

BANCO DE MÉXICO

Asunto: Comentarios a la Circular 4/2019 “Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito e Instituciones de Tecnología Financiera en las Operaciones que Realicen con Activos Virtuales”, emitida por el Banco de México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 2019.

El pasado 8 de marzo de 2019 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la Circular 4/2019 “Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito e Instituciones de Tecnología Financiera en las Operaciones que Realicen con Activos Virtuales” (“la Circular”). Al respecto, se estima que la Circular es ilegal y violatoria de diversos principios constitucionales, de conformidad con los siguientes razonamientos:

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA CIRCULAR 4/2019.

Análisis constitucional de las facultades del Banco de México

El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (“la Constitución”) establece el principio de legalidad conforme al cual nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Por otra parte, el artículo 25 de la Constitución establece que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, por lo que éste, debe velar por la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero para coadyuvar a la generación de condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo, para lo cual planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, así como también llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga la Constitución.

En relación con lo anterior, el artículo 28 de la Constitución establece que el Estado tendrá un Banco Central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración y tendrá como objetivo prioritario el procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado, por lo cual, dicho Banco Central, en los términos que establezcan las leyes, regulará la intermediación y los servicios financieros.

La Ley del Banco de México, al reglamentar el artículo 28 de la Constitución, establece que el Banco de México tendrá como objetivos prioritarios procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda, promover el sano desarrollo del sistema financiero y propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos, entre otros, para lo cual, éste podrá expedir disposiciones cuando tengan por propósito cumplir tales objetivos.

La Primera Sala de la SCJN (amparo directo en revisión 1524/2017) denominó a este tipo de disposiciones “cláusulas habilitantes”, ya que confieren a una autoridad administrativa cierta facultad para actuar en un determinado ámbito a regularse normativamente, con cierto perímetro o margen de acción. Por su parte, la Segunda Sala de la SCJN (contradicción de tesis 84/2001–SS) ha señalado que las reglas generales administrativas, al ser expedidas con base en una habilitación legal o reglamentaria, se encuentran por debajo de las leyes y los reglamentos, por lo que no pueden derogar, limitar o excluir lo previsto en los mismos y, en todo caso, deben acatar los diversos derechos fundamentales que tutela la Constitución.

Regulación de activos virtuales en la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera (Ley Fintech)

El artículo 1º de la Ley Fintech establece que ésta tiene por objeto regular los servicios financieros que prestan las Instituciones de Tecnología Financiera (ITF), así como su organización, operación y funcionamiento y los servicios financieros sujetos a alguna normatividad especial que sean ofrecidos o realizados por medios innovadores.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley Fintech establece que la supervisión del cumplimiento de lo dispuesto en dicha Ley y las disposiciones que de ella emanen, corresponderá a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) y al Banco de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, en términos de la propia Ley y las demás disposiciones jurídicas aplicables.

El artículo 22 de la Ley Fintech establece que los servicios realizados con el público de manera habitual y profesional, consistentes en la emisión, administración, redención y transmisión de fondos de pago electrónico, por medio de ciertos actos definidos en el mismo precepto, a través de aplicaciones informáticas, interfaces, páginas de internet o cualquier otro medio de comunicación electrónica o digital, solo podrán prestarse por las Instituciones de Fondos de Pago Electrónico autorizadas por la CNBV.

Entre otras actividades, las Instituciones de Fondos de Pago Electrónico podrán abrir y llevar una o más cuentas de fondos de pago electrónico por cada Cliente, en las que se realicen registros de abonos equivalentes a la cantidad de fondos de pago electrónico emitidos contra la recepción de una cantidad de dinero o de activos virtuales determinados; realizar transferencias de determinadas cantidades de dinero en moneda nacional o de activos virtuales; o bien, entregar una cantidad de dinero o activos virtuales equivalente a la misma cantidad de fondos de pago electrónico en una cuenta de fondos de pago electrónico, mediante el respectivo cargo en dicha cuenta.

Por su parte, el artículo 23 del referido ordenamiento, al establecer qué se considerarán fondos de pago electrónico, se prevé el registro electrónico de cuentas de una cantidad en dinero, moneda extranjera o activos virtuales, con la finalidad de llevar a cabo transacciones.

Asimismo, el artículo 25 de la Ley Fintech establece que las Instituciones de Fondos de Pago Electrónico, además de las Operaciones y actividades a que se refiere la propia Ley, pueden realizar otras actividades como realizar operaciones con activos virtuales, poner en contacto a terceros con la finalidad de facilitar la compra, venta o cualquier otra transmisión de activos virtuales, comprar, vender o, en general, transmitir activos virtuales por cuenta propia o de sus Clientes, entre otras.

El artículo 34 del mismo ordenamiento jurídico, establece que las ITF que operen con activos virtuales deberán divulgar a sus Clientes los riesgos que existen por celebrar operaciones con dichos activos, informando cuando menos que el activo virtual no es moneda de curso legal y no está respaldado por el Gobierno Federal, ni por el Banco de México, la imposibilidad de revertir las operaciones una vez ejecutadas, la volatilidad del valor del activo virtual y los riesgos tecnológicos, cibernéticos y de fraude inherentes a los activos virtuales.

De lo anterior podemos concluir que, en términos de la Ley Fintech, las Instituciones de Fondos de Pago Electrónico pueden llevar a cabo diversas actividades y operaciones con activos virtuales, bajo ciertos parámetros e informando de los riesgos existentes; es decir, la legislación vigente permite a dichas Instituciones realizar múltiples operaciones con sus clientes utilizando activos virtuales.

Ahora bien, el artículo 26 de la Ley Fintech establece, entre otras cuestiones, que las Instituciones de Fondos de Pago Electrónico podrán emitir fondos de pago electrónico referidos a moneda extranjera o activos virtuales, con previa autorización del Banco de México, siempre que se observen los términos y condiciones que éste establezca mediante disposiciones de carácter general.

Asimismo, establece que las ITF sólo podrán operar con los activos virtuales que sean determinados por el Banco de México mediante disposiciones de carácter general, en las que el Banco de México podrá establecer plazos, términos y condiciones que deberán observar las ITF.

Conforme a esta disposición, el Banco de México para la determinación de los activos virtuales tomará en cuenta, entre otros aspectos, el uso que el público dé a las unidades digitales como medio de cambio y almacenamiento de valor así como, en su caso, unidad de cuenta; el tratamiento que otras jurisdicciones les den a unidades digitales particulares como activos virtuales, así como los convenios, mecanismos, reglas o protocolos que permitan generar, identificar, fraccionar y controlar la replicación de dichas unidades.

El artículo 32 de la Ley Fintech establece que el Banco de México definirá las características de los activos virtuales, así como las condiciones y restricciones de las Operaciones y demás actos que se pueden realizar con dichos activos, mediante disposiciones de carácter general que para tal efecto

emita, así como establecer las medidas a las que deberán sujetarse las ITF para la custodia y control que sobre los activos virtuales ejerzan al realizar tales Operaciones y actos, estableciendo que se entenderá por custodia y control de activos virtuales a la posesión de las firmas, claves o autorizaciones que sean suficientes para ejecutar las Operaciones a que se refiere la propia Ley.

De este último precepto legal citado, se desprenden las facultades (cláusulas habilitantes) del Banco de México para regular las características de las operaciones que lleven a cabo las instituciones de fondos de pago electrónico con activos virtuales; sin embargo, dichas facultades no son ilimitadas, ya que dicho Banco Central no puede en ningún caso derogar, limitar o excluir los supuestos normativos previstos en la Ley Fintech que lo habilita para tal efecto, situación que lamentablemente pasó por alto el Banco de México.

Violación de la Circular 4/2019 al principio de legalidad

La Circular priva a las Instituciones del derecho de llevar a cabo operaciones con activos virtuales, a pesar de que éstas se encuentran expresamente permitidas por la Ley Fintech, pues restringe el derecho para llevar a cabo: i) Operaciones con Activos Virtuales distintas a Operaciones Internas, ii) transmitir el riesgo de las Operaciones con Activos Virtuales a sus Clientes y iii) llevar a cabo el intercambio, transmisión o custodia de Activos Virtuales.

Lo anterior, sin que dicha privación haya sido precedida de un juicio ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplieran las formalidades esenciales del procedimiento, de conformidad con las leyes expedidas con anterioridad al hecho, por lo que la disposición reglamentaria de referencia deberá considerarse ilegal e inconstitucional por ir más allá de lo establecido por la Ley Fintech, restringiendo derechos previstos en la misma y, por ende, por ser violatoria del principio de legalidad.

En efecto, si bien el Banco de México debe promover el sano desarrollo del sistema financiero y cuenta con facultades para regular los servicios financieros y proscribir las reglas que permitan su debido desarrollo, de conformidad con el principio de legalidad, dichas facultades habilitantes se encuentran limitadas por las leyes que lo facultan a emitir disposiciones de carácter general, como lo es en el caso, la Ley Fintech.

En otras palabras, el Banco de México se encuentra legalmente y constitucionalmente impedido para derogar, limitar o excluir lo previsto en las leyes, por lo que la Circular fue emitida en contravención al principio de legalidad previsto en el artículo 14 de la Constitución, pues su contenido es contrario a las disposiciones jurídicas que lo habilitan para emitir disposiciones de carácter general a fin de regular determinadas actividades y operaciones establecidas en la Ley Fintech.

Violación al Principio de Progresividad

El artículo 1° de la Constitución establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos "de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad".

Conforme al principio de progresividad, todas las autoridades del Estado Mexicano están obligadas a incrementar gradualmente el grado de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales, por lo que se les impide adoptar medidas que disminuyan el nivel de protección de dichos derechos.

En el caso, la Circular restringe de manera injustificada una serie de actividades con activos virtuales que ya se encontraban permitidas de forma expresa por la Ley Fintech, por lo que adopta medidas que, sin justificación constitucional, disminuyen el nivel de protección a derechos fundamentales de las personas e instituciones que se encuentran reguladas por la Ley Fintech, pues de forma regresiva, se les prohíbe llevar a cabo determinadas actividades y operaciones que ya se les permitía realizar de forma legal.

Violación al Derecho humano de libertad de trabajo

El artículo 5 de la Constitución establece que a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos, por lo que el ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de terceros o por resolución gubernativa dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

La Circular restringe el derecho humano de libertad de trabajo, toda vez que prohíbe a las Instituciones a llevar actividades con activos virtuales sin que en el caso concreto se actualicen los supuestos por virtud de los cuales podrá vedarse el ejercicio del derecho fundamental de libertad de trabajo.

No obstante lo anterior, de forma ilegal e inconstitucional la Circular de referencia restringe a las Instituciones a llevar a cabo actividades lícitas, tal y como se desprende de la Ley Fintech.

Violación al principio de rectoría estatal y desarrollo económico

La Circular es violatoria de los artículos 25 y 28 constitucionales, pues la prohibición o restricción de las actividades mencionadas, traerá como consecuencia la creación de un "mercado negro" de operaciones con activos virtuales mediante plataformas no autorizadas por las autoridades financieras, lo que pondría en evidente riesgo tanto al sistema financiero como a los usuarios de dichas plataformas.

Asimismo, las prohibiciones y restricciones establecidas en la Circular, en claro desconocimiento de la Ley Fintech, provocarán que las operaciones con activos virtuales se lleven a cabo mediante plataformas operando fuera de México, situación que pondrá en mayor riesgo a los usuarios y limitará o anulará la fiscalización financiera y fiscal en el país.

En ese sentido, es claro que la sobre-regulación que restringe al sector Fintech, por lo que hacen el caso a las operaciones con activos virtuales, traerá como consecuencia resultados opuestos al fin que persigue la Ley Fintech, pudiendo dañar el mercado financiero y desincentivando la inclusión financiera, además de crear barreras que pudieran resultar insuperables para los emprendedores y en general para el sector de tecnología financiera, en contravención al principio de rectoría estatal y desarrollo económico.

Violación al Derecho Humano de Seguridad Jurídica

El artículo 16 de la Constitución establece que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, del que desprende el principio de seguridad jurídica, el cual lleva como presupuesto que los particulares tengan absoluto conocimiento y certeza respecto del contenido y alcance de las leyes y demás regulación.

En el caso, la Circular no estableció un régimen transitorio para la conclusión o cesión de las operaciones con activos virtuales que se llevan a cabo al amparo de la Ley Fintech, existentes con anterioridad a su entrada en vigor, por lo que se deja a los particulares en un evidente estado de inseguridad jurídica.

Por otro lado, la Circular no define con precisión qué debe entenderse por “Operaciones Internas” o el concepto de “transmitir directa o indirectamente, el riesgo de las operaciones con activos virtuales a los clientes”, situación que deja a las Instituciones en total estado de inseguridad jurídica, pues no existe claridad respecto de que actividades sí pueden llevarse a cabo y cuáles no.

Insuficiente motivación de la circular

La exposición de motivos de la Circular establece que los activos virtuales se han caracterizado por ser volátiles, costosos para celebrar transacciones y difícilmente escalables, por lo que existen riesgos para los tenedores de estos activos, toda vez que derivado de la complejidad de la tecnología que los soporta, podrían no conocer cabalmente los posibles problemas que podrían presentarse y dar lugar a la pérdida de sus recursos.

Sin embargo, lo anterior no se apega a la realidad de la operación con activos virtuales, ya que las transacciones con este tipo de activos son rápidas y económicas, por lo que son fácilmente escalables y sumamente eficientes.

Por otra parte, si bien es cierto que algunos activos virtuales son volátiles, ello no es distinto tratándose de otro tipo de inversiones en valores, activos o negocios, pero la postura Estatal en ningún caso deberá ser prohibir o restringir estas operaciones, sino regularlas obligando a informar al público de los riesgos existentes, tal y como ya lo hacía la Ley Fintech.

En efecto, la Ley Fintech establece que las ITF que operen con activos virtuales deberán divulgar a sus Clientes, los riesgos que existen por celebrar operaciones con dichos activos, informando cuando menos que el activo virtual no es moneda de curso legal y no está respaldado por el Gobierno Federal, ni por el Banco de México, la imposibilidad de revertir las operaciones una vez ejecutadas, la volatilidad del valor del activo virtual y los riesgos tecnológicos, cibernéticos y de fraude inherentes a los activos virtuales.

Por otro lado, la Circular pretende utilizar como justificación que los activos virtuales conllevan un riesgo importante en materia de prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita y financiamiento al terrorismo, debido a la facilidad para transferir los activos virtuales a distintos países, así como la ausencia de controles y medidas de prevención homogéneos a nivel global.

Sin embargo, esta supuesta justificación no tiene fundamento alguno, ya que contrario a lo establecido en la exposición de motivos de la Circular, la tecnología “Blockchain” tiene la capacidad de registrar y enlazar el historial de las transacciones que se lleven a cabo a través de activos virtuales, lo que le permitiría a las autoridades financieras rastrear las operaciones que se realicen con activos virtuales y, por ende, combatir eficientemente el lavado de dinero y financiamiento del terrorismo.

Máxime, que existe una regulación sumamente estricta en este sector, secundaria de la Fintech, que reduce drásticamente los riesgos en materia de prevención de lavado de dinero, además de que prohibir las operaciones de activos virtuales únicamente provocará que éstas se realicen mediante plataformas no reguladas, nacionales o extranjeras, lo cual sí generará un riesgo real en esta materia.

Por todo lo anterior, respetuosamente se solicita a ese H. Banco de México que lleve a cabo las adecuaciones necesarias a la Circular de referencia, toda vez que es violatoria de diversos Derechos Humanos, pues restringe o prohíbe diversas actividades que expresamente se encuentran permitidas por la Ley Fintech.

Atentamente,

* * * * *

Valentín Ibarra Melero

Ciudad de México,

Abril de 2019.