto en contrario:

- Hacer uso de los bienes fideicomitados, así como combinarlos con otros y emplearlos en la fabricación de otros bienes, siempre y cuando en estos dos

últimos supuestos, su valor no disminuya y los bienes producidos pasen a formar parte de la garantía en cuestión.

- Percibir y utilizar los frutos y productos de los bienes fideicomitidos, y
- Enajenar los bienes fideicomitidos en el curso normal de sus actividades preponderantes, sin responsabilidad para el fiduciario, en cuyo caso cesarán los efectos de la garantía fiduciaria y los derechos de persecución con relación a los adquirentes de buena fe, quedando afectos al fideicomiso los bienes o derechos que el mismo fideicomitente reciba o tenga derecho a recibir en pago por la enajenación de los referidos bienes. El derecho otorgado al fideicomitente para vender o transferir en el curso normal de sus actividades preponderantes los bienes muebles afectos en fideicomiso, quedará extinguido desde el momento en que reciba notificación del inicio de cualquiera de los procedimientos de ejecución en su contra, previstos en el libro Quinto, Título Tercero bis del Código de Comercio.

Dentro de este parámetro de una mayor libertad que la existente en Colombia, se indica que, en caso de que los bienes pignorados representen más del 80% de los activos del deudor, éste podrá enajenarlos en el curso ordinario de sus actividades, con la previa autorización del juez o del acreedor, según sea el caso. El fiduciario no podrá encargarse de la realización de las actividades y operaciones aquí previstas.

Por otro lado, los riesgos de pérdida, daño o deterioro del valor de los bienes fideicomitidos, corren por cuenta de la parte que esté en posesión de los mismos, debiendo permitir a las otras partes inspeccionarlos a efecto de verificar, según corresponda, su peso, cantidad y estado de conservación general. De convenirse así en el contrato, si el valor de mercado de los bienes fideicomitidos disminuye de manera que no baste para cubrir el importe del principal y los accesorios de la deuda que garantizan, el deudor podrá dar bienes adicionales para restituir la proporción original. En caso contrario, el crédito podrá darse por vencido anticipadamente, teniendo el acreedor que notificar al deudor de ello judicialmente o a través de fedatario.

Cuando corresponda al fideicomitente la posesión material de los bienes fideicomitidos, estará obligado a conservarlos como si fueran propios, a no utilizarlos para objeto diverso de aquél que al efecto hubiere pactado con el fideicomisario y a responder de los daños que se causen a terceros al hacer uso de ellos. Tal responsabilidad no podrá ser exigida al fiduciario; en este caso, serán por cuenta del fideicomitente los gastos necesarios para la debida conservación, reparación, administración y recolección de los bienes fideicomitidos. Si los bienes fideicomitidos se pierden o se deterioran, el fideicomisario tiene derecho de exigir al fideicomitente la afectación en fideicomiso de otros bienes o el pago de la deuda, aún antes del plazo convenido.

En materia de instrumentación, se prevé que el contrato constitutivo del fideicomiso de garantía deberá constar por escrito y, cuando la operación se refiera a bienes muebles y su monto sea igual o superior al equivalente en moneda nacional mexicana a doscientas cincuenta mil (250.000) unidades de inversión, las partes

deberán ratificar sus firmas ante fedatario. En cuanto a la afectación en fideicomiso de garantía de bienes inmuebles, se hará constar en escritura pública.

La garantía se tendrá por constituida a la firma del contrato, surtiendo efectos entre las partes desde la fecha de su celebración.

En materia de prescripción, las acciones de los acreedores garantizados con fideicomiso de garantía, ella se producirá en un término de tres años contados desde que la obligación garantizada pudo exigirse. En este caso, se extinguirá el derecho de pedir su cumplimiento y se revertirá la propiedad de los bienes objeto de la garantía al patrimonio del fideicomitente.

Los actos en los que se haga constar la constitución, modificación, extinción, cesión y las resoluciones judiciales sobre cancelaciones de los fideicomisos de garantía, deberán ser inscritos en el Registro Público de Comercio del lugar en el que se encuentre ubicado el domicilio del deudor, cuando se trate de fideicomisos en los que solamente se afecten bienes muebles. Cuando el fideicomiso de garantía tenga por objeto bienes inmuebles, o muebles e inmuebles, la inscripción de los aludidos actos deberá hacerse en el registro que corresponda al lugar de ubicación de los bienes inmuebles o, en los casos que proceda, en el registro especial que corresponda según su naturaleza.

Como último aspecto en relación con este medio de garantía, y con el objeto de mostrar un marco más restrictivo al existente en Colombia en lo que respecta al amparo que obtiene el acreedor (en este caso el fideicomisario), se encuentra que las partes deberán estipular en los contratos a través de los cuales se otorguen garantías mediante fideicomiso de garantía que, en caso de que el producto de la venta del bien o de los bienes objeto de la garantía no alcance para cubrir el importe total de las obligaciones garantizadas a cargo del deudor, éste quedará liberado de cubrir las diferencias que resulten, considerándose extinguidos los derechos del acreedor de exigir las diferencias. Esta disposición, además, está establecida en la ley en forma imperativa, como quiera que se le da el carácter de irrenunciable.

IV. GARANTÍAS BANCARIAS

En relación con la posibilidad de otorgamiento de fianzas de carácter bancario, ella está contemplada dentro de la Ley de Instituciones de Crédito, en cuyo artículo 46 se señalan, como operaciones autorizadas a los bancos:

viii. asumir obligaciones por cuenta de terceros, con base en créditos concedidos, a través del otorgamiento de aceptaciones, endoso o aval de títulos de crédito, así como de la expedición de cartas de crédito.

xiv. expedir cartas de crédito previa recepción de su importe, hacer efectivos créditos y realizar pagos por cuenta de clientes;

Dentro del anterior marco legal estarán las entidades bancarias autorizadas para otorgar garantías.

A. Cartas de crédito *stanby*

La carta de crédito '*stanby*' se emite como un medio de seguridad, a diferencia de las cartas de crédito comerciales o documentarias. En la medida en que esta garantía normalmente se rige por reglas internacionales, se harán únicamente algunas menciones generales con el objeto de establecer sus aspectos principales.

Se tiene entonces que se trata de una obligación irrevocable, independiente, documentaria y vinculante para todas las partes, que emite un banco (emisor) a solicitud y por cuenta de su cliente para garantizar a un tercero (beneficiario) el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer. En caso de incumplimiento, el beneficiario tiene el derecho de hacer efectiva la carta de crédito '*stanby*' contra la presentación de una carta de incumplimiento que él mismo emite.¹⁴

Según lo expuesto atrás, el manejo de estas cartas de crédito "stand-by" se regula a nivel internacional mediante las reglas para '*stanby*', principalmente mediante las emitidas en 1999 por la Cámara de Comercio Internacional (International Standby Practices 'ISP 98').

A título de ejemplo en cuanto a obligaciones que son garantizadas a través de cartas de crédito *stanby*, se encontrarían la prestación de servicios, el pago de préstamos, arrendamientos, servicios, la emisión o colocación de bonos, papeles comerciales, participación en licitaciones internacionales y obras públicas.

Dentro de una carta de crédito *stanby* se identifican las siguientes partes:

- El ordenante que es quien solicita la emisión de la carta de crédito *stanby* a su banco y cubre a éste el importe de la misma.
- El banco emisor o banco garante, es decir, el banco que emite la carta de crédito stand-by por cuenta y orden de su cliente.
- El banco notificador y/o confirmador (banco del beneficiario), esto es, el que notifica o confirma la carta de crédito *stanby*.
- El beneficiario (acreedor del ordenante) de la carta de crédito *stanby*.

Dentro de la carta de crédito *stanby*, se identifican las siguientes modalidades:

- *Stanby* de cumplimiento, en la cual se soporta a otra obligación de cumplimiento distinta a la del pago de dinero, incluida para el propósito de cubrir pérdidas surgidas por falta del solicitante en el cumplimiento de una obligación subyacente.
- *Stanby* de pago anticipado, en la cual se soporta una obligación para cubrir un pago anticipado hecho por el beneficiario al solicitante.
- *Stanby* de seriedad de oferta, en la cual se soporta una obligación del solicitante para ejecutar un contrato si al solicitante le es adjudicado el contrato.

¹⁴ Página Web, Bancomext.

- *Stanby* financiera, en la cual se soporta una obligación de pagar dinero, incluyendo cualquier instrumento evidenciando una obligación para repagar dinero prestado.
- *Stanby* de pago directo, en la cual se soportan pagos cuando estos son debidos o adeudados frente a una obligación de pago subyacente, típicamente en conexión con un *stanby* financiera, sin referirse al incumplimiento.
- *Stanby* comercial, por medio de la cual se soportan las obligaciones de un solicitante para pagar por mercancías o servicios en el caso de no haber pagado por otros métodos.

B. Garantías independientes

También dentro de un contexto de garantías bancarias utilizadas en el ámbito internacional, se encuentran las que se han venido denominando como garantías independientes, esto es, garantías de pago a primer requerimiento.

Estas garantías consisten en instrumentos de seguridad de pago, cuya emisión obliga irrevocablemente a un banco (banco garante), a solicitud de su cliente (ordenante), a pagar dentro de un plazo determinado una suma de dinero a un tercero (acreedor / beneficiario) en caso de que éste declare el incumplimiento de obligaciones de parte del ordenante estipuladas en la garantía y contenidas en el contrato subyacente que da origen a la garantía.

Al emitir la garantía, el banco garante contrae una obligación independiente y separada de la obligación contractual entre el acreedor y el deudor principal. Su regulación se encuentra contenida, principalmente, en reglas de la Cámara de Comercio Internacional (Regla 458, 1992).

En relación con este tipo de garantías, se identifican básicamente las mismas partes que participarían para la expedición de una carta de crédito *stanby*.

Se destacan las siguientes clases de garantías independientes:

- *Bid bond*: Se requiere usualmente para participar en licitaciones internacionales, en obras de infraestructura, debiendo ser presentada junto con la oferta. Garantiza que el participante sostendrá la misma en los términos originalmente planteados. Su monto generalmente oscila entre 1% y 5% del monto de la oferta total.
- *Performance bond*. Se emite para garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales una vez adjudicado el contrato. Su monto depende de las obligaciones que esté garantizando, variando entre el 5% y el 10% del valor del contrato.
- *Advance payment guarantee*. Se emite para garantizar el buen uso y/o devolución de un anticipo; en otras palabras, el beneficiario de la garantía

utilizará el monto recibido precisamente para lo que se comprometió (fabricación de equipo o maquinaria).

C. Garantía amplia de crédito

Se hace referencia a este tipo de garantía, la cual no está tipificada específicamente en la ley mexicana, como producto de garantía de interés en la medida en que es ofrecido por parte de la entidad que hace las veces de *Eximbank* en ese país, esto es, Bancomext.

Se trata de una garantía con características de fianza y que tiene algunos elementos que podrían considerarse una mezcla entre aquellos que se contienen en las garantías ofrecidas en Colombia por el Fondo Nacional de Garantías (v.gr. Convenio Bancoldex - FNG) y otros contenidos en el amparo que se brinda a través de la póliza de seguro de crédito a la exportación.

Es así que estas garantías que ofrece Bancomext cubren a la comunidad exportadora y bancaria de ese país contra los riesgos de falta de pago de los créditos otorgados desde la etapa del ciclo productivo (pre-embarque) hasta la comercialización de un bien o servicio de exportación (post-embarque), a los que se ven expuestos por eventos de carácter político o comercial en el país receptor.

Con este esquema se contribuiría, entonces, a que la banca comercial de México canalice recursos destinados al capital de trabajo, y a las ventas que realizan o pretenden realizar los exportadores de México, logrando así la incorporación de un mayor número de pequeñas y medianas empresas a esta cadena productiva.¹⁵

Como beneficios adicionales de este instrumento, se observa que, además de compartir el riesgo propio del crédito, al obtener una garantía de Bancomext, la banca comercial goza de una reducción importante en el índice de capitalización y no se hace necesario crear reservas por la parte del riesgo que asume Bancomext. Así mismo, se coadyuva a que las empresas que realizan ventas al extranjero lo hagan en un entorno de certidumbre, cubriéndolas de la posibilidad de falta de pago de sus compradores.

El objeto de la garantía consiste en pagar al banco el monto garantizado, en caso de falta de pago de las acreditadas. Podrán ser garantizados por Bancomext al amparo del contrato, los créditos otorgados por cualquier banco, con recursos provenientes de cualquier fuente de fondeo, siempre y cuando dicho banco verifique que las acreditadas y los créditos para los cuales solicite la garantía, cumplen con lo establecido en el contrato que se celebre con Bancomext.

Los montos de responsabilidad máxima de Bancomext, así como los porcentajes de comisión por garantía y de cobertura, se determinan de acuerdo a la calificación crediticia obtenida por la acreditada respectiva.

¹⁵ Página Web, Bancomext.

El pago de esta garantía se deberá solicitar dentro del plazo para hacer la reclamación respectiva, con la presentación de la documentación exigida al efecto.

Con alguna similitud frente al esquema que se maneja en Colombia con el Fondo Nacional de Garantías S.A., se establece que si el crédito fue otorgado con cargo a recursos provenientes de Bancomext y entregados al banco, este último deberá estar al día en sus obligaciones de pago derivadas del referido contrato (como sería el caso del redescuento) para poder solicitar el pago de la garantía.

D. Garantía para la modernización o ampliación de la planta productiva de exportación

Aunque no ofrece ninguna novedad especial desde el punto de vista jurídico, en tanto tiene las características propias de una fianza, reviste interés como producto de garantía dado que, como en el caso de los principales eximbanks, busca otorgar coberturas para respaldar créditos con tiempos mayores de maduración.

Ayuda a que las empresas exportadoras tengan fácil acceso a créditos para ampliar o modernizar sus instalaciones productivas, en forma tal que Bancomext garantiza créditos de mediano y largo plazo.

Para evitar que los bancos comerciales tengan que realizar procesos adicionales a los que deben cumplir obligatoriamente, el esquema descansa en la normatividad establecida por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) para el otorgamiento de créditos; además, se apega a los criterios que Bancomext observa en sus operaciones de crédito de primer piso.

La selectividad para la aceptación de créditos permite mantener en un grado razonable la viabilidad financiera de los créditos garantizados, en tanto que la exigencia de contar, al menos con las garantías propias del crédito, disminuye el riesgo de no recuperación de los créditos que lleguen a siniestrarse.

Serán beneficiarios de esta garantía, los bancos comerciales que, con o sin fondeo de Bancomext, otorguen créditos destinados a la adquisición de unidades de equipo o a proyectos de inversión que incrementen la capacidad productiva de bienes exportables.

Se ampararán, por lo tanto, los créditos adquiridos por empresas exportadoras directas de bienes manufacturados que, al momento de solicitar la garantía, tengan la calificación exigida por Bancomext. La cobertura será de hasta el 70% del monto del crédito, en función de la calificación de cartera vigente al solicitar la garantía para el crédito y el plazo máximo de los créditos a garantizar será de siete (7) años, incluido el periodo de gracia correspondiente.¹⁶

¹⁶ Página Web, Bancomext.

V. GARANTÍAS PERSONALES

Fianza

Este contrato corresponde a la clásica garantía de carácter personal y está extensamente regulado en el Código Civil de México (artículos 2794 – 2855).

El concepto de la fianza está presentado como un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace. Puede ser legal, judicial o convencional. De igual modo, puede ser gratuita o a título oneroso. La posibilidad de que la fianza sea onerosa, también está prevista en la ley colombiana.¹⁷

Está prevista como una garantía que puede constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino de un fiador, ya sea que uno u otro, en su respectivo caso, consienta en la garantía, ya sea que la ignore, ya sea que la contraiga.

A diferencia de lo que sucede con el aval, la fianza no puede existir sin una obligación válida. No obstante, puede recaer sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada en virtud de una excepción puramente personal del obligado.

La legislación mexicana prevé la posibilidad de que pueda prestarse fianza en garantía de deudas futuras y cuyo importe no sea aún conocido, pero, sin que se pueda reclamar contra el fiador hasta que dicha deuda sea líquida.

Al igual que en el caso colombiano, el fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal. Es así que si se hubiere obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. En caso de duda sobre si se obligó por menos o por otro tanto de la obligación principal, se presume que se obligó por otro tanto.

Por otro lado, se contempla la posibilidad de que el fiador pueda obligarse a pagar una cantidad en dinero, si el deudor principal no presta una cosa o un hecho determinado.

La ley establece la necesidad de dar o cambiar el fiador en determinados eventos. Así, si el fiador viniere a estado de insolvencia, puede el acreedor pedir otro que reúna las cualidades exigidas en cuanto a suficiencia de bienes para respaldar la obligación. En igual orden de ideas, el que debiendo dar o reemplazar el fiador, no lo presenta dentro del término que el juez le señale, a petición de parte legítima, queda obligado al pago inmediato de la deuda, aunque no se haya vencido el plazo de ésta.

Se sujetan a las disposiciones relativas a las fianzas, aquellas garantías otorgadas por individuos o compañías accidentalmente en favor de determinadas personas, siempre que no las extiendan en forma de póliza; que no las anuncien públicamente por la prensa o por cualquiera otro medio, y que no empleen agentes que las ofrezcan.

¹⁷ Artículo 2367 Código Civil colombiano.

El fiador tiene derecho a oponer todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, mas no las que sean personales del deudor. En ese orden de ideas, la renuncia voluntaria que hiciere el deudor de la prescripción de la deuda, o de toda otra causa de liberación, o de la nulidad o rescisión de la obligación, no impide que el fiador haga valer esas excepciones.

En materia de beneficios con que contaría el fiador, se encuentran los siguientes:

El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor y se haga la excusión de sus bienes. Dicha excusión consiste en aplicar todo el valor libre de los bienes del deudor al pago de la obligación, la cual quedará extinguida o reducida a la parte que no se ha cubierto.

Se aclara que la aludida excusión no tendrá lugar cuando el fiador renuncie expresamente a ella, en los casos de concurso o de insolvencia probada del deudor, cuando el deudor no pueda ser judicialmente demandado dentro del territorio de la república, cuando el negocio para el que se prestó la fianza sea propio del fiador; o cuando se ignore el paradero del deudor, siempre que llamado éste por edictos, no comparezca, ni tenga bienes embargables en el lugar donde deba cumplirse la obligación.

Ahora bien, para que el beneficio de excusión aproveche al fiador, será indispensable que el fiador alegue el beneficio luego de que se le requiera para el pago, que designe bienes del deudor que basten para cubrir el crédito y que se hallen dentro del distrito judicial en que deba hacerse el pago y que anticipe o asegure competentemente los gastos de excusión.

Es de anotar que si el deudor adquiere bienes después del requerimiento, o si se descubren los que hubiese ocultado, el fiador puede pedir la excusión, aunque antes no la haya pedido.

Cuando el fiador haya renunciado al beneficio de orden, pero no al de excusión, el acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador, mas éste conservará el beneficio de excusión aun cuando se de sentencia contra los dos.

Si hubiere renunciado a los beneficios de orden y excusión el fiador, al ser demandado por el acreedor, puede denunciar el pleito al deudor principal, para que éste rinda las pruebas que crea conveniente; y en caso de que no salga al juicio para el indicado objeto, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra el fiador.

El que fia al fiador goza del beneficio de excusión, tanto contra el fiador como contra el deudor principal.

La transacción entre el acreedor y el deudor principal, aprovecha al fiador, pero no le perjudica. La celebrada entre el fiador y el acreedor, aprovecha, pero no perjudica al deudor principal.

Si son varios los fiadores de un deudor por una sola deuda, responderá cada uno de ellos por la totalidad de aquella, no habiendo convenio en contrario; pero si solo uno

de los fiadores es demandado, podrá hacer citar a los demás para que se defiendan conjuntamente, y en la proporción debida estén a las resultas del juicio.

Es establecido que el fiador que paga debe ser indemnizado por el deudor, aunque éste no haya prestado su consentimiento para la constitución de la fianza. Ahora bien, si ésta se hubiere otorgado contra la voluntad del deudor, no tendrá derecho alguno el fiador para cobrar lo que pagó, sino en cuanto hubiere beneficiado el pago al deudor.

El fiador que paga por el deudor, debe ser indemnizado por éste de la deuda principal, de los intereses respectivos desde que haya noticiado el pago al deudor, aun cuando éste no estuviere obligado por razón del contrato a pagarlos al acreedor, de los gastos que haya hecho desde que dio noticia al deudor de haber sido requerido para el pago; y de los daños y perjuicios que haya sufrido por causa del deudor.

Concordante con lo expuesto, el fiador que paga se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.

Si el fiador hubiese transigido con el acreedor, no podrá exigir del deudor sino lo que en realidad haya pagado.

Si el fiador hace el pago sin ponerlo en conocimiento del deudor, podrá éste oponerle todas las excepciones que podría oponer al acreedor al tiempo de hacer el pago. De otro lado, si el deudor, ignorando el pago por falta de aviso del fiador, paga de nuevo, no podrá éste repetir contra aquél, sino sólo contra el acreedor.

Si el fiador ha pagado en virtud de fallo judicial, y por motivo fundado no pudo hacer saber el pago al deudor, éste quedará obligado a indemnizar a aquél y no podrá oponerle más excepciones que las que sean inherentes a la obligación y que no hubieren sido opuestas por el fiador, teniendo conocimiento de ellas.

Si la deuda fuere a plazo o bajo condición, y el fiador la pagare antes de que aquél o ésta se cumplan, no podrá cobrarla del deudor sino cuando fuere legalmente exigible.

Dentro del artículo 2836 del Código Civil mexicano se establece la posibilidad de que el fiador pueda ser relevado de la fianza, al indicarse que éste puede, aun antes de haber pagado, exigir que el deudor asegure el pago o lo releve de la fianza si fuere demandado judicialmente por el pago, si el deudor sufre menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente, si pretende ausentarse de la república, si se obligó a relevarlo de la fianza en tiempo determinado, y este ha transcurrido o, si la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo.

La ley colombiana también permite el relevo de la fianza sobre supuestos parecidos, según lo previsto en el artículo 2.394 del Código Civil.

Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que

proporcionalmente le corresponda satisfacer. Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción.

Para que pueda tener lugar lo dispuesto atrás, es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso.

En el evento precitado, podrán los cofiadores oponer al que pagó, las mismas excepciones que habrían correspondido al deudor principal contra el acreedor y que no fueren puramente personales del mismo deudor o del fiador que hizo el pago.

El beneficio de división no tiene lugar entre los fiadores, entre otros, cuando se renuncia expresamente, cuando cada uno se ha obligado mancomunadamente con el deudor o cuando alguno o algunos de los fiadores son concursados o se hallan insolventes.

El fiador que pide el beneficio de división sólo responde por la parte del fiador o fiadores insolventes, si la insolvencia es anterior a la petición; y ni aún por esa misma insolvencia, si el acreedor voluntariamente hace el cobro a prorrata sin que el fiador lo reclame.

La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones. De otro lado, si la obligación del deudor y la del fiador se confunden, por que uno herede al otro, no se extingue la obligación del que fió al fiador.

La liberación hecha por el acreedor a uno de los fiadores, sin el consentimiento de los otros, aprovecha a todos hasta donde alcance la parte del fiador a quien se ha otorgado.

Los fiadores, aun cuando sean solidarios, quedan libres de su obligación, si por culpa o negligencia del acreedor no pueden subrogarse en los derechos, privilegios o hipotecas del mismo acreedor. En ese mismo sentido, la prórroga o espera concedida al deudor por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza.

El fiador que se ha obligado por tiempo determinado, queda libre de su obligación, si el acreedor no requiere judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal, dentro del mes siguiente a la expiración del plazo. También quedará libre de su obligación el fiador, cuando el acreedor, sin causa justificada, deje de promover por más de tres meses, en el juicio entablado contra el deudor.

Si la fianza se ha otorgado por tiempo indeterminado, tiene derecho el fiador, cuando la deuda principal se vuelva exigible, a pedir al acreedor que promueva judicialmente, dentro del plazo de un mes, el cumplimiento de la obligación. Si el acreedor no ejercita sus derechos dentro del plazo mencionado, o si en el juicio entablado deja de promover, sin causa justificada, por más de tres meses, el fiador quedara libre de su obligación.

El fiador que haya de darse por disposición de la ley o de providencia judicial, excepto cuando el fiador sea una institución de crédito, debe tener bienes raíces

inscritos en el registro de la propiedad y de un valor que garantice suficientemente las obligaciones que contraiga. Cuando la fianza sea para garantizar el cumplimiento de una obligación cuya garantía no exceda de mil pesos no se exigirá que el fiador tenga bienes raíces.

La fianza puede substituirse con prenda o hipoteca. En el caso colombiano, esta sustitución requiere necesariamente que no se produzca contra la voluntad del acreedor.¹⁸

Para otorgar una fianza legal o judicial por más de mil pesos, se presentará un certificado expedido por el encargado del Registro Público, a fin de demostrar que el fiador tiene bienes raíces suficientes para responder del cumplimiento de la obligación que garantice.

La persona ante quien se otorgue la fianza, dentro del término de tres (3) días, dará aviso del otorgamiento al Registro Público, para que en el folio correspondiente al bien raíz que se designó para comprobar la solvencia del fiador, se haga una anotación preventiva relativa al otorgamiento de la fianza. Extinguida ésta, dentro del mismo término de tres (3) días se dará aviso al Registro Público, para que se haga la cancelación de la anotación preventiva. La falta de avisos hace responsable al que deba darlos, de los daños y perjuicios que su omisión origine.

En los certificados de gravamen que expida el Registro Público se harán figurar las anotaciones preventivas a que se aludió atrás.

Si el fiador enajena o grava los bienes raíces cuyas inscripciones de propiedad están anotadas según lo anotado, y de la operación resulta la insolvencia del fiador, aquella se presumirá fraudulenta.

Por último, es de anotar que el fiador legal o judicial no puede pedir la excusión de los bienes del deudor principal; ni los que fian a esos fiadores, pueden pedir la excusión de estos, así como tampoco la del deudor.

¹⁸ Artículo 2363 Código Civil colombiano.

Capítulo IV

ASPECTOS JURÍDICOS DEL SECTOR FINANCIERO MEXICANO

Preparado por Marcela Becerra Cortés con la colaboración de Santiago Schlesinger Gómez

Introducción

En el proceso de profunda transformación económica emprendido por México en los últimos años, la modernización del sistema financiero ha desempeñado un papel fundamental, en virtud de su importante función en la movilización de recursos y su canalización eficiente y oportuna hacia actividades productivas.¹

En la lógica de sumarse al proceso de transformación de los negocios y de la intermediación financiera, el Gobierno mexicano, en la última década, acometió una serie de medidas de carácter normativo dirigidas a mejorar la eficiencia del sistema financiero mexicano en su conjunto. Dichas medidas parten del supuesto de que la mayor competencia, nacional y extranjera, en el mercado doméstico incrementa los niveles de eficiencia global del sistema bancario lo cual sirve de apoyo al proceso de reindustrialización que requiere el país.

Así, siguiendo las tendencias de liberalización en el movimiento de capitales y a la desregulación de los mercados financieros, se inició la estrategia de modernización y desregulación en el sistema financiero. En términos normativos esta etapa ha consistido en una reforma global al marco jurídico que rige la operación y funcionamiento del sistema y que consta de las siguientes adecuaciones normativas:

- La reprivatización bancaria y el cambio en el régimen de la prestación del servicio público de banca y crédito.
- La modificación a la Ley del Mercado de Valores y la promulgación de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.
- El establecimiento del Programa Nacional de Financiamiento del Desarrollo 1990-1994.
- El apartado correspondiente a la prestación de servicios financieros en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
- El paquete de reformas financieras (realizadas en julio de 1993, diciembre de 2000 y junio de 2001).
- La Nueva Ley de Inversiones Extranjeras (expedida en diciembre de 1993).
- Las Reglas para el establecimiento de filiales de instituciones financieras del exterior (expedida en abril de 1994).
- La Ley de protección al ahorro bancario (expedida en junio de 2001).

¹ CNBV, Programa Institucional 1997-2000.

- Ley de protección y defensa al usuario de servicios financieros (expedida en enero de 2000)
- Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (expedida en enero de 2002).
- Ley Federal de Instituciones de Fianzas (reformada en enero de 2000).
- Ley de los sistemas de ahorro para el retiro (reformada en enero de 2000).

El proceso de modernización del sistema financiero se puede estudiar en cuatro etapas, las cuales tienen elementos comunes que a lo largo del periodo han ido adecuándose, y que son las siguientes:

1. Primera Etapa: reprivatización bancaria y liberalización de operaciones financieras

Esta etapa se inició en 1988 con la privatización bancaria y la modificación al régimen de prestación del servicio público de banca y crédito. Lo anterior permitió una estricta diferenciación entre el campo de participación financiera de sector público y del sector privado. En lo consecutivo, el Estado dejaría de participar en actividades de banca comercial y concentraría sus actividades en la banca de desarrollo.

Uno de los aspectos en que más énfasis puso el gobierno mexicano fue en la promoción de la integración de grupos financieros. Para ello se reconoció de manera formal y se fortaleció la tendencia, desde tiempos atrás sólo observadora, de integración entre distintos intermediarios. Lo anterior se realizó mediante el establecimiento de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras. Estas quedarían constituidas por diferentes intermediarios financieros, existiendo inclusive dos intermediarios de la misma clase en un grupo. La justificación que se esgrimió para promover una integración patrimonial y operativa mayor fue que sólo de esa manera se podrían obtener mayores niveles de eficiencia y calidad en la prestación de servicios, y con ello enfrentar en mejores condiciones la apertura del mercado.

Respecto de la banca de desarrollo se estableció que su estrategia de funcionamiento debería guiarse en adelante, sin dejar de cumplir sus funciones de fomento, por políticas de otorgamiento de créditos que permitieran a las propias instituciones "autofinanciarse", en tanto que sus necesidades adicionales de recursos iban a cubrirse mediante la creación de instrumentos de deuda de largo plazo. Ello, además de permitir la reducción de las transferencias que el gobierno les otorgaba, podría contribuir a la formación del largo plazo.

En cuanto a la liberalización de actividades, en esta etapa, se eliminaron los controles sobre las tasas de interés, se permitió a las instituciones bancarias fijar de manera libre las tasas y los plazos en sus operaciones activas y pasivas; se quitaron las restricciones a la actividad de los comisionistas, se eliminaron los requerimientos de reserva, estos se sustituyeron por un coeficiente de liquidez el cual posteriormente también fue eliminado, se liberó el régimen de inversión para que las sociedades de inversión pudieran fijar libremente sus políticas de diversificación de activos, se eliminaron las reservas de fluctuación de valores y se dotó de autonomía al Banco de México.

Con tales medidas, y en concordancia con la estrategia de ajuste del gasto público, se ha buscado promover la capitalización e integración del sistema financiero mexicano. El objetivo del gobierno fue el de preparar a las instituciones financieras privadas para la competencia internacional.

2. Segunda etapa. La internacionalización de las actividades bancarias y bursátiles

Dentro de la estrategia de modernización financiera se asumió la tarea de terminar con un ciclo de desarrollo del sistema financiero mexicano en el cual la inversión extranjera había estado totalmente prohibida.²

Desde que se inició el proceso de reprivatización bancaria, con las modificaciones a la Ley de Instituciones de Crédito (julio de 1990) hasta la publicación de las Reglas para el Establecimiento de Filiales de Instituciones Financieras del Exterior (abril de 1994), pasando por la Nueva Ley de Inversión Extranjera (diciembre de 1993) se abrió la oportunidad para la participación del capital foráneo en la actividad financiera local.

Para complementar lo anterior, se flexibilizó la normatividad relacionada con la operación de valores extranjeros, se estableció el Sistema Internacional de Cotizaciones para que los valores extranjeros pudieran ser intermediados en el territorio nacional. Esto vino a apoyar la oferta pública de valores en el territorio nacional, independientemente de la nacionalidad del emisor. Inclusive se autorizó a las casas de bolsa para que realizaran libremente sus operaciones en el mercado internacional y se hicieron extensivos a los valores extranjeros, los servicios que prestan los Institutos para el Depósito de Valores.

Es evidente que las medidas antes descritas fueron consistentes con el objetivo de atraer inversión extranjera, sin embargo, las deficiencias del mercado de valores, en su condición de estar funcionando básicamente como un mercado especulativo, con una marcada característica a la volatilidad de los capitales ahí negociados, mostraron la fragilidad de la economía en su conjunto y la carencia de una política de desarrollo integral, en la cual no sólo se contemplarán los aspectos relacionados con la modernización del sector financiero sino también, y de manera fundamental, con la necesidad de articular una estrategia de desarrollo acelerado en el sector industrial.

Por otra parte, en el capítulo XIV sobre Servicios Financieros del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLC) se especificó de manera puntual los tiempos para la apertura del mercado financiero mexicano y las características de la misma. Quedo establecido que la participación extranjera se daría a través de la figura de filiales y que en ciertas actividades financieras la apertura sería inmediata y en otras gradual. En el primer caso quedaron comprendidas, entre otras, las actividades de instituciones de finanzas, uniones de crédito, sociedades de ahorro y especialistas bursátiles; en el segundo, las operaciones de empresas de factoraje, arrendadoras, casas de cambio y casas de bolsa, por mencionar algunas.

Es decir, se acordó que la apertura tendría que darse durante un período de transición de seis años, del 1o de enero de 1994 hasta el 31 de diciembre de 1999.

² Desde 1982 hasta 1991 se nacionalizó la banca, prohibiéndose la participación de capital extranjero en este sector de la economía.

Con el propósito de mantener cierto grado de control sobre actividades financieras, el gobierno mexicano logró que en el TLC se fijaran límites de mercado globales, y en algunos casos individuales, a la participación extranjera. Estos se calcularon como un porcentaje del capital agregado de todas las instituciones del mismo tipo en México. También se logró mantener cierto margen de discrecionalidad en la aprobación del establecimiento de instituciones financieras del exterior en el periodo de transición.

Debido a las diferencias de tamaño y consolidación de los mercados financieros de los tres países miembros, en la negociación del TLC se buscó mantener, aunque fuera temporalmente, reducida la penetración de las instituciones del extranjero en el mercado doméstico, y con ello dar tiempo a que los grupos financieros mexicanos realizaran las adecuaciones de capital y operativas que les permitieran incrementar en sus niveles de eficiencia.

A pesar de que en el TLC se habían establecido los tiempos de apertura, a finales de 1993 se publicaron una serie de reglas tendientes a acelerar este proceso para los servicios financieros.³

3. Tercera etapa: creación de nuevos intermediarios. figuras e instrumentos institucionales

En esta etapa, las autoridades dieron a la tarea de fomentar el surgimiento de nuevos intermediarios y de impulsar la consolidación de cierto tipo de operaciones financieras.

Por otra parte, de las figuras financieras de nueva creación en México sobresalen los "*non bank bank*", que se conocen en el mercado financiero local como "sociedades financieras de objeto limitado". Las operaciones pasivas que éstas pueden realizar son las de captar recursos del público a través de la colocación de instrumentos de deuda en la bolsa y de créditos bancarios, nacionales o extranjeros. Sus operaciones activas están vinculadas al otorgamiento de créditos a los sectores o actividades que tienen autorizadas, como el otorgamiento de créditos para la adquisición de vivienda y créditos para el consumo.⁴

El surgimiento de las sociedades financieras de objeto limitado se acompañó de la creación de las sociedades de ahorro y préstamo y de los asesores de inversiones. Dentro del esquema de modernización financiera, la creación de las figuras financieras antes mencionadas debe permitir la atención de áreas específicas que no han sido suficientemente atendidas, y, con ello, complementar los servicios de la banca tradicional.

4. Cuarta etapa: últimas reformas legales al sistema financiero.

Durante los años 2000 y 2001 se incorporaron varios cambios en el sistema financiero mexicano, entre los cuales vale la pena destacar la Ley de Protección al Ahorro

³ Modificaciones a la Ley de Instituciones de Crédito, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito y Ley Para Regular las Agrupaciones Financieras, publicadas el 23 de diciembre de 1993 en Diario Oficial de la Federación, y la Nueva Ley de Inversiones Extranjeras, publicada el 27 de diciembre de 1994 en el Diario Oficial de la Federación.

⁴ Katia Echenbach Caloca. Creación de la Banca Alternativa o "Banca Alternativa" como Mecanismo para Financiar el Desarrollo Sustentable en México. Revista Gestión y Estrategia. UNAM. 1996.

Bancario y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, así como las reformas a las leyes del Banco de México, de Instituciones de Crédito, del Mercado de Valores y para Regular las Agrupaciones Financieras.

La intención con estos cambios no sólo fue modernizar el sistema financiero, sino también se evidencia una tendencia de protección al usuario del sistema financiero en términos generales. Para cumplir esta última finalidad, entre otras, con dichas leyes se crearon nuevas entidades, verbigracia, la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) y el Instituto de Protección al Ahorro Bancario (IPAB).

I. ORGANISMOS DE VIGILANCIA Y CONTROL

En México, el Estado ejerce la rectoría, control y supervisión del sistema financiero a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la cual se encarga de los aspectos organizacionales, y el Banco de México que tiene a su cargo los aspectos operativos.

Aparecen recientemente también órganos descentralizados que realizan labores de vigilancia y control en temas específicos. Así, están la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y el Instituto de Protección al Ahorro Bancario (IPAB).

Luego, siguiendo la nueva estructura del sistema financiero, aparecen tres organismos desconcentrados de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Estos son la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y la Comisión Nacional del Sistema del Ahorro para el Retiro.

A. Secretaría de Hacienda y Crédito Público

La regulación del sistema financiero está a cargo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, éste ente gubernamental, dependiente del poder Ejecutivo, tiene entre otras funciones la de proponer los lineamientos de política del Gobierno Federal en las materias financiera, fiscal, crediticia, bancaria y monetaria.

Dicha función la cumple dirigiendo la formulación de las políticas y los programas globales de la banca de desarrollo y de los fideicomisos públicos de fomento, así como participando en la formulación de las reglas para orientar y controlar la captación y asignación de recursos financieros del sistema bancario y demás intermediarios financieros.

Igualmente, tiene a su cargo proponer las políticas y los programas de captación de recursos en los mercados de dinero y capitales y las políticas de promoción, regulación y supervisión de las instituciones de banca múltiple, instituciones de seguros, de fianzas, de las casas de bolsa, de las sociedades de inversión y de sus operadoras, de las organizaciones auxiliares del crédito y casas de cambio, de las bolsas de valores, de las instituciones para el depósito de valores y, en el ámbito de su competencia, de las sociedades controladoras y de filiales de instituciones financieras del exterior.

B. Banco de México

El banco central es una persona de derecho público con carácter autónomo y se denomina Banco de México. En el ejercicio de sus funciones y en su administración se rige por las disposiciones de su ley orgánica, reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁵

El Banco de México tiene por finalidad proveer a la economía del país de moneda nacional. En la consecución de esta finalidad su objetivo prioritario es el de procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda. Son también finalidades del Banco, promover el sano desarrollo del sistema financiero, propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos⁶ y la protección de los intereses del público.⁷ También podrá otorgar crédito al Gobierno Federal, a las instituciones de crédito y al IPAB.⁸

Para el efecto, le corresponde dictar las disposiciones a las que deben ajustarse las operaciones activas, pasivas y de servicios que realicen las instituciones de crédito, así como las operaciones de crédito, préstamo o reporto que celebren los intermediarios bursátiles, los fideicomisos, mandatos o comisiones de estos intermediarios y de las instituciones de seguros y de fianzas.⁹

Adicionalmente le corresponde determinar la parte de los pasivos de las instituciones de crédito que deberá estar invertida en depósitos de efectivo en el Banco de México, sin causación de intereses, en valores de amplio mercado o en ambos tipos de inversiones.¹⁰ Dichas inversiones obligatorias no podrán exceder del veinte (20%) y del cincuenta por ciento (50%) de los pasivos, respectivamente.

En ejercicio de estas facultades, el Banco de México podrá establecer límites a las operaciones activas y pasivas que realicen los intermediarios financieros y que, a su juicio, impliquen riesgos cambiarios.

El Banco de México podrá imponer multas y sanciones, o suspender todas o algunas de las operaciones de los intermediarios que infrinjan las disposiciones proferidas por éste.¹¹

C. Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios del Sistema Financiero

La Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios del Sistema Financiero, en adelante CONDUSEF, es un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio,¹² cuya finalidad es la de “promover, asesorar, proteger y defender los derechos e intereses de los usuarios frente a las

⁵ Ley del Banco de México, artículo 1º.

⁶ Ibidem, artículo 2º.

⁷ Ibidem, artículo 24.

⁸ Ibidem, artículo 7º, modificado por mediante el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de enero 19 de 1999.

⁹ Ibidem, artículo 26.

¹⁰ Ibidem, artículo 28.

¹¹ Ibidem, artículo 37.

¹² Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, artículo 4º.

instituciones financieras, arbitrar sus diferencias de manera imparcial y proveer a la equidad en las relaciones entre éstos”.¹³

Esta Comisión, con el propósito de crear y fomentar una adecuada cultura de operaciones y servicios financieros, deberá difundir entre los usuarios la información relativa a los distintos servicios que ofrecen las instituciones financieras, al igual que absolver las reclamaciones y quejas que los usuarios presenten contra una de estas instituciones independientemente de que se trate de instituciones públicas, privadas o del sector social.

Entre las diversas funciones asignadas a la CONDUSEF se encuentra mantener y llevar el Registro de Prestadores de Servicios Financieros, en consecuencia, los servidores públicos que tienen a su cargo la autorización para el funcionamiento y operación de las instituciones financieras, deberán avisar a CONDUSEF de cualquier modificación o autorización que otorguen para su registro.

Cabe destacar que la Ley regula los procedimientos de conciliación y de arbitraje, así como el recurso de revisión para impugnar las sanciones que la CONDUSEF impone. Asimismo, señala los requisitos que los usuarios deben cumplir a fin de que se les preste defensa gratuita.

Por último, hay que señalar que la CONDUSEF cuenta con total autonomía para dictar resoluciones, laudos e imponer las sanciones que la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros prevea para las respectivas conductas tipificadas en ella.¹⁴

D. Comisión Nacional Bancaria y de Valores

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores, en adelante la CNBV, es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con autonomía técnica y facultades ejecutivas en los términos de su propia Ley.¹⁵

Esta entidad tiene por objeto supervisar y regular, en el ámbito de su competencia, a las entidades financieras, a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento, así como mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo del sistema financiero en su conjunto, en protección de los intereses del público. También tiene como finalidad supervisar y regular a las personas naturales y jurídicas, cuando realicen actividades previstas en las leyes relativas al sistema financiero.¹⁶

La supervisión que realice la CNBV se sujetará al reglamento que al efecto expida el ejecutivo federal y comprenderá el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia, prevención y corrección que le confieren a la CNBV la ley, así como otras leyes y disposiciones aplicables.

La CNBV podrá ordenar la suspensión temporal de todas o algunas de las operaciones de las entidades financieras cuando infrinjan de manera grave o

¹³ Ibidem, artículo 5°.

¹⁴ Ibidem, artículo 10°.

¹⁵ Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, artículo 1°.

¹⁶ Ibidem, artículo 2°.

reiterada la legislación que les resulta aplicable, así como las disposiciones que deriven de ella. Dicha facultad no comprenderá la suspensión de operaciones que de conformidad con las leyes corresponda ordenar al Banco de México.

E. Comisión Nacional de Seguros y Fianzas

La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, CNSF, es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La CNSF está sujeta a la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas y al Reglamento Interior emitido por el Ejecutivo Federal el 3 de marzo de 1998, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 del mismo mes y año, y modificado mediante Decreto publicado en el mismo Diario el 20 de febrero de 2001.¹⁷

Las funciones de la CNSF se pueden resumir en tres grandes categorías.

Por un lado debe supervisar, de manera eficiente, que la operación de los sectores asegurador y afianzador se apegue al marco normativo, preservando la solvencia y estabilidad financiera de las instituciones, para garantizar los intereses del público usuario, es decir, se encarga de la vigilancia y control de las instituciones de seguros, sociedades mutualistas de seguros y demás personas que en los términos de la Ley General de Instituciones Sociedades Mutualistas de Seguros estén incluidas.

La CNSF debe también promover el sano desarrollo de los sectores asegurados y afianzador con el propósito de extender la cobertura de sus servicios a la mayor parte posible de la población.

Por último, hace las veces de órgano de consulta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tratándose del régimen asegurador y en los demás casos que las leyes determinen.¹⁸

La estructura interna y organización de la CNSF está consagrada en el Reglamento Interno que se ha emitido para dicha comisión.

F. Comisión Nacional del Sistema del Ahorro para el Retiro

La Comisión Nacional del Sistema para el Ahorro del Retiro, CONSAR, es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Está dotada de autonomía técnica y facultades ejecutivas.¹⁹

La función de la CONSAR, en pocas palabras, es la coordinación, regulación, supervisión y vigilancia de los sistemas de ahorro para el retiro. Es decir que se

¹⁷ Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros artículo 108; reglamento interior de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 5 de marzo de 1998), artículo 1°.

¹⁸ Ver Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros artículo 108 y s.s.; Ley Federal de Instituciones de Fianzas artículo 66 y s.s.; Reglamento de la Comisión de Seguros y Fianzas.

¹⁹ Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro artículo 2°. Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro artículo 1°.

encarga de proteger el interés de los trabajadores y de sus beneficiarios, asegurando una administración eficiente de su ahorro para el retiro. Para cumplir con tal función, la CONSAR puede, entre otras funciones, expedir reglas y disposiciones de carácter general, imponer multas y sanciones, emitir opinión a la autoridad competente en materia de los delitos previstos en las leyes relativos al sistema para el ahorro del retiro y actuar como órgano de consulta de las dependencias y entidades públicas en todo lo relativo a los sistemas de ahorro para el retiro, exceptuando la materia fiscal.²⁰

El marco normativo de la CONSAR es bastante amplio. Dicho marco está determinado por las leyes de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, del Seguro Social, del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, así como otras disposiciones aplicables, en los términos de dichos ordenamientos.²¹

G. Apoyo: autoridades, facultades y mecanismos de salvamento

1. Instituto de Protección al Ahorro Bancario

El Instituto de Protección al Ahorro Bancario fue creado en el año 1999 por la Ley de Protección al Ahorro Bancario, con el objeto de establecer un sistema de protección al ahorro en favor de los usuarios del sistema financiero que garantice el pago, a través de la asunción por parte del Instituto, en forma subsidiaria y limitada, de las obligaciones a cargo de las instituciones de crédito.²²

El IPAB forma parte de la red de seguridad del sistema financiero mexicano y es responsable, en coordinación con otras autoridades financieras, de dar seguimiento y de definir la situación de los bancos con problemas de insolvencia, y, eventualmente, liquidando sus activos y pagando sus obligaciones garantizadas.

Adicionalmente, busca regular los apoyos financieros que se otorguen a las instituciones de banca múltiple para la protección de los intereses del público ahorrador, mediante la administración de los programas de saneamiento financiero que formule y ejecute en beneficio de los ahorradores y usuarios de las instituciones y en salvaguarda del sistema nacional de pagos.²³

Con anterioridad al IPAB, el FOBAPROA (Fondo Bancario de Protección al Ahorro, fideicomiso administrado por el Banco de México), desempeñaba la función de protección al ahorro. Antes del FOBAPROA, dicha función se cumplía a través de otros mecanismos del sector público. Tras la crisis de 1995, a través del FOBAPROA, el gobierno mexicano otorgó apoyo a los bancos con problemas de solvencia en beneficio de los ahorradores, dotando de la liquidez necesaria a las instituciones para que los depositantes pudieran retirar sus ahorros cuando así lo decidiesen.

²⁰ Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro artículo 5°.

²¹ Reglamento interior de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro artículo 1°.

²² Ley de Protección al Ahorro Bancario, artículos 2° y 67

²³ Ibidem, artículos 2° y 67

Con la sanción de la Ley de Protección al Ahorro Bancario en 1999, el IPAB inició el proceso de asunción de los derechos y las obligaciones del FOBAPROA, originados con motivo de la crisis de 1995, bajo un nuevo ordenamiento legal sustancialmente diferente al anterior.

Para efectos prácticos, el IPAB sustituyó al FOBAPROA. Sin embargo, según lo dispuesto por la Ley de Protección al Ahorro Bancario, como figura legal, el FOBAPROA seguirá existiendo hasta que se realice el intercambio de pagarés emitidos por el mismo bajo el Programa de Capitalización y Compra de Cartera por pagarés suscritos por el IPAB.

De otro lado, es importante señalar que quedaron sin efecto las disposiciones relativas a los aportaciones ordinarias que las instituciones de banca múltiple estaban obligadas a cubrir a este Banco Central en su carácter de fiduciario en el Fondo Bancario de Protección al Ahorro. Así el recientemente creado IPAB emitió unas nuevas disposiciones donde se establece que las instituciones de banca múltiple deben cubrir mensualmente al IPAB, cuotas ordinarias por un monto equivalente a la duodécima parte del cuatro al millar, sobre el promedio mensual de los saldos diarios de sus operaciones pasivas del mes de que se trate.²⁴

2. Medidas de protección y salvamento

a. Seguro de Depósito

La experiencia de 1995 llevó al gobierno mexicano a replantear sus políticas públicas en materia de protección al ahorro, mediante la instauración gradual de un sistema de cobertura explícita y limitada.

Dicho esquema gradual prevé una reducción paulatina hasta el año 2005 de la cobertura del seguro de depósito en los siguientes términos.²⁵

- Primera Etapa.- a partir del 1° de junio de 1999

El IPAB garantizará el importe íntegro de todas las obligaciones a cargo de las instituciones de banca múltiple, siempre y cuando deriven de su operación propia, exceptuando exclusivamente los pasivos provenientes de obligaciones subordinadas; de créditos que se otorguen entre instituciones bancarias participantes en los sistemas de transferencias de fondos administrados por el Banco de México para respaldar las obligaciones a favor del propio Banco de México; las obligaciones a favor de intermediarios que formen parte del grupo financiero del cual el banco respectivo sea integrante; las operaciones que no se hayan sujetado a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas, así como a las sanas prácticas y usos bancarios, en las que exista mala fe del titular; las obligaciones y

²⁴ Ver Diario Oficial de la Federación de Mayo 31 de 1999.

²⁵ Instituto de Protección al Ahorro Bancario, Regla por la cual se reforman diversas disposiciones del programa por el que se dan a conocer las obligaciones garantizadas en el periodo de transición por el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario., Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de mayo de 1999, y reformado por decreto publicado el 14 de diciembre de 2000.

depósitos a favor de accionistas, miembros del Consejo de Administración y de los funcionarios de los dos primeros niveles jerárquicos de la institución de que se trate, así como apoderados generales con facultades administrativas y gerentes generales de esas instituciones; así como las relacionadas con actos u operaciones ilícitas que se ubiquen en los supuestos del artículo 400 Bis del Código Penal Federal.

En adición a lo anterior, a partir de las fechas que se indican a continuación dejarán de estar garantizadas las siguientes obligaciones.

- Segunda Etapa.- A partir del 1° de enero del 2000

Las obligaciones que las instituciones adquieran por operaciones financieras derivadas sobre acciones y metales.

- Tercera Etapa.- A partir del 1° de enero del 2001

Las obligaciones provenientes de operaciones financieras derivadas realizadas en las bolsas reconocidas, así como las obligaciones provenientes de instrumentos de capitalización.

- Cuarta etapa.- A partir del 1° de enero del 2002

Las obligaciones provenientes de depósitos en garantía, de recaudaciones de impuestos, de contribuciones a favor de la Tesorería de la Federación y de cuentas liquidadoras de valores.

- Quinta Etapa.- A partir del 1° de enero del 2003

El importe máximo que pagará el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario por las obligaciones que no hayan quedado excluidas en las etapas anteriores, será el equivalente a diez millones de unidades de inversión (UDIs)²⁶ por persona natural o jurídica, cualquiera que sea el número y clase de dichas obligaciones a su favor y a cargo de una misma institución.

- Sexta Etapa.- A partir del 1 de enero del 2004

Únicamente quedarán garantizados los depósitos bancarios de dinero a la vista; retirables en días preestablecidos, de ahorro, y a plazo o con previo aviso y los préstamos y créditos a cargo de las instituciones,²⁷ hasta por un importe equivalente a cinco millones de unidades de inversión por persona natural o jurídica, cualquiera que

²⁶ La Unidad de Inversión (UDI) es una unidad de cuenta que varía de acuerdo con el índice nacional de precios al consumidor (INPC), cuyo valor en pesos, para cada día, es publicado periódicamente por el Banco de México en el Diario Oficial de la federación.
Al 2 de julio de 2002 la cotización de la UDI era de 3.136085 Pesos Mexicanos y un Peso Mexicano equivalía a USD9.95.

²⁷ Depósitos bancarios y créditos a que se refieren las fracciones I y II del artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito,

sea el número y clase de dichas obligaciones a su favor y a cargo de una misma institución.

- Séptima Etapa.- A partir del 1° de enero del 2005

A partir del año 2005 sólo se pagará el saldo de las obligaciones garantizadas, considerando el monto del principal y accesorios, por los depósitos bancarios de dinero a la vista; retirables en días preestablecidos, de ahorro, y a plazo o con previo aviso y los préstamos y créditos a cargo de las instituciones, hasta por un importe equivalente a cuatrocientas mil unidades de inversión por persona natural o jurídica, cualquiera que sea el número y clase de dichas obligaciones a su favor y a cargo de una misma institución.

El régimen de las obligaciones garantizadas en ningún caso atenderá la fecha de contratación de las obligaciones sino a la fecha en que, en su caso, el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario publique la resolución relativa a la liquidación, suspensión de pagos o quiebra de la institución de banca múltiple de que se trate.

El monto a ser pagado por el Instituto a cada persona quedará fijado en unidades de inversión, a partir de la fecha de la resolución citada en el párrafo anterior, independientemente de la moneda en que las obligaciones garantizadas estén denominadas o de las tasas de interés pactadas.²⁸

El pago de las obligaciones garantizadas se realizará en moneda nacional, por lo que la conversión del monto denominado en unidades de inversión (UDIs) se efectuará utilizando el valor vigente de la citada unidad en la fecha en que el Instituto efectúe el pago.²⁹

b. Apoyos transitorios de liquidez

De otro lado, el IPAB podrá excepcionalmente otorgar apoyos financieros tendientes a proveer la liquidez o el saneamiento de una institución; esto lo puede hacer bien sea por iniciativa propia o a solicitud de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Tales apoyos podrán otorgarse mediante la suscripción de acciones y obligaciones subordinadas, asunción de obligaciones, otorgamiento de créditos o la adquisición de bienes propiedad de las instituciones.

Los apoyos procederán cuando:

- Se cuente con un estudio técnico, elaborado por personas o instituciones especializadas de reconocido prestigio y la opinión de la comisión, que justifique la viabilidad de la institución, y la idoneidad del apoyo;

²⁸ Ley de Protección al Ahorro Bancario, artículo 12

²⁹ Ibidem, artículo 14

- Como consecuencia del estudio técnico se estimare más conveniente que dicha institución se mantenga en operación, porque tal opción se considere razonablemente menos costosa que el pago de las obligaciones garantizadas;
- Se presente un programa de saneamiento para la institución que habrá de recibir el apoyo financiero;
- Se otorguen las garantías en los términos y supuestos previstos por la Ley o el Instituto tome las medidas necesarias, a fin de que los accionistas de las instituciones apoyadas absorban el mismo costo que les hubiere correspondido de no haberse dado el apoyo, y
- Por resolución de la junta de gobierno, autorice el otorgamiento de apoyo financiero correspondiente con base en los elementos previstos en las fracciones que anteceden.

Los apoyos financieros se darán únicamente con cargo a los recursos propios del Instituto y los financiamientos que obtenga en los términos del artículo 46 de la Ley de Protección al Ahorro Bancario.

El Instituto deberá publicar en los meses de marzo y septiembre un informe sobre los apoyos otorgados en el semestre calendario inmediato anterior y remitirlo al Congreso de la Unión, así como al ejecutivo federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.³⁰

“Para el otorgamiento de los apoyos financieros, el Instituto podrá considerar la situación financiera y operativa de la institución y, consecuentemente, le podrá imponer los términos, modalidades, limitaciones y condiciones que estime necesarios y oportunos, en congruencia con su situación financiera; entre tales medidas, el Instituto podrá imponer restricciones operativas, constreñir a la institución a la realización de operaciones determinadas y exigir la remoción y contratación de administradores, funcionarios y empleados.”³¹

El IPAB podrá también determinar la disolución y liquidación o, en su caso, solicitar la suspensión de pagos o declaración de quiebra, de las instituciones. Asimismo, desempeñará las funciones de liquidador o síndico en las instituciones que se encuentren en estado de liquidación, suspensión de pagos o quiebra.

Además, podrá adquirir, directamente o a través de fideicomisos en los que sea fideicomisario, bienes propiedad de las instituciones sujetas a programas de saneamiento financiero, debiendo administrar y enajenar los bienes con el fin de obtener el máximo valor de recuperación posible. Las referidas enajenaciones se realizarán mediante subasta pública.

³⁰ Ley de Protección al Ahorro Bancario, artículo 28.

³¹ Ibidem, artículo 31.

c. Medidas de prevención y corrección

Una herramienta con que cuenta la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para procurar la estabilidad y solvencia del sistema financiero es la supervisión. Esta consiste en un conjunto de metodologías y procedimientos que permiten a la autoridad vigilar que las instituciones realicen sus actividades de acuerdo con la regulación vigente y las sanas prácticas financieras; medir de manera objetiva sus riesgos, así como evaluar la calidad de sus controles internos.

Dada la existencia en México de grupos financieros en donde los riesgos que enfrente una entidad pueden también eventualmente poner en peligro la estabilidad del grupo del que forma parte, las autoridades han decidido adoptar la supervisión consolidada. Esta permite evaluar tanto el nivel de riesgo de una entidad en lo individual, como el del grupo financiero en su conjunto.

A fin de instrumentar el esquema de supervisión consolidada, la CNBV ha desarrollado la metodología MACRO, la cual evalúa el manejo de fondos, la adecuación de capital, la calidad de activos, la rentabilidad y la organización. Esta metodología busca integrar estos elementos, tanto en las visitas de inspección como en el seguimiento rutinario que se realiza de los intermediarios.³²

Ahora bien, corresponde a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores aplicar las medidas de prevención y corrección tendientes a eliminar las irregularidades que se presenten en las entidades financieras, las cuales se llevarán a cabo mediante el establecimiento de programas de cumplimiento forzoso.

Estos programas se establecerán cuando las entidades presenten desequilibrios financieros que puedan afectar su liquidez, solvencia o estabilidad, pudiendo en todo caso instrumentarse mediante acuerdo con las propias entidades.

El incumplimiento de los programas podrá dar lugar a la intervención gerencial o administrativa de la entidad,³³ sin perjuicio de las sanciones contempladas por la Ley de Instituciones de Crédito.

La intervención administrativa se llevará a cabo directamente por un interventor-gerente, designado por la CNBV, quien tendrá todas las facultades que normalmente correspondan al consejo de administración de la institución y plenos poderes generales para actos de dominio, de administración, de pleitos y cobranzas, etc.

El interventor-gerente no quedará supeditado en su actuación a la asamblea de accionistas ni al consejo de administración.

³² CNBV, Programa Institucional 1997-2000

³³ Ley de Instituciones de Crédito, artículo 138 y s.s.

El oficio que contenga el nombramiento de interventor-gerente deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio que corresponda al domicilio de la institución intervenida, sin más requisitos que el oficio respectivo de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Desde el momento de la intervención quedarán supeditadas al interventor-gerente todas las facultades del consejo de administración y los poderes de las personas que el interventor determine; pero la asamblea de accionistas podrá continuar reuniéndose regularmente para conocer de los asuntos que le competen, y lo mismo podrá hacer el consejo para estar informado por el interventor-gerente sobre el funcionamiento y las operaciones que realice la sociedad, y para opinar sobre los asuntos que el mismo interventor-gerente someta a su consideración. El interventor-gerente podrá citar a asamblea de accionistas y reuniones del consejo de administración con los propósitos que considere necesarios o convenientes.

Cuando la CNBV acuerde levantar la intervención de gerencial o administrativa, lo comunicará así al encargado del Registro Público de Comercio que haya hecho la anotación, a efecto de que cancele la inscripción respectiva.

d. Administración cautelar

En virtud de la administración cautelar, el IPAB se constituirá como administrador único de la institución, substituyendo a la asamblea general y al consejo de administración, designándose para tal efecto por la junta de gobierno, a la persona que ejercerá dicha administración cautelar, contando para ello con las facultades siguientes:

- La representación y administración de la institución;
- Las que correspondan al consejo de administración de la institución y a su director general, gozando de plenos poderes generales para actos de dominio, de administración, de pleitos y cobranzas, con las facultades que requieran cláusula especial conforme a la ley, así como para suscribir títulos de crédito, realizar operaciones de crédito, presentar denuncias y querellas, desistirse de estas últimas, y comprometerse en procedimientos arbitrales;
- Formular y presentar, para su previa aprobación, al secretario ejecutivo, el presupuesto necesario para la consecución de su objeto;
- Presentar al secretario ejecutivo informe sobre la situación financiera en que se encuentra la institución, así como de la operación administrativa de la misma y de su posible resolución;
- Autorizar la contratación de pasivos, inversiones, gastos, adquisiciones, enajenaciones y, en general, cualquier erogación que realice la institución;

- Suspender las operaciones que pongan en peligro la solvencia, estabilidad o liquidez de la institución;
- Contratar y remover al personal de la institución que sea necesario para el desarrollo de su objeto, e informar de las mismas al secretario ejecutivo;
- Otorgar los poderes que crea convenientes, revocar los otorgados y, en atención a lo dispuesto por las leyes aplicables, delegar sus facultades en los apoderados que designe al efecto, para que las ejerzan en los términos y condiciones que el Instituto determine, y
- Las demás que le otorgue la junta de gobierno u otros ordenamientos.

Sólo tendrá lugar la administración cautelar cuando el IPAB hubiere otorgado apoyo financiero a alguna entidad, en los términos previstos en el numeral anterior.

El Instituto también podrá otorgar los poderes generales y especiales que juzgue convenientes y revocar los que estuvieren otorgados, así como nombrar delegados fiduciarios de la institución. Dichas facultades se entenderán conferidas a sus apoderados, que podrán ser personas naturales o jurídicas, en los términos que el mismo establezca.

El IPAB no quedará supeditado en su actuación a la asamblea de accionistas ni al consejo de administración de la entidad de que se trate.

De otro lado, el IPAB publicará e inscribirá en el registro público de comercio del domicilio social de la institución, sin más requisitos que una comunicación del secretario ejecutivo que contenga la declaratoria de la administración cautelar a su cargo. La administración cautelar surtirá plenos efectos a partir de la fecha de su inscripción.

A partir de que sean nombrados como apoderados, ni ellos, sus cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad podrán celebrar operaciones con la institución administrada, a cualquier título, bajo la pena del pago del doble del monto que hayan recibido. Se exceptúan las operaciones que se realicen en términos de las disposiciones aplicables con la aprobación expresa de la junta de gobierno.

El IPAB podrá también determinar la disolución y liquidación o, en su caso, solicitar la suspensión de pagos o declaración de quiebra, de las instituciones. Igualmente, desempeñará las funciones de liquidador o síndico en las instituciones que se encuentren en estado de liquidación, suspensión de pagos o quiebra.

Además, podrá adquirir, directamente o a través de fideicomisos en los que sea fideicomisario, bienes de propiedad de las instituciones sujetas a programas de saneamiento financiero, debiendo administrar y enajenar los bienes con el fin de obtener el máximo valor de recuperación posible. Las referidas enajenaciones se realizarán mediante subasta pública.

II. CLASES DE INSTITUCIONES FINANCIERAS Y OPERACIONES AUTORIZADAS

Por entidades financieras, en México, se entiende a las sociedades controladoras de grupos financieros, instituciones de crédito, casas de bolsa, especialistas bursátiles, sociedades de inversión, almacenes generales de depósito, uniones de crédito, arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero, sociedades de ahorro y préstamo, casas de cambio, sociedades financieras de objeto limitado, instituciones para el depósito de valores, instituciones calificadoras de valores, sociedades de información crediticia, así como otras instituciones y fideicomisos públicos que realicen actividades financieras y respecto de las cuales la Comisión Nacional Bancaria y de Valores ejerza facultades de supervisión.

A. Establecimientos de crédito: clases y operaciones autorizadas

En México, el servicio de banca y crédito sólo pueden prestarlo las instituciones de crédito, autorizadas estatalmente para ello, las cuales podrán ser instituciones de banca múltiple e instituciones de banca de desarrollo.³⁴

Para estos efectos, se considera servicio de banca y crédito la captación de recursos 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 de los recursos captados.

1. Instituciones de banca múltiple

Los bancos son instituciones encargadas de captar los recursos del público, por medio de depósitos. Estos recursos se asignan mediante operaciones de crédito o compra de títulos para el financiamiento de múltiples actividades, permitiéndoles a los depositantes de esta manera diversificar su riesgo y minimizar los costos de transacción. Las operaciones de estas instituciones cubren todo el territorio nacional, realizando una amplia gama de funciones, que van desde constituir depósitos hasta las operaciones de mayoreo en el mercado de divisas, pasando por el financiamiento de grandes proyectos de inversión.

a. Operaciones autorizadas

Además de las operaciones que normalmente realizan los bancos comerciales, las instituciones de banca múltiple se encuentran autorizadas para realizar otro tipo de operaciones,³⁵ a saber:

- Promover la organización y transformación de toda clase de empresas o sociedades mercantiles y suscribir y conservar acciones y partes de interés social en las mismas;
- Practicar operaciones de fideicomiso y llevar a cabo mandatos y comisiones;

³⁴ Ley de Instituciones de Crédito, artículo 2º.

³⁵ Ibidem, artículo 46.

- Hacer servicio de caja y tesorería relativo a títulos de crédito, por cuenta de las emisoras;
- Llevar la contabilidad y los libros de actas y de registro de sociedades y empresas;
- Desempeñar el cargo de albacea;
- Desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias;
- Celebrar contratos de arrendamiento financiero y adquirir los bienes que sean objeto de tales contratos.

b. Operaciones con derivados

Con el objeto de que las instituciones de banca múltiple pudieran celebrar en los mercados bursátiles las mismas operaciones que llevan a cabo en los mercados extrabursátiles y a fin de ampliar la gama de contratos que las instituciones pueden celebrar en el mercado de derivados, el Banco de México, previa autorización, estimó conveniente permitirles realizar operaciones con futuros y opciones en mercados bursátiles y extrabursátiles, sobre los siguientes activos subyacentes:³⁶

- Metales preciosos;
- Moneda nacional y divisas;
- Valores gubernamentales emitidos, avalados o garantizados por el Gobierno Federal o Gobiernos Extranjeros;
- Tasas de interés reales o nominales;
- Índices de bolsas de valores, un grupo de acciones o una acción, cotizados en dichas bolsas;
- Unidades de inversión (UDIs), e
- Intercambio de flujos de dinero (Contratos conocidos como "swaps").

El 1º de febrero de 2000, el Banco de México amplió la gama de activos subyacentes con los que las instituciones de banca múltiple pueden celebrar operaciones de futuros, permitiendo realizar este tipo de operaciones sobre certificados de participación ordinaria sobre acciones.³⁷

Adicionalmente, a finales de noviembre, el Banco de México dispuso que los contratos marco que documentan tales operaciones deberán contar con los lineamientos y directrices previstos en el "*International Foreign Exchange Master Agreement*" o en aquellos aprobados por la Asociación Internacional denominada "*International Swaps and Derivatives Association, Inc.*", siempre y cuando, ello no vaya en contra de las disposiciones nacionales aplicables.³⁸

³⁶ Banco de México, Circular-Telefax 10/98, dirigida a la banca múltiple.

³⁷ Banco de México Circular-Telefax 6/2000, dirigida a las instituciones de banca múltiple.

³⁸ Banco de México Circular-Telefax 40/2000, dirigida a las instituciones de banca múltiple.

Por otra parte, con el objeto de atender peticiones de ciertos clientes que requieren celebrar contratos que documenten operaciones pasivas relacionadas con operaciones de futuros y de opciones, se reguló un nuevo instrumento financiero conocido como "notas estructuradas".

Este instrumento permite a las instituciones de banca múltiple, pactar con sus clientes que el rendimiento de los depósitos a plazo fijo y de los bonos bancarios, en moneda nacional, pueda determinarse en función de las variaciones que observen alguno o algunos de los activos subyacentes sobre los que las instituciones pueden realizar operaciones de futuros y opciones. Para poder llevar a cabo tales operaciones las instituciones deben sujetarse a las reglas que se mencionan a continuación:

- El monto mínimo de cada operación debe ser por el equivalente en moneda nacional a 100,000 unidades de inversión, al momento de pactarse o, en su caso, renovarse;
- Por ningún motivo, al vencimiento de la operación, deberá liquidarse a los clientes una cantidad menor al principal de la operación pasiva de que se trate;
- Se prohibió a las instituciones hacer propaganda relacionada con las citadas operaciones a través de medios masivos de comunicación, debiendo celebrar las operaciones en lugares distintos a las ventanillas de sus sucursales;
- Las instituciones deben proporcionar a los clientes, con anterioridad a la fecha de celebración del contrato respectivo, documentación que describa la operación y sus riesgos, y que cuantifique los posibles rendimientos que bajo diferentes escenarios podrían generarse por la celebración de dichas operaciones, debiendo guardar en el expediente correspondiente constancia por escrito que obtengan de los clientes, en donde éstos manifiesten que conocen los riesgos y los posibles rendimientos que pudiesen generarse por la celebración de las operaciones, y
- Las instituciones tienen la obligación de incluir en los contratos y estados de cuenta que correspondan, una leyenda que establezca que dicho instrumento de inversión involucra la celebración de operaciones financieras derivadas, por lo que podrían no generarse rendimientos o generarse rendimientos inferiores a los existentes en el mercado, en la fecha de la operación de que se trate.

c. Operaciones en moneda extranjera

Con el propósito de otorgar mayor flexibilidad a la banca múltiple en los regímenes mencionados, a finales de enero de 1999 el Banco de México realizó unas modificaciones en lo referente por un lado al régimen de inversión para las operaciones en moneda extranjera y a la condición a satisfacer en el plazo de las operaciones en dicha moneda, y de otro al

régimen de admisión de pasivos denominados en o referidos a dicha moneda extranjera.³⁹

Luego, en el mes de marzo de 1999, se amplió la forma en la que las instituciones de banca múltiple pueden cubrir sus requerimientos de activos líquidos del régimen de inversión para las operaciones en moneda extranjera para incluir valores a cargo del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos colocados en el extranjero.⁴⁰

El Banco de México autorizó a las instituciones de banca múltiple para emitir cartas de crédito contingentes o de garantía, comúnmente denominadas "stand-by" con base en las Prácticas Internacionales Stand-by 1998, publicación No. 590 de la Cámara de Comercio Internacional.⁴¹

Finalmente, a partir del 9 de octubre de 2000, se estableció que el Banco de México podría incrementar la capacidad máxima del saldo deudor de la cuenta única de las instituciones de banca múltiple que operen con el carácter de Formadores de Mercado,⁴² hasta por la cantidad necesaria, para que la institución de banca múltiple de que se trate, liquide el importe de los valores gubernamentales que, en su caso, le hayan sido vendidos por el ejercicio de su derecho de compra.

2. Instituciones de banca de desarrollo

El sistema financiero mexicano incluye a las instituciones de banca de desarrollo como instrumento fundamental del Estado para apoyar el desarrollo integral del país con mecanismos financieros, técnicos y de impulso a sectores, regiones y actividades prioritarias a través de la prestación del servicio de banca y crédito.

Las instituciones de banca de desarrollo son entidades de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito, en los términos de sus correspondientes leyes orgánicas y la ley de instituciones de crédito.

Actualmente, existen siete (7) instituciones de banca de desarrollo, constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito (S.N.C.), a saber:

- Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos S.N.C. - Banobras
- Banco Nacional de Comercio Exterior S.N.C. - Bancomext
- Banco Nacional del Ejercito, Fuerza Aérea y la Armada S.N.C. - Banejercito
- Nacional Financiera S.N.C. - Nafin
- Banco Nacional de Crédito Rural S.N.C. - Banrural
- Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros S.N.C. - Bansefi
- Sociedad Hipotecaria Federal S.N.C. - Hipotecaria Federal

³⁹ Banco de México Circular-Telefax 5/99, dirigida a las instituciones de banca múltiple.

⁴⁰ Banco de México Circular-Telefax 10/99, dirigida a las instituciones de banca múltiple.

⁴¹ Banco de México Circular-Telefax 40/2000, dirigida a las instituciones de banca múltiple.

⁴² Ver Capítulo II, literal B, numeral 7 sobre "Formadores de Mercado".

Estas instituciones, como empresas de participación estatal mayoritaria integrantes de la Administración Pública Paraestatal (art. 46, fracción I Ley Orgánica de la Administración Pública Federal) y con la finalidad de que se pueda llevar a efecto la intervención que, conforme a las leyes corresponde al Ejecutivo Federal en la operación de éstas (art. 48 Ley Orgánica de la Administración Pública Federal); se encuentran sectorizadas bajo la coordinación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (art. 12 Ley Federal de las Entidades Paraestatales y Diario Oficial de la Federación del 13 de agosto de 1997).⁴³

Las instituciones de banca de desarrollo, además de las operaciones autorizadas a las instituciones de banca múltiple, está autorizadas para celebrar las operaciones necesarias para la adecuada atención del correspondiente sector de la economía nacional y el cumplimiento de las funciones y objetivos que les sean propios, conforme a las modalidades y excepciones que determinen sus leyes orgánicas.⁴⁴

Las operaciones de captación, las realizarán las instituciones de banca de desarrollo con miras a facilitar a los beneficiarios de sus actividades, el acceso al servicio de banca y crédito y propiciar en ellos el hábito del ahorro y el uso de los servicios que presta el sistema bancario, de manera que no se produzcan desajustes en los sistemas de captación de recursos del público.

Los bonos bancarios que emitan las instituciones de banca de desarrollo, deberán propiciar el desarrollo del mercado de capitales y la inversión institucional.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público dictará los lineamientos y establecerá las medidas y mecanismos que procuren el mejor aprovechamiento y la canalización más adecuada de los recursos de las instituciones de banca de desarrollo, considerando planes coordinados de financiamiento entre este tipo de instituciones, las organizaciones nacionales auxiliares del crédito, los fondos y fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico, y las instituciones de banca múltiple.

B. Organizaciones auxiliares del crédito: clases y operaciones autorizadas

1. Almacenes generales de depósito

Los almacenes generales de depósito tendrán por objeto el almacenamiento, guarda o conservación, manejo, control, distribución o comercialización de bienes o mercancías bajo su custodia o que se encuentren en tránsito, amparados por certificados de depósito y el otorgamiento de

⁴³ Las instituciones de banca de desarrollo se rigen por sus respectivas leyes orgánicas y, en su defecto, por la Ley de Instituciones de Crédito (art. 6° Ley de Instituciones de Crédito). La Ley Federal de las Entidades Paraestatales les será aplicable en las materias y asuntos que sus leyes específicas no regulen (art. 4° Ley Federal de las Entidades Paraestatales),

⁴⁴ Ley de Instituciones de Crédito, artículo 47.

financiamientos con garantía de los mismos. También podrán realizar procesos de incorporación de valor agregado, así como la transformación, reparación y ensamble de las mercancías depositadas a fin de aumentar su valor, sin variar esencialmente su naturaleza.⁴⁵

2. Arrendadoras financieras

Las arrendadoras financieras son instituciones cuyo objeto principal es el de celebrar contratos de arrendamiento financiero,⁴⁶ en virtud de los cuales la arrendadora financiera se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, a una persona natural o jurídica, obligándose ésta a pagar como contraprestación, que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, una cantidad en dinero determinada o determinable, que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios, y adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales previstas en la Ley de Instituciones de Crédito, (opción de compra, prórroga del plazo o venta a un tercero).

3. Sistema de ahorro y crédito popular

Con el Decreto por el que se expide la Ley de Ahorro y Crédito Popular y se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y de la Ley General de Sociedades Cooperativas,⁴⁷ se derogó la normatividad correspondiente a las sociedades de ahorro y préstamo y se estableció el Sistema de Ahorro y Crédito Popular.⁴⁸

Dicho Sistema está integrado por las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo y las sociedades financieras populares que son dictaminadas favorablemente por una Federación y autorizadas para operar como entidades de ahorro y crédito popular.

a. Sociedades cooperativas de ahorro y préstamo

La sociedad cooperativa es una forma de organización social integrada por personas naturales con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas, a través de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.⁴⁹

Las sociedades cooperativas contarán con personalidad jurídica, patrimonio propio y podrán celebrar actos jurídicos a partir de la

⁴⁵ Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, artículo 11.

⁴⁶ Ibidem, artículo 24.

⁴⁷ El Decreto fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 4 de junio de 2001.

⁴⁸ El Decreto derogó los artículos 38 – A y subsiguientes de la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito. El segundo párrafo del ARTICULO PRIMERO TRANSITORIO del Decreto, establece que la derogación de los Artículos 38-A, 38-B, 38-C, 38-D, 38-E, 38-F, 38-G, 38-H, 38-I, 38-J, 38-K, 38-L, 38-N, 38-O, 38-P y 38-Q, entrará en vigor a los dos años de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

⁴⁹ Ley General de Sociedades Cooperativas, artículo 2º.

inscripción de su acta constitutiva en el Registro Público de Comercio que corresponda a su domicilio social.⁵⁰

Podrán adoptar o bien el régimen de responsabilidad limitada o el régimen de responsabilidad suplementada de los socios.⁵¹

Así, será limitada cuando los socios solamente se obliguen al pago de los certificados de aportación que hubieren suscrito. Será en cambio suplementada, cuando los socios respondan a prorrata por las operaciones sociales, hasta por la cantidad determinada en el acta constitutiva.

Una vez adoptado cualquiera de los dos regímenes de responsabilidad mencionados, éste empezará a surtir efectos a partir de la inscripción del acta constitutiva en el Registro Público de Comercio. Entretanto, todos los socios responderán en forma subsidiaria por las obligaciones sociales que se hubieren generado con anterioridad a dicha inscripción.⁵²

Las sociedades cooperativas se podrán dedicar libremente a cualesquiera actividades económicas lícitas.⁵³

b. Sociedades financieras populares

Las sociedades financieras populares son sociedades anónimas, de duración indefinida y con domicilio en territorio nacional, pudiendo prestar servicios tanto a sus socios como a sus clientes.⁵⁴

Las acciones representativas del capital social de las sociedades financieras populares podrán ser adquiridas por cualquier persona, con excepción de las instituciones financieras a que se refiere la fracción IV del artículo 2o. de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.⁵⁵

Tampoco podrá una persona natural o jurídica adquirir, directa o indirectamente, mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas, el control de acciones por más del tres y diez por ciento del capital social de una sociedad financiera popular, respectivamente.⁵⁶

⁵⁰ Decreto por el que se expide la Ley de Ahorro y Crédito Popular y se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y de la Ley General de Sociedades Cooperativas, artículo 38, numeral II.

⁵¹ Ibidem, artículo 14.

⁵² Ibidem, artículo 15.

⁵³ Ley General de Sociedades Cooperativas, artículo 8º.

⁵⁴ Decreto por el que se expide la Ley de Ahorro y Crédito Popular y se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y de la Ley General de Sociedades Cooperativas, artículo 41.

⁵⁵ Ibidem, artículo 43.

⁵⁶ Ibidem, artículo 44.

c. Sociedades de ahorro y préstamo

Estas sociedades están contempladas en el artículo 38 – A y subsiguientes de la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito. Como se anotó anteriormente, tales artículos fueron derogados dándole lugar al nuevo sistema de ahorro y crédito popular. Sin embargo, dado que tal derogación entrará en vigor en el año 2003, es menester mencionar estas sociedades como quiera que aún se encuentran vigentes.

Así las cosas, las sociedades de ahorro y préstamo, son personas jurídicas con personalidad y patrimonio propios, de capital variable, no lucrativas, en las que la responsabilidad de los socios se limita al pago de sus aportes. Tienen duración indefinida, su domicilio principal debe estar ubicado en el territorio mexicano y su denominación deberá ir siempre seguida de las palabras "Sociedad de Ahorro y Préstamo".⁵⁷

Dichas sociedades tienen por objeto la captación de recursos exclusivamente de sus socios, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando la sociedad obligada a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados. La colocación de dichos recursos se hará únicamente en los propios socios o en inversiones en beneficio mayoritario de los mismos.⁵⁸

4. Uniones de crédito

Son organizaciones auxiliares de crédito con personalidad jurídica diferente a la de sus socios, constituidas bajo la modalidad de sociedades anónimas de capital variable, cuya función es agrupar a productores medianos, pequeños y micro para que realicen actividades agropecuarias, comerciales o industriales. Su propósito es obtener el crédito necesario a tasa preferencial y en forma oportuna, así como encauzar acciones conjuntas en materia de abasto, comercialización y asistencia técnica.

Las uniones de crédito podrán participar en el capital social de las Sociedades Financieras Populares, debiendo en todo caso restar de su capital social el importe correspondiente al capital invertido en la Sociedad Financiera Popular de que se trate.⁵⁹

Las uniones de crédito gozarán de autorización para operar en las ramas económicas en que se ubiquen las actividades de sus socios.

5. Empresas de factoraje financiero

Estas sociedades tienen por objeto celebrar contratos de factoraje financiero,⁶⁰ entendiéndose como tal, aquella actividad en la que mediante

⁵⁷ Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, artículo 38-A

⁵⁸ *Ibidem*, artículo 38-B

⁵⁹ Decreto por el que se expide la Ley de Ahorro y Crédito Popular y se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y de la Ley General de Sociedades Cooperativas, artículo 43, 2º párrafo.

⁶⁰ Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, artículo 45A.

contrato que celebren tales empresas con sus clientes, personas jurídicas o personas naturales que realicen actividades empresariales, las primeras adquieran de los segundos derechos de crédito relacionados con el suministro de bienes, de servicios o de ambos.

6. Sociedades financieras de objeto limitado (SOFOLLES)

Estas entidades, también conocidas como *non-bank banks*, tienen la finalidad de captar recursos provenientes de la colocación de instrumentos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y otorgar créditos para determinada actividad o sector.⁶¹ Este tipo de instituciones no captan depósitos a la vista y se fondean en los mercados de papel comercial y bonos corporativos a través de emisiones. Actúan bajo tres modalidades: operaciones de banca de mayoreo, crédito al consumo y compañías financieras comerciales.

7. Formadores de mercado

Como Formador de Mercado se conoce a las instituciones de crédito y casas de bolsa que realizan en forma permanente y por cuenta propia, cotizaciones de precios de compra y venta de Certificados de la Tesorería de la Federación y Bonos de Desarrollo del Gobierno Federal con Tasa Fija (Valores Gubernamentales) y celebran operaciones de manera continua, a efecto de otorgar mayor liquidez al mercado de valores gubernamentales.

La figura apareció por iniciativa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, al considerar la conveniencia de aumentar la liquidez del mercado secundario de valores gubernamentales y la promoción de la inversión en tales valores, dicha entidad resolvió introducir la figura del Formador de Mercado de Valores Gubernamentales en el mercado de valores, estableciendo al efecto las disposiciones correspondientes mediante oficio 102-B-308 de fecha 28 de septiembre de 2000.⁶²

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público encomendó al Banco de México, en su carácter de agente financiero del Gobierno Federal, cuantificar la actividad de los Formadores de Mercado y de aquellas instituciones de crédito y casas de bolsa que pretendan realizar tal función.

Por su parte le corresponde a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público determinar cuáles instituciones de crédito y casas de bolsa dejarán de fungir como Formadores de Mercado cuando incumplan con las disposiciones aplicables.

Cabe destacar que son derechos básicos de los formadores de mercado, el comprar por cuenta propia al Banco de México, en su carácter de agente financiero del Gobierno Federal, valores gubernamentales a una tasa igual a la tasa ponderada que resulte de las subastas para la colocación de cada

⁶¹ Ley de Instituciones de Crédito, artículo 103.

⁶² Banco de México Circulares-Telefax 27/2000 y 28/2000, dirigidas a las instituciones de crédito del país, y 29/2000, dirigida a las instituciones de banca múltiple, así como Circulares 100/2000 y 101/2000, dirigidas a las casas de bolsa.

uno de los mismos, ajustándose este derecho de compra en los términos que el propio Banco determine e informándole, a más tardar una hora después de que se hagan públicos los resultados de las subastas, la cantidad que desean comprar, así como la posibilidad de realizar operaciones de préstamo de valores con el Banco de México, en su carácter de agente financiero del Gobierno Federal, en los términos que determine el propio Banco Central.

III. REGIMEN LEGAL DE LAS INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE

A. Autorización

Para organizarse y operar como institución de banca múltiple en los Estados Unidos de México, se requiere autorización del Gobierno Federal. Dicha autorización será concedida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, atendiendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.⁶³

Las autorizaciones podrán ser concedidas o denegadas discrecionalmente por dicha Secretaría, o la CNBV en su caso, según la apreciación sobre la conveniencia de su establecimiento y serán por su propia naturaleza intransmisibles.

B. Libertad de entrada

Sólo gozarán de autorización para funcionar como instituciones de banca múltiple en territorio mexicano las sociedades anónimas de capital fijo, organizadas de conformidad con la Ley de Sociedades Mercantiles, que cumplan con los siguientes requisitos.⁶⁴

1. Tengan por objeto la prestación del servicio de banca y crédito.
2. La duración de la sociedad debe ser indefinida;
3. Deberán contar con el capital social y el capital mínimo que corresponda conforme a lo previsto en la Ley, y
4. Su domicilio social estará en el territorio nacional de México.

La escritura constitutiva de la sociedad y cualquier modificación de la misma, deberá ser sometida a la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Una vez aprobadas la escritura o sus reformas deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio.

Las solicitudes de autorización para organizarse y operar como institución de banca múltiple deberán acompañarse de lo siguiente:

1. Proyecto de estatutos de la sociedad y relación de los socios, indicando el capital que suscribirán, así como de probables consejeros y directivos;

⁶³ Ley de Instituciones de Crédito, artículo 8°.

⁶⁴ Ley de Instituciones de Crédito, artículo 9°.

2. Plan general de funcionamiento de la sociedad que comprenda por lo menos:
 - a. Los programas de captación de recursos y de otorgamiento de créditos en los que se definan las políticas de diversificación de operaciones pasivas y activas, así como los segmentos del mercado que preferentemente atenderán;
 - b. Las previsiones de cobertura geográfica;
 - c. Las bases para aplicar utilidades, en la inteligencia de que las sociedades a las que se autorice a operar como instituciones de banca múltiple, no podrán repartir dividendos, durante sus tres primeros ejercicios, debiendo aplicarse las utilidades netas a reservas, y
 - d. Las bases relativas a su organización y control interno;
3. Comprobante de depósito de moneda nacional constituido en una institución de crédito o de valores gubernamentales por su valor de mercado, a favor de la Tesorería de la Federación por una cantidad igual al diez por ciento (10%) del capital mínimo con que deba operar la sociedad, y
4. La demás documentación e información que a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se requiera para el efecto.

C. Prohibiciones o limitaciones de las instituciones

Las instituciones financieras mexicanas tienen, como norma general, las mismas prohibiciones que han señalado para este tipo de entidades los usos bancarios internacionales, pero aunadas a estas restricciones generales existen algunas especiales como son:⁶⁵

1. Otorgar fianzas o cauciones, salvo cuando no puedan ser atendidas por las instituciones de fianzas, en virtud de su cuantía y previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Las garantías aquí referidas serán por una cantidad determinada y exigirán contragarantía en efectivo o en valores de los que puedan adquirir las instituciones de crédito;
2. Garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los documentos domiciliados, al ceder su domicilio para pagos o notificaciones. Esta disposición deberá hacerse constar en el texto de los documentos en los cuales se exprese el domicilio convencional;
3. Participar en sociedades que no sean de responsabilidad limitada y explotar por su cuenta establecimientos mercantiles o industriales o fincas rústicas, sin perjuicio de la facultad de poseer bonos, obligaciones, acciones u otros títulos de dichas empresas conforme a lo previsto en la Ley. La CNBV, podrá autorizar que continúen su explotación, cuando las hayan recibido en pago

⁶⁵ Ibidem, artículo 106.

de créditos o para aseguramiento de los ya concertados, sin exceder los plazos a que se refiere la fracción siguiente;

4. Adquirir con recursos provenientes de sus pasivos, títulos, valores, o bienes, inversiones en mobiliario e inversiones de capital. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podrá autorizar excepciones, mediante reglas de carácter general.

Cuando una institución de crédito reciba en pago de deudas o por adjudicación en remate dentro de juicios relacionados con créditos a su favor, títulos o valores, que no deba conservar en su activo, así como bienes o derechos de los aquí señalados, deberá sujetarse a las disposiciones de carácter general que establezca la CNBV.

5. Mantener cuentas corrientes a aquellas personas que en el curso de dos meses hayan librado tres o más de dichos documentos, que presentados en tiempo no hubieren sido pagados por falta de fondos disponibles y suficientes, a no ser que esta falta de fondos se deba a causa no imputable al librador.

Cuando alguna persona incurra en la situación anterior, las instituciones darán a conocer a la CNBV el nombre de la misma, para el efecto de que tal organismo lo dé a conocer a todas las instituciones de crédito del país, las que en un período de un año no podrán abrirle cuenta. El interesado podrá acudir ante la citada Comisión a manifestar lo que a su derecho corresponda;

6. Pagar anticipadamente, en todo o en parte, obligaciones a su cargo derivadas de depósitos bancarios de dinero, préstamos o créditos, bonos u obligaciones subordinadas.
7. Pagar anticipadamente operaciones de reporto, salvo aquellas celebradas con el Banco de México, otras instituciones de crédito o casas de bolsa;
8. Adquirir títulos o valores emitidos o aceptados por ellas, obligaciones subordinadas emitidas por otras instituciones de crédito o sociedades controladoras; así como readquirir créditos a cargo de terceros que hubieren cedido, salvo el caso de las operaciones de reporto y redescuento;
9. Otorgar créditos o préstamos con garantía de:
 - a. Obligaciones subordinadas, a su cargo o de cualquier institución de crédito, y
 - b. Derechos sobre fideicomisos, mandatos o comisiones que, a su vez, tengan por objeto los pasivos mencionados en el párrafo anterior;
 - c. Acciones de instituciones de banca múltiple o sociedades controladoras de grupos financieros, propiedad de cualquier persona que detente el cinco por ciento o más del capital social de la institución o sociedad de que se trate

Tratándose de acciones distintas a las señaladas en el párrafo anterior, representativas del capital social de instituciones de crédito, de sociedades controladoras o de cualquier entidad financiera, las instituciones deberán dar aviso con treinta días de anticipación a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

10. En la realización de operaciones de fideicomiso, mandato o comisión:

- a. Celebrar operaciones con la propia institución en el cumplimiento de fideicomisos, mandatos o comisiones. El Banco de México podrá autorizar, mediante disposiciones de carácter general, la realización de determinadas operaciones cuando no impliquen un conflicto de intereses;
- b. Responder a los fideicomitentes, mandantes o comitentes, del incumplimiento de los deudores, por los créditos que se otorguen o de los emisores, por los valores que se adquieran, salvo que sea por su culpa, o garantizar la percepción de rendimientos por los fondos cuya inversión se les encomiende.

Si al término del fideicomiso, mandato o comisión constituidos para el otorgamiento de créditos, éstos no hubieren sido liquidados por los deudores, la institución deberá transferirlos al fideicomitente o fideicomisario, según el caso, o al mandante o comitente, absteniéndose de cubrir su importe.

Cualquier pacto contrario a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, no producirá efecto legal alguno.

En los contratos de fideicomiso, mandato o comisión se insertarán en forma notoria los párrafos anteriores y una declaración de la fiduciaria en el sentido de que hizo saber inequívocamente su contenido a las personas de quienes haya recibido bienes para su inversión;

- c. Utilizar fondos o valores de los fideicomisos, mandatos o comisiones destinados al otorgamiento de créditos, en que la fiduciaria tenga la facultad discrecional, en el otorgamiento de los mismos para realizar operaciones en virtud de los cuales resulten o puedan resultar deudores sus delegados fiduciarios; los miembros del consejo de administración o consejo directivo, según corresponda, tanto propietarios, como suplentes, estén o no en funciones; los empleados y funcionarios de la institución; los comisarios propietarios o suplentes, estén o no en funciones; los auditores externos de la institución; los miembros del comité técnico del fideicomiso respectivo; los ascendientes o descendientes en primer grado o cónyuges de las personas citadas, las sociedades en cuyas asambleas tengan mayoría dichas personas o las mismas instituciones, asimismo aquellas personas que el Banco de México determine mediante disposiciones de carácter general, y
- d. Administrar fincas rústicas, a menos que hayan recibido la administración para distribuir el patrimonio entre herederos, legatarios, asociados o

acreedores, o para pagar una obligación o para garantizar su cumplimiento con el valor de la misma finca o de sus productos, y sin que en estos casos la administración exceda del plazo de dos (2) años.

D. Propiedad: modificación de la propiedad, transferencia de acciones

El capital social de las instituciones de banca múltiple estará formado por una parte ordinaria y podrá también estar integrado por una parte adicional.⁶⁶

El capital social ordinario de las instituciones de banca múltiple se integrará por acciones de la serie "O".

En su caso, el capital social adicional estará representado por acciones serie "L", que podrán emitirse hasta por un monto equivalente al cuarenta por ciento (40%) del capital social ordinario, previa autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Las acciones serán de igual valor; dentro de cada serie, conferirán a sus tenedores los mismos derechos, y deberán pagarse íntegramente en efectivo en el acto de ser suscritas. Las mencionadas acciones se mantendrán en depósito en alguna de las instituciones para el depósito de valores reguladas en la Ley del Mercado de Valores, quienes en ningún caso se encontrarán obligadas a entregarlas a los titulares.

Las acciones serie "L" serán de voto limitado y otorgarán derecho de voto únicamente en los asuntos relativos a cambio de objeto, fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación, así como cancelación de su inscripción en cualesquiera bolsas de valores.

Además, las acciones serie "L" podrán conferir derecho a recibir un dividendo preferente y acumulativo, así como a un dividendo superior al de las acciones representativas del capital ordinario, siempre y cuando así se establezca en los estatutos sociales de la institución emisora. En ningún caso los dividendos de esta serie podrán ser inferiores a los de las otras series.

No podrán participar en forma alguna en el capital social de las instituciones de crédito, personas jurídicas extranjeras que ejerzan funciones de autoridad.

Las personas que adquieran o transmitan acciones de la serie "O" por más del dos por ciento (2%) del capital social de una institución de banca múltiple, deberán dar aviso a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la adquisición o transmisión.⁶⁷

Cualquier persona natural o jurídica podrá adquirir mediante una o varias operaciones simultáneas o sucesivas, el control de acciones de la serie "O" del capital social de una institución de banca múltiple, en el entendido de que dichas operaciones deberán obtener la autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, atendiendo la opinión de la Comisión Nacional

⁶⁶ Ibidem, artículo 11.

⁶⁷ Ibidem, artículo 14.

Bancaria y de Valores, cuando excedan del cinco por ciento (5%) de dicho capital social.⁶⁸

Igualmente, se requerirá autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien considerará la opinión de la CNBV y del Banco de México, para que cualquier grupo de personas adquiera, directa o indirectamente, mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas, el control de una institución de banca múltiple.

Se entenderá que un grupo de personas adquiere el control de una institución de banca múltiple cuando sean propietario del treinta por ciento (30%) o más de las acciones representativas del capital social de la propia institución, tenga el control de la asamblea general de accionistas, esté en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración, o por cualquier otro medio controle a la institución de banca múltiple de que se trate.

Las solicitudes de autorización para la adquisición del control accionario de una institución financiera deberán acompañarse de lo siguiente:

1. Relación de las personas que pretendan adquirir el control de la institución de banca múltiple de que se trate indicando el capital que suscribirán, la manera en que realizarán su pago, así como el origen de los recursos con que se realizará dicho pago;
2. Relación de los consejeros y directivos que nombrarían en la institución de banca múltiple de la que pretenden adquirir el control;
3. Plan general de funcionamiento de la institución de banca múltiple de que se trate, y
4. La demás documentación que a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se requiera a efecto de evaluar la solicitud correspondiente.

La institución se abstendrá de inscribir en el registro de sus acciones las transmisiones que se efectúen en contravención de las normas que regulan la transferencia de la propiedad accionaria, debiendo rechazar su inscripción e informar sobre la transmisión a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de ello.

E. Aspectos relevantes de los procesos de reestructuración de las entidades financieras

Al igual que en Colombia, en México todo proceso de fusión de dos o más instituciones de crédito deberá contar con la autorización previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien atenderá la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Dicho proceso deberá efectuarse de acuerdo con los siguientes parámetros:⁶⁹

⁶⁸ Ibidem, artículo 17

⁶⁹ Ibidem, artículo 27.

1. Las instituciones presentarán a la propia Secretaría, los proyectos de los acuerdos de las asambleas de accionistas relativos a la fusión, plan de fusión de las instituciones respectivas con indicación de las etapas en que deberá llevarse a cabo, estados contables que presenten la situación de las instituciones y el plan general de funcionamiento de la sociedad.
2. La propia Secretaría al autorizar la fusión, cuidará en todo tiempo la adecuada protección de los intereses del público, así como de los trabajadores de las sociedades, en lo que corresponda a sus derechos;
3. La autorización que otorgue la Secretaría al igual que los acuerdos de fusión, se inscribirán en el Registro Público de Comercio y a partir de esa fecha surtirán efectos la fusión;
4. Una vez hecha la inscripción anterior, los acuerdos de fusión adoptados por las respectivas asambleas de accionistas se publicarán en el Diario Oficial de la Federación y en dos (2) periódicos de amplia circulación en la plaza en que tengan su domicilio las sociedades, y
5. Durante los noventa (90) días calendario siguientes a partir de la fecha de publicación, los acreedores de las sociedades podrán oponerse judicialmente a la misma, con el único objeto de obtener el pago de sus créditos, sin que esta oposición suspenda la fusión.

F. Normas y políticas para distribución de utilidades

La distribución de las utilidades y, en su caso, la cuota de liquidación, se hará en proporción a las aportes. Las pérdidas serán distribuidas en igual forma y hasta el límite de las aportaciones. Si hubiere pérdidas del capital social, éste deberá ser reintegrado o reducido antes de hacerse la distribución de utilidades.⁷⁰

Las utilidades sólo podrán repartirse después de aprobado el balance general, sin exceder el monto de las que realmente se hubieren obtenido.

Adicionalmente es necesario tener presente que, durante sus tres primeros ejercicios, las instituciones de banca múltiple no podrán repartir dividendos y la totalidad de las utilidades netas deben aplicarse a reservas.

G. Inversión extranjera: igualdad de trato

Dentro del esquema de modernización financiera, adelantado en el año de 1993 por el Gobierno Mexicano, quedó comprendida además de la diferenciación entre la actividad financiera del sector público y del sector privado, la liberalización del régimen de intermediación, con base en las modificaciones al encaje legal, la libre determinación de las tasas pasivas y la apertura del mercado financiero nacional a la inversión extranjera. Este proceso se inicia en momentos en los que la integración de los mercados profundiza la competencia en los sistemas financieros.

⁷⁰ Ibídem, artículo 39.

En este contexto se inició la apertura en el mercado financiero doméstico. Primero, con la reprivatización bancaria que abrió la posibilidad para que los inversionistas extranjeros participaran en el capital social de los bancos y de los intermediarios financieros no bancarios; segundo, con el TLC que permitió el establecimiento de instituciones financieras en territorio nacional de los socios de México en el tratado; y, tercero, con las Reglas para el Establecimiento de Filiales de Instituciones Financieras del Exterior, que permiten la participación en el mercado local de instituciones financieras de países distintos a Estados Unidos y Canadá.

A pesar de que en el TLC se establecía un tiempo de seis (6) años para la apertura de los servicios financieros, con la publicación de las Reglas para el Establecimiento de Filiales del Exterior (1994) el proceso de apertura tiende a acelerarse.

En México la participación de instituciones financieras del exterior en el mercado local puede darse de tres (3) formas diferentes, ya sea a través de oficinas de representación, el establecimiento de sucursales de entidades financieras del exterior, y la inversión de capital extranjero en una entidad financiera local.

1. Oficinas de representación y sucursales de entidades financieras del exterior.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar el establecimiento de oficinas de representación de entidades financieras del exterior y sucursales de bancos extranjeros de primer orden.⁷¹

Las oficinas de representación no podrán realizar en el mercado nacional ninguna actividad de intermediación financiera que requiera de autorización por parte del Gobierno Federal, y por tanto se abstendrán de actuar, directamente o a través de interpuesta persona, en operaciones de captación de recursos del público, ya sea por cuenta propia o ajena, y de proporcionar información o hacer gestión o trámite alguno para este tipo de operaciones.

Por su parte las operaciones activas y pasivas de las sucursales podrán efectuarse exclusivamente con residentes fuera del país.

Las actividades que realicen las oficinas de representación se sujetarán a las reglas que expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y a las orientaciones que de acuerdo con la política financiera señalen la propia Secretaría y el Banco de México.

Los bancos extranjeros de referencia, sin perjuicio de la obligación de responder ilimitadamente con todos sus bienes por las operaciones que practiquen en la República, mantendrán afecto a las sucursales citadas el capital mínimo que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tomando en cuenta los usos internacionales relativos a esas operaciones.

⁷¹ Ibidem, artículo 7º.

2. Inversión extranjera (Filiales)

Esta se presenta a través de la figura de filiales, y tiene lugar cuando hay participación de una entidad financiera del exterior o de una sociedad controladora filial en el capital de una sociedad mexicana autorizada para organizarse y operar como institución financiera en ese país.⁷²

Para el efecto, la entidad financiera del exterior debe estar constituida en un país con el que México haya celebrado un tratado o acuerdo internacional en virtud del cual se permita el establecimiento en territorio nacional de filiales; y si se trata de sociedad controladora filial, ésta debe ser una sociedad mexicana autorizada para constituirse y operar como sociedad controladora y en cuyo capital participe una Institución Financiera del Exterior.

Las filiales se regirán por lo previsto en los tratados o acuerdos internacionales correspondientes, las leyes aplicables a las instituciones de banca múltiple o a las sociedades financieras de objeto limitado, según corresponda, y las reglas para el establecimiento que al efecto expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, atendiendo la opinión del Banco de México y de la CNBV.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público está facultada para interpretar para efectos administrativos las disposiciones sobre servicios financieros que se incluyan en los tratados o acuerdos internacionales a que hace mención el párrafo anterior, así como para proveer a su observancia.

Para organizarse y operar como filial se requiere autorización del Gobierno Federal, a quien compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, atendiendo la opinión del Banco de México y de la CNBV. Por su naturaleza estas autorizaciones serán intransmisibles. Las autorizaciones que al efecto se otorguen, así como sus modificaciones, se publicarán en el Diario Oficial de la Federación y en dos (2) periódicos de amplia circulación del domicilio social de la filial de que se trate.

Las autoridades financieras, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizarán el cumplimiento de los compromisos de trato nacional que en su caso sean asumidos por México, en los términos establecidos en el tratado o acuerdo internacional aplicable.

Las filiales podrán realizar las mismas operaciones que las instituciones financieras locales, según corresponda, a menos que el tratado o acuerdo internacional aplicable establezca alguna restricción.

Para invertir en el capital social de una filial, la Institución Financiera del Exterior deberá realizar, en el país en el que esté constituida, directa o indirectamente, de acuerdo con la legislación aplicable, el mismo tipo de operaciones que la filial de que se trate esté facultada para realizar en México.

⁷² Ibidem, artículos 45-A y s.s.

H Inversiones autorizadas: clases, límites y calificación de inversiones

Las instituciones de banca múltiple podrán invertir en el capital social de entidades financieras del exterior, en sociedades de inversión y sociedades operadoras de éstas; además, cuando no formen parte de grupos financieros, en el de organizaciones auxiliares del crédito e intermediarios financieros no bancarios, que no sean casas de bolsa, instituciones y sociedades mutualistas de seguros e instituciones de fianzas, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de acuerdo con las reglas generales que en su caso emita la citada Dependencia.⁷³

También, con la autorización de la Secretaría, podrán realizar inversiones en el capital de sociedades que les presten servicios auxiliares o complementarios en su administración o en la realización de su objeto, así como en sociedades inmobiliarias que sean propietarias o administradoras de bienes destinados a sus oficinas.⁷⁴

Las inversiones con cargo al capital pagado y reservas de capital de las instituciones de crédito, se sujetarán a las siguientes reglas:⁷⁵

1. No excederá del sesenta por ciento (60%) del capital pagado y reservas de capital el importe de las inversiones en mobiliario, en inmuebles o en derechos reales que no sean de garantía, más el importe de las inversiones en el capital, previamente autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de las sociedades que les presten servicios auxiliares o complementarios en su administración o en la realización de su objeto, así como en sociedades inmobiliarias que sean propietarias o administradoras de bienes destinados a sus oficinas.
2. El importe de los gastos de instalación no podrá exceder del diez por ciento (10%) del capital pagado y reservas de capital. La Comisión Nacional Bancaria y de Valores podrá aumentar temporalmente en casos individuales este porcentaje, así como el señalado en el numeral que antecede, cuando a su juicio la cantidad resultante, sea insuficiente para el destino indicado;
3. El importe total de inversiones en el capital de entidades financieras no será superior al excedente del capital pagado y reservas de capital de la institución sobre el capital mínimo, ni del cincuenta por ciento (50%) de dicho capital pagado y reservas de capital, y
4. La suma de las inversiones de capital, el monto de las operaciones que exceda los límites previstos para la inversión de sus pasivos, y el valor estimado de los bienes, derechos y títulos que reciban en pago de créditos o como adjudicación, no podrá exceder al capital pagado y reservas de capital de la institución.

⁷³ *Ibidem*, artículo 89

⁷⁴ *Ibidem*, artículo 88

⁷⁵ *Ibidem*, artículo 55.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público determinará, mediante disposiciones de carácter general, las reservas de capital computables para los efectos de esta valoración.

Las instituciones de banca múltiple podrán realizar inversiones en títulos representativos del capital de sociedades distintas a las anteriormente señaladas conforme a los siguientes parámetros:⁷⁶

1. Hasta el cinco por ciento (5%) del capital pagado de la emisora;
2. Más del cinco (5) y hasta el quince por ciento (15%) del capital pagado de la emisora, durante un plazo que no exceda de tres años, previo acuerdo de la mayoría de los consejeros de la serie "A" o "F", según corresponda y, en su caso, de la mayoría de los de la serie "B". La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá ampliar el plazo anterior, considerando la naturaleza y situación de la empresa de que se trate, y
3. Por porcentajes y plazos mayores, cuando se trate de empresas que desarrollen proyectos nuevos de larga maduración o realicen actividades susceptibles de fomento, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien la otorgará o negará discrecionalmente, considerando la opinión del Banco de México. Dicha Secretaría fijará las condiciones y plazos de tenencia de las acciones, de acuerdo con la naturaleza y finalidades de las propias empresas.

Las instituciones de banca múltiple sujetarán estas inversiones a las medidas que dicte la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, debiendo en todo caso observar los límites que propicien la dispersión de riesgos, así como un sano criterio para apoyar a un mayor número de proyectos.

El importe total de las inversiones que cada institución realice en estas sociedades no excederá del cinco por ciento (5%) de los recursos captados del público en el mercado nacional.

I. Deberes profesionales:

1. Contabilidad: existencia de un plan único de cuentas o sistema estándar de contabilización, normas generales de contabilidad

La normatividad contable aplicable a las instituciones de crédito está acorde con los principios de contabilidad generalmente aceptados, tanto a nivel nacional como internacional.

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores, mediante Circular 1448 del 14 de octubre de 1999, adicionada por la Circular 1488 del 30 de octubre de 2000, estableció los criterios contables y la normatividad relativa a la presentación de los estados financieros básicos de las instituciones de crédito.

⁷⁶ Ibidem, artículo 75

Cualquier emisión de estados financieros por parte de las instituciones, deberá sujetarse a los lineamientos mínimos de presentación de las citadas circulares, lo anterior sin perjuicio del suministro de información más detallada sobre algunos rubros de los estados financieros, dependiendo del volumen e importancia relativa de las operaciones de cada intermediario.

2. Capital mínimo: capital adecuado, patrimonio, margen de solvencia, contingencias cómo computan en activos ponderados por riesgo

a. Capital mínimo

El capital mínimo de cada una de las instituciones de banca múltiple será la cantidad equivalente al cero punto doce por ciento (0.12%) de la suma del capital neto que alcancen en su conjunto dichas instituciones al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.⁷⁷

En el transcurso del primer trimestre de cada año,⁷⁸ la Comisión Nacional Bancaria y de Valores dará a conocer el monto del capital mínimo con el que deberán contar las instituciones, a más tardar el último día hábil del año de que se trate. Excepcionalmente, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá ampliar este plazo en casos individuales, tomando en cuenta la situación económica tanto de la institución respectiva, como de la región en que opere.

El capital mínimo deberá estar íntegramente pagado. Cuando el capital social exceda del mínimo, deberá estar pagado por lo menos en un cincuenta por ciento (50%), siempre que este porcentaje no sea inferior al mínimo establecido.

b. Capital adecuado

Las instituciones de crédito deberán tener un capital neto en relación con los riesgos de mercado, de crédito y otros en que incurran en su operación, que no podrá ser inferior a la cantidad que resulte de sumar los requerimientos de capital por cada tipo de riesgo, en términos de las disposiciones que establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para las instituciones de banca múltiple por un lado, y para las instituciones de banca de desarrollo por otro.

El capital neto será el que se obtenga conforme al procedimiento señalado por la Secretaría en la reglas para los requerimientos de capitalización de las instituciones de banca múltiple, publicadas el 23 de diciembre de 1999.

Al ejercer las atribuciones que le confiere esta norma, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público deberá tomar en cuenta los usos bancarios internacionales respecto a la adecuada capitalización de las instituciones

⁷⁷ Ibidem, artículo 19.

⁷⁸ Mediante Resolución del 25 de febrero de 2002 la Comisión Nacional Bancaria y de Valores estableció que las entidades de banca múltiple debían contar, al último día hábil del año 2002, con un capital mínimo pagado de MXP169'265,130.73 (aprox USD17.011.561)

de crédito, y deberá escuchar la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.⁷⁹

c. Ponderación de activos por nivel de riesgo

Para garantizar que las instituciones financieras estén adecuadamente capitalizadas ha sido necesario establecer requerimientos mínimos de capital. En México, estos requerimientos mínimos son consistentes con los internacionales; por ejemplo, los requerimientos de capital neto de las instituciones por su exposición a riesgo de crédito se determinarán aplicando el ocho por ciento (8%) a la suma de sus activos y de otras operaciones, también existen coeficientes para determinar la ponderación por riesgos de mercado, atados al plazo de las operaciones y la unidad de denominación de las mismas.⁸⁰

Las clasificaciones y porcentajes mencionados podrán ser determinados para diferentes tipos de pasivos o para distintas instituciones clasificadas según su ubicación, magnitud, composición de sus pasivos u otros criterios. En el caso de las instituciones de banca de desarrollo, se considerarán el origen de sus recursos y los objetivos y funciones específicas que les correspondan.

3. Dispersión de riesgos (cupos de crédito y límites de crédito a accionistas, administradores y miembros de junta directiva)

a. Dispersión de riesgos

Al realizar sus operaciones las instituciones de banca múltiple deben diversificar sus riesgos.⁸¹ La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, atendiendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, determinará mediante reglas generales:

- Los porcentajes máximos de los pasivos a cargo de una institución que correspondan a obligaciones directas o contingentes en favor de una misma persona, entidad o grupo de personas que de acuerdo con las mismas reglas deban considerarse para estos efectos, como un solo acreedor, y
- Los límites máximos del importe de las responsabilidades directas y contingentes incluyendo las inversiones en títulos representativos de capital, de una misma persona, entidad o grupo de personas que por sus nexos patrimoniales o de responsabilidad, constituyan riesgos comunes para una institución de crédito.

Estos límites podrán referirse también a entidades o segmentos del mercado que representen una concentración de riesgos.

⁷⁹ Ley de Instituciones de Crédito, artículo 50.

⁸⁰ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Reglas para los Requerimientos de capitalización de las Instituciones de Banca Múltiple, numeral V2.

⁸¹ Ibidem, artículo 51.

b. Cupos de crédito

Los límites máximos de financiamiento que las instituciones de banca múltiple pueden otorgar a una misma persona, entidad o grupo de personas,⁸² fueron fijados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante Circular 101-464 de fecha 25 de mayo de 1988, mediante la cual se expidieron las Reglas sobre la Diversificación de Riesgos en las operaciones activas.

En dichas Reglas se señala que los financiamientos que una institución otorgue a una persona natural, no excederán del diez por ciento (10%) de su capital neto, ni del cero punto cinco por ciento (0.5%) del total de los capitales netos de las instituciones, y los que otorgue a una persona jurídica, no excederán del treinta por ciento (30%) de su capital neto, ni del seis por ciento (6%) del total de dichos capitales netos.

Así mismo, se menciona que los topes máximos para el financiamiento de personas naturales y jurídicas a que se refiere el párrafo anterior, referidos al total de los capitales netos de las instituciones de banca múltiple, serán dados a conocer por el Banco de México, cada seis (6) meses, quien habrá de calcularlos tomando como base el saldo del último día de cada mes del semestre calendario inmediato anterior, de acuerdo con lo señalado en el oficio 102-E-367-DGBM-II-607 del 26 de febrero de 1992.

A partir de marzo y hasta agosto de 2001, los límites máximos de financiamiento eran, para personas naturales SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES DIECISIETE MIL PESOS (MEX\$638'017.000) y, para personas jurídicas SIETE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS SEIS MIL PESOS (MEX\$7.656'206.000).

Las instituciones de banca múltiple requerirán del acuerdo de, por lo menos, tres cuartas partes de los consejeros que integren su consejo de administración para celebrar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores de las mismas las personas que se indican a continuación:⁸³

- Las personas naturales o jurídicas que posean directa o indirectamente el control del dos por ciento o más de los títulos representativos del capital de la institución, de la sociedad controladora o de las entidades financieras y empresas integrantes del grupo financiero al que, en su caso, pertenezca la propia institución, de acuerdo al registro de accionistas más reciente;
- Los miembros del consejo de administración, de la institución, de la sociedad controladora o de las entidades financieras y empresas integrantes del grupo financiero al que, en su caso, ésta pertenezca;

⁸² Circular 2019/95 del Banco de México. Disposiciones relativas a operaciones, pasivas, activas y de servicios de banca múltiple. Anexo 5

⁸³ Ley de Instituciones de Crédito, artículo 73

- Los cónyuges y las personas que tengan parentesco con las personas antes señaladas;
- Las personas distintas a los funcionarios o empleados que con su firma puedan obligar a la institución;
- Las personas jurídicas, así como los consejeros y funcionarios de éstas, en las que la institución o la sociedad controladora del grupo financiero al que, en su caso, pertenezca la propia institución, posean directa o indirectamente el control del diez por ciento o más de los títulos representativos de su capital.
- La participación indirecta de las instituciones de crédito y de las sociedades controladoras a través de los inversionistas institucionales no computarán para considerar a la empresa emisora como relacionada, y
- Las personas jurídicas en las que cualesquiera de las personas señaladas anteriormente posean directa o indirectamente el control del diez por ciento (10%) o más de los títulos representativos de su capital.

Las operaciones que deban ser sometidas a la aprobación del consejo de administración, se presentarán por conducto y con la opinión favorable del comité de crédito respectivo. De otorgarse ésta, la institución deberá presentar a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores copia certificada del acuerdo en el que conste la aprobación del consejo e informarle del otorgamiento y en su caso renovación, así como la forma de pago o extinción de estos créditos, en los términos que señale la propia Comisión.

Las operaciones con personas relacionadas cuyo importe en su conjunto no exceda de dos millones de Unidades de Inversión o el uno por ciento de la parte básica del capital neto de la institución, el que sea mayor, a otorgarse en favor de una misma persona natural o jurídica o grupo de personas naturales o jurídicas que por sus nexos patrimoniales o de responsabilidad, constituyan riesgos comunes para una institución de crédito, no requerirán de la aprobación del consejo de administración, sin embargo, deberán hacerse de su conocimiento y poner a su disposición toda la información relativa a las mismas.⁸⁴

La suma total de los montos de crédito dispuestos, más las líneas de apertura de crédito irrevocable otorgados a personas relacionadas, no podrá exceder del setenta y cinco por ciento de la parte básica del capital neto de la institución, señalado en el artículo 50 de la presente Ley.

No se considerarán operaciones con personas relacionadas, las celebradas con:

⁸⁴ Ibidem, artículo 73 Bis

- El Gobierno Federal y el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, y
- Las empresas de servicios complementarios o auxiliares de la banca.

4. Calificación de cartera: criterios de clasificación y calificación, provisiones, periodicidad de la evaluación, porcentaje de cartera a evaluar, que papel juegan las garantías

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, determina mediante disposiciones de carácter general, las bases para la clasificación y la calificación de la cartera de las instituciones de crédito, la documentación e información que éstas solicitarán para el otorgamiento, renovación y durante la vigencia de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía real, los requisitos que dicha documentación habrá de reunir y la periodicidad con que deba obtenerse, así como la integración de las reservas preventivas, que por cada rango de calificación tengan que constituirse.

a. Clasificación de cartera

Como norma general la cartera de crédito debe clasificarse según el destino del crédito, en una cualquiera de las siguientes categorías:⁸⁵

- Cartera comercial

Categoría compuesta por todos los créditos otorgados a empresas o personas naturales con actividades empresariales para el desarrollo de dichas actividades incluyendo las operaciones de descuento, redescuento, arrendamiento capitalizable y factoraje. También se incluyen en esta categoría los créditos a sociedades cooperativas y otras personas jurídicas para actividades relacionadas con la agricultura, ganadería, pesca y otras actividades primarias.

- Créditos a intermediarios financieros

Todos aquellos que hayan sido otorgados a intermediarios financieros no bancarios, así como los otorgados a instituciones de crédito, siempre y cuando sean considerados como disponibilidades, como es el caso de corresponsales, documentos de cobro inmediato, remesas en camino y los préstamos interbancarios menores a tres (3) días.

- Créditos al consumo

Se incluirán todos aquellos otorgados a personas naturales con objeto de financiar la adquisición de bienes de consumo duradero (ABCD), tarjetas de crédito, créditos de liquidez, aún cuando cuenten con

⁸⁵ Comisión Nacional Bancaria y de Valores Circular N° 1448 del 14 de octubre de 1999.

garantía inmobiliaria, y cualquier otro destinado al consumo de bienes o servicios.

- Créditos a la vivienda

Se consideran dentro de esta categoría los créditos destinados a la adquisición, remodelación o mejoramiento de la vivienda personal, incluyendo los créditos puente concedidos a promotores de vivienda.

- Créditos a entidades gubernamentales

Todos aquellos créditos otorgados al Gobierno Federal, Gobiernos Estatales o a Municipios, así como a organismos descentralizados o desconcentrados.

- Crédito a FOBRAPOA derivado de esquemas de capitalización

En esta categoría únicamente se debe presentar el monto que resulte de la aplicación de los lineamientos y normatividad que emita la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, referentes al esquema de participación de flujos de cartera con el Fondo Bancario para la Protección al Ahorro.

b. Calificación de cartera: periodicidad y criterios de calificación

Las instituciones de crédito están obligadas a implementar los mecanismos necesarios para que la calificación de su cartera de créditos se realice de manera uniforme con base en los diferentes grados de exposición al riesgo. Dicha calificación deberán llevarla a cabo para los cierres contables trimestrales.

La calificación de la cartera de créditos deberá agruparse de acuerdo con los siguientes grados de riesgo, para cada uno de los cuales se deben constituir y mantener las reservas preventivas en el porcentaje correspondiente:

Mínimo: (A) 0%
Bajo: (B) 10%
Medio: (C) 45%
Alto: (D) 80%
Irrecuperable (E) 100%

Las instituciones de crédito deberán constituir provisiones preventivas adicionales a las que deben crear como resultado del proceso de calificación de su cartera de crédito, hasta por la cantidad que se requiera para provisionar el 100% de aquellos que sean otorgados sin que exista en los expedientes de crédito respectivos, documentación que acredite haber formulado ante alguna sociedad de información crediticia una consulta previa a su otorgamiento, respecto al historial crediticio del solicitante que corresponda y, en su caso, de las personas que funjan como avalistas, fiadores u obligados solidarios en la operación,

o bien, cuando no se encuentre en dichos expedientes el informe emitido por una sociedad de información crediticia.

5. Liquidación

La disolución y liquidación de las instituciones de banca múltiple, se regirán por lo dispuesto en la Ley de Protección al Ahorro Bancario y en la Ley General de Sociedades Mercantiles, con las siguientes excepciones:⁸⁶

- a. El cargo de liquidador recaerá en el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario (IPAB), a partir de que la institución se encuentre en estado de liquidación o se declare en concurso mercantil, según se trate;
- b. La Comisión Nacional Bancaria y de Valores y el IPAB, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán solicitar la declaración en concurso mercantil;
- c. En los fideicomisos en los que la institución que se encuentre en liquidación o en concurso mercantil, actué como fiduciaria, el liquidador o sindico, según se trate, podrá convenir con alguna otra institución la sustitución de los deberes fiduciarios;
- d. A partir de la fecha en que entre en liquidación una institución o se declare en concurso mercantil, los pagos derivados de sus operaciones se suspenderán hasta en tanto el IPAB resuelva lo conducente, y
- e. En caso de liquidación o concurso mercantil de una institución de banca múltiple emisora, el pago de las obligaciones subordinadas preferentes se hará a prorrata, sin distinción de fechas de emisión, después de cubrir todas las demás deudas de la institución, pero antes de repartir a los titulares de las acciones o de los certificados de aportación patrimonial, en su caso, el haber social. Las obligaciones subordinadas no preferentes se pagarán en los mismos términos señalados en este párrafo, pero después de haber pagado las obligaciones subordinadas preferentes.

Tratándose de instituciones de banca de desarrollo, la disolución y liquidación en términos del presente artículo serán llevadas a cabo por el fideicomiso liquidador de instituciones de crédito.

El concurso mercantil de una institución de banca múltiple se regirá por lo señalado en la Ley de Protección al Ahorro Bancario y la Ley de Concursos Mercantiles.

IV. CONCLUSIONES

El sistema financiero mexicano va en busca de un marco legal más transparente y confiable que atraiga a la inversión tanto nacional como extranjera; las medidas y

⁸⁶ Ley de Instituciones de Crédito, artículo 29 y Ley de Protección al Ahorro Bancario, artículo 57.

reformas, adoptadas por el Gobierno Mexicano en la última década así lo demuestran.

Sin embargo, se tendrá que continuar fortaleciendo el sistema financiero mediante reglas más acordes a la realidad financiera de los mercados, ya que, como se dijo al inicio de este informe, el trasfondo de las reformas financieras instauradas propendían por la liberación y eliminación de regulación del sistema financiero, para adecuarlo a los cambios que implicaba la participación del país en el TLC y, por ende, la apertura de su sistema financiero a la inversión extranjera.

A pesar de las reformas normativas que se han producido para adecuar el sistema a estos cambios, los propósitos citados aún no se han logrado, debido a que la normatividad vigente regula hasta el último detalle de la operación bancaria, convirtiéndose de esta forma en un marco legal muy estrecho para la innovación en la actividad financiera.

Por tanto, se trata de un sistema financiero "hiper-regulado" desarrollado casi en su totalidad a nivel legal, a diferencia de los sistemas financieros de sus socios en el TLC donde las leyes sólo fijan el marco legal para el desarrollo de esta actividad.

Es de anotar que no existe la debida claridad en las normas, en aquello referente a las obligaciones que deben atender las entidades financieras, ya que éstas son discrecionales de las entidades de vigilancia y control, perdiéndose de esta forma el objetivo legal de la transparencia del sistema.